CLAUS ROXIN

AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL

Traducción de la séptima edición alemana
por Joaquín Cuello Contreras
y José Luis Serrano González de Murillo
(Universidad de Extremadura)

Prólogo de
Manuel Cobo del Rosal

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2000 BARCELONA

` Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 7.ª edición, 1999
Walter de Gruyter & Co.
© Joaquín Cuello Contreras
José Luis Serrano González de Murillo
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
ISBN: 84-7248-794-6
Depósito legal: M. 28.902-2000
Fotocomposición: INFORTEX, S. L.
Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2000

A mi mujer
y a Lucio y Olga Monaco

PRÓLOGO

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción presentar hoy la traducción de la obra del Prof. Dr. Claus ROXIN, Autoría y dominio del hecho, *que, a principios de los años sesenta, fue su trabajo de habilitación para acceder a la Cátedra de Derecho penal. Dicha obra se publicó en alemán en 1963 y, posteriormente, ha sido objeto de diferentes actualizaciones hasta llegar a seis ediciones, con la finalidad de reflejar la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial alemanas sobre los problemas de la autoría en los últimos treinta años, como el propio autor subraya en el* Prefacio *a esta traducción al español. Y antes de nada debo felicitar, muy cordialmente, al Prof.* CUELLO CONTRERAS *y al Dr.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO *por haber llevado a feliz término una traducción, tan sumamente ardua, como también hicieron en su día con la obra de Günther* JAKOBS, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, *publicada igualmente por Marcial Pons (Madrid, 1997). Felicitación, pues, por tan minucioso y delicado trabajo, y gratitud por el mismo. Es mucho más noble realizar una traducción al español, que no «tijeretear» obras de idioma extranjero, haciendo como si fueran suyas las ideas desarrolladas en aquéllas. La actividad de traducción la he calificado de noble y la segunda es, desde luego, como mínimo, indecente.*

La verdad es que el Prof. Claus ROXIN *no necesita ninguna presentación para los cultivadores de la Ciencia penal española. Su pensamiento es muy conocido a través de aquellos que continuamente le citaban y asumían sus tesis desde hace más de cuarenta años, así como por los numerosos discípulos españoles que el Prof.* ROXIN *ha tenido la generosidad de acoger en su Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Múnich. Debo destacar, sin duda, que, por tratarse de una verdadera autoridad de la Ciencia penal, el Prof.* ROXIN *fue investido, hace pocos años, Doctor* honoris causa, *entre otras, por la Universidad Complutense de Madrid, a propuesta del Departamento de Derecho penal, al que pertenezco. Un doctorado* honoris causa *en modo alguno convencional, ni nada que se le parezca, pues lo fue por méritos propios y por su amplio y fructífero magisterio en la Ciencia de los delitos y de las penas, sin olvidar tampoco sus trabajos sobre Derecho procesal penal.*

Sin entrar en este momento en concretos detalles con respecto al pensamiento jurídico-penal del Prof. ROXIN en la Ciencia penal del siglo XX, sin duda debe destacarse que haya prestado continua atención al desarrollo de una dogmática penal precisa que, al mismo tiempo, se conciba conforme a la idea de fin, es decir, de la Política Criminal, que, sólo tras él, dejó de ser la acompañante fiel y crítica de la dogmática para pasar a ocupar un punto focal de su elaboración, inspirando a categorías tenidas hasta entonces por puramente lógicas (todo lo más orientadas a vagas ideas de valor) como las fundamentales de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y sobre todo esta última, a la que él, como nadie, ha sabido renovar (en esa dirección) en numerosos trabajos.

Con independencia de la profundidad de su pensamiento jurídico-penal, asimismo debe subrayarse que, en todas sus obras, ha practicado la llamada Elegantia iuris criminalis Scientia, *con lo que ha conseguido una gran claridad, exclusiva de aquellos que dominan los problemas y la materia, lo que, desde luego, ha contribuido, indudablemente, a la expansión y persuasión de sus contribuciones científicas.*

La oportunidad de esta traducción, muy dificultosa, dada su extensión, para una monografía (probablemente la causa de que hasta ahora nadie se hubiera atrevido con ella), se deduce del hecho de que, además de representar el culmen de la versión de la obra de ROXIN al castellano (era la única obra importante de ROXIN que faltaba por traducir), es demostración de que el pensamiento dogmático o es exhaustivo y detallado, conforme a principios claros llevados hasta sus últimas consecuencias en el caballo de batalla de la exégesis legal y la aplicación por los Tribunales, o no es nada. Puede afirmarse, en síntesis, que del Prof. ROXIN, en Alemania o España, donde quiera que se le lea como representativo de lo mejor de la mejor doctrina penalista, siempre se dirá que introdujo la Política criminal en el seno de la dogmática brillantemente, es cierto; pero en lo que se le tratará de emular es en escribir una obra como Autoría y dominio del hecho. *Y se admirarán ambas cosas.*

De Autoría y dominio del hecho *del Prof. ROXIN puede decirse que hay un antes y un después en la problemática abordada. El Prof. ROXIN, ya en la temprana fecha de su primera edición, 1963, puso orden en una materia como la autoría que, pese a su importancia y significado práctico, estaba llena de contradicciones doctrinales y jurisprudenciales. El hecho de que, con posterioridad, el autor asumiera la ardua labor, insólita en una monografía, de proceder a actualizaciones periódicas de su obra en los aspectos doctrinal y jurisprudencial no ha hecho sino engrandecerla.*

En cuanto al método, al que el autor otorga un papel muy importante y numerosas páginas, acierta plenamente, siendo ésa probablemente la clave de su éxito, al situarse sobre unas premisas atentas a la vez a los aspectos ontológicos y valorativos de la materia, sólo de cuyo buen ensamblaje depende el correcto tratamiento del asunto, diríamos que de todo asunto jurídico-penal,

especialmente importante en materia de autoría y participación, donde el legislador no puede ni debe forzar estructuras del ser, en este caso la intervención de varios en un hecho (delictivo), pero sí someter y explicar desde lo que es la normación de la realidad por el Derecho penal y sus fines. El hecho de que, a su vez, la materia de la autoría esté interrelacionada con prácticamente todos los restantes capítulos de la teoría del delito desde la perspectiva de la autoría da cuenta de la magnitud de la obra.

El Prof. ROXIN es el artífice de los cuatro criterios, decisivos desde entonces, para sistematizar la autoría, inspirados, a su vez, en el macroconcepto, ya entonces existente pero de contenido raquítico y contradictorio, del dominio del hecho, *constituidos por el dominio de la acción (para los delitos de propia mano o autoría directa), dominio de la voluntad y del conocimiento (para la autoría mediata) y dominio funcional (para la coautoría).*

Por lo que se refiere a la autoría mediata, una de las problemáticas más difíciles y amplias de la teoría del delito, la aportación de ROXIN es gigantesca en extensión y profundidad, siendo en ella más claro todavía el antes y el después del Prof. ROXIN, pues con su distinción entre el dominio de la voluntad y el dominio del conocimiento y la introducción, dentro del primer bloque, del principio de la responsabilidad como criterio de imputación del autor, ha determinado la exégesis doctrinal y jurisprudencial posterior, en la que ha alentado, muestra de su grandeza, un debate que ha ido más allá de lo que él se propuso. Y, en cuanto a la coautoría, puede decirse categóricamente que sólo él ha logrado delimitar, lo que antes no ocurría pese a su importancia práctica, la autoría de la participación, punto, éste, en el que ha sido aceptado unánimamente.

*Al Prof. Claus ROXIN se le debe también, siendo bastante conocido por ello, el haber sabido desentrañar la problemática de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber, y las consecuencias a deducir de ello, habiéndose anticipado, en un alarde de ingenio, a cuestiones que posteriormente, con la creciente funcionalización del Derecho penal, se han derivado de la paulatina y a mi juicio criticable introducción en los Códigos penales de este tipo de delitos, en los que tanto lo comete quien actúa como quien no impide que otro lesione el bien jurídico, siendo en ambos casos autor (*nunca *mero partícipe). Como asimismo ha sabido encontrar, en íntima relación con lo anterior, una explicación a las peculiaridades de la autoría en los delitos de omisión, en la línea expuesta unos años antes por Armin KAUFMANN, y a la problemática de la participación activa en estos delitos en brillante polémica con este último autor citado.*

No obstante, existen afirmaciones muy concretas en el pensamiento del Prof. ROXIN que, por nuestra parte, no podemos compartir, como son la muy dudosa solución que ofrece para la autoría en el caso del autor directo que actúa con dolo pero sin intención, o su intento, que creemos fallido, de fundamentar una autoría mediata en base a aparatos organizados de poder, y

que sólo son pequeñas objeciones que sólo corroboran la muy relevante, y desde luego brillante culminación de sus propósitos.

Por último, quiero expresar mi gratitud a la Editorial Marcial Pons, y muy especialmente a don Juan José Pons, por la generosa y amable acogida para aquellas propuestas de publicación que, como ésta, viene editando en clarísimo beneficio de la Ciencia penal española y una mejor aplicación del Derecho penal español, pues no se olvide que, si la primera tiene alguna finalidad, es la de conseguir decisiones judiciales más justas, como desde siempre he venido insistiendo.

Manuel COBO DEL ROSAL
Catedrático de Derecho Penal
y Presidente del Instituto de Crimonología
de la Universidad Complutense de Madrid

PREFACIO

Es para mí un honor, en el terreno científico, y un motivo de gran alegría, que mi trabajo de habilitación para la cátedra sobre «Autoría y dominio del hecho» aparezca ahora en español. Esta obra se publicó ya en 1963, pero se ha ido actualizando para adaptarse al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia mediante un apéndice renovado y aumentado en seis ediciones (la última, de 1994), reflejando así la evolución de la doctrina alemana de la autoría en los últimos treinta años.

En ese período, la obra ha ejercido algún influjo en la doctrina de la autoría en Alemania (así como en otros países), y espero que sea provechosa para la ciencia penal y para los juristas españoles. El art. 28 del nuevo Código Penal español se asemeja mucho a la regulación del Derecho alemán. Creo, pues, que en la interpretación de los respectivos preceptos tendremos problemas comunes y elaboraremos soluciones comunes o al menos pondremos en práctica un fructífero intercambio de ideas. Al respecto puede prestar esta obra una modesta contribución, y me alegraría sobremanera que encontrara una amable acogida en el lector español.

Quisiera manifestar mi agradecimiento a mis estimados colegas CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ, que han asumido el arduo trabajo de la traducción, culminándolo en plazo bastante breve. Asimismo, agradezco a la editorial Marcial Pons (Madrid) por incluir esta obra en su programa editorial y a mi editorial alemana (Walter de Gruyter) por su colaboración siempre magnífica, también en esta oportunidad.

Múnich, octubre de 1998.

Claus ROXIN

NOTA DE LOS TRADUCTORES

Si bien no se han incorporado a la obra anotaciones de Derecho penal español, por juzgarlo innecesario, sí se ha añadido la traducción, normalmente a pie de página, de los preceptos del Código Penal alemán (tanto el anterior como el actual), cuyo tenor literal se ha considerado necesario tener presente para una completa comprensión del texto. Allí donde bastaba, simplemente se ha indicado entre paréntesis el contenido del respectivo precepto.

Queremos expresar nuestra gratitud al Prof. COBO DEL ROSAL, por cuya mediación pudo iniciarse una fructífera línea de colaboración con esta prestigiosa editorial, y a Juan José Pons, editor, por haber acogido esta obra señera entre sus publicaciones jurídicas. De la favorable acogida por el público de habla española da prueba la publicación de esta segunda edición, realizada a partir de la séptima alemana.

Joaquín CUELLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

PRÓLOGO A LA SÉPTIMA EDICIÓN ALEMANA

La séptima edición de Autoría y dominio del hecho *es la última que pude culminar en mis años de servicio activo, que concluía en el otoño de 1999. Esta obra, que se publicó por vez primera en mi toma de posesión en Gotinga en 1963 me ha acompañado, pues, desde el principio hasta el fin de mi actividad docente y me va a seguir ocupando como profesor emérito.*

Al igual que en ocasiones anteriores, sólo he reelaborado la «Parte final» (pp. 589-758), pero de manera tan exhaustiva que ha llegado a alcanzar la extensión de una monografía. Por una parte, ello se debe a la evolución de la jurisprudencia. La sentencia BGHSt *40, 218 recogió la figura jurídica, desarrollada por mí (pp. 269 ss.), del «dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas», dando lugar así a ulteriores sentencias relativas a la autoría mediata y a gran número de tomas de posición doctrinales. Todo ello había que procesarlo y valorarlo críticamente. Por otra parte, la doctrina de la autoría y la participación, en general, ha vuelto a experimentar en los últimos años una gran animación. El dominio del hecho, el principio de la autonomía, los delitos de infracción de deber, los de propia mano y planteamientos absolutamente divergentes son objeto de nuevos debates. He intentado reflejar estas tendencias y, tomando postura, estimular la controversia científica. También se documenta y analiza profusamente la jurisprudencia de los últimos años. Así pues, la obra no sólo contiene mi "antigua" concepción, sino que también refleja el estado actual de la doctrina de la autoría.*

La sexta edición de esta monografía ha aparecido publicada, a finales de 1998, bajo el título de Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducida al español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona). Agradezco a todos los que lo han hecho posible, principalmente, como es natural, a mis traductores. Cabe esperar que así se vea impulsado el debate internacional, ya en curso, sobre la autoría y la participación.*

Me siento agradecido asimismo a quienes me han ayudado en esta nueva edición: Ante todo, a mis Ayudantes, el Dr. Harald Niedermair, imprescindible redactor y consejero, así como Christoph Knauer; también a mi secretaria, Moni-

ka Seebeck, así como a mis estudiantes colaboradores, especialmente a Verena Sabaß, pero también a Michael Rothärmel y Tobias Zwingler. Debo agradecer asimismo a la Dra. Dorothee Walther, a cuyo ejemplar cuidado está desde hace ya muchos años esta obra en la editorial De Gruyter.

Múnich, abril de 1999

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN

La quinta edición estaba agotada ya desde el verano de 1993. Con cierto retraso, puedo presentar, por fin (treinta y un años después de haber aparecido la primera), la sexta edición. El apéndice, actualizado y ampliado de nuevo (pp. 587-714), trata la evolución de la jurisprudencia relativa a la delimitación entre autoría y participación, continuando el análisis de ediciones anteriores, relativo a las sentencias de la posguerra, mediante una exposición comentada de todas las sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGH) dignas de mención, de los años 1989 a 1993. Por desgracia, en esta labor no pude tener en cuenta, debido a razones editoriales, la Sentencia de 26 de julio de 1994 (AZ: 5 StR 98/94), en la que por vez primera asume la figura jurídica, desarrollada por mí, de la «autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados» (cfr. *al respecto en esta obra pp. 267-278, 691 ss.). Asimismo, en la medida en que lo han permitido las limitaciones de espacio, he intentado evaluar críticamente los nuevos esfuerzos de la doctrina que en estudios monográficos se ha ido ocupando crecientemente de la teoría de la autoría.*

Por su colaboración en preparar esta nueva edición he de expresar mi agradecimiento ante todo al Profesor Christian Jäger.

Múnich, abril de 1994

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN

La cuarta edición se agotó con más rapidez que la segunda y la tercera, reflejándose así la creciente actualidad que la delimitación entre autoría y participación ha ido ganando en los últimos años. No sólo se han dedicado al tema varias monografías nuevas, sino que el BGH *ha dictado en los últimos cinco años más sentencias (algunas innovadoras) relativas a las formas de participación que en los veinte años anteriores. Con esta evolución, que —en conjunto— muestra la creciente importancia de la doctrina de la autoría también en la praxis, he polemizado en la «parte final de 1989» (pp. 546-665), nuevamente elaborada, que en consecuencia ha resultado notablemente más extensa que las partes finales de las ediciones precedentes. En cambio, el cuerpo de la obra (pp. 1-545), como siempre, ha permanecido intacto.*

Agradezco sinceramente su ayuda en la preparación de esta edición a mis colaboradores, ante todo a los Dres. Aristotelis Charalambakis y Manfred Heinrich, así como a los Sres. Frank E. Bertling, Hans Neft, Harald Niedermair y Hans Schlüter.

Múnich, abril de 1989

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

El 1 de enero de 1975 entró en vigor una nueva Parte General de nuestro Código penal. El único precepto que se ocupa de las formas de aparición de la autoría, el nuevo § 25 StGB, sin embargo, no ha hecho envejecer la presente obra. Por el contrario, después de que el legislador haya codificado, esbozándolas, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría de la forma que ya subyacía en los primeros Proyectos desde 1959 y que asimismo se preconizaba desde el principio en esta monografía, en absoluto ha perdido significado el esfuerzo por concretar y configurar en cuanto a su contenido estas tres figuras jurídicas, así como su delimitación con respecto a la participación. La presente exposición incluso ha ganado actualidad, porque el nuevo precepto, al igual que ya se establecía en la fundamentación del Proyecto de 1962, del mismo tenor literal en este aspecto, da «espacio a la idea del dominio del hecho» y probablemente a la larga abra el camino para que también la jurisprudencia se desligue de la subjetivista teoría del animus *en favor del principio del dominio del hecho, al que aquí se considera determinante.*

En esta cuarta edición, al igual que ya en la tercera, se ha suprimido el capítulo undécimo original. Por lo demás, contiene en sus pp. 1-545 el texto intacto de las tres primeras ediciones. He renunciado a "reelaborar", porque ello siempre entraña, en monografías, una injerencia en la sustancia, debido a que la armonía de la concepción original suele resentirse por retoques posteriores o por excursos ulteriores. En lugar de ello, me pareció más fructífero actualizar el libro con arreglo a la legislación, jurisprudencia y doctrina más recientes, mediante un epílogo añadido (pp. 546-635), relativamente pormenorizado. En éste, no sólo he interpretado la nueva situación legislativa y continuado el análisis de la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal hasta la fecha, sino que me he esforzado por presentar a grandes rasgos la evolución doctrinal de los veinte años transcurridos desde la primera edición, y por polemizar con ella mostrando mi aprobación o desacuerdo, contribuyendo así a hacer avanzar el diálogo sobre los problemas aún controvertidos de este ámbito jurídico.

Agradezco sinceramente a la Sra. Romy Gebhart por la revisión del epílogo y del índice de materias.

Múnich, noviembre de 1983

Claus Roxin

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La presente obra quedó concluida, en sus partes esenciales, en la primavera de 1962. Sin embargo, fue posible aprovechar para la publicación la doctrina y la jurisprudencia de hasta el 1 de enero de 1963 (en casos concretos, incluso posterior).

He de expresar mi agradecimiento más sincero a quienes me han apoyado en mis esfuerzos; en primer lugar, mi estimado maestro Heinrich Henkel, que ha dirigido mi formación científica con bondad e implicación siempre afectuosas; asimismo, a la Deutsche Forschungsgemeinschaft, por cuya generosa ayuda ha sido posible la impresión y rápida publicación de esta obra. De aquellos que han estado a mi lado al realizar la labor querría mencionar por su nombre únicamente a dos: Al Asesor Judicial Dr. Rudolphi, que ha realizado principalmente el trabajo en el índice de materias, y a mi esposa, que me ha dado muchos y válidos consejos de fondo y que ha soportado casi en solitario el engorro de corregir las pruebas.

Gotinga, junio de 1963

Claus ROXIN

§ 1. INTRODUCCIÓN

El Código penal alemán (StGB) vigente distingue, con respecto a los sujetos que intervienen en el delito, entre autores, inductores y cómplices (§§ 47 ss.), y asimismo en el Derecho penal futuro va a mantenerse esa división trimembre (*cfr.* §§ 29 ss. del Proyecto de 1962). A pesar de una amplia jurisprudencia y de una doctrina inabarcable que se remonta hasta el pasado siglo, a pesar del rico material de la práctica y de numerosas y sutiles teorías, sin embargo, hasta hoy no se ha conseguido delimitar satisfactoriamente estas formas de participación entre sí. «La teoría de la participación [1] es el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal alemana», se lamentaba KANTOROWICZ [2] ya en 1910; BINDING [3] hizo propia esa frase poco después y todavía en la sesión de la Gran Comisión de Derecho penal de 3 de febrero de 1955 se refería Richard LANGE [4] a la expresión para explicar las posturas absolutamente contrapuestas que surgieron en el debate.

Irreconciliables se opusieron las posturas a lo largo de decenios. El Tribunal del Imperio (RG) se mantuvo imperturbable hasta el final en la llamada teoría subjetiva de la participación [5], desarrollada por él ya en las primeras sentencias, forzando así a la doctrina a una crítica de vehemencia poco común. Aunque, por ejemplo, Max Ernst MAYER [6] tildó a esta teoría de «tergiversación sofística de la ley imposible de superar», y BELING [7] la calificó de «puro producto de la fantasía, situada al margen de la ley y que en sus resultados a menudo la fuerza», y aunque ROSENFELD [8] ya consideró en 1930 que no merecía la pena refutarla, la jurisprudencia ni siquiera tomó nota de los múltiples argumentos de sus críticos. Por otra parte, tampoco ninguna

[1] En sentido amplio, incluyendo a la autoría, tal como se caracteriza en el epígrafe del capítulo tercero.

[2] *Aschaffenburgs Monatsschrift (= Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform),* año 7.º, 1910, p. 306.

[3] *Abhandlungen,* p. 253.

[4] Cfr. *Actas,* t. 2.º, p. 96.

[5] Fundamentales son las sentencias *RGSt,* 2, 160-164; 3, 181-182.

[6] *Lehrbuch,* p. 402.

[7] *Gerichtssaal,* t. 101, 1932, p. 10.

[8] *Frank-Festgabe,* II, p. 169.

de las numerosas opiniones heterogéneas pudo imponerse en la ciencia penal a la larga [9].

En este frente casi inmóvil sólo en los últimos veinticinco años ha vuelto a verse animación. La teoría del «dominio del hecho final» preparada por LANGE [10], desarrollada ampliamente por primera vez por WELZEL [11] en sus *Estudios acerca del sistema del Derecho penal* y luego articulada especialmente por GALLAS [12], se encuentra desde entonces en el centro de la discusión. Encontró en seguida numerosos partidarios en la doctrina, y actualmente puede calificarse casi de dominante [13]. También el BGH ha asumido el término «dominio del hecho» en varias sentencias [14], reflexionando incluso sobre si no habrá que hacer prevalecer a esta teoría sobre la teoría subjetiva, dominante desde siempre en la jurisprudencia [15]. Las propias Exposiciones de Motivos de los últimos Proyectos de Código penal trabajan con el criterio del dominio del hecho [16], ni que decir tiene que sin querer fijar en la ley esta teoría.

Sin embargo, tampoco faltan voces escépticas. Así, por ejemplo, opina ENGISCH [17] que el concepto de dominio del hecho no lleva significativamente más allá que otras ideas afines, más antiguas; BAUMANN [18] dice que «no se ha hallado en el dominio del hecho un criterio novedoso y autónomo»; HARDWIG [19] considera que el concepto de dominio del hecho no es «el punto final de la agudeza teórica», y SCHWALM [20] entiende que la sustitución de la «voluntad de autor» por el «dominio del hecho» supone simplemente un cambio entre conceptos igualmente carentes de contenido. Precisamente en las últimas deliberaciones de la Comisión de Derecho penal la opinión resignada de que nunca se vaya a encontrar una delimitación viable de las formas de participación ha vuelto a propiciar que se reclame el concepto unitario de autor [21].

Este estado de cosas justifica abordar directamente el ámbito de problemas en su conjunto y examinarlo a fondo de nuevo, incluyendo los conocimientos adquiridos en los últimos decenios. Obedece a la importancia que ha alcanzado la teoría del dominio del hecho y a la circunstancia de que

[9] Cfr. al respecto pormenorizadamente *infra* pp. 52-77.
[10] *Der moderne Täterbegriff,* 1935.
[11] *ZStW,* t. 58, 1939, pp. 537 ss.
[12] *Gutachten,* 1954, pp. 121 ss.; número especial Atenas, 1957, pp. 3 ss.
[13] Al respecto, con pormenores, *infra,* pp. 87-88.
[14] Al respecto, la recopilación, *infra,* pp. 109-125.
[15] Cfr. *BGHSt,* 8, 395.
[16] Cfr. Proyecto de 1958, p. 36; Proyecto de 1960, p. 139; Proyecto de 1962, pp. 147-48.
[17] *ZStW,* t. 66, 1954, p. 383.
[18] *JZ,* 1958, p. 232.
[19] *GA,* 1954, p. 353.
[20] *Actas,* t. 2.°, p. 89.
[21] SCHWALM, *loc. cit.,* p. 90; KRILLE, *Actas, loc. cit.,* p. 99.

hasta ahora no se le ha dedicado ninguna valoración monográfica pormenorizada, que esta teoría —su posición en la evolución de la doctrina de la autoría y el alcance de sus puntos de partida— haya de acaparar en esa tarea el mayor espacio. De todos modos, la labor no puede limitarse a ella, pues dado que se trata de estudiar los conceptos de autoría y participación necesitan atención también todas las demás teorías, en tanto que sigan teniendo trascendencia.

De ahí surge una dificultad para la exposición. En efecto, como la doctrina sobre el tema, desde comienzos del siglo pasado, es casi inabarcable por su magnitud, no resulta posible ni razonable reflejar con igual extensión absolutamente todo lo que se ha dicho, para sólo después de una historia doctrinal tan extenuadoramente amplia como enmarañada agregar la propia opinión. La exhaustividad de las fuentes sólo se ha perseguido al tratar el dominio del hecho. En lo demás ha habido que cribar todo el material histórico, teniendo presente qué es lo que aún hoy brinda puntos de partida provechosos para la doctrina de la autoría y es esencial para entender su evolución. Por eso es necesario elaborar al principio del tratado algunos puntos de vista metodológicos rectores en la determinación del concepto de autor y que puedan ofrecer un baremo para ordenar y clasificar todas las posturas, que por su multiplicidad confunden. Así, en el estudio no están separadas la exposición de la historia doctrinal, la crítica realizada de la mano de parámetros superiores y la evolución de un concepto de autor adecuado, derivado de ahí, sino que están entretejidos, de manera que cada parte sirve simultáneamente a los tres fines y la solución propugnada se va desvelando a lo largo de la exposición, conforme avanza el curso de las ideas. El que tal modo de proceder sea fructífero o no bien puede demostrarlo el texto que sigue.

Anticipemos dos indicaciones materiales más: el tratamiento del concepto criminológico de autor no forma parte del tema de este estudio. Y se ha renunciado a investigar en capítulo aparte el Derecho comparado, dado que en este ámbito ya existen varias exposiciones esmeradas aparecidas en los últimos tiempos [22].

[22] DIETZ, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht,* 1957; STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht,* 1952; BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht,* 1961.

CAPÍTULO PRIMERO

PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS

Para determinar el concepto de autoría y delimitarlo con respecto a las demás formas de intervención cabe emprender distintas vías, que influyen en el resultado en cierta medida, que se detallará más adelante. Así pues, a fin de no incurrir en planteamientos unilaterales acríticos y de no excluir de entrada determinadas soluciones individuales hay que ser consciente del método seguido en el modo de proceder.

El problema de la autoría nunca ha estado en el centro de interés del debate sobre la metodología jurídico-penal. Y, sin embargo, también en este aspecto parcial de la dogmática es posible rastrear los giros a los que se ha visto sometido el pensamiento jurídico-penal bajo el influjo de las corrientes de las ciencias culturales.

§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA

Los primeros decenios de vigencia del Código penal alemán coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases [1]. Lo cual significa, trasladado a la doctrina de la autoría y la participación, que el Derecho penal se ocupa de las distintas personas intervinientes en un delito primordialmente desde el punto de vista de su aportación causal a producir el resultado.

Acerca de este extremo existía amplio acuerdo, al margen de la diferencia de resultados. Von BAR no hizo más que formular la concepción básica de aquella época al escribir [2]: «La doctrina de la participación... cabe con-

[1] Cfr., con respecto a los fundamentos histórico-intelectuales, WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, pp. 1-40.

[2] *Die Lehre von Kausalzusammenhange*, 1871, p. VII.

siderarla como aplicación específica de la doctrina de la causalidad.» Los principales representantes de las teorías subjetivas y objetivas, vivamente enfrentadas, v. BURI y BIRKMEYER, coincidían en que únicamente el concepto causal podía conducir a resolver la problemática de la autoría y la participación. «La doctrina de la causalidad es clave para resolver la participación», escribía v. BURI [3], y BIRKMEYER, en su monografía de amplio alcance [4], daba por sentado sin más que «la doctrina de la participación tiene como base científica la doctrina de la causalidad».

Como es evidente, este punto de partida metodológico deja margen para soluciones completamente distintas. Cabe clasificar las concepciones, defendibles a partir de éste, en dos grandes grupos que se distinguen en que o bien se consideren equivalentes todas las condiciones del resultado, o bien se crea poder reconducir cada una de las formas de participación a distintas formas de causación.

Para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor. Así leemos, por ejemplo, en v. LISZT, aún en la última edición a su cargo [5]: «Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado...» La única solución coherente a partir de ahí, esto es, la renuncia a establecer distintas formas de participación, estaba descartada por la diferenciación plasmada en la ley. El concepto unitario de autor, pues, sólo era posible mantenerlo como exigencia *de lege ferenda*. Lo cual venía ilustrado por HEIMBERGER [6], que al margen de las exigencias político-criminales de la escuela de LISZT, derivaba la autoría unitaria únicamente de la doctrina causal, deduciendo de ésta: el legislador «no puede obligarme a distinguir allí donde me falta la capacidad de distinguir».

Sobre la base del Derecho vigente, si se quería permanecer fiel al planteamiento causal, coherentemente sólo quedaba la posibilidad de desplazar al aspecto subjetivo las diferencias entre las formas de participación [7], pues si sólo se tenía en cuenta el curso causal —por mor de la ley, de la que se partía— y se consideraban equivalentes todas las condiciones, el aspecto objetivo del hecho no ofrecía en absoluto posibilidad de distinguir entre distintos partícipes.

[3] *Über Kausalität und deren Verantwortung,* 1873, p. 102.

[4] *De Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts,* 1890, p. 5.

[5] *Lehrbuch,* 21.ª y 22.ª eds., 1919, p. 204.

[6] *Mitteilungen,* pp. 534-540 (538).

[7] El propio v. LISZT, como es sabido, no ha ido por ese camino.

Por eso, el método causal, sobre la base de la teoría de la equivalencia, tuvo que conducir, hasta cierto punto de modo forzoso, a la teoría subjetiva de la participación, tal como con tan gran éxito —es sabido— la desarrolló von BURI [8]. Cuando éste dice que la teoría subjetiva no reconoce una relevante diferencia de la eficacia (del autor [9] y del cómplice), hasta el punto de «que su propia existencia está condicionada por la equivalencia de la efectividad del autor y del cómplice» [10], ello pone de relieve que para él su teoría de la participación debe su razón de ser exclusivamente a su teoría causal.

También en la jurisprudencia se encuentra esta derivación de la teoría subjetiva a partir del método causal. Una sentencia de 1881 [11], fundamental para la práctica posterior, señala que no puede existir diferencia entre cómplices y coautores y que el cómplice tendría que ser siempre coautor «si la diferencia tuviera que deducirse de la índole objetiva de la actividad exteriorizada en común. Por eso, la diferencia entre participación y coautoría sólo puede ser subjetiva, basada en la diferencia de la voluntad del coautor y de la del partícipe». Nunca ha aparecido en la jurisprudencia una fundamentación de la teoría subjetiva divergente de este punto de partida. Así pues, resulta curioso que una teoría que aún hoy mantiene —al menos formalmente— el BGH se haya obtenido metodológicamente por un camino que hoy no se duda en calificar de inviable.

Pero también las teorías objetivo-materiales surgieron sobre la base de una consideración causal pura, aun cuando en el fondo sean absolutamente opuestas a la teoría de la equivalencia. Pues cuando se creyó que era posible encontrar diferencias causales entre las condiciones del resultado, distinguiendo así entre causa y condición, a partir del punto de partida metodológico ya dado, estas diferencias se tuvieron que convertir en base de la delimitación entre autoría y participación. De esta manera surgieron las teorías objetivas que distinguían entre clases y grados de causalidad, cuya exposición pormenorizada no es aquí necesaria [12].

Ahora bien, tanto si se delimita la autoría de la participación, a partir del planteamiento causal, según puntos de vista subjetivos u objetivos, como si se rechaza en absoluto la posibilidad de distinguir, hoy ya ha pasado a la historia el método causal concebido en tales términos. Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea

[8] Por primera vez en *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung.* 1860.

[9] Del autor *(Täter)* en lenguaje actual.

[10] *GA,* t. 17.º, 1869, p. 234.

[11] *RGSt,* 3, 181 ss. (182).

[12] La mejor panorámica sobre las distintas concepciones la ofrece PERTEN, pp. 11-34; cfr., para lo demás, la polémica con las teorías objetivo-materiales, *infra* pp. 56-59.

autor o partícipe sólo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que parten de esta distinción. Bien es cierto que la consideración causal puede hacerme entender la concatenación de los sucesos exteriores, pero sobre su significado jurídico no puede aportarme nada. Es ciega al sentido y a los valores.

Sin embargo, esta mirada retrospectiva a los primeros decenios de la teoría de la participación presenta algo más que interés histórico, pues pone de manifiesto que un principio metodológico no facilita sólo *una* solución, sino que puede conducir a resultados sumamente distintos. Por otra parte, enseña que el método tampoco es indiferente, no pudiéndosele pasar por alto, ya que de entrada abre el camino para descubir muchas otras posibilidades de solución. Así, por ejemplo, no es concebible desde el planteamiento causal determinar el concepto de autor según criterios tales como los del merecimiento de pena, la intensidad de la energía criminal, el dominio final del curso del suceso o el contenido de sentido social. Ni siquiera vienen en consideración tales vías de pensamiento.

Y aún enseña esta breve exposición que cuanto menos un método admite *una* sola solución tanto menos es incorrecto un resultado sólo porque se haya obtenido a través de vías metodológicamente incorrectas. Resulta prematuro considerar, como ha ocurrido con frecuencia, que la teoría subjetiva está ya refutada por el mero hecho de que emprendiera su desfile triunfal bajo la enseña del dogma causal. Empero, puede representar una solución correcta desde otros puntos de partida. Asimismo, es posible que de las diferencias causales que han conducido a las numerosas teorías objetivas algunas puedan aparecer como significativas también desde un enfoque de valoración jurídica o de inquisición de sentido. A esta luz se ahondará más adelante en estas diferenciaciones causales [13].

§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA

Desde los años veinte del presente siglo están superados definitivamente en la ciencia jurídica los modos de pensar naturalístico-causales. Se apelaba a la independencia de las ciencias culturales con respecto a las ciencias naturales y se desarrollaron métodos propios de las ciencias del espíritu a fin de solucionar los problemas jurídicos. En el ámbito del Derecho penal alcanzó influencia decisiva la Escuela neokatiana, en su vertiente de la llamada Filosofía de los valores de Alemania suroccidental [1], que distinguía entre el reino del ser (concebido empíricamente y exento de valores) y el reino de los valores que surgen de lo dispuesto por el ser humano, concibiendo los fenó-

[13] *Vid. infra* pp. 56 ss.

[1] Fueron decisivos especialmente los estudios metodológicos de RICKERT y la *Rechtsphilosophie* de LASK.

menos culturales como producto de la transformación de la realidad exenta de valores por parte del espíritu humano, que instituye sentido y finalidad. A partir de ahí, los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducirse de la realidad, sino que precisamente se le añaden a ésta por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de finalidad. Así, «la totalidad de los objetos accesibles al Derecho se reviste a la vez con un tejido teleológico» [2] y los fenómenos jurídicos aparecen como «productos de la formación de conceptos de las ciencias culturales» [3]. «Los conceptos exentos de valoración... pierden su carácter naturalístico, experimentando una transformación teleológica, específicamente jurídica, en conceptos plenos de valoración» [4]. El método teleológico-normativo inició su marcha triunfal [5].

Y pronto se descubrió la inidoneidad del planteamiento causal para determinar los conceptos de autoría y participación. Max Ernst MAYER manifestó ya en 1915 [6] que éste se hallaba «en contradicción... con todas las buenas mentes del pensamiento metodológico...; lo que para la consideración causal es igual, puede ser distinto para la teleológica; lo que sólo tiene un sentido para las ciencias naturales puede tener varios para las ciencias culturales». Pocos años después también señaló MEZGER [7], al tratar cuestiones de participación, que de la «equivalencia, epistemológico-lógica, de todos los eslabones de una cadena causal psicofísica» no debe deducirse su «equivalencia valorativa jurídica», y que la teoría subjetiva de la participación deduce «incorrectamente la igualdad teleológica de las condiciones a partir de la igualdad causal». La distinción entre las diferentes formas de autoría y participación sólo es posible alcanzarla por la vía de la valoración jurídico-normativa de las aportaciones individuales al hecho [8].

Esta posición básica metodológica modificada se impuso rápidamente en el tratamiento de la teoría de la participación. Paul MERKEL [9] subrayó: «La causalidad... no desempeña papel alguno en la distinción entre coautoría y complicidad»; WEGNER [10] criticó «la atención unilateral a la cuestión de

[2] LASK, p. 316.

[3] *Op. cit.*, p. 308.

[4] MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens*, p. 31.

[5] También influyeron en la evolución la *Psychologie des emotionalen Denkens* de Heinrich MAIER y la jurispruencia de los intereses, desarrollada en el terreno del Derecho civil. No es éste el lugar de describir en detalle los orígenes del método teleológico. Cfr. al respecto SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie Im Strafrecht*, 1935; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

[6] *Lehrbuch*, 1915, p. 390.

[7] *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1912, p. 206; cfr. asimismo más tarde *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1933, pp. 443 y 444.

[8] Así más tarde en el *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 444.

[9] *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe*, 1925, p. 16; cfr. asimismo *Grundriß*, 1927, p. 173.

[10] «Teilnahme», en *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 105.

la causación», y hacia el año 1930 todos los grandes tratados profesaban una solución teleológica de la problemática de la participación [11].

Quien por vez primera acometió la tarea de desarrollar de modo completo el concepto de autor sobre la base de tal método normativo-teleológico fue Eberhard SCHMIDT, en su fundamental monografía sobre *La autoría mediata* [12]. Dado que se trata de un trabajo representativo de esta dirección metodológica, que en los años sucesivos ha determinado ampliamente el debate, al menos han de señalarse sus ideas básicas.

SCHMIDT parte de que los conocimientos jurídico-penales han de obtenerse mediante "consideraciones normativas" y elabora con claridad la contraposición metodológica de su doctrina con respecto al "planteamiento cognoscitivo-naturalístico" de la doctrina antes dominante [13]. «Se empecina en el planteamiento ontológico cognoscitivo quien en la .... determinación conceptual de la autoría acentúa más o menos exclusivamente un determinado modo de ser del comportamiento. Pero ello es así sobre todo en aquellos que determinan el concepto de autor con auxilio de la causalidad y distinguen autoría y participación por medio de la consideración causal» [14]. Así pues, enlazando con anteriores autores, pone de manifiesto la inidoneidad de la consideración causal y plantea entonces la pregunta decisiva: «¿Qué puntos de vista normativos han de conformar el punto de partida para la doctrina jurídica de la autoría y la participación orientada a ideas valorativas?» [15].

Llega a resolver este problema considerando que el legislador formula los tipos «para anunciar juicios de valor sobre lesiones de bienes jurídicos». Lo que da a un modo de conducta la característica esencial es la "lesión de intereses" que determina [16]. De ahí deduce SCHMIDT que, aun cuando el Derecho positivo no se manifestase en absoluto sobre el problema de "autoría y participación", «cualquiera que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización de tipo y con ella (materialmente hablando) una lesión de un bien jurídico, debería ser declarado autor» [17]. Resulta indiferente al respecto que emprenda por sí mismo una acción coincidente con la descripción típica o que dé lugar a ella, pues en ambos casos determina igualmente una lesión de bien jurídico.

Así se obtiene un (llamado) «concepto extensivo de autor» [18], en el que, como SCHMIDT señala, se incluirían, "evidentemente", también el "inductor" y el "cómplice" del Derecho actualmente vigente. Pero como la ley distingue

[11] Cfr. MEZGER, *loc. cit.;* v. LISZT-SCHMIDT, 26.ª ed., p. 335, nota 16; FINGER, *Strafrecht,* 1932, p. 544; Rob. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* t. 2.º, 1930, pp. 45 y 46.
[12] *Frank-Festgabe,* t. II, 1930, pp. 106-133.
[13] *Loc. cit.,* p. 106.
[14] *Loc. cit.,* p. 108.
[15] *Loc. cit.,* p. 114.
[16] *Loc. cit.,* p. 117.
[17] *Loc. cit.,* p. 117.
[18] La expresión fue acuñada por ZIMMERL, *ZStW,* t. 49, 1929, p. 40.

al inductor y al cómplice del autor, hay que armonizar el "concepto general de autor" con el Derecho positivo. Mientras que el tratamiento especial del cómplice tiene fundamento material debido a la escasa peligrosidad de su comportamiento con vistas al bien jurídico lesionado, la distinción entre inductor y autor es exclusivamente doctrinal [19], pero con todo ha de realizarse igualmente, en consideración al tenor literal de la ley, y según criterios objetivos.

Así pues, SCHMIDT llega al resultado de que todo aquel que causa una lesión típica de bien jurídico, si no es inductor o cómplice, ha de ser declarado autor. La autoría directa se distingue de la mediata en relaciones externas, sin importancia jurídica. Por eso no reconoce delitos de propia mano y señala que todos los tipos pueden cometerse en autoría mediata [20]. Si A determina al enfermo mental B a tener acceso carnal con su hermana (de B), A es autor mediato del delito de incesto [21]. También los padres del asesino, según SCHMIDT, al engendrarlo, han realizado el tipo de asesinato del § 211 StGB, pues desde luego han determinado una lesión de bien jurídico [22], y quien induce a otro al suicidio, comete un homicidio en autoría mediata [23], pues ha determinado la muerte de una persona y, debido a la impunidad de la inducción al suicidio, no puede responder como inductor.

No se va a abordar aquí el contenido material de estas teorías. Desde puntos de vista metodológicos resulta particularmente notable que el concepto extensivo de autor, obtenido mediante un planteamiento valorativo, con abandono expreso del naturalístico-cognoscitivo, apenas se distinga del concepto unitario de autor del método causal. Así vuelve a ponerse de manifiesto que un método incorrecto no tiene que conducir forzosamente a un resultado defectuoso. Por otra parte, sin embargo, también se hace notar que un método como el teleológico —aun suponiéndolo correcto— no garantiza necesariamente un resultado acertado. Pues aunque MEZGER asumió en seguida el concepto extensivo de autor en su Tratado y manifestó una «plena concordancia metodológica» con Eberhard SCHMIDT [24], otros partidarios del planteamiento normativo llegaron a resultados completamente distintos.

Así, por ejemplo, BELING, el principal representante de la teoría objetivo-formal, se declaró partidario de la formación exclusivamente teleológica de conceptos [25] en pormenorizadas reflexiones metodológicas, enlazando con

[19] *Loc. cit.,* p. 118.
[20] Con la excepción, en Derecho positivo, del § 160 StGB; cfr. en detalle loc. cit., pp. 128 ss.
[21] *Loc. cit.,* p. 130.
[22] *Loc. cit.,* p. 119, nota 1; de esta consecuencia tan aventurada el propio SCHMIDT pronto se apartó; cfr. *Militärstrafrecht,* 1936, p. 41. Ahora niega la realización del tipo, al no tratarse de una condición adecuada de la muerte.
[23] *Loc. cit.,* p. 125.
[24] Cfr. *Lehrbuch,* 2.ª ed., p. 426, nota 3.
[25] Cfr. BELING, *Methodik der Gesetzgebung,* 1922, pp. 2 ss., en especial p. 16.

Heinrich MAIER y LASK. Y sin embargo, sostenía que autor sólo es aquel que ha realizado la acción típica de un modo acorde con el sentido del lenguaje común. Llegó a este resultado preguntando —consecuentemente, desde la perspectiva metodológica— qué quería decir el legislador cuando por ejemplo hablaba de «matar a una persona» [26]; después exponía las consecuencias, inadmisibles a su juicio, a las que conduciría entender aludida toda causación de muerte, y deducía que el legislador diría "indudablemente": «eso no lo he querido yo en absoluto». Más bien, diría «con toda seguridad que tenía presente otra imagen mental mucho más concentrada, que se refería justo a la del sentido del lenguaje común, al hablar de "matar a una persona", de "cruzar un puente", de "perjurio", etc.» [27].

También GRÜNHUT, cuyos trabajos metodológicos han contribuido esencialmente al triunfo del planteamiento normativo en Derecho penal [28], se mantuvo en el concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos [29], polemizando con SCHMIDT; HEGLER [29a] combinó, por la vía del modo de proceder teleológico, la teoría objetivo-formal con su "teoría de la preponderancia", pensada para esclarecer la autoría mediata; GOETZELER [30], por el contrario, desde los mismos fundamentos metodológicos, llegó por su parte a un concepto extensivo de autor, enlazándolo, a diferencia de Eberhard SCHMIDT, con una teoría subjetiva de la participación.

Sin embargo, estos resultados tan heterogéneos revelan, a la vez, falta de método. La idea de que hay que determinar el concepto de autor con auxilio de un planteamiento valorativo no arroja conclusión alguna sobre con arreglo a qué criterios ha de llevarse a cabo esta valoración. Tal debilidad no se ponía de manifiesto con tanta claridad en el ámbito tradicional del método teleológico, esto es, en la interpretación del tipo, pues para el bien jurídico protegido en un precepto penal se encuentran casi siempre en la ley puntos de apoyo suficientes, y una interpretación orientada al bien jurídico conducirá aquí, por lo general, a resultados satisfactorios. Por el contrario, al distinguir entre autoría, inducción y complicidad no son evidentes en absoluto los puntos de vista valorativos de la ley. Existe ahí el peligro de que todos, inadvertidamente, interpreten la ley contaminándola con su propia opinión. Si el planteamiento teleológico conduce de este modo a resultados enteramente arbitrarios es inútil como método, ya que el valor de un método reside precisamente en que abra el paso a ciertas soluciones concretas, no dejándolo abierto a cualquier posibilidad imaginable. Así pues, un planteamiento normativo puede ser de utilidad en este ámbito sólo si se indica a la vez una vía por la que encontrar los criterios valorativos correctos.

[26] *Op. cit.*, pp. 95 ss.

[27] *Op. cit.*, p. 96.

[28] *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Festgabe für Frank*, t. i, pp. 1-32.

[29] *JW*, 1932, pp. 366 ss.

[29a] *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 73-75, nota 35.

[30] «Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriff und seine Auswirkungen», *SJZ*, 1949, párrafos 837-846.

No obstante, esta tarea la han descuidado del todo aquellos que han elaborado la doctrina de la autoría desde puntos de vista teleológicos. Así, por ejemplo, sorprende que Eberhard SCHMIDT crea poder zanjar el problema con auxilio del concepto de bien jurídico. Sin embargo, es correcto que los tipos —entre otras funciones— sirven a la tutela del bien jurídico, pero no está claro por qué este concepto ha de ofrecer la clave para resolver los problemas de las autoría y la participación. Además, se pone de manifiesto que SCHMIDT no consigue con ayuda de estos criterios hallar algún sentido en la distinción entre autoría y participación. A pesar de lo cual se encuentra además fuera de su ámbito de ideas someter a comprobación crítica este punto de vista valorativo, rector para él. El incuestionable empleo del concepto de bien jurídico cabe aclararlo históricamente a partir del hecho de que el método teleológico siempre aparecía estrechamente hermanado con el concepto de bien jurídico como criterio de interpretación [31]. Pero tendría que haber investigado antes si cabe trasladar sin más este punto de vista, que se elabora al hilo de la interpretación del tipo, a la problemática de la autoría como baremo de valoración.

Con todo, este empleo acrítico de un punto de vista valorativo apenas fundamentado se encuentra también en BELING, que llega al resultado opuesto. Bien es cierto que se esfuerza por refutar el concepto extensivo de autor a partir de sus consecuencias, pero entonces llega por las buenas a la conclusión de que el legislador pretende atenerse "indudablemente" y "con toda seguridad" en su distinción al sentido del lenguaje común. Aquí se sustituye la fundamentación por la expresión rimbombante. Sin embargo, se deja de considerar que el legislador tiene abiertas muchas otras posibilidades de valoración. Además, BELING no permite aclarar qué puntos de vista valorativos materiales se ponen de manifiesto verdaderamente al atender al sentido del lenguaje común. Así pues, también en su caso la verificación de los propios puntos de vista valorativos está más allá del conocimiento metodológico.

Lo cual lleva al siguiente resultado: aun cuando se considere en general como método adecuado para la ciencia el planteamiento orientado al fin de la ley, sin embargo requiere aún, para conducir a resultados útiles, de complemento por medio de una labor encaminada a la obtención de baremos valorativos, cuyo desarrollo hasta ahora en general se ha descuidado. Evidentemente la cuestión de si el pensamiento normativo (aun cuando se lo aplique de la manera indicada) abre o no el camino a una concepción adecuada a la esencia de la materia jurídica, y en qué medida, sólo cabe estudiarla

[31] Cfr. al respecto, sintetizando, el estudio de SCHWINGE relativo a *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.

con más detalle al hilo del debate acerca de las siguientes corrientes metodológicas.

§ 4. TEORÍAS ONTOLÓGICAS DE LA AUTORÍA

En los años treinta de este siglo, con la superación del neokantismo en la Filosofía pasó a primer plano también en la ciencia jurídica un nuevo modo de considerar que rechazaba contemplar la materia jurídica como mero resultado de la configuración de un material informe por medio de conceptos jurídicos valorativos y que, en cambio, creía poder descubrir ya en los propios ámbitos materiales regulados por el Derecho principios de ordenación deducibles únicamente a partir de la materia jurídica.

Se trataba de corrientes netamente distintas, aun cuando no enteramente sin relación entre sí:

Los representantes de la llamada «Escuela de Kiel» [1] creían poder concebir el concepto de delito y los fenómenos jurídicos por la vía de una "observación intuitiva del ser" y por medio de una "consideración global y concreta"; DAHM [2] señaló que los conceptos de la ciencia jurídica son «a la vez reproducciones de una realidad plena de sentido... que no sólo representa la materia prima para la formación de conceptos jurídicos, sino que ya le prescribe el camino a seguir, dentro de ciertos límites».

Carl SCHMITT desarrolló, bajo la influencia de la teoría de las instituciones de Maurice HAURIOU, su teoría del «pensamiento de ordenamiento concreto» [3], según la cual el ordenamiento jurídico no se crea —como suponía la teoría normativa— mediante una suma de reglas, sino que la regla, a la inversa, no es sino componente de un ordenamiento ya dado en el pueblo [4].

WELZEL [5], apoyándose en las investigaciones ontológicas de Nicolai HARTMANN, criticó «la separación (emprendida por la Escuela suroccidental alemana) del ámbito conceptual jurídico abstracto con respecto a la realidad» [6]. Para él, los conceptos jurídicos no son «configuraciones metodológicas de un material amorfo, sino descripciones de un ser configurado ónticamente» [7].

[1] Cfr. simplemente DAHM y SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts,* 1938 (= ZStW, t. 57, pp. 225 ss.). Crítica, asimismo, en lo sucesivo: SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht,* 1937; SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft,* 1938.

[2] *Op. cit.,* p. 13.

[3] Cfr. su obra *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934.

[4] *Op. cit.,* p. 13.

[5] *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935; acerca de los orígenes filosóficos de su concepción, cfr., por lo demás, ahora las propias consideraciones de WELZEL en *Das neue Bild,* 4.ª ed., 1961, pp. IX ss.

[6] *Op. cit.,* p. 62.

[7] Ésta y la siguiente cita: *Op. cit.,* p. 74.

«El ser tiene en sí, *ab initio,* ordenamiento y configuración, no es que los reciba prestados de formas ideales, y asimismo el ser social de la persona está en ordenamientos originarios..., que no es que sean trasladados sólo por medio de actos conceptuales teóricos a un ser informe.»

Para la problemática que aquí interesa estas teorías tendrían que llevar a determinar el concepto de autor no atendiendo al fin de la norma, sino recurriendo a estructuras ontológicas o formaciones de sentido previas al ordenamiento jurídico. Tal consideración ya fue tenida en cuenta por BELING y, partiendo de la base de su dirección epistemológica teleológica, condenada como «método trastocado de determinar conceptos». «Se supone que los conceptos "autor, autor mediato, inductor, partícipe" están ya ahí, y que sólo hace falta captarlos correctamente» [8]. La diferencia entre ambas concepciones se pone de manifiesto claramente cuando prosigue diciendo que, por el contrario, «el método correcto es aquel que concibe los conceptos como conceptos funcionales en el sentido del fin del legislador. Sin esto, nunca se podría despejar la falta de claridad entre los pretendidos contenidos de conceptos y la niebla que los envuelve... Es de esperar que no haga falta especial acicate para que el legislador no se deje imponer las quimeras de "autor, inductor, partícipe" como realidades supuestamente ya existentes, que entonces serían dueñas de sus preceptos, sino que primero fije lo que quiere materialmente y después acuñe los conceptos racionalmente de modo que tengan su dignidad dada en feudo por él mismo» [9].

No obstante, precisamente estas concepciones rechazadas previsoramente por BELING estaban en la línea del nuevo método. Obviamente, no todos sus defensores fueron por este camino. Así, por ejemplo, Carl SCHMITT rechazó en general la diferenciación entre las formas de participación [10] señalando: «La separación de "conceptos generales", como... complicidad, con respecto a los delitos concretos... ya no nos parece hoy una clarificación terminológica..., sino más bien una abstracción artificiosa y absurda que quiebra los hechos vitales naturales y realmente existentes» [11], prueba concluyente de que, ya sea a partir de un planteamiento causal, teleológico o que atienda a los ordenamientos concretos, es posible llegar, con medios metodológicos absolutamente distintos, al mismo resultado: el concepto unitario de autor.

También DAHM se ocupó al principio menos de la delimitación entre las distintas formas de participación que de la tipología de autores independientes de ella. Así, al tipo legal corresponde un «determinado tipo de autor, que ha de ser captado en su esencia, pero que por lo mismo no puede concebirse sólo a través de consideraciones racionales sobre fina-

[8] *Methodik,* p. 107.

[9] *Op. cit.,* pp. 107 y 108.

[10] Con todo, para la inducción no ha subrayado esto expresamente.

[11] *Op. cit.,* p. 60.

lidad» [12]. Para mí, ladrón es «quien es ladrón por su esencia. La esencia del hurto no se agota con la suma de sus elementos» [13]. No resulta posible aquí abordar con más detalle estos intentos, carentes de utilidad para distinguir entre autoría y participación.

Los primeros puntos de partida para una teoría basada en relaciones objetivas previamente dadas, sobre la distinción de las diversas formas de participación, se encuentran en la obra de LANGE sobre el moderno concepto de autor [14], de gran trascendencia para el desarrollo ulterior. Materialmente, LANGE llega al resultado de que para averiguar quién es autor «en caso de participación causal de varios en un hecho punible hay que preguntar: ¿de quién es obra el delito?» [15], solución cercana a la posterior doctrina del dominio del hecho, en la que ha influido [16].

Esta obra se encuentra, metodológicamente, entre el planteamiento teleológico y otro más ontológico. LANGE se apoya, para su "fundamentación metodológica" [17], en expreso giro contra el planteamiento naturalístico-cognoscitivo, en las teorías normativas elaboradas por GRÜNHUT, MEZGER y Erik WOLF, hablando de su «aprobación sin reservas del método aplicado por SCHMIDT» [18]; pero después critica a fondo el concepto extensivo de autor desarrollado por Eb. SCHMIDT y llega a la idea de que «el concepto de autor (ha de formarse) al margen de los preceptos de Derecho positivo sobre la participación», de que el concepto de autor que él descubre es «también válido para cualquier otro sistema» que trabaje con tipos [19] y que en el Proyecto de Código penal que critica hay «formas de auténtica autoría que resultan degradadas a formas de participación no autónomas de modo internamente incoherente» [20], opinión que sólo se entiende si se advierte en los conceptos "autor" y "partícipe" un sentido independiente de las ideas sobre finalidades del legislador.

WELZEL ha sido quien por vez primera ha intentado llevar a la práctica un concepto "ontológico" —si cabe expresarlo así— de autor en estado puro. Ya en uno de sus primeros trabajos [21] había manifestado "notables reparos" frente a la opinión de que el "concepto 'autor' sea valorativo" [22], señalando que las diferencias determinantes para la distinción entre autoría y participación se encuentran «en las diferencias ontológicas y de categoría entre las respectivas acciones» [23], de manera que en el ámbito de la teoría de la participación no es posible «pasar de largo ante los planteamientos... ontológicos». De esta obra no se desprende a qué resultados materiales conduciría tal modo de considerar.

[12] DAHM, en DAHM y SCHAFFSTEIN, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 104.
[13] *Grundlagen*, p. 102; luego estructurado en *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940.
[14] *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935.
[15] *Op. cit.*, p. 36, y *passim*.
[16] Cfr. al respecto *infra* p. 51.
[17] *Op. cit.*, pp. 7 ss.
[18] *Op. cit.*, p. 21.
[19] *Op. cit.*, p. 67.
[20] *Op. cit.*, p. 75.
[21] «Über Wertungen im Strafrecht», en *GS*, t. 103, 1933, pp. 340-347.
[22] *Op. cit.*, p. 341.

Como tampoco cabe obtener al respecto puntos de apoyo en su monografía sobre *Naturalismo y Filosofía de los valores*, publicada dos años después y básica para su toma de posición metodológica. Sólo aborda cuestiones relativas a la teoría de la acción y del tipo. Pero también ahí [24] remarca expresamente WELZEL, aludiendo a la posición de Eb. SCHMIDT, que él podría haber puesto de manifiesto su orientación epistemológica ante la posición intelectual de la filosofía de los valores igualmente al hilo de los problemas relativos a autoría y participación.

Sólo en 1939 desarrolló WELZEL por primera vez, en su *Estudios sobre el sistema del Derecho penal* [25], de modo general y amplio su hoy tan influyente "teoría final de la autoría", sobre la base de su doctrina de la acción y conectando con los resultados alcanzados por Richard LANGE. Como es sabido, parte de que el concepto de "acción" ontológicamente dado, no susceptible de modificación a través de ideas teleológicas del legislador, consiste en la dirección del curso causal por medio de la voluntad humana finalista. A tenor de lo cual para él la autoría es «la forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de "su" hecho, que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del "hecho", pero sólo sobre su participación. El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. Por eso, la participación de éstos es sólo participación en un hecho *ajeno*. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor» [26]. La posición metodológica básica de WELZEL se revela claramente cuando prosigue: «La diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de Derecho positivo, sino en estas manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social»; más aún: «Ni siquiera la ley positiva puede eliminar estas diferencias básicas, porque no son productos de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado» [27]. No vamos a ocuparnos ahora de los pormenores de esta teoría; baste la referencia a sus presupuestos metodológicos.

[23] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 345.
[24] *Op. cit.*, p. 88.
[25] *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 494, 500, 501 y 537 ss.
[26] *Op. cit.*, p. 539.
[27] *Op. cit.*, p. 539 y 540.

Partiendo de LANGE y WELZEL, pronto también DAHM [28] intentó que su teoría del tipo de autor rindiera frutos para la distinción de las formas de participación. Señala que la distinción entre autoría, inducción y complicidad cabe «facilitarla considerando en qué medida los partícipes ponen de manifiesto el tipo de autor» [29]. Pero por lo general a esta imagen tradicional de autor responde sobre todo aquel «en que el delito aparece como obra suya, aquel que tiene el dominio del hecho».

Mientras que WELZEL orienta su concepto de autor a la estructura de la acción, ontológicamente ya dada y por tanto inamovible, HARDWIG [30] se propone determinar quién es autor en función del «contenido de sentido y de imputación jurídico-social» del hecho. Aunque metodológicamente se desenvuelve en la misma línea que WELZEL, no parte de estructuras materiales fijas, sino, en su lugar, del contenido social dado de las formas de cooperación. Con arreglo a su teoría, el hecho ha de «integrarse en un ámbito social concreto, junto con las líneas normativas que complementan a dicho ámbito». [31] A fin de indagar este contenido valorativo social, recurre al lenguaje común, del que cree que «se basa en principios, por inseguros que sean, que sirven para abarcarlo» [32]. Así desarrolla su concepción —y esto es metodológicamente muy característico, porque pone de manifiesto la falta de puntos de vista valorativos específicamente jurídicos— en relación con casos no jurídicos. Un ejemplo, en el que un marido y una mujer trabajan en un jardín, lo interpreta HARDWIG [33] así: «Si el jardín sirve para el recreo y esparcimiento de ambos, los dos esposos trabajan juntos», esto es, en cierta medida son coautores. «Pero si el marido es una persona aficionadísima a la jardinería, mientras que su mujer por lo general se suele preocupar muy poco del jardín, entonces la mujer se limita a ayudar al marido»; así pues, el marido es autor y la mujer cómplice. «Si el marido es agricultor y forma parte de las tareas de la mujer ocuparse del huerto, entonces el marido se limita a ayudar al trabajo de su mujer»; de este modo, aquí la mujer sería "autor" y el marido "partícipe". HARDWIG aplica sin reparos tal planteamiento igualmente a la problemática jurídica, pues «también el Derecho es un fenómeno social» [34]. Así, al delimitar la participación de la coautoría, se expresa en los siguientes términos: «Si quisiéramos dar una aclaración más precisa sobre el significado del concepto de prestar ayuda en el sentido del § 49 StGB, podríamos decir fundadamente que el legislador

[28] *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, pp. 54-57.
[29] *Op. cit.*, p. 54.
[30] *GA*, 1954, pp. 353-358.
[31] *Op. cit.*, p. 356.
[32] *Op. cit.*, p. 354.
[33] *Op. cit.*, p. 355.
[34] *Op. cit.*, p. 356.

no ha entendido, ni querría haber dado a entender, más que lo que se entiende comúnmente, y con sentido, por "ayudar"» [35].

No hay más intentos de aclarar el concepto de autor a partir de la captación de fenómenos jurídicamente previos. De hecho, también las concepciones de WELZEL y HARDWIG establecen los polos entre los cuales puede simplemente moverse tal planteamiento. La estructura final dada con la naturaleza humana, vinculada a ella inescindiblemente y válida para todas las épocas, por una parte, y las posiciones valorativas de la comunidad, oscilantes y sometidas a cambios, por otra parte, suponen ambas datos previos del Derecho, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto toda la envergadura de este planteamiento metodológico.

El quid es, cuando se parte —sin verificarlo— del principio metodológico desde el comienzo, constatar en estos intentos algo similar en los de los representantes de un modo de considerar puramente teleológico: en la multiplicidad de los datos jurídicos previos falta la idea (y la fundamentación determinante) de por qué precisamente éstos y no otros datos ontológicos han de ofrecer la clave para resolver los problemas de la participación.

Así, por ejemplo, no resulta en absoluto evidente, como da a entender WELZEL, que a partir de la teoría de la acción quepa deducir clave alguna para la delimitación de las formas de participación. Aun cuando se parta de que la estructura ontológica de la acción reside en la supradeterminación final del curso causal y aun cuando además se conceda —lo cual no está desde luego exento de discusión— que el legislador, al menos en los delitos dolosos de comisión, sólo puede someter al juicio de antijuricidad realizaciones de tipo dolosas finales, sin embargo no queda claro cómo es que de este criterio puede derivarse una delimitación de las formas de participación, pues como para WELZEL la finalidad es idéntica al dolo y como obviamente también inductores y cómplices han de obrar dolosamente en relación al resultado típico, precisamente de la finalidad no se desprende diferencia alguna entre los copartícipes. Ya JESCHECK señaló que «la finalidad no puede equipararse aquí simplemente al dolo, pues justo éste lo tiene el mero partícipe» [36]. Sin embargo, no aclara WELZEL cómo podría modificar algo en esto el concepto de finalidad y mediante qué estructuras materiales quedarían esbozadas tales diferencias. Por otra parte, dejando al margen el elemento final y atendiendo sólo al concepto de dominio del hecho, al decaer la teoría de la acción como fundamento, falta la aclaración de por qué el legislador ha de estar vinculado necesariamente a este elemento. Así pues, tales cuestiones requieren ulterior clarificación.

También el intento en HARDWIG está expuesto a las mismas objeciones. Así, cuando asume que el legislador quiere considerar como complicidad

[35] *Op. cit.*, p. 358.
[36] *SchwZStr*, 1956, p. 234.

todo aquello «que comúnmente y con sentido se entiende por ayudar», resulta curioso que se centre unilateralmente en la relación entre los intervinientes y no primordialmente en la realización del tipo, que ocupa el primer plano en el tenor de la ley. Por ejemplo, idea el supuesto en que el asesino A, para truncar en su germen la investigación contra él, se lleva el cadáver del depósito, en común con su amigo B, que está al corriente del asesinato [37]: pues bien, HARDWIG cree que, consistiendo el tipo del § 168 * en la sustracción prohibida de un cadáver, «nada se opondría a hablar de que B ha auxiliado a A a llevarse el cadáver». Propone, pues, considerar a B no como coautor, sino como cómplice, a pesar de haber realizado el tipo entero. Ahora bien, es dudoso que si el legislador hubiera querido admitir ya una distinción con arreglo al uso lingüístico previo no haya considerado autor más bien a aquel que, según la interpretación razonable atenta al uso lingüístico habitual, «aleja un cadáver de la posesión de la persona autorizada al respecto», y que, por tanto, actúa de conformidad con el tenor literal del § 168, acomodándose así directamente a la conminación penal acuñada para el autor. ¿No satisfaría mejor una distinción obtenida de este modo a partir del sentido del lenguaje usual, los modelos de autor tradicionales, como partiendo de fundamentos metodológicos similares, por ejemplo, DAHM [38] ha reconocido expresamente, y como mantiene a fin de cuentas claramente la teoría objetivo-formal? En todo caso, HARDWIG no fundamenta por qué el contenido de imputación jurídico-social del hecho ha de estar ligado precisamente a la interpretación tradicional del concepto de prestar auxilio y no a otro criterio cualquiera. Y justo de ello depende el poder de convicción de esta teoría.

Naturalmente con estas reflexiones nada queda dicho sobre el contenido material de las concepciones esbozadas y sobre la utilidad del planteamiento metodológico. A tal problema tendremos que referirnos más adelante.

§ 5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y DETERMINANTES DE FINES *

La cuestión fundamental de si en la delimitación entre autoría y participación ha de partirse de un método que capte el sentido y la estructura, ha de decidirse, a mi juicio, no unilateralmente, en el sentido de una u otra de las direcciones teóricas, pues por más que la consideración de la materia jurídica pueda presentarse, en exageración polémica, antitéticamente,

[37] *GA*, 1954, 356 y 357.

* § 168 del anterior StGB: «El que indebidamente alejare de la posesión de la persona legitimada un cadáver, parte de él o sus cenizas...»

[38] *Der Tätertyp im Strafrecht*, p. 55.

bien como un material informe, que únicamente recibe su configuración a través de la captación y de la relación a fin, o bien, por el contrario, como conjunto de significado articulado en sí mismo con sentido, la ciencia jurídica necesita la síntesis de ambos métodos. Ninguno de ambos puede desarrollarse exclusivamente en rigurosa pureza. Lo cual rige tanto en general como en particular para el tema aquí tratado, poniéndose de manifiesto que las concepciones opuestas son correctas y a la vez no lo son en tres sentidos.

I. Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es algo previo, dado a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y —en sentido lato— sociales. Ahí reside lo correcto del método captador de la esencia y el sentido y lo incorrecto del puro pensamiento teleológico.

Pero depende del arbitrio del legislador y de sus criterios valorativos cuál de las numerosas diferenciaciones previas, dadas, quiere convertir en base de su regulación. Ahí reside lo correcto del modo de proceder teleológico y lo incorrecto de una consideración que pretenda ligar al legislador a determinados datos previos.

Este hecho tampoco nunca lo han apreciado del todo los representantes de las distintas direcciones metodológicas, si bien a menudo lo han considerado problemático.

1. Así, ya LASK —quien por vez primera ha hecho fructífera de modo general la Filosofía de los valores sudoccidental alemana para la metodología de la ciencia jurídica— señaló lo difícil que es mantener a raya en todos los frentes "la idea básica copernicana" —esto es, la idea de que los significados no residen en las cosas, sino que son impresas en éstas por el hombre— [1]. Incluso admite que tampoco el metodólogo podrá sustraerse a «reconocer a la vez en la disciplina primitiva de la materia, ya encontrada por él, labores previas de la actividad científica» [2], extrayendo la conclusión: «El hecho de la elaboración precientífica veda considerar como material de las ciencias culturales sin más la realidad directamente dada. Entre ésta y el fin último que la ciencia persigue se introduce más bien, casi siempre, a semejanza de un producto semielaborado, un mundo referido ya a significados culturales, y esta realidad cultural compleja, no la original —exenta de cualquier referencia valorativa— es la que llega a ser materia de las ciencias culturales» [2]. También LASK se ha dado cuenta de que la —por él denominada— formación precientífica de conceptos «en ningún lugar desempeña un papel tan relevante como en el ámbito jurídico» [3]; en este

[1] *Rechtsphilosophie*, p. 309.

[2] *Op. cit.*, p. 309.

[3] *Op. cit.*, p. 315.

contexto habla precisamente de una «acomodación del Derecho a su sustrato», en la que resulta importante «que los hechos de la vida brindan ya una materia típicamente configurada, o sea, lista para la regulación jurídica» [4].

También el segundo representante principal de esta corriente doctrinal, Gustav RADBRUCH, se ha ocupado toda su vida del problema de si ha de llevarse a cabo estrictamente el llamado "dualismo metodológico" (propugnado por él como punto de partida), esto es, la noción de que a partir de datos ontológicos no pueden derivarse proposiciones de deber ser. Ya en su monografía sobre *Idea jurídica y materia jurídica* [5] llega al resultado de que la materia del Derecho es «el dato prefigurado por medio de conceptos sociales» [6]. Y prosigue: «Estos conceptos sociales son de índole prejurídica, pero corresponden a conceptos jurídicos, o mejor dicho: a ellos corresponden conceptos jurídicos, hasta cierto punto tenazas prensoras conceptuales del ordenamiento jurídico, acomodados a la figura de los hechos sociales en la medida de lo posible, para aprehenderlos y poder llegar al tratamiento jurídico.» También en su *Filosofía del Derecho* alude a la «determinación material de la idea» [7], señalando: «... de hecho existe la posibilidad psicológica de divisar la materia en la idea y a partir de ella... Lo mismo significa que el jurista decida sobre la "naturaleza de las cosas"» [8]. En este punto, RADBRUCH prosigue en sentido restrictivo: «Pero tal localización de la idea en la materia, que está destinada a formarla, es un acierto fortuito de la intuición, no un método del conocimiento»; sin embargo, ello no obsta para que los datos prefigurados reclamen consideración y, como él mismo manifiesta en otro lugar [9], "atenúen" el dogma del dualismo metodológico [10].

2. Por otra parte, tampoco los representantes de la concepción con arreglo a la cual la formación jurídica de conceptos sólo tiene que reproducir datos ontológicos articulados con sentido, pueden negar la influencia de la valoración del legislador independiente de ellos. Así, en WELZEL y sus discípulos se ha impuesto la idea de que las llamadas "estructuras lógico-objetivas" ciertamente representan datos previos ontológicos, inmodificables para el legislador, pero que generalmente pertenece a la valoración del legislador a cuál de esas estructuras quiere vincular su regulación. Por eso señala también WELZEL [11]: «Estas verdades eternas de la esfera lógico-objetiva sólo

[4] P. 324.

[5] *Archiv für Rechts- und Wirtschafsphilosophie*, t. 17, 1923/24, pp. 343-350.

[6] *Op. cit.*, p. 349.

[7] 5.ª ed., 1956, p. 98.

[8] *Op. cit.*, pp. 98 y 99.

[9] *Arch. f. Rechts- und Wirtsch.phil.*, loc. cit., p. 344.

[10] En uno de sus últimos artículos sobre «Die Natur der Sache», *Laun-Festschrift*, p. 162, ha llegado incluso a retractarse de esta limitación.

[11] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., p. 198.

pueden vincular al legislador "relativamente", a saber, en función de cuáles de ellas elige como base...», y STRATENWERTH [12] llega al resultado de que las estructuras lógico-objetivas son «datos ónticos que, desde determinado punto de vista, resaltan en tanto que esenciales»; pero la elección de este punto de vista es por lo general asunto de decisión valorativa del legislador. Un poco más allá sólo llega Armin KAUFMANN, cuando señala que un hecho óntico es "dato previo" en el sentido de una estructura lógico-objetiva cuando suscita necesariamente (esto es, sin posibilidad de elección del legislador) una valoración [13], y sin embargo KAUFMANN sólo aprecia al parecer tales estructuras en la doctrina de la acción y del injusto, de manera que para la problemática aquí debatida no resulta diferencia con respecto a las concepciones acabadas de mencionar.

Otro tanto ocurre cuando se sitúan los datos previos no tanto en estructuras ontológicas inalterables, sino más bien en una prefigurabilidad de la materia jurídica por contenidos de significado sociales, pues no es posible negar que hay contextos de sentido sociales de múltiples clases distintas y que, por lo general, depende de criterios valorativos del legislador cuál de ellos quiere considerar jurídicamente determinante.

3. Por consiguiente, también en la teoría de la autoría el camino correcto reside en resaltar los criterios valorativos determinantes o —visto desde la otra parte— las diferenciaciones previamente dadas que orientan la regulación legal. Ya *supra* se señaló lo poco que se ha tenido en cuenta a esta necesidad [14]. Lo cual pone de manifiesto no sólo el recurso al concepto causal prolongado por espacio de decenios, y metodológicamente incorrecto, sino también que el empleo unilateral y acrítico de criterios tan heterogéneos como los de lesión de bien jurídico, lenguaje común, merecimiento de pena, peligrosidad, estructura final, etc. [15] —por mencionar sólo algunos de ellos al azar—, no deja de ser no vinculante y arbitrario en tanto que no se indica por qué y hasta qué punto se basa en ellos la regulación legal. Aquí, los baremos han de extraerse de la ley y concretamente de los preceptos de la Parte General sobre autoría y participación, así como de los tipos de la Parte Especial. No es conveniente, en cambio, proceder deductivamente, esto es, imponer un concepto de autor, obtenido de cualquier modo, a todas las manifestaciones del delito, tales como hechos dolosos e imprudentes, delitos de comisión y de omisión y a los tipos concretos, en parte de índole absolutamente diversa. En tal modo de proceder se da el peligro de que hay fenómenos que resultan violentados y aspectos individuales que resultan absolutizados; error que se comete muchas veces, como se pondrá de mani-

[12] *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, pp. 17 ss.

[13] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 17.

[14] Cfr., sin embargo, las observaciones incidentales y acertadas de SCHAFFSTEIN, *ZStW*, t. 56, 1937, p. 149.

[15] Cfr. al respecto pormenorizadamente en seguida *infra* pp. 52-56.

fiesto en adelante [16]. Más bien, se investigarán todos estos fenómenos teniendo en cuenta individualizadamente la índole de las distintas materias de regulación, si bien con arreglo a puntos de vista metodológicos unitarios [17].

II. También desde otro segundo punto de vista se pone de manifiesto que ambas concepciones se complementan necesariamente entre sí y que dejar de tener en cuenta uno de ambos aspectos impide una regulación con sentido.

1. Así, cuanto menos se presente como *tabula rasa* no estructurada el espacio social a regular por el legislador, menos factible es dar prevalencia a un planteamiento que se atenga a las "ordenaciones concretas" recordando al legislador que asuma la ordenación "natural" previa sin ulterior configuración conceptual. A tal efecto, todas las imágenes prejurídico-sociales tienen perfiles muy poco claros.

Por demostrarlo ya con un ejemplo de la doctrina de la autoría: podría sustentarse la opinión (que de hecho se sustenta a menudo) de que ciertamente el legislador puede delimitar las formas de participación con arreglo a sus criterios valorativos y de que es adecuado recurrir sin más a datos previos sociales —como las gráficas ideas tradicionales de autor, inductor, cómplice, o el tan mencionado uso común del lenguaje—. Al final ello desembocaría, por lo general, en una teoría de la autoría (por así llamarla) ontológico-social.

Pero es fácil comprender que sería excesivamente unilateral y que no serviría de gran ayuda en los casos difíciles al que busca el Derecho [18]. Así, por mencionar un ejemplo cualquiera, nunca cabría aclarar, invocando criterios lingüísticos o contenidos de significado sociales, la cuestión de si el que contrata a un matón para un asesinato es autor mediato, coautor o inductor.

Más bien sólo se podrían resolver tales cuestiones de delimitación si el legislador o —ante el silencio de éste— el juez o el científico, de la mano de criterios finalistas y valorativos que han hallado expresión en la ley, precisan el concepto y continúan configurándolo. Lo cual no sólo ocurre aquí, sino en todos los conceptos jurídicos si se quiere que sean útiles para la aplicación: en los "márgenes" se trata de "formaciones" de conceptos legislativos, judiciales o científicos que no son meras reproducciones de prefiguraciones extrajurídicas, sino que siempre representan un producto del espíritu configurador científico y no muestran correspondencia directa alguna con el ámbito de las estructuras sociales previas.

[16] Cfr. pp. 52 ss.

[17] Cfr. las consideraciones *infra* pp. 127 ss.

[18] La cuestión, con respecto a los problemas especiales del concepto de dominio del hecho, se volverá a abordar con detalle *infra*, cfr. pp. 134-136.

Así pues, en la periferia de los conceptos jurídicos queda campo libre para la formación conceptual autocreativa de un material (en esos términos) sin configurar. Por eso, en este sentido limitado tiene razón la Doctrina sudoccidental alemana.

2. Pero, por otra parte, también la ordenación con sentido del ser previa al Derecho afirma su lugar frente a un planteamiento unilateralmente valorativo, pues en la medida en que los ámbitos fronterizos de las figuras jurídicas se presentan como creaciones conceptuales específicamente jurídicas, es erróneo someter el núcleo del concepto, renunciando a la virtualidad estabilizadora de articulaciones previas, dadas, a un tratamiento puramente "normativo". Tal proceder necesariamente está descaminado.

Por demostrarlo precisamente de la mano de la doctrina de la autoría: desde el punto de vista de un método orientado teleológicamente de modo unilateral, es evidente prescindir por entero de la índole (supuestamente naturalística) de los sucesos que tienen lugar en el mundo exterior y determinar el fenómeno "autor" con ayuda de un concepto pronunciadamente valorativo como el del "merecimiento de punición". Un criterio de ese estilo es en realidad independiente de todas las formas de articulación prejurídica, pues difícilmente cabe esclarecer con validez absoluta que determinado comportamiento exterior sea siempre más merecedor de punición que otro.

Por tal camino se ha vuelto a adentrar más recientemente Roeder [19], en estrecha conexión con los esfuerzos metodológicos de Eb. Schmidt y Mezger. Como era de esperar, llega al resultado de que no cabe verificar un merecimiento de punición reducido (determínese como se determine) del "cómplice" o "inductor". Quien no toma parte en la ejecución, como por ejemplo el que proporciona una complicada máquina destructora, desde luego puede hacer menos, pero ser más merecedor de punición que el que realiza la acción ejecutiva de apretar la palanca [20]. Por eso, Roeder llega a exigir un concepto de autor que abarque todas las formas de participación, incluidas inducción y complicidad, al que denomina "exclusivo".

Aquí lo equivocado no es la consecuencia, sino el punto de partida. Los conceptos jurídicos cuyo núcleo no se basa en elementos estructurales aparentes y ontológicos no permiten delimitaciones claras y se deshacen en la indefinición. Lo cual les hace inaprovechables de entrada para la tarea aquí emprendida, pues cuando se pretende delimitar entre sí las formas de participación no se puede elegir un criterio que por su propia naturaleza no pueda cumplir tal cometido. El peligro de indeterminación, señalado también en el planteamiento contrario, unilateralmente llevado a cabo, amenaza aquí por ambos lados.

[19] *ZStW*, t. 69, pp. 223 ss. y 229.

[20] *Op. cit.*, p. 234.

Se pone así de manifiesto en qué consiste la función autónoma del método captador de sentido: en proporcionar a las figuras jurídicas un centro inamovible, ofrecer a la conformación conceptual claros puntos de apoyo e impedir un entreveramiento indiscernible de los contenidos conceptuales, algo que acaba por aparecer forzosamente en una valoración que no se puede llevar a cabo nunca unitariamente, no vinculada a estructuras previas y por eso más o menos arbitraria. En esto tienen razón los representantes de las teorías ontológico-sociales de la autoría frente a los que preconizan un modo de proceder exclusivamente valorativo.

III. Finalmente, de un tercer modo, si se quiere entender del todo los fenómenos jurídicos, han de vincularse inseparablemente entre sí el método creador de sentido y el captador de sentido.

Y es que sería incorrecto pensar que los contenidos de sentido sociales previos, dados, salen al encuentro del legislador y de la ciencia, precisamente en el ámbito del Derecho, como resultados listos e inalterables. Por el contrario, las conformaciones sociales resultan influenciadas a su vez por fines legislativos y conocimientos científicos. En la medida en que, por ejemplo las concepciones tradicionales de "autor", "inductor" y "cómplice" surten efecto en los criterios valorativos del legislador, estas concepciones resultan a su vez afectadas por los contenidos de significado que el legislador, en virtud de sus propósitos, pretende vincular con ellos. También en esa medida, los conceptos jurídicos representan, por eso, una síntesis inescindible de actividad de captar sentido y de conferirlo.

No existe aquí, pues, como pensaban muchos representantes de la Filosofía de los valores sudoccidental alemana, una imbricación estructural de ser y deber ser en el sentido de que el ser exento de valoración y las ideas finalistas de los sujetos empíricos se vincularan entre sí, pero tampoco ocurre que un ser prejurídico con contenido valorativo prefigure por sí solo los contenidos del ordenamiento jurídico; más bien los contenidos de significado previos y los establecimientos de valoración creadores de sentido se interpenetran de manera que se produce entre ellos una interacción continua y el resultado no se presenta como una estructura fija, sino como la resultante de un proceso, en evolución incesante, de influencia recíproca. No es éste el lugar adecuado para desarrollar esta idea ni continuar perfilándola para analizar el "espíritu objetivo" en el ámbito de la ciencia jurídica.

§ 6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER EN FORMA DE ACCIÓN

Si a partir de las consideraciones precedentes quisiéramos formular un principio orientador para determinar el concepto de autor podríamos decir: el autor es la figura central del acontecer en forma de acción.

Naturalmente, no se trata de una descripción del contenido de la autoría, sino de un criterio formal, de un punto de partida metodológico que desbrozaría el camino a la síntesis en varias capas, desarrollada *supra*, entre la consideración ontológica y la teleológica en una fórmula concretable.

La expresión elegida ha de entenderse, pues, sobre este trasfondo, deduciéndose entonces lo siguiente: el concepto de "figura central" designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación, pero por otra parte también un baremo de diferenciación prejurídico claramente aprehensible.

Apenas me parece discutible que el legislador valora del modo siguiente *: describe al autor por medio del concepto de "ejecutar" (§ 47 StGB), al inductor mediante el "determinar al hecho" (§ 48 StGB) y a la complicidad mediante el "auxiliar" (§ 49 StGB). Los tres modos de conducta se refieren, según el tenor de la ley, a un hecho concreto. Cuando uno se representa tal acontecer de la acción, sólo cabe entender los §§ 47-49 StGB en el sentido de que el legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo, mientras que al que determina y al que auxilia los imagina fuera del centro, agrupados en torno al autor.

Desde los otros planteamientos, que atienden a los contextos de sentido prejurídicos, el concepto de la "figura central" significa el recurso a una idea plástica, que anida en la conciencia común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes. Así pues, se trata de una y la misma cosa, aun cuando desde distinto punto de vista. Si es que cabe hablar de una "esencia" previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriedad perfilada "lógico-objetivamente".

Obviamente, con ello —por subrayarlo una vez más— aún no se dice nada de a través de qué criterios de contenido ha de colmarse el concepto de figura central. Lo cual puede ser distinto con arreglo a los criterios valorativos del legislador, según la estructura del comportamiento subyacente y de los tipos individuales, y requerirá análisis posterior detallado. Sólo entonces será posible también desarrollar el concepto, fijarlo hasta en sus ramificaciones, reproducir los contextos de significado prejurídicos en su forma concreta y verificar el calado del concepto de la mano de ejemplos prácticos.

---

* § 47 StGB: «**Coautoría.** *Si varios ejecutan una acción punible en común se castigará a cada uno como autor.*»

§ 48.1 StGB: «**Inducción.** Se castigará como inductor al que hubiere determinado dolosamente a otro a la acción conminada con pena cometida por éste mediante promesa, amenaza, abuso de ascendiente o violencia, mediante creación o favorecimiento intencionados de un error u otros medios.»

§ 49.1 StGB: «**Complicidad.** Se castigará como cómplice al que conscientemente hubiere prestado auxilio, mediante hechos o consejos, al autor para cometer el delito o crimen conminado con pena.»

Mientras no sea así, la idea directriz formal tiene que seguir siendo necesariamente oscura, pues sólo puede servir de guía en la dotación de contenido del concepto mediante criterios objetivos, pero no producir estos elementos mediante deducción conceptual.

De todos modos, no debe subestimarse la importancia de tal planteamiento, ya que va a desplegar en lo sucesivo una eficacia acentuadamente selectiva en el debate de los distintos conceptos de autor y de las teorías sobre la participación. En relación con ello se consagrará el más amplio espacio a la investigación de hasta qué punto puede resolver la cuestión de la autoría un concepto de dominio del hecho estructurado hasta en los detalles de la mano de los criterios de que aquí se parte.

II. Previamente al examen crítico de las distintas teorías de la participación cabe descartar de entrada algunas teorías de la autoría relevantes en la historia doctrinal, por ser erróneas ya en su planteamiento, según el resultado hasta aquí obtenido de nuestra investigación:

1. Ha de rechazarse el concepto "secundario" de autor. En él se trata de intentar obtener al autor, dada la cooperación de varios, mediante un procedimiento de "sustracción": «Es autor aquel que no es partícipe» [1].

Por el contrario, el planteamiento aquí esbozado fuerza a verificar la autoría "primariamente". La figura central del suceso consistente en acción es un fenómeno accesible a la observación directa. El rodeo *(Umweg)* que pasa por negar la participación lleva a extraviarse *(Irrweg)*, pues de ningún modo cabe decir que alguien, por el simple hecho de no darse los requisitos de la inducción ni de la complicidad, tenga que ser autor. ¡Piénsese simplemente en el ocasionamiento no doloso de delitos de propia mano! La determinación conceptual secundaria llevada a la práctica consecuentemente degradaría el concepto de autor a mero cajón de sastre [2]. Lo que para nosotros forma el punto de partida metodológico, la figura clave del suceso delictivo, se convertiría en un concepto de recogida (articulado por una simple negación y no constituido por medio de ningún criterio de contenido) para las formas de cooperación no incluibles en otro lugar.

La necesidad de un concepto primario de autor la ha destacado por ver primera LANGE [3], siendo hoy doctrina dominante [4]. Sin embargo, la posición contraria aún la defiende BOCKELMANN [5], quien de todos modos desmiente a medias su profesión del concepto secundario de autor, al subrayar que no ha de entenderse su opinión en el sentido de que «allí donde no

[1] En tal sentido la formulación de BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 76, nota 106.

[2] Así ya LANGE, *Mod. Täterbegriff*, p. 6.

[3] *Mod. Täterbegriff*, pp. 5 y 6; *ZStW*, 63, p. 504; KOHLR.-LANGE, 42.ª ed., ante § 47, I, p. 158.

[4] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., III, ante § 47, p. 233; SAX, *MDR*, 54, p. 69, nota 31; cfr. asimismo el Proyecto de 1962, p. 149.

[5] *Untersuchungen*, p. 76, nota 106; p. 102, nota 57.

hay participación ha de haber automáticamente autoría» [6]. Lo único que pretende es aludir a la necesidad metodológica de que el dominio el hecho de un ejecutor —que considera como criterio de la autoría— «no debe afirmarse antes de que haya la seguridad de que no la tiene otro (en su caso, no sólo otro)» [7]. Dominar el hecho es ante todo estar libre de dominio ajeno.

Sin embargo, ni siquiera en esta forma restringida debe dársele la razón, ni metodológica ni materialmente, pues la opinión de BOCKELMANN de que no es posible determinar la autoría de un interviniente primaria y positivamente se contradice con su propia aceptación de que la eventual autoría única de otro cabe verificarla directamente. Ciertamente es correcto que uno sólo puede ser autor cuando otro no es autor único. Pero esto no tiene nada que ver con la determinación secundaria de la autoría, sino que supone simplemente aplicar el principio de no contradicción. Y en cuanto al resultado tampoco tiene razón BOCKELMANN, en tanto que —si bien aquí sólo anticipadamente— es posible afirmar [8]: también el que ejecuta un hecho bajo el dominio de otro puede actuar como autor, aun cuando quizá exculpado.

Quedamos, pues, en que el concepto de autor ha de determinarse primariamente.

2. Ha de rechazarse asimismo el concepto extensivo de autor.

Ya se ha descrito *supra* la forma del concepto extensivo de autor históricamente más trascendente [9]. La polémica en torno a él, que a comienzos de los años treinta dominó el debate sobre la teoría de la participación, ha decrecido en la actualidad, sin que ninguna de ambas posturas se haya impuesto. Los defensores de la teoría del dominio del hecho se oponen a él; los que propugnan en principio la teoría subjetiva están ora a favor [10], ora en contra [11] de él. El BGH, en ocasiones, lo ha empleado expresamente, como por ejemplo al señalar: «Quien causa el resultado del tipo penal legal, es autor, siempre que no se opongan a ello preceptos especiales» [12].

No es necesario reproducir todos los argumentos que se han esgrimido a favor y en contra del concepto extensivo de autor [13]. Al margen de las objeciones materiales que se derivan de descuidar todos los elementos per-

[6] *Op. cit.*, p. 77, nota 106 de la p. 76; p. 102, nota 57 *in fine*.

[7] *Op. cit.*, p. 102, nota 57.

[8] En profundidad al respecto *infra* pp. 153 ss.

[9] Cfr. pp. 25-27.

[10] Así, por ejemplo, MEZGER, *StuB*, AT, 9.ª ed., § 86 II, pp. 229 ss.; LK, 8.ª ed., nota 3 ante § 47.

[11] Así SCHRÖDER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., III, 2, ante § 47, p. 223.

[12] *BGHSt*, 3, pp. 4-7.

[13] Cfr. al respecto ZIMMERL, *ZStW*, t. 49, 1929, pp. 39-54; BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932; GRÜNHUT, *JW*, 1932, pp. 366 ss.; BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterbegriff*, 1934; LONY, *Extensiver oder restriktiver Tätebegriff?*, 1934; LANGE, *Moderner Täterbegriff*, 1935; GOETZELER, *SJZ*, 1949,

sonales del comportamiento del autor hace falta aquí demostrar brevemente que estas teorías se hacen acreedoras al rechazo ya a partir de los puntos de partida metodológicos *supra* desarrollados, y ello por varios motivos:

a) Esta tesis de que según las ideas del legislador en principio es autor todo aquel que causa un resultado típico, claramente no atina con el punto de vista decisivo para la valoración legislativa, pues si el Derecho positivo distingue entre autores, inductores y cómplices, es imposible buscar el sentido de esta distinción (y lo peculiar del concepto de autor) en el único elemento que caracteriza a todos los intervinientes *por igual*: haber causado el resultado. Más bien es evidente que el legislador, al delimitar, quiso atender precisamente a la distinta índole de la cooperación en tal suceso.

Por eso las formas de participación distintas que debe aclarar el concepto de autor necesariamente han de quedar confusas para la teoría extensiva, por lo cual tanto las teorías subjetivas como las objetivas, con las cuales ha de conectarse, para satisfacer lo dispuesto en la ley, se yuxtaponen a ella sin interrelación y requieren fundamentación independiente, divergente del principio rector. A partir de la idea básica de la teoría extensiva no queda nada claro por qué la inducción y la complicidad son necesarias como causas de atenuación de la pena si a la luz de una consideración teleológica todo acto de realización del resultado resulta ser equivalente.

Así pues, ya la alusión a las ideas finalistas del legislador contradice este concepto de autor.

b) Pero la teoría extensiva también nivela las diferencias de significado previas en favor de un contexto de sentido lógico-abstracto. El autor, como figura central, descrita plásticamente, del suceso en forma de acción, se convierte en un mero causante de lesiones típicas de bienes jurídicos. Lo que conduce, de permanecer fiel al planteamiento extensivo, a una imagen de autor que desfigura las concepciones naturales: quien coopera en el suicidio de una persona que actúa responsablemente aparece en todo caso como autor de un homicidio [14]; el cuidador (y siendo consecuente, incluso la cuidadora) que auxilia a dos enajenados para que mantengan relaciones homosexuales se convierte en autor del tipo de actos deshonestos entre hombres del § 175 StGB [15]; los padres del asesino son, por su parte, autores del tipo de asesinato [16]; el *extraneus* que determina con engaño a un funcionario a cometer no dolosamente un delito especial es autor del delito de funcionario [17].

párrafos 837-846; GALLAS, *Gutachten,* pp. 122 ss.; ROEDER, *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 223-268; así como el artículo de Eb. SCHMIDT citado *supra* y los grandes tratados y comentarios.

[14] Eb. SCHMIDT, *Festgabe,* II, pp. 124 ss.; cfr. ya *supra* p. 26.

[15] Cfr. SCHMIDT, *op. cit.,* p. 124, en relación con p. 119.

[16] SCHMIDT, *op. cit.,* p. 119, nota 1; *vid.,* no obstante, *supra* p. 27, nota 22.

[17] Cfr. al respecto, con buen criterio, LANGE, *Mod. Täterbegriff,* pp. 29 ss.

Se pone aquí de manifiesto que un modo de considerar unilateralmente normativo-abstracto, que prescinde conscientemente del suceso externo supuestamente "naturalístico" (en realidad, estructurado ya en el ámbito prejurídico), con sus referencias sólo mentales no deja apreciar ya orden comprensible alguno en la delimitación de las formas de participación.

c) Finalmente, el concepto extensivo de autor ha de rechazarse también porque sólo puede dar lugar, al aplicarlo en la práctica, a una forma «secundaria» de determinar el autor, cuya insuficiencia metodológica ya fue puesta de relieve *supra*.

Bien es cierto que LANGE [18] le reconoce justamente lo correcto de su punto de vista principal, en tanto que el concepto de autor se obtiene aquí de manera autónoma y no por medio de "conclusiones *a contrario* a partir de preceptos relativos a participación". Pero esto sólo es así en teoría, pues dado que la teoría extensiva *de lege lata* debe conformarse con una delimitación de las formas de participación derivada de otros puntos de vista, para la autoría sólo quedan los supuestos en que no se dan las "causas de atenuación de la pena", inducción y complicidad. Muy claramente lo pone de manfiesto el caso del BGH *supra* citado, en el que se trataba de una detención ilegal determinada por una denuncia conscientemente falsa [19]. Después de basarse ahí el BGH en el concepto extensivo de autor comprueba si se dan inducción o complicidad, y prosigue entonces: «Estas posibilidades quedan en este caso descartadas. *Por eso* la acusada es autora mediata de la detención ilegal.» Es el mismo procedimiento que lleva a la punibilidad de cualquier participación en el suicidio: el que coopera es autor de un homicidio únicamente porque su aportación causal no encaja ni en la inducción *ni en la complicidad*.

No hace falta más fundamentación de que por esta vía se coloca cabeza abajo el punto de partida metodológico de que el autor es la figura central del suceso de la acción.

3. Han de rechazarse todas las teorías que pretenden determinar el concepto de autor con arreglo al "merecimiento de pena", la intensidad de la energía criminal o criterios similares. Tales planteamientos, últimamente destacados por ROEDER [20], por lo demás han servido a menudo en la teoría de la participación para distinguir sus formas.

Su incorrección se deriva no sólo de la circunstancia, expuesta *supra* [21], de que un punto de partida puramente normativo como éste hace diluirse todos los criterios de delimitación en lo indefinido y de que al cabo los

[18] Mod. Täterbegriff, p. 15.

[19] *BGHSt,* 3, 5.

[20] *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 226 ss.; asimismo, cabe encuadrar en este contexto la tesis recientemente establecida por PIOTET, *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 23-42, de qué autor es «quien lleva la responsabilidad total o principal por la realización de los elementos sustanciales del delito».

[21] Cfr. pp. 41-42.

hace inviables. Tampoco tiene, evidentemente, en cuenta los criterios valorativos del legislador, pues si el Derecho positivo equipara inductor y autor en cuanto a punición, e incluso prevé para el cómplice la misma pena máxima, el sentido de la delimitación no puede residir en suponer que el partícipe es en general menos merecedor de pena que el autor.

Por este motivo también es incorrecto que se siga intentando introducir, al interpretar, consideraciones sobre determinación de la pena en la teoría de la participación [22]. Un partícipe que se ha mantenido en segundo plano y al que no puede considerarse de ningún modo como figura central puede merecer no obstante la pena más grave: pero si se le quisiera considerar autor por eso, se llegaría a una "criminologización" de las formas de participación no concorde con la esencia de la dogmática penal ni con el sentido de la delimitación aquí debatida.

Al igual que con la formación de los tipos, también en la distinción de las formas de participación el legislador persigue el fin de limitar desde criterios del Estado de Derecho el poder punitivo: la causación de un resultado típico no tiene que castigarse sin más sino sólo cuando tiene lugar en forma de autoría, inducción o complicidad [23]. De la idea, procedente de la misma raíz, de prevenir frente a tendencias de Derecho penal de la voluntad surge también la graduación de la punibilidad en la autoría, la inducción o la complidad intentada. Pero éstas son consideraciones que no tienen que ver en absoluto con la medida de la pena del caso particular. Aun cuando en el Derecho futuro hubiera que introducir para la complicidad una atenuación obligatoria de la pena (cfr. §§ 31, pár. 2, inciso 2, 64, pár. 1, núm. 1, del Proyecto de 1962), ello habría que entenderlo sólo en el sentido de que del carácter periférico de la cooperación se deduce un merecimiento de pena atenuado en general, pero no a la inversa, como si el legislador quisiera considerar como cómplice [24] a aquel que en el caso particular ha incurrido en menor culpabilidad, y precisamente por eso. Lo cual es imposible ya porque también en una conminación penal reducida en un cuarto (cfr. § 64, pár. 1, núm. 2, Proyecto 1962) un cómplice puede resultar castigado *in concreto* más gravemente que el autor.

Además, si se hiciera servir de directriz para la delimitación a las consideraciones sobre merecimiento de pena concretas, no se acertaría con el sentido de una reducción obligatoria del marco penal, como lo prevé el Derecho futuro para la complicidad, pues la "cooperación del cómplice, más alejada", de la que la Exposición de Motivos del Proyecto habla con absoluto acierto, es una causa de atenuación de la pena objetiva, conectada

[22] El propio GALLAS, *Actas*, p. 69, pone en relación las teorías de la participación y de la determinación de la pena.

[23] En este sentido asimismo muy clara la Exposición de Motivos gubernamental del Proyecto de 1962, p. 147.

[24] Cfr. la Exposición de Motivos del Proyecto de 1960, p. 142; Proyecto de 1962, p. 151.

al hecho, independiente de las demás reglas de determinación de la pena esencialmente subjetivas y personales. Si se quisiera articular la doctrina de la participación, a pesar de lo expuesto, de modo que la autoría se basase en el merecimiento de pena general, determinada por las circunstancias más diversas, se ocultaría la *ratio* de esta causa de atenuación, que sería sustituida por la fórmula nada expresiva de que los hechos menos merecedores de pena han de castigarse más atenuadamente, una idea que, de puro evidente, no necesita de la teoría de la participación para imponerse.

Es de claridad meridiana: aquí reside una fuente (difícil de cegar) de errores básicos en el tratamiento de la problemática de la participación, que ha contribuido esencialmente a confundir la materia. En lo sucesivo se volverá a incidir en ello.

4. Han de rechazarse las "teorías de la peligrosidad".

La idea de que el autor se distingue del partícipe en la mayor peligrosidad de su comportamiento desde siempre ha desempeñado un importante papel en la doctrina de la autoría. Lo cual es predicable no sólo de las numerosas (así llamadas expresamente) "teorías de la peligrosidad" [25] y su más amplio desarrollo en la teoría de PERTEN [26], fundamentada del todo en esta base; también encuentran su contenido normativo en esta idea básica la concepción de KOHLER [27], que distingue en función de la intensidad de la cooperación, o la conocida teoría de BIRKMEYER [28], con arreglo a la cual autor es aquel que aporta la condición "más eficaz". Además, se ha intentado justificar también casi todas las demás teorías en el principio de peligrosidad [29]. No es posible, sin embargo, analizar aquí con detalle las distintas teorías.

Y tampoco es necesario, puesto que, por una parte, en tanto que intentan describir la peligrosidad mediante criterios firmemente perfilados, se tratarán a la vez en lo sucesivo; pero, por otra parte, en este fraccionamiento inabarcable se evidencia la inutilidad dogmática de este punto de vista.

Lo cual se pone de manifiesto en dos aspectos: si se intenta dar un fundamento normativo a una concepción que hace depender la diferencia entre autoría y participación de determinadas circunstancias objetivas o subjetivas mediante el principio de la peligrosidad, no se acierta precisamente en el contenido esencial de tal distinción, pues resulta fácil señalar, y a menudo se ha demostrado, que no existe elemento alguno captable con exactitud cuya realización garantice necesariamente una mayor peligrosidad en comparación con las aportaciones de otros al hecho. El sujeto de detrás,

[25] Cfr. la panorámica en PERTEN, *Die Beihife zum Verbrechen*, pp. 34-40.

[26] *Op. cit.*, pp. 62 ss.

[27] *Studien*, t. I, pp. 92 ss.

[28] *Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang; Die Lehre von der Teilnahme.*

[29] Cfr., por ejemplo, la controversia entre HEGLER, *Festgabe für R. Schmidt*, p. 74, y Eb. SCHMIDT, *Frank-Festgabe*, II, p. 118, que conduce a resultados opuestos.

la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, no obstante puede ser el más peligroso de entre todos los intervinientes. Por eso han fracasado todos los intentos de esta índole, conduciendo meramente a la resignada exigencia de un concepto unitario de autor.

Si, por otra parte, se renuncia por completo a determinar elementos generales, y se considera autor a aquel que, en el caso concreto, se destaca de los demás por la peligrosidad de su aportación, se obtiene un concepto puramente normativo, que se encuentra en el mismo escalón que el de "merecimiento de pena" y que no satisface las exigencias que han de plantearse en este ámbito, según se expuso *supra*, a la formación de conceptos. Con este modo de proceder no sólo se diluyen las articulaciones con contenido previas, sino que se priva a las valoraciones legislativa y judicial de sus puntos de apoyo objetivos, dejándolas a merced de la arbitrariedad inverificable. Además, tal distinción no tiene en cuenta los criterios valorativos de la ley, lo cual se deriva de lo que se señaló *supra* acerca de la medida de la pena y de lo incorrrecto del concepto criminologizante de autor.

Las teorías de la peligrosidad no brindan, pues, ya a partir de sus fundamentos metodológicos, puntos de partida aprovechables para resolver la problemática de la autoría.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Las tomas de posición doctrinales relativas a la delimitación entre autoría y participación son inabarcablemente numerosas. Enumerarlas por completo requeriría por sí solo un grueso compendio. De todos modos, al margen de esta dificultad técnica, tal tarea tampoco valdría la pena, porque muchas de estas aportaciones sólo tienen ya interés histórico o bien se limitan a revestir con terminología nueva conceptos conocidos. Por eso, nos limitaremos a las opiniones que han ejercido mayor influencia y siguen ofreciendo en la actualidad puntos de partida útiles para resolver el problema que nos ocupa, teniendo en cuenta principalmente a los autores representativos de cada posición. Sólo con el fin de ejemplificar se recurrirá a la bibliografía del siglo pasado y a otros ordenamientos jurídicos.

La agrupación de teorías, necesaria a efectos didácticos, no puede dejar de ser arbitraria hasta cierto punto y vinculada a circunstancias históricas, pues no existe parámetro alguno de articulación comprensivo de todas las distinciones relevantes. No resulta recomendable clasificar con arreglo a criterios metodológicos, porque, como ya se ha señalado, un mismo punto de partida metodológico a menudo conduce a resultados contrapuestos, o una misma solución en cuanto a los efectos prácticos puede obtenerse a partir de fundamentos absolutamente distintos. Por eso parece lo más adecuado, a efectos de la comprensión, renunciar a agrupaciones nuevas e inusuales y enumerar, yuxtaponiéndolas bajo sus denominaciones habituales, las teorías formadas en el curso de décadas con arreglo a criterios muy diversos.

En tal labor el punto de partida principal no reside en proporcionar una exposición histórico-dogmática por sí misma o reunir una vez más los manidos argumentos contra cada teoría; más bien se trata de situar las distintas concepciones en relación con el estado actual de la doctrina de la autoría, de resaltar los contenidos suyos que perduren en la actualidad y de hacer que sus ideas acertadas resulten fructíferas para una solución propia.

§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Esta concepción considera —atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes— 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 sólo inductores o cómplices.

Recibió su nombre de BIRKMEYER [1], pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores [2]; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos BELING [3], Max Ernst MAYER [4] y LISZT [5]; también el "Proyecto Oficial" de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dominante, en la teoría objetivo-formal [6]. En torno a 1930 la siguieron los tratados entonces más trascendentes, los de de Eb. SCHMIDT [7], MEZGER [8], Robert v. HIPPEL [9], FINGER [10] y ALLFELD [11], los compendios de Paul MERKEL [12] y VAN CALKER [13], así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como WEGNER [14], ZIMMERL [15], HEGLER [16], ROSENFELD [17], GRÜNHUT [18] y Graf zu DOHNA [19]. Pero para entonces ya había superado su punto culminante. Mientras que sigue prevaleciendo en Austria [20], Francia [21] y en el espacio jurídico anglo-americano [22], en cambio en Alemania no ha ganado ningún representante destacado más. Expresamente sólo se defiende ya en

[1] «Teilnahme», en *Vergleichende Darstellung,* 1908, p. 21.

[2] Cfr. las detalladas indicaciones de BRIKMEYER, «Teilnahme», 1890, p. 97, nota 144.

[3] *Die Lehre von Verbrechen,* 1906, pp. 408 ss.; *Grundzüge des Strafrechts,* 10.ª ed., 1928, pp. 29-31.

[4] *Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1923, pp. 380 ss.

[5] *Lehrbuch,* 22.ª ed., 1919, p. 211.

[6] Lo cual resultaba de las pp. 25-27 de la Exposición de Motivos; en el Proyecto de 1927 vuelve a atenuarse esta clara toma de posición, cfr. su Exposición de Motivos, p. 29.

[7] v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch,* 1.er vol., 1932, pp. 334 y 335.

[8] *Strafrecht,* 2.ª ed., 1933, p. 444.

[9] *Deutsches Strafrecht,* 2.º vol., 1930, pp. 453 ss.; *Lehrbuch des Strafrechts,* 1932, p. 163.

[10] *Strafrecht,* 1932, pp. 543 y 545 ss.; con algunas limitaciones, pp. 546-47.

[11] MEYER-ALLFELD, *Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1934, pp. 219 y 220.

[12] *Allgemeiner Teil,* 1927, pp. 172-174; también aquí pequeñas limitaciones, *op. cit.,* p. 174; cfr. asimismo la obra de MERKEL, *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe,* 1925, y *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 134 ss.

[13] *Strafrecht,* 4.ª ed., 1933, pp. 7-80.

[14] «Teilnahme», en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts,* 1926, pp. 102-119.

[15] *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 30-54.

[16] *RGR.*-Praxis, 1929, p. 307; *Festgabe für Richard Schmidt,* 1932, p. 74.

[17] *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 161-187.

[18] *JW,* 1932, pp. 366 ss.

[19] *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4.ª ed., 1950, pp. 59 y 60.

[20] Cfr. DIETZ, pp. 67 y 68, con datos concretos.

[21] Cfr. DIETZ, pp. 19 ss. y 28 ss., con bibliografía.

[22] STRAUB, p. 66, y DIETZ, pp. 89, 90 y 94, coinciden en representar la postura de que únicamente el llamado *principal in the first degree* que ha llevado a cabo personalmente acciones ejecutivas se encuadra en el concepto de autor del Derecho inglés.

el Tratado de WEGNER [23], pero ahí se trata simplemente de perseverar en una teoría desarrollada con anterioridad.

A pesar de este declive vinculado al surgimiento de la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo-formal presenta también para el observador actual ventajas muy notables. No sólo evita los defectos del planteamiento causal, sino que se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido. El asesino que le clava el puñal a la víctima en el pecho; el ladrón que arrebata las joyas del cofre forzado y se da a la fuga; el testigo que, con la mano alzada, jura en falso... son todas figuras plásticas, situadas en el punto central del acontecer del hecho, cuyo modo de actuar se destaca llamativamente, para el observador imparcial, del de los demás intervinientes.

Al mismo tiempo hay razones fundadas para que esta teoría resalte una diferencia de significado estimada determinante por el legislador, pues que las descripciones típicas abarquen en primer lugar (y quieran asignar el predicado valorativo "autor") *a aquel* que ejecuta por sí mismo las acciones ahí descritas es una evidencia que casi se impone y a la que las teorías defendidas en la actualidad aún deben tener en cuenta. Pero mientras lo que por ejemplo en la teoría subjetiva de la autoría representa un cuerpo extraño, aquí ocupa, fundadamente, el centro de la delimitación.

Debe añadirse que esta concepción —lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad— se denomina "objetiva" sin razón; ¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado! El delincuente sexual del § 176, el incendiario del § 306, el envenenador del § 229 StGB... aparecen ante nosotros como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. También en una época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Además, esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito. En tanto que consigue captar acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.

De acuerdo con lo cual no está del todo justificado el reproche que LANGE [24], desde el punto de vista del método teleológico, dirigía a BELING, como principal defensor de la teoría objetivo-formal, en el sentido de que hace depender el juicio sobre la autoría «de una peculiaridad de la cadena

[23] Pp. 249-255.

[24] *Der moderne Täterbegriff,* p. 16.

causal, de la índole externa de la acción..., es decir, de distinciones que, consideradas jurídicamente, son fortuitas». Y cuando GALLAS [25], como representante de la teoría del dominio del hecho, señala que la teoría objetivo-formal, «en tanto que en las descripciones de acciones de los tipos ve descripciones de sucesos causales, no es capaz de aclarar cómo es que en estas descripciones se contiene un baremo valorativo independiente con respecto a la causalidad del hecho», acierta en cuanto a la teoría causal de la acción, pero no en puridad en cuanto a la teoría objetivo-formal, de la que acabamos de ver que desde el principio tiende a superar el planteamiento causal. En realidad, se acomoda mejor a una teoría final del tipo, y cuando la doctrina antes dominante, a partir del concepto tradicional de acción, llega a ella, incurre en cierta contradicción; pero el fallo se encuentra en la doctrina de la acción, no en la de la autoría.

Obviamente, la teoría objetivo-formal también presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno de la autoría mediata. Muchos partidarios suyos han intentado arreglárselas sin esta figura jurídica y resolver *de lege ferenda* la "penosa laguna de casos merecedores de punición" [26] limitando la accesoriedad. 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 unánimente la doctrina, no necesitando aquí más fundamentación [27].

También BELING, como principal representante de la teoría objetivo-formal, combate la equiparación entre inducción y autoría mediata [28]; pero cuando señala que la autoría mediata no supone "problema alguno" [29] porque "el lenguaje común" no vacila en afirmar que aquel que se ha servido de otro como instrumento, ha "matado", "hurtado", etc. [30], sacrifica el principio básico de la teoría objetivo-formal: emprender personalmente la acción ejecutiva, en aras de una excepción, lo que ciertamente garantiza un resultado correcto, pero es imposible de fundamentar correctamente sobre la base de esta teoría, pues el lenguaje común permite llamar asesino a aquel que

[25] *Actas de la Comisión de Derecho penal*, pp. 125 y 126; análogamente *ZStW*, 1957, número especial Atenas, p. 9.

[26] GRÜNHUT, *JW*, 32, 366.

[27] Característico es también que, por ejemplo, VAN CALKER, p. 83, y otros hablan aquí simplemente de autoría "ficticia".

[28] *Methodik*, pp. 99-102.

[29] *Methodik*, p. 102.

[30] *Grundzüge*, p. 30, § 18 v.

hace matar a su enemigo por medio de un asesino a sueldo, si bien aquí y en otros supuestos análogos la teoría objetivo-formal niega la autoría.

Pero tampoco la coautoría cabe explicarla del todo mediante la teoría objetivo-formal. WEGNER [31] idea el supuesto en que el varón A y la mujer B han decidido envenenar a C, y en que A mezcla el veneno en la sopa mientras que B despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a C del extraño sabor de la sopa. En su opinión, A es autor y B cómplice. Tampoco BELING [32], en el ejemplo en que A entrega a B un cuchillo, que éste clava en el corazón a X, al que C está sujetando, tiene reparos en considerar a A y C como meros partícipes. No obstante, estas soluciones no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento A y B cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas. Precisamente el lenguaje común, tan ensalzado por los partidarios de la teoría objetivo-formal, no titubearía en decir que A y B han matado conjuntamente a C. Otro tanto cabe afirmar del ejemplo de BELING.

Tampoco es aceptable que el legislador haya querido valorar de modo distinto un suceso de tal índole, que es unitario para una consideración captadora de sentido. Cuando el § 47 StGB exige para la coautoría que "varios ejecuten conjuntamente una acción punible", en ningún caso está queriendo decir que cada uno tenga que ejecutar el tipo por entero, pues en este caso cada uno sería de todos modos autor según la teoría objetivo-formal, y resultaría superfluo un precepto regulador de la coautoría. Pero tampoco hay argumento que explique con claridad por qué sólo va a haber "ejecución en común" cuando cada uno de los intervinientes ha realizado un elemento del tipo. Si dos ladrones penetran en una vivienda no cerrada con llave y uno de ellos toma la caja fuerte, mientras que el otro cubre las salidas, éste es sólo cómplice; pero si, en el mismo caso, ambos han escalado por la ventana, son coautores, porque entonces el segundo ha realizado un elemento del tipo (escalamiento). Éstos son resultados absurdos, contingentes, aquí realmente "formales" y no fundamentables mediante criterios materiales. Así no puede haber valorado el legislador. Más bien es evidente que ha querido justo lo contrario de lo que hace la doctrina objetivo-formal: no contemplar aisladamente las aportaciones al hecho de los intervinientes individuales, sino como una unidad, captando como (co-)autores a cada uno de los que actúan conjuntamente. Pero sobre esto volveremos a tratar con más detalle [33].

[31] *Strafrecht*, p. 252.

[32] *Grundzüge*, pp. 29 y 30.

[33] Cfr. *infra* pp. 303 ss.

En resumen, hay que señalar: la fortaleza de la teoría objetivo-formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y en que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí.

§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES

Bajo esta denominación no sólo se reúnen, como en conexión con BIRKMEYER [1] ha ocurrido muchas veces, las teorías basadas en las diferencias causales, sino también aquellas otras orientadas en lo material predominantemente a criterios objetivos.

I. TEORÍA DE LA NECESIDAD DE LA APORTACIÓN CAUSAL. ("TEORÍA DE LA NECESIDAD")

Se trata de una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad, de que al 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. Ya FEUERBACH [2] distinguió entre autores [3] y cómplices en función de que hubieran aportado una causa principal o accesoria, incluyendo en el concepto de autor al llamado "cómplice principal" que contribuye al hecho despejando obstáculos, sin lo cual a los demás les hubiera resultado imposible cometer el delito [4].

Esta distinción era antaño muy común y se impuso en numerosas codificaciones nacionales y extranjeras [5]. Asimismo, afirmó su posición durante mucho tiempo en los tratados procedentes de mediados del siglo pasado. Así, todavía en 1895 señala BENER [6]: «Cómplice principal llama la doctrina a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se habría podido ejecutar; puede tratársele como coautor.»

[1] *Vergleichende Darstellung*, p. 21.
[2] *Lehrbuch*, 14.ª ed., §§ 44 y 45, pp. 80 ss.
[3] Término en el que se entenderían incluidos, en el lenguaje actual, autor e inductor.
[4] *Op. cit.*, p. 80; cfr. acerca del significado de esta distinción en la regulación anterior, por lo demás, MITTERMAIER en FEUERBACH, nota IV, *op. cit.*, pp. 82 y 83.
[5] Cfr. amplios datos en PERTEN, p. 14, nota 26.
[6] *Lehrbuch*, 17.ª ed., p. 165.

De entonces acá la teoría del cómplice principal no ha desempeñado ningún papel importante; sólo VON BAR la asumió una vez más en 1907, situándola en el centro de su delimitación [7]. Pero su idea principal nunca se ha olvidado. Sin que ninguno de los autores subsiguientes volviera a enlazar con ella expresamente, no obstante ha seguido ejerciendo influencia soterrada y reapareciendo de vez en cuando bajo distintas variantes.

Así, por ejemplo, LIEPMANN [8] consideró autor a aquel que aporta la "condición decisiva". Sobre el cómplice señala: «Su comportamiento no es decisivo para el resultado, de manera que eliminando su actividad simultáneamente decayera a la vez algún elemento del tipo delictivo, sino que simplemente propicia en el sentido de que por medio de él se aumenta la posibilidad de que otros cometan.»

También BAUMGARTEN, al margen de sus predecesores, ha convertido esta teoría en eje de su delimitación [9]. Según su teoría, autor es «aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada para siempre jamás; cómplice, aquel que, omitiendo su acción, sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido, en cuanto a momento y circunstancias de detalle, tal como se cometió» [10].

Más tarde vuelve a aparecer la idea en KOHLRAUSCH [11]. Al desarrollar la concepción de que uno es autor en la medida en que su acción iba dirigida *internamente al resultado «y fue unida a la consciencia de lo imprescindible* que era para éste» ahí se abre paso subrepticiamente, bajo ropaje subjetivo, la teoría de la necesidad.

Incluso el BGH le ha rendido homenaje, pues en su más importante sentencia sobre participación [12] basó la autoría de aquel que había realizado el hecho de propia mano "con voluntad de partícipe", entre otras razones, en la de que el sujeto actuante «había tenido una influencia decisiva (en el hecho): sin él no habría podido ocurrir de la manera prevista».

También en las codificaciones extranjeras sigue estando presente la teoría de la necesidad. Así, por ejemplo, con arreglo al art. 14 del Código penal español de 23 de diciembre de 1944 [13], son autores también "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado"; en términos muy similares, el art. 61 del Código penal uruguayo considera

[7] *Gesetz und Schuld*, t. II, 1907, p. 603.
[8] *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 70.
[9] *ZStW*, t. 37, 1916, pp. 526 ss.
[10] *Op. cit.*, p. 529.
[11] *ZStW*, t. 55, 1936, p. 394.
[12] *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (398); asimismo después *BGHSt*, 14, pp. 128 y 129.
[13] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 133. [Por su parte, el art. 28, párrafo segundo, del actual Código penal regula la llamada cooperación necesaria en parecidos términos: «También serán considerados autores: (...) *b)* Los que cooperan a su ejecución *(scl.,* del hecho) con un acto sin el cual no se hubiere efectuado». *N. de los T.*]

coautores, entre otros, a «los que cooperan en la ejecución, ya en un acto preparatorio, ya en una acción ejecutiva, mediante un hecho sin el cual el delito no se hubiere podido cometer» [14].

De hecho, estas ideas tienen incluso para el observador moderno una importancia no subestimable, pues cuando alguien aporta una condición sin la que el delito no se habría producido, en él reside —considerándolo *ex ante*— la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no; tiene en sus manos si se realiza la ejecución o no. Pero precisamente este elemento no sólo sitúa al sujeto actuante en el centro del acontecer, por lo general, para la consideración natural. También coincide ampliamente con los criterios preeminentes para la doctrina del dominio del hecho hoy dominante. Cuando aquí, por ejemplo, se caracteriza al autor por «tener en sus manos el curso del acontecer típico» [15] o porque su programa "pone en sus manos" el resultado [16], cuando el BGH señala que «curso y resultado del hecho dependen también decisivamente de su voluntad» [17], todo ello lo suscribiría un representante de la teoría de la necesidad.

El punto de partida obtenido de esta manera seguirá siendo esencial para nuestra concepción. Y es que mientras que, como hemos visto, la teoría objetivo-formal fracasa en la coautoría, por escindir el hecho ejecutado conjuntamente en actos individuales sin relación entre sí, esta teoría parte precisamente de la interconexión necesaria de las acciones de cooperación. Así, da cuenta mucho mejor que la teoría objetivo-formal de lo que, sobre la base de su significado dado, se presenta como "ejecución conjunta", esto es, de la imbricación de las distintas aportaciones al hecho conducentes al fin común.

Sin embargo, la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad "necesaria", en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad. Y de hecho no es ése el caso. Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal "necesaria" ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor, como resulta fácil demostrar.

Si dos personas sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que de faltar uno el otro habría tomado la cosa por sí

[14] Citado por DIETZ, *op. cit.*, p. 136.

[15] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., pp. 492 y 517.

[16] GALLAS, *Gutachten*, p. 128.

[17] *JR*, 1955, p. 305; citado de pasada por WELZEL, *Lehrbuch*, 7.ª ed., pp. 98 y 99; análogamente, *BGH*, *MDR*, 1954, p. 529 (reseña de HERLAN); *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (396). Cfr. en profundidad la panorámica incluida *supra* pp. 109-125.

solo. Si eso es aplicable a ambos, nunca podría decidirse quién de ellos es autor y quién cómplice, por no mencionar que no proporciona justificación racional de por qué no pueden ser coautores ambos.

Y por otra parte, si, por ejemplo, un farmacéutico se ha limitado a proporcionar el abortivo necesario para el hecho, no resulta evidente que tenga que ser coautor sólo por eso, aun cuando conste que sin él no se habría podido ejecutar el hecho, pues la iniciativa y la decisión última y determinante sobre la comisión del delito corresponde al comprador. Además, difícilmente cabrá hablar de la "ejecución conjunta" requerida por la ley cuando el sujeto sólo interviene en la fase de preparación.

Pero ante todo este criterio sería poco viable. En efecto, aun cuando se parta de lo que piensen los partícipes, a menudo éstos no pueden saber si una aportación es "necesaria" o no. Por ejemplo, en nuestro supuesto, los que coactúan probablemente nunca sepan si el abortivo lo habrían podido obtener en otro sitio, e incluso quizá el tribunal nunca podrá verificarlo, de manera que tales casos quedan sin solución para esta teoría.

Además, de ningún modo convence que la decisión sobre la forma de participación del farmacéutico tenga que depender de si —lo que el comprador no puede saber— otro farmacéutico habría estado disponible para proporcionar el abortivo. No se trata aquí de una solución obtenida a partir de la realidad de las cosas, sino simplemente de una consecuencia proveniente de un punto de partida metodológicamente incorrecto.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para que cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado *motu proprio*, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición "necesaria". Al respecto reina hoy unanimidad.

Así pues, el alcance de esta teoría se revela a fin de cuentas insuficiente. El desarrollo de sus puntos de partida fructíferos quedará reservado para la solución que aquí se elaborará.

II. TEORÍA DE LA COOPERACIÓN ANTERIOR Y SIMULTÁNEA AL HECHO ("TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD")

La distinción entre *concursus antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, esto es, entre participación previa, simultánea y posterior, fue ya puesta de relieve por los juristas italianos del medievo y aplicada profusamente en el Derecho común junto a otros criterios de distinción. La participación posterior, hoy ya no reconocida como tal participación, queda descartada para nuestro estudio. Lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el

hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.

Distinciones en tal sentido se encuentran con mucha frecuencia hasta la primera mitad del siglo pasado [18] y han influido en varias codificaciones regionales [19]. Tras la entrada en vigor del nuevo Código penal se recurrió a ellas, al principio sólo particularmente para delimitar coautoría y complicidad [20], y con el mayor ahínco por parte de FUCHS [21], que considera coautor al que "toma parte delictivamente en la ejecución de cualquier manera, aun subordinadamente" [22]; según su doctrina, la complicidad se limita al auxilio previo al hecho.

Esta "teoría de la simultaneidad" apenas halló más partidarios con posterioridad, hasta que en 1908, sobre la base de sus estudios comparatistas preparatorios de la proyectada reforma del Derecho penal, BIRKMEYER [23] la retomó e incluyó en su propuesta legislativa [24]. A la iniciativa de BIRKMEYER siguió el llamado Contraproyecto de 1911, cuyo § 31 establecía: «Se castigará como autor a aquel que coopere en la ejecución de la acción punible a él imputable o determine la ejecución por parte de otro...» También en la jurisprudencia temprana del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*, RG) resuena ocasionalmente la distinción aquí formulada [25].

Aún impera en el Derecho angloamericano, donde pervive hasta hoy la clasificación (transmitida por la jurisprudencia medieval italiana) en auxilio previo, simultáneo y posterior al hecho, distinguiéndose, junto al *principal in first degree*, que ejecuta personalmente la acción típica, el llamado *principal in the second degree* y el *accesory before the fact*. Por *principal in the second degree* se entiende el sujeto que no comete el delito personalmente, pero que sí está presente cuando éste se comete y auxilia al *principal in the first degree* ("a person, who does not commit a crime himself but is present at the time when the crime is commited and assists the principal in the first degree"), mientras que el *accessory before the fact* es la persona que está ausente cuando se comete el delito, pero solicita, aconseja, ordena o instiga a otro para que lo cometa ("who is absent at the time when a crime is commited, but procures, counsels, commands or abets another to commit it") [26]. Así pues, el *principal in the second degree* coincide con el coautor

[18] Cfr. la bibliografía más amplia en BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 19, nota 1.
[19] Con más detalle BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 2; p. 30, nota 1.
[20] Al respecto BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 4.
[21] *GA*, t. 29, 1881, pp. 170-178.
[22] *Op. cit.*, p. 175.
[23] *Vergl. Darstellung*, pp. 19 y 20, 59 y 60, 150-152.
[24] *Op. cit.*, p. 150.
[25] Cfr. las sentencias recopiladas en BIRKMEYER, «Teilnahme», pp. 199-201.
[26] CROSS-JONES, *An Introduction to Criminal Law*, 2.ª ed., 1949, pp. 63-65, citado por STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, 1952, p. 15.

de la doctrina alemana aquí referida [27], y el *accesory before the fact* comprende al inductor y al cómplice.

También en algunas otras codificaciones extranjeras se equipara a la autoría la cooperación en la fase ejecutiva. Así, por ejemplo, el art. 61, núm. 3, del Código penal uruguayo de 1932 llama coautores, entre otros, a «aquellos que cooperan directamente en el momento de la consumación» [28], y el art. 46, párrafo 1.*b)*, del Código penal griego de 17 de agosto de 1950 impone la pena de la autoría a «aquel que ha prestado ayuda directa y dolosamente al autor durante la ejecución del hecho principal» [29].

Esta "teoría de la simultaneidad" sigue teniendo importancia para el Derecho alemán actual. No es que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga que ser menos merecedor de pena o menos peligroso; ya se ha aludido *supra* a la inutilidad de tales criterios. El mayor valor de esta teoría reside más bien en que puede asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo-formal y de la necesidad sin incurrir en su unilateralidad.

Con la teoría objetivo-formal coincide en que sitúa en el centro de la delimitación a los partícipes directos en la ejecución del hecho. Pero no se ata al criterio puramente formal de tener que realizar un elemento típico, sino que entiende el concepto de la "ejecución conjunta" de una manera que da cuenta mucho mejor de su significado que la cooperación simultánea y concorde en la comisión del hecho. No tiene inconveniente —por retomar nuestro ejemplo— en considerar coautores a la mujer que con su charla distrae del mal sabor del café y al hombre que sujeta al que va a ser apuñalado.

Pero también da cuenta esta teoría del núcleo acertado de la teoría de la necesidad, como ya apreció FUCHS al escribir sobre la delimitación temporal por él preconizada [30]: «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. Lo que coincide con lo que hoy escribe GALLAS [31], desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho: «No basta la participación en el planeamiento

[27] Resulta discutible si el coautor queda incluido en el concepto de autor del Derecho inglés, pero es irrelevante en este contexto; cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, pp. 91 ss.; DIETZ, pp. 94 y 95; STRAUB, pp. 63-67.
[28] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 136.
[29] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 134.
[30] *GA*, t. 29, 1881, p. 177.
[31] *Gutachten*, p. 137.

o preparación del hecho. El coautor debe, más bien, tomar parte también en el *ejercicio* del dominio del hecho» [32]. Conforme a lo cual el farmacéutico de nuestro ejemplo, que simplemente facilita el abortivo, no es sino cómplice.

De este modo se evitan las consecuencias doctrinarias de la teoría de la necesidad, sin dejar de lado su elemento más importante para el observador actual, la concepción del autor como la figura central que decide por sí sola o conjuntamente el hecho. Además, se deduce que también esta teoría contiene ya importantes elementos de la teoría del dominio del hecho, ahora dominante, que más tarde se analizará con detalle.

Pero por otra parte, también la teoría de la simultaneidad es demasiado esquemática. Su poder de convicción se basa sólo en que sobre el que coopera activamente en la ejecución del hecho por lo general recae la posición central que hace aparecer al hecho como obra común. Y donde no es así, se convierte en absurda. Si, por ejemplo —por tomar un supuesto de BAUMGARTEN— [33], un sujeto facilita al falsificador, durante la acción de falsificar, su estilográfica o el tintero, no cabe descubrir ni criterio normativo ni distinción prejurídica que justifique que se le considere coautor sólo porque ha realizado su aportación, totalmente subordinada, en el momento de la ejecución. Aquí, tanto la teoría objetivo-formal como la de la necesidad llevan a resultados con más sentido.

Ni siquiera cabe entender por qué el tan renombrado miembro de la banda de ladrones que se queda vigilando tiene que ser coautor en todo caso, como suponen sin reparos tanto FUCHS [34] como los autores del Contraproyecto [35], mientras que aquel que ha atraído a la víctima al lugar solitario del crimen, con astucia y alevosía, ya no puede ser coautor [36], porque su actividad ha concluido antes de los golpes mortales de su cómplice. Una delimitación puramente temporal en tales términos se queda excesivamente en lo externo, no penetrando en los criterios materiales. Lo cual se pone de manifiesto también en que desde este planteamiento no es posible explicar la figura de la autoría mediata, pues precisamente al utilizar a un instrumento que actúe de buena fe, el autor mediato por lo general no va a actuar en el momento de la ejecución del hecho.

Así pues, también el valor de la teoría de la simultaneidad se limita a ofrecer, en los supuestos típicos, un punto de partida susceptible de desarrollo. Pero como criterio general de delimitación es inadecuado.

[32] De todos modos, la cuestión es muy controvertida entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho y será tratada más en profundidad, cfr. *infra* pp. 321 ss.

[33] *ZStW*, t. 37, 1916, p. 529.

[34] *Op. cit.*, p. 176.

[35] *Op. cit.*, p. 51.

[36] Cfr. al respecto FUCHS en la obra citada *supra*, p. 151.

III. CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD PSÍQUICA

Una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría; en el segundo, participación.

Una delimitación así se encuentra ya en FEUERBACH [37], que distingue entre eficacia directa e indirecta de la acción y señala: «(La acción) surte efecto directamente cuando la lesión del bien jurídico es el objeto inmediato de su eficacia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente... a la que se dirigen todas sus manifestaciones. Surte efecto indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico, sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico. El sujeto de aquella acción se llama autor del delito...; el de ésta, partícipe...». Distinciones en tal sentido entre causalidad directa e indirecta aparecen con cierta frecuencia en la ciencia penal del siglo XIX.

La distinción, en cierta medida modificada y de una forma más influyente en años siguientes, se encuentra más tarde en LOENING [38]. Con arreglo a su teoría, caracteriza al coautor, frente al cómplice, que aquél tiene que abrir «un curso causal hacia el resultado independiente, no sólo conducente a éste a través de la actividad de otro, sino en plano de igualdad con él»; le siguen WUTTIG [39] y GOETZ [40].

Una variante muy curiosa e independiente de esta teoría la representa Arnold HORN en su monografía, hoy completamente olvidada, sobre «Conceptos de causalidad y de efectividad» [41]. También parte de un llamado concepto de causa "natural". Causante, y por tanto autor, es el que aporta una condición que realiza el resultado directamente y no sólo a través de otro; la actividad del partícipe, por el contrario, es aquella «que, antes de la resolución del autor sobre si va a servirse de ella, se detiene causalmente, no pudiendo saltarse la voluntad de éste» [42].

Hasta aquí concide su teoría con las antes mencionadas, pero diverge de éstas al hablar de una "ampliación" del concepto de causalidad natural por efecto de la voluntad [43]. Enseña que la "imagen causal [se modifica]

[37] *Revision*, 2.ª parte, 1806, p. 244; de todos modos, vincula este criterio con el del interés propio (cfr. p. 245), sobre el que se volverá al tratar la teoría subjetiva.

[38] *Grundriß*, 1885, p. 94.

[39] *Fahrlässige Teilnahme*, 1902, pp. 97 ss.

[40] *Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1910, especialmente pp. 45 ss.

[41] *Gerichtssaal*, t. 54, 1897, pp. 321-385.

[42] *Op. cit.*, p. 373.

[43] *Op. cit.*, p. 347.

por medio de la intervención rectora de la psique», en tanto que de ese modo la aportación de una mera condición se convierte en *dominium causae*, en dominio sobre el curso causal [44]. La causalidad natural sería, pues, la «sierva de la voluntad; obedeciendo a ésta, a la *domina causae,* debe desplegar su efecto en el lugar prescrito y en el momento asignado» [45].

Ahora bien, HORN no sólo considera autor al causante natural, sino también al *dominus causae*, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error [46]. Por el contrario, rechaza expresamente el *dominium causae* y, por tanto, la autoría cuando tercia la libre voluntad de un tercero. «Somos conscientes de que no controlamos la espontaneidad de nuestra voluntad, de que no podemos tener en cuenta sus futuras decisiones como el modo de operar una fuerza de la naturaleza...» [47].

El partícipe, por otra parte, actúa con la consciencia «de no poner directamente una *causa (naturale)* y de no ser *dominus causae*, sino de dejar al arbitrio de otro la relación causal y el *dominium causae*. Deja al criterio de otro la decisión de si el resultado va a producirse. Pero este contenido de voluntad suyo no está formado arbitrariamente, sino que se deriva de la situación fáctica objetiva, y así un partícipe que objetivamente, dadas las circunstancias, sólo aporta una actividad de partícipe, no puede convertirse en coautor por sus meros pensamientos, intereses y motivos, al igual que una persona... por el mero tinte subjetivo de su *dolus* tampoco puede verse degradada del papel de coautor al de cómplice» [48].

Todo esto se ha citado tan prolijamente para poner de manifiesto que aquí —bajo el ropaje causal y provista de toda clase de adornos que inducen a confusión y que he preferido dejar de lado— se anticipa la teoría del dominio del hecho en sus rasgos esenciales junto con su crítica a la teoría subjetiva de la participación. También el elemento final se pone de manifiesto claramente al acentuarse la "intervención rectora de la psique", e incluso el concepto del "dominio del hecho" se encuentra prefigurado al pie de la letra en el término *dominium causae*. Esta teoría pasó inadvertida en su momento —en la época de esplendor de la metodología causal, a la que está sujeto el propio HORN—, no ejerciendo influencia. Cuán poco fue entendido entonces su auténtico contenido se aprecia en las críticas incomprensivas de HERGT [49] y PERTEN [50].

[44] *Op. cit.,* p. 351.
[45] *Op. cit.,* p. 352.
[46] *Op. cit.,* p. 365.
[47] *Op. cit.,* p. 368.
[48] *Op. cit.,* p. 375.
[49] *Die Lehre von der Teilnahme,* 1909, pp. 108-110.
[50] Pp. 23-26.

PERTEN, por su parte, aporta una variante propia de la distinción originaria entre causalidad directa e indirecta. Para él, a la autoría pertenecen en principio todas aquellas «acciones que en general son adecuadas para producir el resultado sin que tenga que añadírsele una posterior acción dolosa ajena» [51]; además, pretende, sin consideración a este criterio, incluir en el concepto de coautoría «varias co-actividades dolosas simultáneas de peligrosidad directa» [52]; también reconoce la autoría mediata por medio de un instrumento inimputable, al par que rechaza el "instrumento doloso" [53].

La que más conocida ha llegado a ser es la teoría de FRANK, asimismo perteneciente a este entorno, que distingue entre causalidad física y psíquica. Sin embargo, para los llamados "delitos de mera actividad", que describen una acción determinada, FRANK sigue la teoría objetivo-formal. Únicamente en los delitos de resultado, como, por ejemplo, el § 222 StGB, que vinculan la conminación con pena sólo con el resultado, con independencia de cómo se produzca, señala FRANK: «La autoría pertenece al ámbito de la causalidad física; la participación, al de la psíquica» [54]. A las dificultades que de ahí se derivan para el entendimiento de la autoría mediata se sustrae FRANK diciendo [55]: «Si existe una voluntad interpuesta, pero no es libre o no es consciente de la causalidad de la acción, la causalidad ya no es —de acuerdo con la terminología que aquí se sigue— psíquica, y por tanto, resulta posible la autoría.» Por el contrario, no reconoce el concepto del instrumento doloso.

Huelga señalar que en todos estos intentos aparece reflejada la teoría de la "interrupción del nexo causal", antes muy extendida. Lo cual explica que al imponerse en general la teoría de la equivalencia, a comienzos de los años treinta, tampoco encontrara más adeptos la distinción entre causalidad directa e indirecta, física y psíquica, en la teoría de la participación.

Su síntesis última y más concentrada, la de GARLAND [56], aparece ya bajo el ambicioso nombre de "teoría fenomenológica" [57]. Conecta con la teoría de LOENING [58] y distingue entre «eficacia colateral y descendente, en función de que dos series de condiciones, independientes entre sí, coincidan en un resultado o bien una condición surta efecto en el resultado a través de otra» [59]. La coautoría es «siempre eficacia colateral; la complicidad, siempre eficacia descendente especialmente implicada».

No se profundizará aquí en las diferencias existentes entre estas teorías, que en todo caso tienen en común considerar como punto de vista esencial

[51] *Op. cit.,* p. 95.
[52] *Op. cit.,* p. 106.
[53] *Op. cit.,* p. 141.
[54] *Kommentar,* ante § 47, II.
[55] Loc. cit.
[56] En su *Lehrbuch,* 2.ª ed., 1932.
[57] *Op. cit.,* p. 192.
[58] Cfr. p. 191, nota 1.
[59] *Op. cit.,* pp. 190 y 191.

para delimitar autoría y participación el que entre la acción y el resultado medie o no la voluntad de otro. De hecho aquí está comprendido un criterio extraordinariamente importante incluso para el estado actual de la doctrina de la autoría, pues —como dice HORN con toda razón— no es posible saltarse la voluntad de una persona que actúa libremente. El otro decide si el hecho conduce al resultado, asume la posición central, desplazando a la periferia a los demás, que sólo a través de él pueden influir en el resultado.

Es fácil apreciar que este punto de vista también desempeña un importante papel para la teoría del dominio del hecho, lo cual en parte se ha resaltado expresamente; así, por ejemplo, señala GALLAS [60] que ha de negarse el dominio del hecho «donde el que actúa directamente es autor responsable... Visto así... el dominio del hecho mediante la utilización de otro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho considera libre el hecho del que actúa directamente». En términos análogos apunta WELZEL [61]: «Quien determina a un autor al hecho es siempre sólo inductor, no pudiendo convertirle en autor el tener la voluntad de tal.» El parentesco aquí existente permite comprender que HORN, precisamente partiendo de una distinción causal hallada por esta vía, pudiera llegar a una teoría que anticipa en gran medida la idea del dominio del hecho.

Por otra parte, esta distinción presenta puntos flacos difíciles de soslayar, en que se refleja la "asepsia valorativa" del planteamiento causal. Por eso incluso ya los autores *supra* mencionados completaron esta distinción con otros puntos de vista. Es evidente que no cabe explicar la autoría mediata a través de la distinción entre causalidad directa e indirecta, física o psíquica. Por notables que sean las reflexiones de HORN sobre la "intervención rectora de la psique", en absoluto tienen que ver —como él señalaba— con el concepto de causalidad. En ese punto tiene razón PERTEN al objetar: «Pero, ¿cómo es posible... que la importancia causal de una condición para el resultado... se vea aumentada por el hecho de responsabilizar a su autor?» [62]. A similares reparos está expuesto el intento de FRANK de integrar la autoría mediata en la causalidad física. Aquí resulta de todo punto evidente que la diferencia esencial entre autoría mediata y participación no reside en el ámbito causal.

Pero también al determinar la coautoría fracasa en muchos casos esta distinción. Así, por ejemplo, ni siquiera los partidarios de distinguir entre causalidad directa e indirecta han conseguido esclarecer si el sencillo supuesto en que alguien sujeta a la víctima del asesinato ha de calificarse como de complicidad o de coautoría [63]. Como sigue sin estar clara la solución si se

[60] *Materialien*, p. 134.
[61] *SJZ*, 1947, apartado 650.
[62] PERTEN incluye todos los elementos subjetivos en la culpabilidad.
[63] Cfr. WUTTIG, p. 101; GOETZ, p. 49; PERTEN, p. 30.

piensa, una vez más, en el ya varias veces citado supuesto de la envenenadora charlatana. ¿Se da aquí causalidad directa o indirecta, física o psíquica? Parece más aceptable lo segundo, lo que descartaría la coautoría. Pero el resultado es insatisfactorio; y sobre todo no se comprende por qué hay que hacer depender la solución de una distinción meramente formal. En los casos de mera división del trabajo en la ejecución conjunta del hecho una distinción así opera arbitrariamente, porque falta, de entrada, su contenido material: la dependencia de la libre resolución de otro, que mantiene en sus manos la decisión sobre si el hecho se va a producir. Sin embargo, es también objetable su punto de partida, pues en lugar de resaltar la imbricación de las partes del hecho, limita la coautoría a cursos causales independientes entre sí, modo de proceder que conduce a un aislamiento de los actos individuales semejante al de la teoría objetivo-formal [64].

Esta objeción afecta también a los casos que según esta teoría deben atribuirse claramente al ámbito de la participación. Si dos personas incendian un inmueble de manera que uno pone al alcance del otro astillas encendidas, que éste arroja a la casa, resulta absurdo hacer depender la calificación de si se da coautoría o complicidad de que el que ha encendido las astillas y las ha puesto al alcance del otro también haya arrojado por sí mismo —aunque sólo sea por una vez— una astilla directamente a la casa.

Así pues, también esta teoría comparte los defectos de las antes debatidas: un punto de partida útil se absolutiza acríticamente, porque se omite remitir una distinción formal a su contenido de sentido determinante para la doctrina de la autoría y consiguientemente clarificar los límites de sus posibilidades de aplicación.

IV. TEORÍA DE LA SUPREMACÍA DEL AUTOR ("TEORÍA DE LA SUPREMACÍA")

Con independencia uno de otro, pero del mismo modo en lo esencial en cuanto al contenido, DAHM [65] y Richard SCHMIDT [66] han desarrollado la concepción de que la coautoría y la complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados, organizables en general, sino con arreglo a si, considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.

Define DAHM [67]: «Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular,

[64] Cfr. *supra*, pp. 55-56.
[65] *Grundriß*, 2.ª ed., 1931.
[66] *Op. cit.*, p. 43.
[67] *Op. cit.*, p. 161.

se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, aparece como subordinado»; mientras que Richard SCHMIDT señala [68]: «Se da coautoría... cuando, a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación, a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjetivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada.»

Esta teoría, llamada por DAHM [69] "objetivo-popular", ofrece evidentes ventajas frente a las debatidas hasta ahora. Evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. El punto de vista de la supremacía y la subordinación proporciona un baremo sumamente elástico, que deja amplio margen para la individualización. Por otra parte, tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de la peligrosidad. El que se dé relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos.

Esta teoría no ha hallado adeptos en la formulación aquí expuesta. Pero materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho. Describir —por decirlo con DAHM— [70] el comportamiento del autor como "el dominante en la situación global" o mediante el concepto del "dominio del hecho" no representa diferencia apreciable alguna. Y con la formulación de que entre varios coautores existe una "relación de coordinación" no se dice sino que se les atribuye una parte igual en el dominio del hecho. Como consecuencia de este estrecho parentesco entre las teorías de la supremacía y del dominio del hecho, resulta posible emprender un examen crítico detallado de las teorías de DAHM y Richard SCHMIDT conjuntamente con el análisis, que se abordará *infra*, del concepto del dominio del hecho.

Hay algo que, sin embargo, cabe adelantar: los conceptos de coordinación y subordinación ciertamente producen una orientación útil para la delimitación entre autoría y participación, pero no dan más de sí, pues conceptualmente hay numerosos supuestos críticos en los que precisamente es dudoso si se da una relación de supremacía o de subordinación. Una teoría basada en esta distinción debería, pues, para ser llevada a la práctica, elaborar al menos los baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación en los supuestos concretos.

[68] *Op. cit.*, p. 43.
[69] *Op. cit.*, p. 42.
[70] *Op. cit.*, p. 42.

Sin embargo, ello no se ha conseguido. «No hay elemento abstracto que caracterice un comportamiento en todo caso o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global», advierte DAHM [71], mientras que señala Richard SCHMIDT [71]: «No es posible aportar ningún rasgo distintivo determinado apreciable.» Es evidente que una concepción en tal sentido deja al juez en la estacada en todos los supuestos problemáticos. El propio DAHM confiesa que su planteamiento objetivo-popular es "impracticable" y deja "amplio espacio al arbitrio judicial". Incluso prosigue: «Quien considere que la falta de practicabilidad es motivo suficiente para rechazar la formación jurídica de conceptos descartará esta distinción» [72].

Pero en realidad aquí se pone de manifiesto también un defecto metodológico, pues aun admitiendo que para la delimitación de autoría y participación pueden llegar a ser relevantes todas las circunstancias del caso concreto, el baremo con arreglo al cual debe medirse su importancia tiene que ser necesariamente más general. Y ello no se consigue tampoco con esta teoría. Por el contrario, el punto de vista de la supremacía/subordinación, del que parte, es excesivamente general. Al renunciar de entrada a ulterior concreción de este baremo se capitula ante la auténtica tarea que se le plantea a la formación de conceptos en la ciencia jurídica.

Así pues, esta teoría no pasa de ser un punto de partida aprovechable.

§ 9. TEORÍAS SUBJETIVAS

Es común a las teorías subjetivas el distinguir, en la delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes. Es posible encontrar aquí una serie de puntos de vista para distinguir. Vamos a seguir la clasificación tradicional en los dos grandes grupos formados por las teorías del dolo y del interés. Las primeras distinguen en función de la clase de voluntad; las segundas, con arreglo a si el hecho se cometió en interés propio o ajeno.

I. TEORÍAS DEL DOLO

Al igual que las concepciones objetivas, también éstas se remontan a comienzos del siglo XIX [1]. Todas ellas distinguen entre la voluntad de autor y la voluntad de partícipe, de naturaleza heterogénea. Con todo, la mayor parte de ellas renuncian a profundizar en la diferencia entre esas voluntades,

[71] *Op. cit.*, p. 161.
[72] *Op. cit.*, p. 43.
[1] Cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 24, con bibliografía; PERTEN, pp. 41-50.

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

En este sentido, diferenció ya WÄCHTER [2] en función de «la intención del sujeto actuante: querer directamente el propio delito, frente a los casos en que uno quiere simplemente apoyar el delito de otro, siéndole al menos indiferente si el autor lo ejecuta o no». Análogamente, HÄLSCHNER [3] estima que el partícipe se propone «su actividad auxiliar sólo dando por sentado que el autor cometerá el delito por decisión propia y libre».

También en época posterior siguieron encontrando defensores estas teorías. Así dice, por ejemplo, JANKA [4]: «El autor hace depender la producción del resultado delictivo de su propia resolución...; el partícipe... no se propone la acción de realización, sino que la hace depender de una resolución ajena (la del autor)...» SCHWARTZ [5] señala que el partícipe deja a criterio del autor que se produzca o no la consumación. También BINDING [6] propugna una teoría subjetiva en lo esencial, y su discípulo NAGLER [7] manifiesta que el partícipe quiere «actuar sólo si el autor realiza su propósito antijurídico, y en esa medida». A veces también se encuentra la formulación de que el autor es aquel que, en caso necesario, emprendería la acción típica en persona [8].

El representante más influyente de la teoría del dolo fue v. BURI, que en numerosas monografías enseñó [9]: «Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor.»

En la forma acuñada por v. BURI, la teoría del dolo ha ejercido decisiva influencia en la jurisprudencia del RG. Se encuentra en su formulación clásica

[2] *Lehrbuch*, I, 1825, p. 147.
[3] *Gem. Deutsches Strafrecht*, I, p. 376.
[4] *Österreich. Strafrecht*, 2.ª ed., 1890, p. 148.
[5] *Kommentar*, 1914, § 47, núm. 5; § 49, núms. 2a y 5.
[6] Cfr. simplemente la muy pormenorizada exposición sobre «Las tres formas básicas del sujeto delictivo» en *Abhandlungen*, t. I, pp. 251-401, y la breve síntesis en *Grundriß*, 8.ª ed., 1913, pp. 149 ss., 59 y 162 s.
[7] *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, p. 125.
[8] Cfr., por ejemplo, TJABEN, *GA*, 42, p. 228; v. BAR, *Gesetz und Schuld*, t. II, pp. 606 y 607.
[9] Cfr. simplemente *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41; en términos muy semejantes, *Abhandlungen*, 1862, p. 117.

en la básica sentencia RGSt 3, 181 ss., donde se dice [10]: «Si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, pero el partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, sólo cabe aquí hallar el sentido de que el partícipe únicamente puede tener una voluntad dependiente de la del autor, al subordinar su voluntad a la del autor, dejando a criterio de éste si el hecho se va a consumar o no. Frente a esta voluntad dependiente del partícipe, el coautor no reconoce voluntad superior a la suya. Más bien su voluntad es de igual categoría que la de los demás coautores, y, ciertamente, según su parecer, el delito ha de materializarse con la cooperación de éstos, sin que no obstante considere tales voluntades como determinantes de la propia.»

La teoría del dolo, en esta forma, ha pervivido hasta hoy. BOCKELMANN [11], su defensor más importante de la actualidad, considera que el criterio decisivo para la delimitación reside «en un hecho psíquico concreto: la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal»; para caracterizar esta subordinación se refiere expresamente a las formulaciones de la sentencia *supra* mencionada. Tampoco puede pasar inadvertida la semejanza de esta teoría con la del dominio del hecho. BOCKELMANN [12] llega a considerarlas idénticas a ambas cuando escribe: «Lo que distingue el dominio del hecho del autor del del partícipe es precisamente la peculiaridad psíquica que caracteriza a éste, consistente en la subordinación de su dolo a una decisión del hecho ajena.» En sentido contrario se manifiesta expresamente GALLAS [13] —con razón, como veremos—; pero la circunstancia de si alguien ha "dejado a criterio" de otro la ejecución del hecho o si no reconoce "otra voluntad superior a la suya" es indudablemente un punto básico para determinar el dominio del hecho [14].

En realidad, la teoría del dolo facilita una aportación extraordinariamente importante para resolver la problemática de la autoría. Es absolutamente inmerecida la mala fama que siempre ha padecido, como todas las teorías subjetivas. Así, ha conseguido abarcar distintos puntos de partida de las teorías objetivas, significativas y susceptibles de desarrollo, bajo la fórmula, vuelta hacia lo subjetivo, del "dejar a criterio", sin poner en peligro la concreción y practicabilidad de las soluciones. Lo que caracteriza al que ejecuta el hecho por sí mismo (teoría objetivo-formal), al que realiza una aportación imprescindible al hecho (teoría de la necesidad), al que coopera en el acto ejecutivo (teoría de la simultaneidad) o realiza una condición conducente directamente al resultado (teoría de la causalidad física): lo que forma el contenido material de todas estas teorías, oculto tras ropajes formales y causales, es precisamente lo que, globalmente considerado, la teoría del dolo

[10] *Op. cit.*, pp. 182 y 183.
[11] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76.
[12] *Op. cit.*, p. 77, nota 106.
[13] *Materialien*, pp. 131 ss.; número especial Atenas, pp. 26 y 27.
[14] Pormenorizadamente cfr. *infra* pp. 102 ss., pp. 109 ss., y *passim*.

resume en una fórmula lacónica cuando señala que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya", mientras que el partícipe «deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación». La figura dominante del autor y el fenómeno —de él dependiente— del partícipe encuentran aquí una forma gráfica de expresión.

Es sabido que en su jurisprudencia posterior el RG prácticamente nunca ha mantenido los principios de la sentencia citada. Mediante la fórmula, casi siempre esquemática y aplicada sin fundamentación, de que el autor ha "querido el hecho como propio" —un modo de hablar que el propio RG considera [15] "mera expresión sin sentido aprehensible"—, esta jurisprudencia ha caído en descrédito con razón. Max Ernst MAYER [16] la tildó de "tergiversación sofística extrema de la ley" y "la confusión más grave de la jurisprudencia dominante", mientras que BELING [17] la llama «simple producto de la fantasía, que se aparta de la ley y al final a menudo la fuerza burdamente». Estas duras palabras que nuestro dogmático más notable dedica a la teoría subjetiva afectan más bien a la aplicación arbitraria y desorientada de la fórmula del *animus* desprovista de sentido que a la teoría del dolo interpretada en el sentido señalado *supra*. En cambio, ésta ofrece (si uno no se aparta de la línea que conduce, a través de v. BURI y RGSt 3, 181 ss., a BOCKELMANN) una solución que supone un significativo avance con respecto a lo unilateral de las teorías objetivas.

Naturalmente también la teoría del dolo está expuesta a varias objeciones. Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica —al menos desde v. BURI— por el punto de partida causal. Las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponde con la voluntad de los partícipes; sólo cabe preguntarse por qué esta teoría en tales casos formula subjetivamente lo que también se puede distinguir objetivamente. Pero en tanto que los sucesos externos y la dirección de voluntad interna de los partícipes no puedan reducirse a un común denominador, el enjuiciamiento puramente subjetivo conduce a soluciones peregrinas. Así, por ejemplo, si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes, y faltaría el autor. Este resultado grotesco, pero apenas evitable a partir de un punto de partida puramente subjetivo, incluso ha forzado recientemente a BOCKELMANN [18] a modificar la teoría del dolo. Ahora mantiene que la delimitación subjetiva al menos no debe «entrar en contradicción con el enjuiciamiento que la situación fáctica objetiva impone». Pero así se abandona en realidad la teoría subjetiva, pues si los pensamientos del

[15] *RGSt*, 15, pp. 295-303 (303).
[16] *Lehrbuch*, p. 402.
[17] *GS*, t. 101, 1932, p. 10.
[18] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 120.

partícipe sólo se tienen ya en cuenta en tanto que no contradigan la situación fáctica objetiva, el criterio de delimitación decisivo se halla en el ámbito objetivo.

Otro tanto es predicable de otra consecuencia de la teoría del dolo: se ve forzada a considerar únicamente como partícipe a aquel que ejecuta la acción típica solo, pero internamente subordinándose a otro. Esta solución, que el RG no ha vacilado en asumir —por ejemplo, en el famoso caso de la bañera— [19], ignora por completo la importancia de la parte externa del hecho y con razón se ve hoy unánimamente —incluso por el BGH [19a]— rechazada. Ya en el siglo XIX se advirtió este "talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación" [20], e incluso en época posterior se han continuado apoyando en este argumento los oponentes a la teoría del dolo. «La teoría del dolo fracasa irremediablemente en que tiene que considerar partícipe a aquel que comete la acción principal (por ejemplo, matar) con voluntad subordinada», leemos en v. LISZT [21]; FRANK [22] prosigue la argumentación, e incluso BOCKELMANN [23] admite hoy: «El que vierte sangre con sus propias manos no puede lavarse las manos en la inocencia.» Pero así se abandona una vez más el punto de partida subjetivo.

Así pues, tampoco la teoría del dolo ofrece una solución definitiva a la problemática de la autoría.

II. TEORÍA DEL INTERÉS

La distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado desempeñó ya tempranamente importante papel junto a las teorías del dolo e imbricada de diversas formas con ellas. Este enfoque aparece ya en el primer FEUERBACH [24], se vuelve a encontrar en HENKE [25], KÖSTLIN [26] y GEIB [27], e incluso v. BURI [28] atendió en ocasiones —en parte conectando con la teoría del dolo— a que «el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito» [29].

[19] *RGSt*, 74, 85.
[19a] Lo cual es válido al menos para la sentencia básica *BGHSt*, 8, pp. 393-399; cfr. *infra* núm. X, pp. 106 ss.; en la sentencia sobre el agente soviético Staschynskij, no publicada aún al cierre del manuscrito, parece iniciarse una vuelta a la teoría del dolo extrema; cfr. al respecto *infra* pp. 149 ss.
[20] Cfr. al respecto BIRKMEYER, *Lehre von der Teilnahme*, 1890, pp. 40-44.
[21] *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 211, nota 10.
[22] *Kommentar*, ante § 47, II.
[23] *Untersuchungen*, pp. 120 y 121.
[24] *Neue Revision*, II, p. 245.
[25] *Handbuch*, I, p. 288.
[26] *Neue Revision*, § 130, pp. 448 ss.; § 135, pp. 465 ss.
[27] *Lehrbuch*, II, p. 318.
[28] Cfr., por ejemplo, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 64.
[29] Cfr. sobre todo ello BIRKMEYER, «Teilnahme», 1890, pp. 35-40, donde se reproducen las citas aludidas.

Con posterioridad no consiguió más partidarios, habiendo podido considerarla BIRKMEYER en 1907 [30] como "científicamente superada". Sólo mucho después resucitó en la jurisprudencia del RG, que declaró en el ya citado "caso de la bañera" [31]: «El que alguien quiera o no el hecho como propio se rige primordial, si bien no exclusivamente, por el grado de su interés en el resultado.» También el BGH ha empleado repetidamente la fórmula del interés, de modo especialmente claro en una sentencia de la Sala II de lo Penal de 25 de junio de 1954, donde establece [32]: «Es posible valorar el interés del autor en el hecho como indicio de si quiso el hecho como propio o de si sólo quiso favorecer un hecho ajeno.» Sin embargo, también se encuentran sentencias que son mucho más moderadas al tener en cuenta el interés [33].

En realidad, la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la "subordinación de la voluntad" requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales. Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo.

Pero ahí reside también su límite. Si se independiza el punto de vista del interés y, a pesar de faltar la subordinación, se pretende negarle a alguien la cualidad de autor sólo porque actúa en provecho de otro, la delimitación deviene sin más incorrecta; por una parte, debido a que es imposible que el legislador haya querido que el autor único quede impune sólo porque haya actuado en interés de otro (ello lo ponen de manifiesto ya preceptos como los §§ 216 y 263 *, en los que se ha incluido en la descripción del tipo el actuar por otro). Por otra parte, porque ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos; cuando, por ejemplo, alguien ha realizado un aborto, con seguridad es importantísimo para determinar la pena si lo ha hecho en interés propio o ajeno, por precio o por compasión; pero para la realización del tipo y el enjuiciamiento de la autoría es irrelevante. Si por ello se pretendiera considerar sólo como partícipe al asesino a sueldo que ya ha recibido su pago y por eso al ejecutar el hecho actúa sólo en

[30] *Vergl. Darstelllung*, p. 28.

[31] *RGSt*, 74, 85.

[32] *BGHSt*, 6, pp. 226-229 (229).

[33] Cfr., por ejemplo, *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (396).

* § 216.1 StGB: «**Homicidio a ruego.** Si alguien ha sido determinado a matar por el ruego expreso y serio de la víctima, ha de imponerse pena de prisión no inferior a tres años.»

§ 263.1 StGB: «**Estafa.** El que, con la intención de alcanzar para sí mismo o para tercero un beneficio patrimonial antijurídico, perjudica el patrimonio de otro provocándole un error mediante el fingimiento de hechos falsos o la deformación de hechos verdaderos....»

interés del que lo contrató, la teoría del interés operaría en realidad —por decirlo con la sarcástica expresión de DAHM— [34] como "teoría de la salvación del facineroso".

Así pues, sólo a renglón seguido de la teoría del dolo es aplicable la teoría del interés. Si se tiene en cuenta esta limitación del ámbito de aplicación, comparte las ventajas de la teoría del dolo y facilita su aplicación práctica. Pero también está expuesta a las mismas objeciones que ella.

§ 10. TEORÍAS MIXTAS

Esta claro que los numerosos criterios para determinar la autoría que se han aportado en esta panorámica no siempre aparecen en estado puro, sino que desde siempre se hallan entremezclados en doctrina y jurisprudencia. Las posibilidades de combinación son prácticamente ilimitadas. Cabe enlazar la teoría objetivo-formal con la teoría del dolo, o con criterios objetivo-materiales, mezclar entre sí los distintos criterios objetivo-materiales o conectarlos con la teoría subjetiva, alcanzando así construcciones nuevas, artificiosamente complicadas. Ya se ha aludido *supra,* al exponer los distintos puntos de vista de delimitación, a la vinculación de las distintas diferenciaciones. Si aquí se citan brevemente algunas de estas teorías, se hace más en aras de ilustrar que con pretensión de exhaustividad.

Como ejemplo de teoría pluralmente mixta sirva la de STÜBEL [1], procedente nada menos que de principios del siglo pasado. Parte de la realización de propia mano de un elemento del tipo [2] —teoría objetivo-formal— [3], pero añadiendo después todas las demás aportaciones al hecho realizadas "en y durante" la ejecución [4] —teoría de la simultaneidad—, reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de la "participación próxima" o de la "autoría física" [5] —teoría de la causalidad física y psíquica—. Sin embargo, también de los supuestos de participación alejada, en los que sólo se da la cooperación en la preparación, STÜBEL pretende incluir en el ámbito de la autoría a aquellos cuya acción se manifiesta como causa necesaria del resultado —teoría de la necesidad.

Mientras que en ésta se entremezclan varias teorías objetivas, también se encuentran numerosísimas teorías mixtas subjetivo-objetivas. Así, TJABEN [6]

[34] *Täterschaft und Teilnahme*, p. 34.

[1] En su obra *Über den Tatbestand der Verbrechen...*, 1805; en otra posterior, *Über die Teilname mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1812, se inclina por la teoría del autor unitario.

[2] *Op. cit.*, p. 34.

[3] Las denominaciones incluidas entre guiones se han añadido aquí y en lo sucesivo con finalidad aclaratoria.

[4] *Op. cit.*, p. 36.

[5] *Op. cit.*, pp. 31, 32, 34 y 37.

[6] *GA*, t. 42, 1894, pp. 218-229.

propone imponer la pena de la autoría a aquel que ejecuta una acción típica (teoría objetivo-formal) y además a todos los cooperadores que tienen *animus auctoris*, en tanto que éstos, llegado el caso, no vacilarían en tomar parte personalmente en la acción típica (teoría del dolo); combinación que se sigue empleando aún hoy en doctrina y jurisprudencia, al fundarse ciertamente en la teoría subjetiva, pero en caso de ejecución de la acción típica, admitiendo la autoría sin tener en cuenta la índole de la voluntad. De forma algo distinta, HAUPT [7] propone considerar siempre autor al que realiza la acción típica, y siempre partícipe al que sólo coopera en la preparación, pero aplicando la teoría del dolo en el espacio intermedio [8]. Con arreglo a la variante v. BAR [9], es siempre autor el que lleva a cabo la acción típica (teoría objetivo-formal), pero además «el que con el propósito de, llegado el caso, realizar personalmente aquella actividad que producirá la consumación de la acción punible, toma parte en la ejecución de dicha acción punible» (teorías del dolo y de la simultaneidad); por último, aquel que, con la intención de prestar auxilio al autor, lleva a cabo una actividad sin cuya concurrencia la acción típica previsiblemente no se habría perpetrado (teoría de la necesidad) [10].

Finalmente, también a la doctrina subjetiva defendida por la jurisprudencia se la ha llamado a veces teoría "mixta", porque el *Reichsgericht* requería para la autoría, junto a la voluntad de autor, determinable de modo puramente subjetivo, alguna clase de cooperación exterior objetiva, aun cuando sólo en la preparación y de la forma más insignificante [11].

No es necesario profundizar en cada una de estas teorías, pues sus elementos integrantes ya los hemos expuesto y evaluado. Todas las teorías mixtas presentan la gran ventaja de evitar, merced a la combinación de distintos puntos de vista, las exageraciones de los planteamientos llevados hasta el final consecuentemente. No obstante, existen bastantes objeciones prácticas y metodológicas contra ellas.

La dificultad práctica de tales teorías reside no ya en que operan de modo demasiado complicado e inmanejable —eso habría que asumirlo—, es que tampoco garantizan necesariamente resultados correctos, pues si se restringe el espacio de aplicación de un criterio a determinados ámbitos una teoría así sigue expuesta, en el espacio restante, a las mismas objeciones que antes, mientras que el punto de vista distintivo al que se recurre suplementariamente grava a las soluciones además con los puntos flacos propios.

[7] *ZStW*, 15, pp. 202-214 y 569-597; en términos muy semejantes hoy de nuevo Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, pp. 299 ss.; cfr. con detalle *infra* pp. 108-109.

[8] Cfr. *op. cit.*, p. 596.

[9] *Gesetz und Schuld*, t. II; pp. 602 ss.; cfr. asimismo la propuesta legislativa sintética en p. 610.

[10] *Op. cit.*, p. 610.

[11] Cfr., por ejemplo, *RGSt*, 3, pp. 181-183; 268-269; 177-179; 9, 3-10; 75-78; 14, 28-32; 15, 295-303; 26, 351-353; 28, 304-307; 35, 13-17.

Esta reflexión conduce a la problemática metodológica de un procedimiento combinatorio en tal sentido, consistente, como resulta fácilmente colegible de los ejemplos mencionados *supra*, en cierta arbitrariedad ecléctica del resultado perseguido en cada caso. Cabe mezclar los elementos de las numerosas teorías antes debatidas de modos totalmente distintos. Sería posible seguir desarrollando fácilmente de esta manera toda una serie de "nuevas" teorías concebibles. Agitando de manera ligeramente distinta el caleidoscopio de los puntos de vista van surgiendo otras combinaciones divergentes. Pero las teorías así conseguidas conservan algo de fortuito y de arbitrario. Lo cual se debe a que a estas combinaciones les falta la necesidad inherente a las concepciones unitarias. No resulta nada claro por qué una solución tiene que ser así y no de otro modo. Yuxtaponer inconexamente distintos planteamientos intelectuales no deja de ser un inseguro procedimiento de ensayo y error. El procedimento correcto reside más bien en descubrir, a partir de la multiplicidad de la materia jurídica y de los grupos de problemas, los puntos de vista unitarios, que en su despliegue dan lugar seguramente a soluciones diferenciadoras, cuya diversidad no obstante se funde en una unidad consecuente lógica y dogmáticamente.

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

§ 11. ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE "DOMINIO DEL HECHO"

Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho penal la expresión "dominio del hecho". En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito* [1] introduce en numerosos lugares [2] el término "dominio del hecho" o "dominio sobre el hecho" como concepto básico de la sistemática del Derecho penal. Pero HEGLER aún no anuda a esta palabra el contenido que hoy tiene. Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según HEGLER [3], actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido "pleno dominio del hecho", esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido "señor del hecho en su concreta manifestación" [4]. También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la «falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión» [5], idea sobre la que se profundizará *infra*.

Pero para delimitar autoría, inducción y complicidad HEGLER no emplea el criterio del dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual en dos sentidos.

En primer lugar, con su concepto de "requisitos de la culpabilidad" se describen elementos del dominio del hecho esenciales según una concepción

---

[1] *ZStW*, t. 56, 1915, pp. 19-44 y 184-232.
[2] *Op. cit.*, pp. 184-223, en total más de treinta veces.
[3] Cfr. *op. cit.*, pp. 184, 186 y 190.
[4] *Op. cit.*, p. 207.
[5] *Op. cit.*, p. 210.

aún hoy muy difundida. Por ejemplo, WELZEL atribuye el "pleno dominio el hecho" [6] sólo a aquel que no sufre error ni está sometido a coacción [7].

Pero ante todo la formación del 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 al 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". HEGLER no extrajo esta consecuencia expresamente en el trabajo mencionado, sino quince años después en su monografía *Zum Wesen der mittelbarer Täterschaft* [8]. En ella desarrolla su conocida doctrina, con arreglo a la cual 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" [9].

Con esta dilucidación de la autoría mediata a través de la idea del dominio del hecho se anticipa (no sólo terminológica, sino también materialmente) uno de los principales logros de la posterior teoría del dominio del hecho de WELZEL. En ocasiones hasta en la actualidad se limita su ámbito de aplicación a la autoría mediata. Así señala, por ejemplo, ENGISCH [10] que en la teoría del dominio del hecho se trata más bien de una descripción plástica «de los casos típicos de autoría mediata dolosa», pero que no supone avance alguno con respecto a ideas análogas más antiguas, aludiendo así expresamente a la teoría de la supremacía de HEGLER.

Conectando con HEGLER, también aparece el concepto del dominio del hecho en FRANK [11] y GOLDSCHMIDT [12]. Sin embargo, ambos no asumen los principios que de aquí se derivan para la teoría de la autoría, sino que sólo se ocupan del dominio del hecho en el marco del concepto de culpabilidad [13].

Para delimitar autoría y participación el concepto de dominio del hecho pronto lo hizo fructificar por primera vez Hermann BRUNS [14]. Naturalmente, también él parte de otro principio. Su idea básica es que la autoría —bien

[6] Cfr. *Lehrbuch,* 7.ª ed., p. 90.
[7] Análisis crítico *infra,* pp. 153 ss.
[8] «Esencia de la autoría mediata», *RGR-Praxis,* t. 5, 1929, pp. 305-321.
[9] *Op. cit.,* p. 308.
[10] *ZStW,* t. 66, 1954, p. 383.
[11] *Kommentar,* 18.ª ed., 1931, ante § 51, II, p. 136.
[12] «Normativer Schuldbegriff», en *Frank-Festgabe,* I, pp. 429, 431 y 442.
[13] En este sentido el concepto se sigue encontrando posteriormente en ocasiones, por ejemplo en BOCKELMANN, *Studien,* 1.ª parte, 1939, p. 42.
[14] *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932. La obra, obviamente, no está influenciada por HEGLER, a quien en todo caso no cita en este contexto.

sea en el hecho doloso, bien en el imprudente— presupone al menos la posibilidad de dominio del hecho [15]. Tal dominio del hecho sólo concurre, a su juicio, cuando la acción es adecuada en general «para ocasionar resultados del género del producido» [16]. Así puede decir, sintetizando: «La autoría se basa en la posibilidad del dominio del hecho inherente desde el principio al comportamiento» [17]. Con ayuda de este criterio puede descartar del ámbito de la autoría el famoso ejemplo escolar en el que alguien echa a un vagabundo en plena tempestad para que le fulmine un rayo. Aquí se utiliza, pues, la idea del dominio del hecho para introducir la teoría de la adecuación en Derecho penal [18]. Más adelante se debatirá hasta qué punto es correcto y susceptible de desarrollo este punto de partida, que en todo caso nada aporta directamente para distinguir las formas de participación.

BRUNS también aplica su idea en principio sólo a la delimitación entre dolo e imprudencia consciente al señalar [19]: «La medida del dominio del hecho realmente ejercido aporta... el criterio de distinción entre dolo e imprudente consciente»; también se profundizará *infra* en este punto de vista. Pues bien, después de haber hecho depender el castigo del hecho omisivo de la posibilidad de dominio del hecho, pasa a analizar las distintas formas de intervención diciendo [20]: «La posibilidad de dominio del hecho en la forma descrita en el tipo reproduce el baremo de imputación objetiva para las acciones del autor. En la determinación y en el auxilio falta el dominio del hecho desde el punto de vista del resultado final. Por eso estas formas de comportamiento humano están tipificadas como modalidades de participación. En comparación con la autoría mediata, poseen menor contenido de injusto y constituyen causas de extensión de la pena. El dominio del hecho compartido fundamenta coautoría.»

Estas consideraciones las suscribirían también los actuales representantes de la teoría del dominio del hecho, y reflejan correctamente la idea básica de delimitación entre autoría, inducción y complicidad con arreglo a esta teoría, empleando el concepto de dominio del hecho en un sentido aún válido. Sin embargo, no cabe señalar a BRUNS como fundador de la teoría del dominio del hecho. Para serlo, sus reflexiones son demasiado incidentales y están demasiado poco desarrolladas. En ningún lugar define o describe lo que ha de entenderse por "dominio del hecho", pues el concepto, desarrollado por BRUNS, del "dominio del hecho posible" (= adecuación) es distinto y no aplicable para delimitar las formas de participación, dado que tanto inductor como cómplice aportan igualmente condiciones adecuadas con vistas

[15] *Op. cit.,* pp. 72 y 73.
[16] *Op. cit.,* p. 73.
[17] *Op. cit.,* p. 72.
[18] Cfr. el propio BRUNS, *op. cit.,* p. 73: «Aquí se inicia la idea de la adecuación.»
[19] *Op. cit.,* p. 71.
[20] *Op. cit.,* p. 75.

al resultado. Tampoco explica BRUNS en ningún sitio los efectos prácticos de su concepción. De todos modos, sus consideraciones constituyen una contribución, notable y hasta hoy no agotada del todo, a la historia de la idea del dominio del hecho.

Tres años después de BRUNS quien vuelve a emplear el concepto de dominio del hecho es Hellmuth v. WEBER [21], a fin de arrojar luz sobre el "capítulo más desalentador" [22] de la dogmática penal, el de la participación. V. WEBER, frente a los demás que utilizaron esta expresión antes de él, se sirve de la idea del dominio del hecho para justificar la teoría subjetiva. Traspone esta fórmula, hasta entonces entendida objetivamente —si bien en sentidos distintos—, al ámbito subjetivo, señalando [23]: «Autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio.» Correlativamente, autor mediato es quien «se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho». Con este giro hacia lo subjetivo se inicia un camino por el que se sigue moviendo, como después se expondrá, la jurisprudencia del BGH. Sin embargo, v. WEBER no aclara ni ejemplifica su concepto de dominio del hecho.

Poco después, Eb. SCHMIDT (en una pequeña monografía sobre la autoría en los delitos castrenses) [24] intenta continuar perfilando su concepto extensivo de autor mediante la idea del dominio del hecho. Se propone conectar el punto de partida extensivo con la teoría subjetiva y con el principio del deber, especialmente importante en este ámbito. Así, dice [25]: «Sólo existe conducta de autor allí donde la disposición intencional del sujeto actuante le hace aparecer como señor del hecho...» [26] y: «... es seguro que la disposición intencional que entraña el dominio del hecho... presupone la posición de deber específicamente militar» [27].

También se encuentra varias veces este concepto en forma algo modificada y latinizada ya antes del origen de la auténtica teoría del dominio del hecho. Baste recordar los conceptos, *supra* [28] debatidos, de *dominus* y de *dominium causae* de Arnold HORN y el criterio de la conducta dominante en la situación global de DAHM. La formulación de la idea con mucho más importante, y casi coincidente en cuanto a contenido con la hoy dominante teoría del dominio del hecho, es la de LOBE [29], que en su crítica de la jurisprudencia del RG manifiesta que en lugar del *animus auctoris* habría de requerirse

[21] En su obra *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935.
[22] *Op. cit.*, p. 24.
[23] *Op. cit.*, p. 26.
[24] *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1936.
[25] *Op. cit.*, p. 10.
[26] *Op. cit.*, p. 11.
[27] Sobre el contenido material de las ideas aquí desarrolladas, pormenorizadamente *infra*, pp. 412 ss.
[28] Pp. 63-66, 67-69.
[29] *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, 1933.

el «*animus domini*, conectándolo con el correlativo *dominare* en la ejecución del hecho» [30]. Sobre el contenido material de esta teoría se volverá *infra*.

Por fin, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en WELZEL [31], que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una "autoría final" basada en el criterio del dominio del hecho. «La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final», dice WELZEL [32].

A partir de ahora, el concepto del dominio del hecho se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal, y ello esencialmente con el contenido y configuración que recibieron de WELZEL. De ahora en adelante su destino ya no forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual.

Llama la atención que de todos los autores mencionados en esta panorámica, ninguno se refiera a los demás, sino que todos ellos hayan llegado independientemente a formar este concepto. También es curioso que los puntos de partida dogmáticos que han conducido a la evolución del concepto de dominio del hecho sean absolutamente diferentes: la teoría de la culpabilidad en HEGLER, la de la adecuación en BRUNS, la justificación de la teoría subjetiva de la participación en VON WEBER, la critica a ésta en LOBE, la idea de deber en Eb. SCHMIDT, el concepto causal en HORN y, finalmente, la doctrina de la acción en WELZEL. La circunstancia de que todas estas teorías independientes entre sí converjan en el concepto de dominio del hecho y fuercen a consecuencias semejantes para la problemática de la participación pone de manifiesto que esta idea no representa el descubrimiento de un solo autor, sino que estaba flotando "en el aire", a la espera sólo de elaboración y desarrollo amplios.

II. ORÍGENES DOGMÁTICOS Y DE CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1) 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 de las teorías de la participación. Ya se ha aludido repetidas veces *supra* a que (y a hasta qué punto) todas las teorías tratadas en la panorámica histórica —desde la concepción objetivo-formal, pasando por los distintos criterios objetivo-materiales hasta la teoría subjetiva— albergan

[30] *Op. cit.*, p. 123.
[31] En sus «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 491-566.
[32] *Op. cit.*, p. 539.

determinados elementos (distintos en cada caso) de la idea del dominio del hecho, si bien sólo de forma velada. Todas ellas integran los cimientos de la teoría del dominio del hecho, que aparece como síntesis afortunada de los puntos de partida hasta entonces inconexos y como coronación de una larga evolución dogmática. 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 dominio del hecho [33]; pero me da la impresión de que las consideraciones metodológicas e históricas precedentes harán ya aparecer claro tal juicio.

2) Evidentemente, la mayoría de las teorías debatidas sólo contienen en cada caso vestigios de la posterior teoría del dominio del hecho, no pudiendo considerarse globalmente como precursoras suyas. Semejanzas en la concepción general sólo se encuentran, como se mostró *supra*, en Arnold HORN, en la teoría de la supremacía de DAHM y Richard SCHMIDT y, por último, en la teoría del dolo, tal como está representada en v. BURI, en RG 3, 181 ss., y en la actualidad de nuevo en BOCKELMANN.

Sin embargo, hay una teoría a la que aún no se le ha prestado atención; la concepción de LOBE, que no se presenta como precursora sino como primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho.

LOBE [34] parte de una crítica a la doctrina del RG del *animus auctoris*, enlazando a ésta la siguiente reflexión [35]: «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 a la autoría. En la *participación falta el dominio* de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de *otro*...» [36]. En este contexto habla LOBE del «*animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar» como criterio de la autoría [37].

Aquí aparecen ya expuestas concisamente las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho. También se hacen fructificar, si bien a menudo aún de la mano de la teoría subjetiva, para resolver las cuestiones de participación. No obstante, se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a WELZEL y no a LOBE, lo cual obedece a razones

[33] Cfr. asimismo la síntesis, *infra* pp. 352 ss.
[34] *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, 1933.
[35]
[36] La cursiva es de LOBE.
[37] *Op. cit.*, p. 123.

históricas. Y es que WELZEL fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, coadyuvando a que finalmente se impusiera, mientras que la aportación de LOBE, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna. Pero desde luego carece de justificación que hoy ni siquiera se cite a LOBE en parte alguna [38].

3) El propio WELZEL no enlazó con LOBE, que quizá ni siquiera le fuera conocido. Tampoco se refiere a ningún otro de los autores que antes de él habían aplicado el concepto de dominio del hecho en la teoría de la participación. Tampoco emplea como materiales para su doctrina las heterogéneas teorías objetivas y subjetivas de la participación existentes en su tiempo.

Ya señalamos su punto de partida metodológico [39]: reside en el alejamiento con respecto al normativismo neokantiano, con su separación del ser y el valor, y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como las «manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social» [40]. Obtiene así el contenido material de su distinción, por un lado, a partir del concepto final de acción por él desarrollado, y por otro, de los principios de la monografía de Richard LANGE, ya citada *supra* [41], sobre el "concepto moderno de autoría".

En detalle, de la primera conformación de su teoría del dominio del hecho resulta, resumiéndola, la siguiente imagen:

Así como en la doctrina de la acción hay que distinguir entre la realización final del delito doloso y las causaciones "ciegas" con respecto al resultado de los tipos imprudentes, también hay que distinguir nítidamente la autoría dolosa de la imprudente. No existe un concepto común de autor. El autor imprudente es "simplemente concausa del resultado producido" [42]. Dado que todas las causas son equivalentes, tampoco es posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes [43]. Para ellos es, pues, determinante el concepto extensivo de autor, el principio de autoría unitaria.

Por el contrario, en el ámbito del actuar final, esto es, en los delitos dolosos, rige un concepto final de autor. Autor es sólo el que tiene el dominio final del hecho [44]. WELZEL desarrolla entonces su teoría sólo en términos muy generales. Señor del hecho y, por tanto, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices

[38] Con la excepción del *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., observación preliminar 4a ante § 47, p. 244 (MEZGER).
[39] Cfr. *supra* pp. 32-34.
[40] *ZStW*, t. 58, 1939, p. 539.
[41] Cfr. p. 15.
[42] *Op. cit.*, p. 538.
[43] *Op. cit.*, pp. 539 y 540.
[44] *Op. cit.*, p. 539.

tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo [45]. En otro lugar [46] señala que en el dominio del hecho se trata de la «simple realidad de que la persona puede poner en práctica la configuración del futuro (de la causalidad) con arreglo a un fin que se señala... No la vaga voluntad de autor, sino el efectivo dominio del hecho final es lo que constituye el criterio esencial del dominio del hecho. Así, incumbe el dominio del hecho a aquel que ejecuta su resolución con vistas a un fin». Para WELZEL [47] la coautoría es «la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente...». Así pues, sólo puede ser coautor aquel que es "cosustentador de la resolución del hecho" [48]. Siendo así, basta para fundamentar la coautoría incluso una mera acción de auxilio en la realización del delito, por cuanto que «emprender las acciones ejecutivas constituye para los ejecutores al propio tiempo la realización común de la resolución del hecho adoptada conjuntamente por parte del que auxilia» [49]. Para aclarar lo cual WELZEL remite a la figura de la división del trabajo: «Al igual que la resolución y la ejecución del hecho las sustentan todos, la distribución de la 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» [50].

Pero WELZEL no considera al "dominio final del hecho" así caracterizado como el criterio necesariamente único de la autoría. Más bien entiende que la autoría a menudo también depende "en todo su contenido con sentido social" de otros "elementos personales del autor", como, por ejemplo, los requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado, etc.) y los elementos subjetivos de la autoría, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva [51]. Sólo si se dan también estos requisitos tiene el autor «el dominio del hecho más amplio, en sentido no meramente final, sino también social». Allí donde el tipo comprende tales requisitos de la autoría, objetivos o subjetivos, «sólo cuando se reúnen esos tres requisitos del autor existe autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos queda necesariamente descartado como autor...» [52].

Tras haber progresado del dominio del hecho final al social exige para la autoría, en una serie de delitos, «además de los tres requisitos ya mencionados, la comisión "de propia mano"» [53]. Pero este cuarto elemento de

[45] *Op. cit.*, p. 539.
[46] *Op. cit.*, pp. 542 y 543.
[47] *Op. cit.*, p. 549.
[48] *Op. cit.*, p. 551.
[49] *Op. cit.*, pp. 551 y 552.
[50] *Op. cit.*, p. 552.
[51] *Op. cit.*, p. 543.
[52] *Op. cit.*, p. 543.
[53] *Op. cit.*, p. 548.

la autoría se yuxtapone inconexamente a los otros tres y no se pone en relación con el concepto de dominio del hecho.

La evolución subsiguiente se basa en esta primera forma básica de la teoría del dominio del hecho. Abordemos ahora la exposición de su estadio actual.

§ 12. REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA ACTUALIDAD

I. WELZEL

WELZEL [1] sigue propugnando su teoría del dominio del hecho en la forma originaria sin modificaciones sustanciales. Ha abandonado el concepto de dominio "social" del hecho, pero sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría al dominio final del hecho, así como a los requistos subjetivos y objetivos [2]. Tampoco en la exposición del concepto aparecen divergencias dignas de mención.

Sólo al caracterizar la coautoría desplaza el acento, algo más que antes, de la acción ejecutiva al carácter común de la resolución del hecho. Ahora dice expresamente que "también el que meramente prepara o auxilia en términos objetivos" es coautor, si cabe considerarlo como "cosustentador de la resolución común del hecho", esto es, cuando tiene conjuntamente con los demás la voluntad incondicionada de realización [3].

WELZEL coincide, pues, con la jurisprudencia del RG en cuanto que, en su caso, propugna que basta incluso una participación insignificante en la ejecución del delito para estimar el dominio del hecho y, consiguientemente, la autoría. La diferencia reside sólo en que WELZEL sustituye el vago criterio de la voluntad de autor por el requisito de que el autor tiene que ser "cosustentador de la resolución del hecho". «El *minus* en la coparticipación tiene que compensarse con el *plus* de la prueba especial de la coparticipación especial en la resolución del delito» [4].

No cabe dejar de advertir que de este modo WELZEL, con su teoría del dominio del hecho, se aproxima a la teoría del dolo, pues su exigencia de que el autor ha de tener la «voluntad incondicionada de realización» equivale materialmente a las formulaciones de partidarios de la teoría del dolo de que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya", o de que "llegado el caso, emprendería la acción personalmente" [5]. También la caracterización

[1] *Lehrbuch*, 7.ª ed., pp. 89-99.
[2] *Op. cit.*, p. 90.
[3] *Op. cit.*, p. 98.
[4] *Op. cit.*, p. 98.
[5] Cfr. al respecto *supra* pp. 69-71.

que la teoría del dolo descubre para el partícipe de que "deja a criterio del autor la ejecución del hecho" no significa sino que al partícipe le falta la "voluntad incondicionada de realización".

Por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL se presenta, pues, como evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el propio WELZEL al llamar al principio a su concepción "teoría subjetiva ampliada" [6], diciendo sobre ella: «Si el sentido de la teoría subjetiva se entendiera con tal contenido material, cesaría la oposición que suscita» [7]. Así se explica también que BOCKELMANN haya considerado idénticas su teoría del dolo y la teoría del dominio del hecho [8]. Por eso no me parece correcto que BAUMANN [9], aludiendo con razón a las relaciones entre la teoría del dominio del hecho y la teoría del dolo, considere precisamente a WELZEL como defensor de una delimitación puramente objetiva.

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 entre 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 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» [10]. Consiguientemente, en el caso (tan discutido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho) en que uno se aprovecha del error de prohibición de otro, no reconoce autoría mediata [11]. Sólo cabría considerar como excepción, no fundamentable desde sus principios, los casos en que el sujeto de detrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito.

II. MAURACH

También MAURACH llega a su teoría del dominio del hecho sobre la base de la teoría final de la acción. Al igual que WELZEL, sólo emplea la idea del dominio del hecho como criterio de la autoría en los delitos dolosos.

Para él, el dominio del hecho es «el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico». Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o hacer continuar, a su albedrío,

[6] *SJZ*, 1947, apartado 648.
[7] *Loc. cit.*, apartado 650.
[8] Cfr. al respecto *supra*, p. 71.
[9] *JZ*, 1958, p. 231, nota 12; *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 444.
[10] *SJZ*, 1947, apartado 650.
[11] *Um die finale Handlungslehre*, p. 30, nota 34.

la realización del resultado total; es «configuración del hecho sustentada por la voluntad» [12].

A diferencia de WELZEL, que propugna excluir estos casos del ámbito de la autoría, MAURACH considera que también hay "dominio del hecho" y por tanto autoría mediata en el sujeto de detrás cuando el ejecutor actúa dolosa y culpablemente, por ejemplo, en el caso en que uno hace que su esclavo sexual cometa delitos, sin que en el "instrumento" se den los requisitos de los §§ 51, 52 StGB [13] *; reconociendo, pues, la figura del "autor de detrás del autor".

Si un sujeto comete un hecho dolosamente, pero sin consciencia de la antijuricidad, MAURACH propugna asimismo considerar como coautor —de nuevo contrariamente a WELZEL— al que ocasiona el hecho, porque se da cuenta de la situación jurídica, y no sólo en caso de error inevitable, sino también cuando se desconoce evitablemente la prohibición [14].

Para determinar la coautoría MAURACH no da importancia al carácter común de la resolución del hecho, puesto en tan primer plano por WELZEL, a la "voluntad incondicionada de realización". Su criterio general para el dominio del hecho, el "mantener en las propias manos el curso del hecho típico", le sirve también para caracterizar la coautoría [15]. A tal efecto, según su teoría —frente a la de WELZEL—, no es necesariamente exigible alguna cooperación en la ejecución del hecho mismo, aunque sea en la fase de preparación o de modo insignificante. MAURACH reconoce expresamente la posibilidad de coautoría "intelectual", diciendo [16]: «Por tanto, 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.» Por eso para él es coautor el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda.

Los dos criterios suplementarios de la autoría a que WELZEL alude —los elementos de la autoría objetivos y subjetivos— no los enumera MAURACH como elementos autónomos del concepto de autor. Únicamente cita de pasada

[12] *Lehrbuch, Allg. Teil (AT)*, 2.ª ed., p. 517; casi literalmente en el mismo sentido, *op. cit.*, p. 492.
[13] *Op. cit.*, p. 495.
* § 51 StGB: «**Inimputabilidad.** No concurre acción punible cuando el autor, en el momento del hecho, debido a trastorno mental, a perturbación patológica de la actividad mental o a debilidad mental, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a tal comprensión.»
§ 52 StGB: «**Constreñimiento debido a situación coactiva.** No concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física, no evitable de otro modo.»
[14] *Op. cit.*, p. 503.
[15] *Op. cit.*, p. 517.
[16] *Op. cit.*, p. 517.

que en los delitos especiales y de propia mano está limitado en cierto modo el círculo de autores idóneos [17].

Globalmente, cabe señalar que MAURACH desarrolla la idea del dominio del hecho de modo aún más puro y amplio que WELZEL. Especialmente su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo. Para la coautoría no basta la voluntad incondicionada de realización en el instante de la resolución común del hecho —criterio puramente subjetivo—, sino que es necesaria la dirección reguladora del curso del hecho, o sea, un factor configurador del hecho y objetivamente más aprehensible. Por otra parte, MAURACH puede renunciar a toda acción externa de auxilio como presupuesto de la coautoría, mientras que en WELZEL este requisito ha quedado, como vestigio de la primera jurisprudencia del RG [18], sin clara relación con la idea del dominio del hecho.

También al determinar la autoría mediata llama la atención que MAURACH se desligue de cualquier criterio fijado inflexiblemente —como, p. ej., el principio de que está excluida la autoría mediata a través de un instrumento que actúe de manera plenamente delictiva— en favor de una concepción más elástica que atiende, no a la valoración jurídica del ejecutor directo, sino a las relaciones de poder fácticas. Sin embargo, MAURACH deja sin explicar cómo es posible concebir jurídicamente que en los casos de instrumento que actúa de manera plenamente delictiva el ejecutor y el sujeto de detrás "tengan en sus manos" al mismo tiempo el curso del hecho.

Al margen de esta 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.

III. GALLAS

Su tercera manifestación la ha encontrado la teoría del dominio del hecho en los trabajos de GALLAS [19]. A diferencia de WELZEL y MAURACH, para GALLAS la teoría objetivo-formal (1) representa el punto de partida de sus consideraciones. A ésta la conecta con la doctrina final de la acción (2), con la idea de la adecuación (3) y con un concepto "normativo" (permítaseme la expresión) de dominio (4), hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original.

[17] *Op. cit.*, pp. 493, 516 y 197-199.

[18] Que, como es sabido, requería una cooperación, del género que fuere, en la ejecución del hecho; cfr. *supra* p. 76, nota 11.

[19] Principalmente *Täterschaft und Teilnahme,* Materialien zum Strafrechtsreform, t. 1.º, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, pp. 121 ss.; «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme», en número especial de la *ZStW,* 1957, pp. 3 ss.

1. Núcleo y germen de su solución es, para GALLAS, el concepto restrictivo de autor. Así señala: «La teoría objetivo-formal tiene... razón, en definitiva, al determinar la autoría como realización de la acción típica y al considerar a la tipicidad como elemento distintivo entre la acción del autor y la del partícipe» [20].

2. A la teoría objetivo-formal la enlaza GALLAS con el concepto final de acción. Lo que es una acción de sustracción, dice, no puede determinarse si se reduce su esencia a la mera causación de un desplazamiento posesorio. Desde este ángulo, también la mera determinación a sustraer o el auxilio a tal efecto son acciones de sustracción. Por el contrario, considerando la acción de sustracción como comportamiento dirigido finalmente, entonces esta actividad tiene «una individualidad inconfundible que hace posible distinguirla del mero favorecimiento de la comisión del hecho. Incluso sustraer tiene otro sentido que el de auxiliar al que sustrae, en la sustracción...». Así llega al siguiente resultado: «En el ámbito de los delitos de mera actividad, autoría y participación no pueden distinguirse en tanto que aportaciones causales al resultado, pero sí como acciones de distinto contenido de sentido» [21]. A partir de este empleo del concepto de finalidad se explica también que GALLAS, como todos los demás representantes de la teoría del dominio del hecho, sólo distinga entre autoría y participación en los delitos dolosos [22].

3. Además, GALLAS vincula esta "teoría objetivo-final" [23] (así llamada por él) con la idea de la adecuación, al igual que desde semejantes bases lo habían hecho ya BRUNS [24] y Richard LANGE [25]. Así excluye del ámbito de la autoría los supuestos de desvío esencial con respecto al curso causal imaginado y el del tío acaudalado al que se le hace viajar en avión con la esperanza de que perezca en un accidente para heredar de él, al no ser posible aquí ya hablar de dominio final del curso del hecho por parte del sujeto actuante [26].

4. Si GALLAS se ha movido hasta ahora en el entorno de una teoría objetivo-formal modificada, a partir de aquí utiliza la idea del dominio del hecho para flexibilizar y ampliar en cuanto a su contenido el concepto de autor al que había llegado. Así, por ejemplo, en los delitos de resultado como el § 212 StGB —a diferencia de en los delitos de mera actividad— propugna no entender caracterizada la acción típica ya por la realización final del resultado, pues también el inductor y el cómplice actúan de modo final; más bien comete, para él, una "acción de matar" en el sentido del

[20] Número especial, p. 10.

[21] *Gutachten,* p. 126.

[22] Cfr. número especial pp. 18 ss.; *Gutachten,* pp. 125-130.

[23] Número especial, p. 13.

[24] Cfr. al respecto *supra,* pp. 80-82.

[25] *Moderner Täterbegriff,* pp. 42 ss. y 46 ss.

[26] Número especial, pp. 16 y 17.

§ 212 StGB «sólo aquel que procede según un programa cuya realización "pone en sus manos" la realización del resultado de muerte» [27], esto es, aquel que tiene el dominio del hecho. Este criterio, obtenido en los delitos de resultado, lo traslada GALLAS luego también a los delitos de mera actividad, como, por ejemplo, el § 242 StGB. Aunque aquí la acción de sustracción sólo final se distingue de las demás formas de participación ya en su sentido social, GALLAS, en interpretación extensiva del tipo, pretende considerar como "acción de sustracción" también el originar un desplazamiento posesorio no de propia mano, si el que origina tiene el dominio del hecho. Así señala acerca del jefe de la banda, que se limita a dirigir el "golpe" en el lugar del hecho: «Ciertamente él no pone manos a la obra; pero su presencia y función directiva están tan vinculadas al hacer de los compinches, y son tan decisivas a tal efecto, que también él contribuye a dominar el hecho, apareciendo por eso como co-*perpetrador* en la acción de sustraer» [28]. Del mismo modo explica GALLAS la autoría mediata. El autor mediato domina al ejecutor directo de manera que debe considerársele como ejecutor de la acción típica. Estos casos de dominio del hecho no de propia mano, que sobrepasan el ámbito de las teorías objetivo-formales, están «aludidos conjuntamente de modo tácito» por el legislador [29].

Llama la atención que el concepto de dominio del hecho que emplea GALLAS como «baremo para la interpretación "flexible" del comportamiento típico» [30] recibe en él un pronunciado carácter referido a valores. Subraya expresamente que «no debería pasarse por alto el componente valorativo en el concepto del dominio del hecho» [31]. De ahí extrae varias consecuencias de gran importancia práctica:

En los delitos de propia mano y en los tipos con elementos de la autoría objetivos y subjetivos, el *extraneus*, aun cuando ejerza influencia decisiva sobre el suceso, no puede tener el dominio del hecho ya porque no le es accesible el "específico contenido delictivo del hecho" [32]. Así pues, quién tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos. GALLAS incluye así en el concepto de dominio del hecho elementos que WELZEL precisamente había excluido y yuxtapuesto a éste y que Maurach no había tenido en cuenta.

De esta referencia a valores del concepto de dominio del hecho deduce GALLAS, profundizando en la contraposición material directa con MAURACH, que no resulta posible la autoría mediata a través de un ejecutor que actúe

[27] *Gutachten*, p. 128; cfr. asimismo número especial, pp. 11-13.
[28] Número especial, p. 14.
[29] *Gutachten*, p. 133; número especial, p. 15.
[30] Número especial, p. 14.
[31] Número especial, p. 13.
[32] *Gutachten*, p. 133; número especial, pp. 13 y 14.

culpablemente y sea punible como autor. No niega GALLAS que en tales supuestos —piénsese en intensas relaciones de dependencia sociales, o en la esclavitud sexual citada por MAURACH— pudiera darse un dominio "fáctico" por parte del sujeto de detrás. Así, reconoce que cabe «concebir situaciones en las que el sujeto de detrás, en virtud de su superioridad personal o social, ejerza sobre el ejecutor directo una presión tan intensa que éste, considerándolo de modo puramente fáctico-psicológico, aparezca como "dominado" por aquél» [33]. Sin embargo, no se da ahí "dominio del hecho en sentido jurídico". Lo cual se desprende de que nuestro ordenamiento jurídico está «orientado a los conceptos de libertad y responsabilidad y, consiguientemente, de modo ético-social» [33]. Y es que, visto así, «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» [34]. Se pone así de relieve con toda claridad cómo GALLAS eleva el concepto de dominio del hecho desde la esfera ontológica a la normativa.

Pero esta normativización de su criterio de la autoría no sólo le sirve a GALLAS para negar el dominio del hecho "jurídico" a pesar del dominio fáctico-psicológico por parte del sujeto de detrás, sino que con su ayuda llega también, a la inversa, a afirmar el dominio del hecho allí donde falta el dominio fáctico. Tal es el caso en el llamado instrumento doloso no cualificado. Mientras que WELZEL y MAURACH no prestan atención al problema y —por recurrir al caso con mayor importancia práctica— castigan por autoría mediata sin más al funcionario que induce a un *extraneus* a un delito propio de funcionario, GALLAS entiende que «el sujeto de detrás no "domina" aquí al ejecutor directo, no sirviéndose de él como "instrumento"» [35]. No obstante, también GALLAS admite la autoría mediata y el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, basándose en que la naturaleza jurídica del hecho como delito depende aquí únicamente de la cualificación del sujeto de detrás. Así se convierte el acto de inducción en ejercicio del dominio del hecho. El propio GALLAS se da cuenta de que con ello se están forzando demasiado los límites del concepto de dominio del hecho cuando señala: «Naturalmente, se trata de una forma comisiva *sui generis* que se aproxima más a la coautoría que a la autoría mediata, al menos en el significado tradicional de ésta, que atiende al dominio sobre el ejecutor directo» [36].

[33] Número especial, p. 16; prácticamente en los mismos términos, *Gutachten*, p. 134.
[34] *Gutachten*, p. 134.
[35] *Gutachten*, p. 135.
[36] *Gutachten*, p. 136.

Si en esta medida la referencia a valores ha conducido a modificar el concepto de dominio del hecho, en la delimitación entre coautoría y complicidad se destaca, junto a ellas, más el punto de partida objetivo-formal de su teoría. Así, para GALLAS, a diferencia de WELZEL, incluso dado el carácter común de la resolución del hecho, no basta cualquier cooperación externa para fundamentar el dominio del hecho. Más bien sólo vienen en consideración aquellas acciones que son equivalentes a la comisión de propia mano, y por ello, interpretando flexiblemente, pueden considerarse aún como acciones típicas en sentido jurídico. Entre ellas no se incluyen la participación en la fase de preparación, de manera que GALLAS señala: «Quien se limita a sondear la oportunidad para cometer el hecho o a procurar los instrumentos necesitados a tal efecto no obra como codominador del hecho, sino sólo como partícipe, aun cuando haya tomado parte en el acuerdo previo» [37].

Esta panorámica tendría que ser algo más detallada para resaltar la variabilidad de la idea del dominio del hecho y las diferencias metodológicas y materiales de la teoría desarrollada por GALLAS con respecto a las de WELZEL y MAURACH. Desde el punto de vista metodológico es especialmente notable la concepción de GALLAS por haber sido el primero en intentar volver a relacionar el concepto ontológico de dominio del hecho, desarrollado en su día por WELZEL en acentuada contraposición a la teoría "normativa" de la autoría, con una sistemática del delito orientada teleológicamente. Desde una perspectiva más amplia, los trabajos sobre la participación forman para GALLAS sólo una parte de sus esfuerzos, que se extienden a toda la teoría del delito, de «encontrar una síntesis entre los nuevos impulsos, que debemos al finalismo, y ciertos resultados irrenunciables de las fases evolutivas precedentes de nuestra ciencia, determinadas por las ideas de valor y de fin»; tarea que él mismo, fuera del contexto de la teoría de la autoría, pero de modo materialmente válido para ésta, ha llamado «auténtica exigencia de la situación dogmática actual» [38].

También llama la atención que GALLAS, a diferencia de WELZEL, quien más bien se aproxima a la teoría del dolo, presente a su teoría del dominio del hecho como "flexibilización" de la teoría objetivo-formal conectada con la doctrina final de la acción [39]. Desde esta concepción ampliamente objetiva se explica también que tome posición expresamente en contra de la teoría del dolo defendida por BOCKELMANN [40], aunque éste no pueda apreciar ninguna diferencia esencial entre su teoría y la del dominio del hecho [41]. Tales

[37] *Gutachten*, p. 137.

[38] *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 47.

[39] Por eso no tiene razón BAUMANN cuando en *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444; *JZ*, 58, p. 231, nota 1, señala que GALLAS se queda «en el ámbito de la teoría del *animus*, o al menos en el de la teoría del dolo».

[40] *Gutachten*, p. 131.

[41] Cfr. *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 77, 101 y 118-122.

divergencias se derivan del margen de variación del concepto de dominio del hecho, que en sus distintas caracterizaciones se orienta a criterios ora objetivos, ora subjetivos.

IV. Richard LANGE

En su monografía sobre el "moderno concepto de autor", ya citada varias veces, LANGE defendía una teoría subjetiva modificada, en la que WELZEL se inspiró para el desarrollo posterior de su teoría del dominio del hecho [42]. Hoy LANGE se encuadra a sí mismo entre los partidarios de esta teoría al señalar: «En la cuestión de la autoría... ha de verificarse siempre si el sujeto actuante ha tenido y ejercido el dominio del hecho» [43].

LANGE llama a su teoría "objetivo-material", conectando con MAURACH, y confiesa amplia coincidencia con GALLAS, cuyos criterios de finalidad, adecuación y dominio del hecho también utiliza. Lo cual no nos debe hacer olvidar que LANGE, a pesar de esta conversión terminológica a la teoría del dominio del hecho, ha seguido fiel a su teoría originaria en cuanto al contenido, llegando a una manifestación extremadamente subjetiva de la idea del dominio del hecho.

En la determinación de la coautoría LANGE parte de la teoría subjetiva, pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo la de si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad. Tal imputación no es posible si esta voluntad es "mera suposición o ficción", sino que tiene que ponerse de manifiesto mediante el dominio del hecho [44]. Pero LANGE considera suficiente, como acción ejecutiva —coincidiendo con la jurisprudencia del RG—, ya la actuación externa más insignificante (por ejemplo, fortalecimiento, mediante consejos, de la voluntad del autor), así como el comportamiento que, aisladamente, sólo sería un acto preparatorio, no punible [45].

En la delimitación de autoría mediata e inducción LANGE avanza mucho más en la subjetivización que los demás defensores de la teoría del dominio del hecho. Así, sobre la esencia de la autoría mediata señala que «para cualquiera es causante el que actúa en asunto propio, y aquellos de los que se sirve son sus instrumentos, tanto si por su parte son responsables a título de autores como si no» [46]. Esta consecuencia ya la habían rechazado expresamente WELZEL y GALLAS; MAURACH la había limitado a los casos

[42] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 32, 85., y *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 494 y 500.

[43] KOHLRAUSCH-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I, 4, p. 160.

[44] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, p. 173.

[45] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I, II.

[46] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I 5, B 1, p. 161.

de intensa dependencia social y personal, en tanto que LANGE pretende atribuir 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. Sobre esta base no sólo llega LANGE sin reparos a aceptar la autoría mediata en los casos de instrumento doloso no intencional, sino que reconoce incluso la figura del instrumento-partícipe doloso elaborada por la jurisprudencia del RG. Así, en el famoso "caso de la bañera" [47] 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 madre, cuya aportación se había limitado a rogar a aquélla que cometiera el hecho. Al explicar esta solución con las siguientes palabras: «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, no distinguiéndose apenas de la voluntad de autor de la jurisprudencia primera —aun cuando LANGE se distancie de ésta—. A partir de ahí se comprende asimismo que WELZEL integre a LANGE entre los defensores de la teoría subjetiva de la participación, que él rechaza [48], en tanto que LANGE considera "errónea" e "incomprensiva" a esta caracterización [49]. Tales confusiones se explican por los distintos contenidos que cada autor atribuye al concepto de dominio del hecho y que, bajo aparente coincidencia, han ido empujando la teoría en su conjunto a la imprecisión cambiante.

Junto a esta diferencia fundamental caracteriza además a la teoría de la autoría de LANGE el que (coincidiendo con GALLAS y a diferencia de WELZEL) incluya en el concepto de dominio del hecho la realización de propia mano en ciertos delitos, así como los elementos de la autoría objetivos y subjetivos. «Allí donde se requieren cualificaciones de autor, éstas pertenecen también al dominio del hecho», dice [50], fundamentándolo en que sólo el *intraneus*, en los delitos de propia mano, puede obrar típicamente, y en los delitos de funcionarios, sólo él puede dominar la maquinaria administrativa.

En resumen, cabe señalar que la teoría del dominio del hecho de LANGE, frente a las concepciones de WELZEL, MAURACH y GALLAS, presenta notables diferencias, y a pesar de denominarla LANGE objetivo-material, se aproxima mucho a una teoría subjetiva atenuada.

[47] *RGSt*, 74, 84.
[48] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 94.
[49] *Op. cit.*, I, 1 ante § 47, p. 159.
[50] *Op. cit.*, I, 4 ante § 47, p. 160.

V. OTROS REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. NIESE

NIESE, en un pequeño trabajo sobre la importancia práctica de la doctrina final de la acción [51], se ha declarado partidario de la teoría del dominio del hecho, dándole un giro innovador, no defendido por ningún autor más.

Parte de que en lugar de la dirección de los intereses subjetivos debe aparecer el "dominio final del hecho", al que llama "criterio objetivo" [52]. Este dominio del hecho no sólo presupone, con arreglo a su teoría, que la voluntad esté dirigida subjetivamente a la producción del resultado, «sino también que el agente *domine* la realización del resultado por medio del empleo, consciente del fin, de los medios elegidos, es decir, de la dirección final de la causalidad en el mundo exterior». El poder sobre el hecho así caracterizado, que forma según NIESE la esencia del dominio del hecho, se da siempre que alguien realiza un tipo de propia mano, pero por lo demás sólo cuando el cooperador, aun cuando en concreto no actúe, sin embargo estaría psíquicamente en condiciones de realizar el tipo de propia mano si quisiera. Así, en el ya varias veces citado "caso de la bañera" NIESE propugna castigar a la madre de la criatura ahogada sólo como inductora; no ha podido ahogar por sí misma al niño en la bañera, porque le han faltado las fuerzas "como consecuencia del parto recién superado". Por eso ha tenido que dejar a criterio de la voluntad de su hermana que ésta realice o no el hecho. Este "dejar a criterio", este sometimiento de la voluntad a la del autor caracteriza objetivamente la relación del comportamiento del partícipe con el del autor.

NIESE aclara su concepción con otro ejemplo más, diciendo: «Quien... quiere apedrear los cristales de la ventana de su vecino y le pide a otro que lo haga, porque él no alcanza desde fuera de la valla, no puede pasar de ser inductor al delito ajeno de daños, porque sólo el otro tiene el dominio final, aun cuando rompa los cristales para el inductor.»

Induce a confusión que NIESE hable con énfasis de una delimitación "objetiva" cuando los conceptos que emplea de "dejar a criterio de" y de "sometimiento a la ajena voluntad del autor" los toma prestados de la teoría del dolo, subjetiva. También su exigencia de que el que coopera, para poder ser autor, tenga que estar en condiciones de ejecutar el delito personalmente, recuerda de entrada formulaciones que se encuentran en los partidarios de la delimitación subjetiva; por ejemplo en v. BAR, cuando considera que

[51] *DRiZ*, 1952, pp. 21-24.
[52] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 23.

el coautor se caracteriza por el dolo de «llegado el caso, emprender por sí mismo la actividad que traiga la acción punible a la consumación» [53].

La divergencia decisiva de NIESE con respecto a las teorías subjetivas reside en que, a diferencia de éstas, no hace depender el sometimiento a decisión ajena y la renuncia a la ejecución propia del hecho de la decisión volitiva del sujeto, sino de sus posibilidades físicas, esto es, de un criterio puramente objetivo. Ahora bien, no queda claro si NIESE se atiene en su distinción sólo a este punto de vista, o sea, si para él la madre del recién nacido y el vecino envidioso de sus ejemplos serían autores si ya hubieran tenido, *ceteris paribus*, suficientes fuerzas para realizar el hecho personalmente. Si fuera así, a fin de cuentas difícilmente cabría llamar "objetiva" a su teoría, pues la madre y el vecino se convertirían entonces en autores por su mera voluntad de realizar, aun sin haber ni siquiera cooperado en la ejecución del hecho. Pero si NIESE propugna hacer depender la existencia de dominio del hecho de otros requisitos, en todo caso no los nombra. Por tanto, debe quedar abierta la cuestión de si la suya es una delimitación "objetiva", como cree.

Sea como fuere, la idea de aprovechar como criterio del dominio del hecho el punto de vista del "poder sobre el hecho" en el sentido aquí descrito, es absolutamente original y requerirá de análisis detenido.

2. SAX

SAX [54] lleva a cabo sus reflexiones a partir de la teoría objetivo-formal [55]. Para él es autor, en primer lugar, quien realiza el tipo directa y característicamente, siendo irrelevante que tenga o no "voluntad de autor" o "dominio consciente del hecho". Sólo en los partícipes "que no ejecutan característicamente el comportamiento típico" [56], por ejemplo, sólo espían, el dominio del hecho suple la falta de comisión de propia mano. «Para fundamentar su responsabilidad por autoría es necesario recurrir a la relación subjetivo-objetiva con la actividad del ejecutor, a fin de compensar el déficit de realización característica del tipo» [56]. Al señalar aún SAX que «estos criterios de contenido no pueden servir para formar el concepto general de autor, sino sólo para especificar con vistas a la autoría formas de participación equívocas en su manifestación» [57], se revela con claridad que la teoría del dominio del hecho aparece para él sólo como complemento de la teoría objetivo-formal.

[53] *Gesetz und Schuld*, t. II, p. 610; cfr. al respecto ya *supra*, p. 69.
[54] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 430 ss.
[55] Si bien él no emplea esta expresión.
[56] *Op. cit.*, p. 433.
[57] *Op. cit.*, pp. 432 y 433.

Sin embargo, en cuanto a los resultados prácticos SAX no está orientado tan por completo objetivamente. A la coautoría la denomina autoría mediata recíproca, admitiendo su existencia cuando varios realizan su hecho punible cooperando en división del trabajo y cada uno domina conjuntamente de modo consciente el actuar de los demás [58]. Pero un dominio en tal sentido puede darse en el apoyo puramente psíquico [59]. Bajo qué requisitos es ése el caso no se colige de lo que SAX manifiesta.

En la delimitación del ámbito de la autoría mediata SAX reconoce sin más al instrumento no cualificado y al doloso no intencional [60]. Además, en el instrumento punible como autor, a diferencia de WELZEL y GALLAS y coincidiendo con MAURACH, admite el dominio del hecho de aquel que determina «en el caso de que el sujeto de detrás sea el que mueve los hilos del suceso conscientemente para la ejecución mediata de su propio delito» [61].

Globalmente, la teoría de SAX aparece como una variante de la teoría del dominio del hecho situable entre las concepciones de GALLAS y MAURACH.

3. BUSCH

BUSCH [62] sustenta una teoría del dominio del hecho orientada subjetivamente, que para él se presenta como "precisión" [63] de la fórmula del *animus* conocida por la jurisprudencia. La emblemática indeterminación del concepto "voluntad de autor" la completa y precisa mediante la idea del dominio del hecho. Por eso dice: «Quiere el hecho como propio sólo aquel que lo ejecuta sobre la base de su propia decisión, bien sea personalmente, bien por medio de quien se somete a su voluntad. El dominio del hecho distingue a la autoría de la mera participación. El partícipe deja la ejecución del hecho a la decisión de otro.» Esta teoría, al margen de algunas salidas de tono hipersubjetivas [64], es idéntica a la concepción mantenida por el RG en jurisprudencia constante. Su justificación dogmática reside en la doctrina final de la acción.

Es evidente que la teoría del dominio del hecho de BUSCH coincide materialmente con la teoría del dolo, tal como quedó plasmada gráficamente

[58] *Op. cit.*, p. 436.
[59] *Op. cit.*, p. 434.
[60] SAX aduce, junto al instrumento "doloso sin intención", el simplemente "sin intención", distinción que no acabo de entender; no puede aludirse a una persona interpuesta no dolosa, pues SAX menciona autónomamente al instrumento de buena fe; tampoco el Proyecto, al que él se refiere, ofrece punto de apoyo alguno para tal distinción.
[61] *Op. cit.*, p. 434.
[62] *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949.
[63] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 18.
[64] Aduce las sentencias *RGSt*, 71, 364 y 74, 85 (caso de la bañera).

en la sentencia RGSt 3, 181 ss., y como hoy es defendida, por ejemplo, por BOCKELMANN. Se trata, pues, de una teoría limitadamente subjetiva.

4. VON WEBER

Más allá en la subjetivización va VON WEBER, quien ya antes de WELZEL había empleado el concepto de la "voluntad de dominio del hecho" para interpretar la teoría subjetiva defendida por él [65]. En su *Compendio de Derecho penal alemán* [66] desarrolla aún más esta teoría, diciendo [67]: «La autoría es... dominio del hecho. Reside en el dolo, en la decisión del autor. El autor piensa y actúa como ejecutor, determinando el que tenga lugar o no la comisión y cómo.»

Ciertamente estas oraciones contienen aún ciertos elementos objetivos, pues que alguien actúe como ejecutor y determine si se comete o no el hecho es algo que se dirime con independencia de lo que él piense. Pero VON WEBER no saca pleno partido a esta idea. Cuando explica que la autoría reside en el dolo, que el autor se "concibe" a sí mismo como ejecutor, y cuando, finalmente, trata a la autoría bajo el epígrafe *El tipo subjetivo,* se pone de manifiesto que tiene presente una doctrina puramente subjetiva de la autoría, dentro de la cual algunos matices objetivos aislados representan cuerpos extraños no acabados de asimilar.

Al exponer las consecuencias prácticas de su teoría, se desprende la misma impresión. VON WEBER es el único representante de la teoría del dominio del hecho que aprueba la sentencia del *Reichsgericht* en el "caso de la bañera" [68], o sea, que propugna negar la autoría en la comisión del hecho de propia mano, libre y dolosa, si al agente le falta la "voluntad de dominio del hecho" porque se ha sometido internamente del todo al que le ha determinado. Correlativamente, VON WEBER considera que se da autoría mediata cuando alguien, para ejecutar el hecho, recurre a auxiliares "que toman parte sin voluntad de autor" [69]. Ciertamente, añade que hay que ser cautos a la hora de admitir mera participación a pesar de haberse ejecutado el hecho de propia mano [70], observación que alude a que el peso objetivo de la aportación al hecho para él no carece por completo de importancia; pero también aquí se trata sólo de una matización incidental y no de una limitación general del planteamiento subjetivo.

Así, la teoría de la participación de VON WEBER se presenta como una variante extremadamente subjetiva de la teoría del dominio del hecho.

[65] Cfr. al respecto *supra,* p. 82.
[66] 2.ª ed., 1948.
[67] *Op. cit.,* p. 65.
[68] *Op. cit.,* p. 67.
[69] *Op. cit.,* p. 65.
[70] *Op. cit.,* p. 67.

5. LESS

LESS [71] parte de un caso particular: el problema de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa de conformidad a Derecho. Al intentar resolverlo mediante el criterio del dominio del hecho [72] llega a algunas ideas generales sobre el concepto de autor. Especialmente notable es que, en contraposición a los numerosos subjetivistas que defienden esta teoría, llama "circunstancia externa" [73] al dominio del hecho, estimando que este elemento, de emplearlo para articular el concepto de autor, va a "tener por consecuencia una alteración estructural del concepto de delito" [74]. Propugna incluir el dominio del hecho, "como elemento externo del tipo", entre los requisitos de la tipicidad, junto con la causalidad. «De entre las realizaciones de voluntad que condicionan el resultado sólo podrá dar lugar a tipicidad aquella que lo hace ser no un desenlace causal, sino verdaderamente un resultado del sujeto actuante, aquella que lo somete a su dominio, que lo hace ser fruto de su influencia sobre el curso causal.»

Con un concepto de tipo así formado, LESS se propone, del mismo modo que ya antes Hermann BRUNS, LANGE y GALLAS, resolver el problema de los cursos causales inadecuados. El que en plena tempestad echa de casa a otro que, después, justo como deseaba, resulta fulminado por un rayo, para él no realiza el tipo objetivo del homicidio ya porque junto a la causalidad falta el necesario dominio del hecho.

Cómo surtiría, por lo demás, efectos prácticos un concepto objetivo de dominio del hecho en tales términos no cabe deducirlo ni de las indicaciones más reveladoras de LESS.

6. JESCHECK

JESCHECK [75] sostiene una teoría del dominio del hecho que no está orientada subjetiva ni objetivamente de manera acentuada, sino que representa una síntesis de elementos de las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas. Señala JESCHECK: «La teoría del dominio final del hecho me parece que lleva a cabo una fusión feliz entre todos estos puntos de vista, de los cuales cada uno de por sí es correcto, pero también, aisladamente, unilateral» [76]. Por desgracia, no detalla JESCHECK cómo ha de concebirse

[71] *JZ,* 1951, pp. 550-552.
[72] Esta cuestión concreta se abordará en detalle más adelante.
[73] *Op. cit.,* p. 551.
[74] Esta cita y las siguientes, *op. cit.,* p. 552.
[75] *SchZStr.,* año 71.º, 1956, pp. 226-243.
[76] *Op. cit.,* p. 234.

esta fusión, sino que se conforma con las caracterizaciones de WELZEL, MAURACH y GALLAS.

Pero JESCHECK se distingue de los demás partidarios de la teoría del dominio del hecho en que basa este elemento en un nuevo concepto de finalidad. Piensa que la finalidad no debe «equipararse aquí simplemente al dolo..., pues también lo tiene el mero cómplice» [77]. Más bien, requiere, sumándose a NOWAKOWSKI [78], que el interviniente, para tener dominio del hecho, se perciba a sí mismo como "sujeto del delito". Lo cual es un "especial elemento de sentimiento" o, como JESCHECK dice con ENGISCH [79], un "elemento de la mentalidad", perteneciente al ámbito de la culpabilidad, de manera que para él autor y cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad [80].

Más adelante se volverá sobre estas ideas, nada más que sugeridas por JESCHECK, de enriquecer el concepto de dominio del hecho con un nuevo elemento subjetivo y enlazarlo con la teoría de la culpabilidad.

§ 13. TEORÍAS Y ENFOQUES AFINES

I. BOCKELMANN

Ya se ha aludido repetidas veces a la teoría de la participación de BOCKELMANN en otro contexto [1], de manera que aquí bastará con un breve resumen.

BOCKELMANN, rechazando la doctrina final de la acción, partió de una teoría del dolo revitalizada, en conexión con la sentencia RGSt 3, 181 ss. [2]. Estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en que el partícipe "deja [el hecho] a criterio" del autor, en que "somete" su propio propósito a la decisión ajena. Quien no lo hace, o sea, aquel cuya decisión no depende de la de otro, es autor; así llega BOCKELMANN a un concepto "secundario" de autor [3]. Mientras que por lo demás hoy se da por sentado unánimemente que el concepto de autor es autónomo e independiente de los de inducción y complicidad, BOCKELMANN lo determina de manera exclusivamente negativa: «Autor es aquel que no es partícipe» [4].

[77] *Op. cit.*, p. 234.
[78] Cfr. al respecto *infra* pp. 104-106.
[79] *ZStW*, t. 66, 1954, p. 385.
[80] Cfr. al respecto *op. cit.*, pp. 234, 235 y 236.
[1] Cfr. *supra* pp. 44-45.
[2] En su obra *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 31-87.
[3] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76.
[4] *Op. cit.*, p. 76, nota 106. Al respecto críticamente *supra*, pp. 44-45.

A pesar de sus fundamentos diversos, la teoría del dolo de BOCKELMANN coincidió en gran medida ya en su forma originaria, en cuanto a los resultados, con la teoría del dominio del hecho de WELZEL, y se vio influida intensamente por ésta [5]. Tan estrecha afinidad fue posibilitada por el hecho de que el propio WELZEL sustentase una forma de teoría del dominio del hecho que hacía concesiones relativamente generosas a las teorías subjetivas.

Más tarde [6] BOCKELMANN ha asumido el concepto del dominio del hecho. Ahora [7] señala que la delimitación entre autoría y participación sólo es posible de manera que «se atribuya la autoría a aquel que tiene el "dominio del hecho", esto es, que domina... el hacer»; materialmente se mantiene en la delimitación subjetiva, que no asigna importancia decisiva al peso de la aportación externa al hecho. Así propugna, coincidiendo con WELZEL pero en contra de GALLAS, que cuando se da resolución común del hecho, para fundamentar la coautoría basta incluso la cooperación en acciones preparatorias. «El empleado del banco que acuerda con un ladrón profesional robar la caja fuerte de manera que *él* se va a informar de cuándo está la caja repleta y entre qué momentos no hay que contar con que aparezca el vigilante, mientras que el otro llevará a cabo el robo con fractura, no sólo comete inducción y complicidad en el robo, sino que es coautor», sostiene BOCKELMANN [8].

En su último artículo sobre teoría de la autoría [9] BOCKELMANN abandona incluso su delimitación estrictamente subjetiva que hasta entonces defendía. Ahora reconoce que «una consideración que atienda exclusivamente a los procesos psíquicos no siempre lleva a una delimitación convincente» [10], estableciendo que «las peculiaridades por las que se distinguen autoría y participación no pueden buscarse únicamente en el aspecto del hecho externo ni en el interno. Sólo resultan de la imbricación de factores objetivos y subjetivos» [11]. Este giro conduce en la práctica a que BOCKELMANN considere en todo caso autor a aquel que realiza el tipo de propia mano «aun cuando esté bajo influencia ajena, quizá hasta el punto de que suponga estar ejecutando la decisión de otro» [12], y que, a la inversa, castigue como partícipe a aquel que no toma parte en la ejecución del hecho aun cuando no haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho [13].

[5] Cfr. *op. cit.*, p. 76, nota 106.
[6] «Nochmals über das Verhältnis con Täterschaft und Teilnahme», *GA*, 1954, pp. 193 ss.; en la actualidad, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 88-108.
[7] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 101.
[8] *Op. cit.*, p. 101, nota 54.
[9] *ZStW*, t. 69, número especial Atenas, pp. 167 ss.; en la actualidad, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 109-125.
[10] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 120.
[11] *Op. cit.*, p. 122.
[12] *Op. cit.*, p. 120.
[13] *Op. cit.*, p. 121.

El propio BOCKELMANN dice que esta concepción coincide "ampliamente" con la teoría del dominio el hecho [14]. Lo cual es correcto. A la vista de las múltiples variantes distintas de esta teoría no hay reparo en reconocer a la delimitación desarrollada por él como forma autónoma de la teoría del dominio del hecho.

II. NOWAKOWSKI

También NOWAKOWSKI [15] mantiene una concepción muy próxima a la teoría del dominio del hecho. De la mayoría de los partidarios de ésta se distingue en que rechaza la doctrina final de la acción y en que entiende que no cabe hallar criterios de delimitación en el curso del suceso objetivo. Señala [16]: «Lo imprescindible de la aportación al hecho, la influencia configuradora sobre el desenlace del hecho no deciden nada», y mantiene que tampoco es posible «demostrar que una actividad externa sea la sustentadora del desvalor central, esencial» [17].

De lo cual deduce: «Negando esta posibilidad, no cabe sino sustentar una teoría subjetiva» [18]. En esta teoría subjetiva inserta entonces NOWAKOWSKI la idea del dominio del hecho en una forma que se asemeja a la teoría del dolo, pero personalizada mediante la consideración de elementos de "sentimiento". Autor es «el que toma parte en el hecho con la consciencia de su propio dominio del hecho; partícipe, el que lo hace con la consciencia de que existe ajeno dominio del hecho» [19], dice, y lo aclara así: «Si varios intervienen en un hecho, a menudo no todos se sienten responsables en igual medida. Consideran a uno de ellos como el auténticamente decisivo, el señor del hecho, y al hecho como obra de éste. A él le atribuyen la responsabilidad principal, percibiéndose a sí mismos como corresponsables de manera atenuada, secundaria... Eso es el *animus socii*. Quien, por el contrario, se siente como el decisivo, el señor del hecho, y al hecho como obra propia, actúa con *animus auctoris*. La diferencia reside en el sentimiento de autor». Sobre este "sentimiento de autor" manifiesta NOWAKOWSKI [20] que «como realidad psíquica es indiscutible, aun cuando en la valoración de los hechos objetivos no tenga fundamento racionalmente confirmable». Se trata de un «acento vivencial, un elemento de la disposición anímica, una impresión psíquica».

[14] *Op. cit.*, p. 122.
[15] Por extenso, «Täterschaft und Teilnahme», *JZ*, 1956, pp. 545-559; concisamente en *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, p. 95.
[16] *JZ*, 1956, p. 548.
[17] *Op. cit.*, p. 546.
[18] *Op. cit.*, p. 546.
[19] *Grundzüge*, p. 95.
[20] *JZ*, 56, p. 546.

Aunque NOWAKOWSKI subraya repetidas veces que su delimitación es "puramente subjetiva", sin embargo, vuelve de repente, mediante un rodeo, a una limitación objetiva. Así, en la determinación del "sentimiento de autor" que él requiere para la autoría no atiende a «si el agente experimenta realmente el hecho como propio, sino a si sobre la base de lo que percibe cabría esperar y exigir eso de él, según un baremo objetivo» [21]. Jurídicamente relevante no es que el autor haya querido o no el hecho como propio, sino «que el autor lo haya querido con una percepción con arreglo a la cual tuvo que sentirlo como propio».

Mediante este giro hacia lo normativo, concebido por NOWAKOWSKI simplemente como baremo de valoración objetivo para esclarecer diferencias puramente intrapsíquicas, también se traslada hacia lo objetivo el propio sustrato de la valoración, pues si en realidad el "sentimiento de autor" no concurre, no cabe basar el juicio supletorio de que tendría que haber concurrido en un dato psíquico —que aquí desde luego falta—, sino sólo en el peso objetivo de la aportación al hecho. Ciertamente NOWAKOWSKI intenta eludir esta consecuencia diciendo que en estos casos hay que acudir «a principios empíricos psicológicos generales» [22]. Sin embargo, ello no sirve de gran ayuda, pues si al aplicar la pena de autor a pesar de que falte el "sentimiento de autor" no se quiere incurrir en una mera presunción de culpabilidad, no puede atenderse a si este sentimiento está presente en los demás por lo general, sino sólo a si es irrelevante debido a la posición objetivamente dominante del agente.

La originalidad dogmática de la teoría de NOWAKOWSKI reside en destacar la cuestión de la autoría con respecto a los planos del tipo y del injusto y tratarla como puro problema de culpabilidad. Para él, la voluntad de dominio del hecho caracterizada por el sentimiento de autor es «un elemento normativo de la culpabilidad» [23]. Y puesto que en este "acento del sentimiento" aprecia también un "elemento de la disposición anímica", la temática aquí abordada se encuentra en relación directa —aunque NOWAKOWSKI no repare expresamente en este paralelismo— con el problema de los llamados "elementos de la disposición anímica", que en los últimos años han estado en el centro del interés dogmático y cuyo significado no puede considerarse que haya quedado definitivamente esclarecido. Sobre ello se volverá a tratar más adelante. También en el desarrollo de una teoría de la autoría marcadamente normativa, como ya se encuentra sugerida en GALLAS, reside un problema material y metodológico necesitado de ulterior análisis.

En cuanto a los resultados prácticos, la teoría subjetivo-normativa de NOWAKOWSKI no se distingue esencialmente de las teorías del dominio del

[21] *JZ*, 56, p. 547.
[22] *Grundzüge*, p. 95.
[23] *Grundzüge*, p. 95.

hecho. El propio NOWAKOWSKI señala que los elementos de la autoría y de la participación son «aquí y allí los mismos, con la única diferencia de que se tienen en cuenta unas veces objetivamente y otras meramente como percepciones» [24]; por grande que sea la contraposición teórica, para la praxis apenas se derivarán consecuencias. Dado que obviamente los propios partidarios de la teoría del dominio del hecho llegan a soluciones bastante divergentes, ha de resaltarse que la coincidencia sólo se produce con los defensores de esta teoría más orientados subjetivamente. Así, NOWAKOWSKI propugna considerar coautor a aquel que contrata a un asesino profesional, aun cuando él no coopere en la ejecución del hecho ni en lo más insignificante [25], resultado que ni GALLAS, MAURACH, WELZEL ni BOCKELMANN suscribirían.

En todo caso, en el debate sobre la teoría del dominio del hecho no puede pasarse por alto la autónoma y sugestiva teoría de NOWAKOWSKI.

III. OTROS AUTORES

1. También BAUMANN llega en definitiva a una solución próxima a la teoría del dominio del hecho [26]. Bien es cierto que la rechaza porque piensa que con el concepto de "dominio del hecho" no «se ha encontrado un criterio independiente que no tenga ya raíces en la teoría objetivo-formal ni en la subjetiva» [27]. Pero materialmente apenas se distingue BAUMANN de los partidarios de la teoría del dominio del hecho orientados subjetivamente, pues busca su solución «en la línea de un nuevo contenido de la fórmula del *animus* y, por tanto, en una nueva configuración de la teoría del dolo», propugnando emplear como baremo material el *animus auctoris*, «la voluntad de dominio del hecho propio». «Según lo cual, lo determinante sería, dada la irrelevancia de la clase de aportación al hecho, que el agente haya querido o no dominar el hecho en su ejecución. La voluntad de dominio del hecho (y no el dominio del hecho objetivo como tal) sería indicio de la voluntad de autor; la voluntad de cooperar en un hecho punible dominado por otro, o de provocarlo, de la voluntad de partícipe.»

Se trata aquí de una forma de teoría del dolo cuya estrecha afinidad con la teoría del dominio del hecho ha quedado resaltada repetidamente en el curso de nuestra exposición; ya las concepciones de Richard LANGE, VON WEBER, BUSCH, BOCKELMANN y NOWAKOWSKI se encuentran en esta línea. BAUMANN es más radicalmente subjetivo que, por ejemplo, BOCKELMANN y

[24] *JZ*, 56, p. 549.
[25] *JZ*, 56, p. 549.
[26] *JZ*, 58, pp. 230 ss.; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 436 ss. y 444 ss.
[27] *JZ*, 58, p. 232, al igual que las citas siguientes. Análogamente en *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445, donde, sin embargo, conecta la teoría subjetivizada del dominio del hecho con la teoría del interés.

NOWAKOWSKI (con sus limitaciones objetivas o normativas) sólo en tanto que declara sencillamente "irrelevante" la clase de aportación al hecho. Pero entonces tendría que plantearse la pregunta que ya hace decenios se planteó contra la teoría del dolo no limitada, y que recientemente ha hecho dar cierto giro a BOCKELMANN [28], la de cómo ha de decidirse cuando ninguno de los intervinientes tiene voluntad de dominio del hecho. Si no se considera posible un caso así y, por ejemplo, se le atribuye esta voluntad siempre al ejecutor directo [29], el peso de la aportación objetiva al hecho vuelve a recibir, mediante un rodeo, la relevancia que de entrada se le negó [30].

2. SAUER [31] ciertamente evita el término "dominio del hecho" en la determinación del concepto de autor y tampoco polemiza con esta teoría, pero llega a una concepción semejante cuando define [32]: «Autor es aquel que desde un juicio objetivo (no según su imagen del hecho o su voluntad) pasa por ser creador, *auctor* y *dominus.*» Los conceptos "creador", "auctor" y "dominus" no cabe distinguirlos del de "señor del hecho". En cuanto a los efectos prácticos de su teoría, no obstante, se muestran en SAUER peculiaridades en tanto que plantea distintas exigencias a la cualidad de autor en función de la clase de delito. Así, propone abordar la delimitación entre autoría y participación en los delitos de aprovechamiento más según puntos de vista subjetivos, y en los delitos de impulso y de ataque más según criterios objetivos [33]. El concepto de autoría mediata lo rechaza absolutamente [34].

3. MEZGER [35] parte en esencia de la teoría del dolo, pero la limita matizando que no es la percepción del ejecutor la que decide sobre la voluntad de autor, sino que ha de atenderse al "sentido objetivo" de lo que éste comete voluntariamente [36]. Los criterios con arreglo a los cuales cabe determinar ese "sentido objetivo" de la acción, decisivo para la autoría, no los indica MEZGER, que se conforma con señalar que aquel que ejecuta el hecho de propia mano es siempre autor. «Lo determinante no es... cómo considera el agente su hacer, sino lo que su hacer es.» En peculiar contradicción con lo cual MEZGER reconoce la figura de la autoría mediata a través del instrumento-partícipe doloso [37]. Aquí da por supuesto precisamente lo que antes

[28] Cfr. *supra*, p. 104.
[29] Como hace manifiestamente también BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445.
[30] Por lo demás, no cabe estar de acuerdo con la concepción de BAUMANN de que la teoría de GALLAS se mantiene «aún en el marco de la delimitación subjetiva», mientras que WELZEL discurre por «sendas puramente objetivas» (*op. cit.*, p. 231). La panorámica expuesta *supra* muestra que la teoría del dominio del hecho de GALLAS es más objetiva que la de WELZEL.
[31] *Allgemeine Strafrechtslehre*, pp. 205 ss.
[32] *Op. cit.*, p. 209.
[33] *Op. cit.*, p. 210.
[34] *Op. cit.*, p. 213.
[35] *KLB*, 9.ª ed., pp. 222 ss.
[36] *Op. cit.*, p. 231; asimismo *LK*, § 47, 2b.
[37] *Op. cit.*, p. 233; *LK*, § 47, 9b, bb.

rechazaba: que aquel que ejecuta el hecho de propia mano, faltándole la voluntad de autor, sólo puede ser partícipe.

Aunque así no quede clara del todo la forma en que MEZGER pretende modificar la teoría del dolo por medio de puntos de vista objetivos, y aunque no tome postura expresamente en ningún lugar acerca de la teoría del dominio del hecho, no sería errado suponer que su concepción se equipara a la de los partidarios de teorías del dominio del hecho inclinadas a la teoría subjetiva. En favor de lo cual habla también la circunstancia de que él mismo caracterice a su opinión como "teoría de la participación mixta subjetivo-objetiva" y se remita a su coincidencia con Richard LANGE [38].

4. Hellmuth MAYER [39] es, entre los autores actuales, el único que sustenta una teoría marcadamente mixta. La delimitación entre autoría y participación surge, para él, de combinar la concepción objetivo-formal, la teoría de la simultaneidad y la teoría subjetiva. De acuerdo con lo cual autor es sólo aquel que toma parte personalmente en la ejecución; la cooperación en la fase preparatoria sólo puede llevar, siempre, a castigar por participación. A su vez, entre los que cooperan en la ejecución hay que distinguir: autor es quien tiene *animus auctoris*; los demás son partícipes, salvo que realicen personalmente la acción típica; en este caso son autores al margen de su dirección de voluntad [40].

La teoría de Hellmuth MAYER muestra en sus resultados bastantes coincidencias con una teoría del dominio del hecho orientada más objetivamente. Al excluir completamente las acciones preparatorias del ámbito de la autoría coincide con GALLAS (naturalmente, no con la mayoría de los demás partidarios de la idea del dominio del hecho); al afirmar incondicionadamente la autoría en la comisión de propia mano, coincide con la teoría del dominio del hecho; pero ante todo se aproxima a ésta en la determinación de la voluntad de autor al decir que el partícipe se encuentra «bajo la dirección de la voluntad por parte del autor» y es «predominantemente dependiente de otro», mientras que el coautor se destaca por «una parte aproximadamente igual en la voluntad» [41]. MAYER destaca, al debatir la teoría del dominio del hecho, lo acertado de entender «que el partícipe no tiene dominio sobre la voluntad del autor, y en esa medida... carece del dominio propio sobre el hecho» [42].

5. SCHRÖDER [43], por último, no está tan lejos de la teoría del dominio del hecho como suele suponerse merced a su rechazo tajante de esta teoría.

[38] *LK*, ante § 47, 4.
[39] *Lehrbuch*, pp. 299 ss.
[40] *Op. cit.*, p. 314.
[41] *Op. cit.*, p. 314.
[42] *Op. cit.*, p. 305.
[43] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante y en § 47.

Señala que «no es posible delimitar satisfactoriamente el concepto de dominio del hecho», que está «orientado unilateralmente a la autoría mediata», pero que no puede explicar el fenómeno del instrumento doloso y al final fracasa en la coautoría, porque aquí cada uno sólo tiene dominio sobre su parte del hecho [44].

Sin embargo, la teoría subjetiva que profesa es absolutamente afín a la teoría del dominio del hecho que rechaza; no sólo porque SCHRÖDER parta de la teoría del dolo, remitiéndose expresamente a BOCKELMANN, y caracterice a la complicidad por la «subordinación de la aportación al hecho propia al plan ajeno del hecho» [45], sino también porque desarrolla en muchos aspectos con elementos objetivos esta doctrina, basada de por sí en la idea del dominio del hecho. Así señala que, a pesar de que concurra voluntad de partícipe, ha de estimarse la autoría «allí donde el peso de determinadas acciones no se vea esencialmente disminuido por la mera voluntad de partícipe, como, por ejemplo, cuando se realizan todos los elementos típicos, o en los tipos en que, como la estafa o la extorsión, puede considerarse plenamente típica incluso la actuación altruista». A la inversa, a pesar de la voluntad de autor, difícilmente cabe hablar de «autoría» allí donde la influencia de un interviniente sobre si va a ejecutarse el hecho, y cuándo y cómo, es tan insignificante que el curso del suceso no depende de él.

Al atender aquí SCHRÖDER, al margen de la voluntad de autor, al peso objetivo de la acción, haciendo decidir a la verdadera influencia sobre el curso del suceso, ya no cabe apreciar diferencia práctica alguna entre su concepción y la teoría del dominio del hecho. No obstante, los reparos que SCHRÖDER esgrime contra la fundamentación teórica de la autoría mediata en los casos de instrumento doloso y de la coautoría, merecen tenerse en cuenta y de hecho se debatirán más adelante en profundidad [46].

§ 14. LA IDEA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (BGH)

La jurisprudencia del BGH relativa a la delimitación entre autoría y participación ofrece una imagen poco unitaria. Mientras que el BGH, en los primeros años de su existencia, partía con frecuencia de concepciones puramente subjetivas y determinaba la autoría (enlazando con el RG) [1] empleando una vacua fórmula del *animus* o recurriendo a la teoría del interés, junto a ello, desde los años cincuenta ha ido introduciéndose crecientemente en

[44] VIII, 5b, ante § 47.
[45] Esta cita y las siguientes: VIII, 5c, ante § 47.
[46] Cfr. *infra*, pp. 278 ss. y 302 ss.
[1] Cfr. al respecto ya *supra* p. 75; una completa recopilación de la jurisprudencia del BGH hasta el tomo 8.º la proporciona KALTHOENER, *NJW*, 1956, pp. 1662-1665, a quien nos remitimos.

la jurisprudencia la idea del dominio del hecho, que aparece en muy distintos contextos semánticos. Mientras que a veces sirve, como "voluntad de dominio del hecho", para dotar de contenido a la fórmula del *animus*, en otras sentencias se la utiliza para limitar y completar la teoría subjetiva con criterios de delimitación objetivos. Resulta en particular la siguiente evolución:

I. La primera sentencia que invoca la teoría del dominio del hecho es una de la Sala III, de 21 de noviembre de 1950 [2]. En ella, el BGH plantea someramente la cuestión de si es posible considerar sólo como cómplice a aquel que con su comportamiento ha realizado completamente el tipo objetivo y el subjetivo de una acción punible, opinando: «Aun cuando por motivos jurídicos no se niegue esta posibilidad con carácter absoluto, presupondría que el agente subordina por entero su voluntad a la de otro y que está con éste en una relación que deja a este otro el pleno dominio del hecho, a pesar de la realización completa de todos los elementos típicos con el propio comportamiento.»

Aquí ciertamente se concibe subjetivamente el concepto de dominio del hecho en tanto que sirve para revitalizar el antiguo criterio de la subordinación de la teoría del dolo. Pero al mismo tiempo la sentencia aporta cierta objetivización frente a la doctrina seguida hasta entonces. Y es que la confesión vacilante y limitada de que sea posible la participación a pesar de haber cometido de propia mano el hecho sólo cabe interpretarla en el sentido de que desde luego el BGH no se conforma, para negar la autoría, con el capricho subjetivo incontrolable de cometer el hecho "no como propio", requiriendo en lugar de esto un acto, exactamente verificable, de subordinación psíquica.

Llama la atención que se emplee aquí el concepto del dominio del hecho para justificar una concepción por lo demás rechazada por casi todos los restantes partidarios de esta teoría y más tarde por el propio BGH, invocándola precisamente a ella: que aquel que realiza el tipo completo culpablemente y de propia mano sin embargo puede no tener la cualidad de autor.

II. Una sentencia —un poco posterior— de la Sala IV, de 13 de febrero de 1951 [3], se encuentra en la misma línea por su contenido, pero elude la expresión "dominio del hecho" y en su formulación se mantiene en el marco de la teoría del dolo. El acusado de este caso, oligofrénico, parece, según el BGH, «no haber obrado por la voluntad propia de perpetrar el hecho, sino haber subordinado su voluntad a la de su superior, presente en el lugar de los hechos, de tal manera que incluso la realización [4] plena del tipo objetivo por su parte —circunstancia que por lo general habla en favor de la coautoría— aconseja enjuiciar el hecho como participación».

[2] *NJW*, 1951, pp. 120-131 (120).
[3] *NJW*, 1951, p. 323.
[4] En el texto de la sentencia se dice "incurrir" *(Verwirkung)* en lugar de "realizar" *(Verwirklichung)*, seguramente debido a una errata.

III. En calidad de principio, la idea del dominio del hecho se emplea para corregir exageraciones subjetivas por vez primera en la famosa sentencia de la Sala I, de 12 de febrero de 1952 [5]. En ella se trataba de la cuestión de si se podía castigar por homicidio por omisión a una esposa que no impidió el suicidio de su marido. «Por lo general, el obligado a auxiliar tiene el dominio de la situación pleno o al menos en gran parte, pudiendo darle un giro decisivo mediante su intervención» [6], señala el BGH, que prosigue: «Si la omite, incumpliendo su deber, frente a esta omisión es irrelevante la reserva subjetiva de no querer la muerte como consecuencia de la propia causación.» Así pues, aquí se declara irrelevante la falta de *animus auctoris* frente al dominio objetivo del hecho.

La frase siguiente lo subraya aún más: «Esta reserva no puede fundamentar "dolo de partícipe" porque su presupuesto jurídico, la subordinación a una voluntad ajena, es irrelevante en función de la especial situación de deber y a la vista del dominio objetivo.» Así no sólo se deja de lado, como en las dos primeras frases, el vago elemento de la "voluntad de autor" en favor del criterio del dominio del hecho, sino que se declara "irrelevante" incluso la subordinación a la resolución ajena, de decisiva importancia para la teoría del dolo, "a la vista del dominio objetivo del obligado", lo que constituye una interpretación de la idea del dominio del hecho de acentuada orientación objetiva.

Ahora bien, las dos frases siguientes vuelven a confundir. Al decir el BGH: «No hay que atender a qué sentido atribuye el obligado caprichosamente a su inactividad, sino a qué sentido ha realizado con respecto al curso del suceso. Por eso en un caso así se da dolo de autor», suscribe una teoría subjetiva moderada, como la de, por ejemplo, MEZGER, cuando establece que lo decisivo es lo querido, pero en su significado objetivo. El BGH no tiene aquí en cuenta que la «subordinación a la ajena voluntad de autor» supone un hecho psíquico que nada tiene que ver con qué «sentido el obligado atribuye... a su inactividad». A pesar de la cauta vuelta a la teoría subjetiva, con su "dolo de autor", sin embargo el BGH parece creer que sostiene una concepción original con respecto a la doctrina existente hasta entonces, puesto que concluye observando: «El que aquí resida o no una idea jurídica general, por lo demás también relevante para delimitar autoría y participación, puede quedar sin dilucidar.»

Con toda su inseguridad y su ir a tientas, esta sentencia no deja de ser sumamente curiosa en dos aspectos. En primer lugar, la idea del dominio del hecho se utiliza en el ámbito de los delitos de omisión con discreta limitación a éste, lo cual resulta importante porque Armin KAUFMANN, decidido partidario de la doctrina final de la acción, años después [7] declara impo-

[5] *BGHSt*, 2, pp. 150-157.
[6] *Op. cit.*, p. 156; asimismo en lo sucesivo.
[7] En su obra *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

sible la aplicación de la teoría del dominio del hecho (y consiguientemente la distinción entre autoría y participación) precisamente para los hechos omisivos. Por eso, esta cuestión requerirá aún tratamiento minucioso. En segundo lugar, ha de reseñarse que el BGH —al menos en una frase, especialmente destacada— utiliza la idea del dominio del hecho para considerar irrelevante la subordinación a ajena voluntad de autor, mientras que en la sentencia mencionada al principio, e incluso en sentencias posteriores, sirve precisamente para justificar este criterio, procedente de la teoría del dolo.

IV. Una sentencia de la misma Sala, dictada al año siguiente [8], retorna a la teoría subjetiva, prescinde completamente del concepto de dominio del hecho y sólo mantiene alguna relación con esta teoría en la medida en que interpreta la "voluntad de autor", invocando expresamente la sentencia RG 3, 181 ss., en el sentido de la teoría del dolo, con la que también coinciden ampliamente los representantes de la teoría subjetiva del dominio del hecho. En ella se dice: «Partícipe.... es aquel cuya voluntad depende de la de otro, esto es, aquel que subordina su voluntad a la de otro interviniente en tanto que deja a criterio de éste si ha de llegarse o no a la inducción» [9]. Al observar el BGH expresamente que la decisión en cada caso depende «de la índole de la voluntad del interviniente» se pone de manifiesto cuánto se afana la Sala I, a diferencia de la sentencia precedente, BGHSt 2, 150 ss., por volver a enlazar con la tradición jurisprudencial.

V. Una curiosa síntesis entre la teoría del dolo y una teoría del dominio del hecho orientada objetivamente se intenta en una sentencia de la Sala V, de 15 de junio de 1954 [10], de notable influencia sobre la evolución posterior. En este caso un peón, conjuntamente con su patrón (porque éste le había prometido repartir las ganancias), había robado ganado y lo había llevado al matadero de su patrón. Para decidir la cuestión de si el peón es coautor o cómplice son insuficientes «fórmulas como la de que "el acusado ha querido el hecho como propio y no ha tenido sólo voluntad de partícipe"», observa el BGH.

Pero así no se está criticando la teoría subjetiva, sino sólo la vaguedad de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, pues el BGH prosigue, en la línea del más estricto subjetivismo: «Para distinguir entre coautor y partícipe no ha de atenderse a la clase de aportación externa, sino a la dirección interna de voluntad.»

Naturalmente, al caracterizar esta "dirección interna de voluntad" el BGH va a parar sin darse cuenta a cauces de una delimitación más bien objetiva, diciendo: «Coautor es sólo aquel que tiene una relación interna tan intensa

[8] Sala I, de 16 de abril de 1953, *MDR*, 53, pp. 400 y 401 (reseña de DALLINGER).
[9] En la que se trata de la delimitación entre coautoría y complicidad en la inducción.
[10] Reseña de HERLAN en *MDR*, 1954, pp. 529 y 530.

con el curso y el resultado del hecho que ambos dependen decisivamente de su voluntad. Un co-dominio del hecho en tal sentido es presupuesto de la coautoría.» Fiel a su punto de partida puramente subjetivo, el BGH habla aquí sólo de la intensa relación "interna" con el curso y el resultado del hecho; pero no queda claro cómo el dominio sobre el curso del hecho puede deducirse a partir de una relación meramente "interna" cuando la relación "externa" con el curso y resultado del hecho no se corresponda con ella.

El BGH vuelve entonces al antiguo criterio de la teoría del dolo, al elemento de la subordinación de la voluntad, pero hace depender su existencia de la circunstancia objetiva de «si la superioridad social, la edad más avanzada y la experiencia delictiva del patrón tuvieron importancia determinante».

Por último, asimismo rechaza con claridad la teoría del interés, al considerar el BGH irrelevante la participación del obrero acusado en las ganancias sobre la base de que también puede existir participación por precio. Lo más curioso es que el BGH torna poco después al punto de vista recién abandonado, describiendo la posición del patrón con la expresión de que "tenía el principal interés en el hecho".

A pesar de todas estas vacilaciones confusas entre los distintos puntos de vista, sin embargo, cabe extraer como idea directriz de la sentencia el esfuerzo por, de una parte, mantenerse en la delimitación subjetiva, pero, de otra parte, determinar la voluntad de autor de la mano de criterios objetivos concretos (como la superioridad social, la edad, la experiencia criminal, el poder decisorio sobre los detalles del hecho, etc.). Ahora bien, cabe dudar que tal procedimiento sea realmente tan subjetivo como se quiere hacer creer, pues si se distingue entre voluntad de autor o de partícipe con arreglo a criterios objetivos, igualmente podrían utilizarse estos puntos de vista objetivos como baremos de distinción sin necesidad de dar el rodeo por la voluntad de autor.

VI. Al año siguiente —el 17 de mayo de 1955— la Sala V profundizó y modificó los razonamientos a los que acabamos de aludir [11]. Dice aquí el BGH: «Lo decisivo es... la dirección interna de voluntad de los intervinientes... La expresión común de que coautor es aquel que quiere el hecho "como propio" llama a engaño. Esta dirección de voluntad no es un hecho interno que el juzgador pueda verificar de manera que lo vincule. Más bien se trata aquí de un enjuiciamiento valorativo, para el cual es punto de apoyo esencial en qué medida el interviniente co-domina el curso del hecho, de manera que el curso y el resultado del hecho dependen decisivamente también de su voluntad.»

[11] *JR*, 1955, pp. 304-305.

Esta sentencia se distingue en dos aspectos de la anterior, con la que enlaza externamente. En primer lugar, extrema la línea divisoria entre el punto de partida puramente subjetivo y la orientación por elementos distintivos objetivos. Suena casi paradójico que el BGH de entrada establezca que lo decisivo es "la dirección interna de voluntad", pero después observe que eso no es un "hecho interno". En vano se pregunta uno qué ha de entenderse por una "dirección interna de voluntad" que no constituya un "hecho interno".

En segundo lugar, en esta sentencia se encuentra por vez primera el giro hacia lo normativo. Al señalar el BGH que la delimitación entre autoría y participación constituye un "enjuiciamiento valorativo", en el que el dominio del curso del hecho representa un punto de apoyo esencial, está abandonando casi por completo la distinción subjetiva que proclamó unas pocas frases antes, en favor de una teoría del dominio del hecho normativo-objetiva, del estilo de la de GALLAS. Ya se hizo constar *supra* que así se hace volver al ámbito del método teleológico el concepto de dominio del hecho ontológico que surge al principio, con WELZEL, en contraste con el normativismo.

VII. Al margen de estas tendencias objetivadoras, la Sala II vuelve a emplear, en una sentencia dictada poco después [12], la idea del dominio del hecho para justificar una teoría del dolo extremadamente subjetiva. En ella se señala, acerca de un caso de contrabando conjunto en el seno de una banda [13]: «La autoría se distingue de la participación no en la aportación externa al hecho, sino sólo en función de la dirección de voluntad interna de los intervinientes. En particular, también puede ser partícipe aquel que realiza personalmente todo el tipo. Sin embargo, la realización propia del tipo completo es por lo general un indicio importante de la voluntad propia de dominio del hecho y, por tanto, de la autoría. Pero cabe concebir supuestos en que un interviniente, a pesar de la conexión y del actuar conjunto con otros contrabandistas..., no tenga voluntad propia de domino del hecho, se subordine totalmente a la voluntad de otro y sólo pretenda favorecer el contrabando ajeno, de mala gana, mediante auxilio secundario. Un contrabandista con tal dirección de voluntad sólo es partícipe del autor principal, aunque realice su aportación al hecho en el seno de una banda.»

Resulta notable que también esta sentencia, aun cuando declare irrelevante la "aportación externa al hecho" y propugne expresamente que decida "*sólo* la dirección de voluntad", sin embargo al final vuelva a puntos de apoyo objetivos, pues ¿por qué menciona el BGH que el cómplice sólo quería prestar "auxilio secundario" si no ha de atenderse en absoluto a la "aportación externa al hecho"? ¿No habría que decidir igual, desde el punto de partida

[12] De 21 de junio de 1955, en *BGHSt*, 8, pp. 70-75.

[13] *Op. cit.*, p. 73.

de esta sentencia, si realizase la principal aportación al hecho, pero sometiéndose a la resolución ajena?

También aquí vuelve a ponerse de manifiesto que si se pretende derivar la dirección de voluntad concebida subjetivamente a partir de factores objetivos no puede uno declarar irrelevante la configuración externa del curso del hecho sin incurrir en contradicciones. Pero si se considera el peso objetivo de la aportación al hecho, no se puede mantener una concepción subjetiva con tanta pureza como le gustaría al BGH. Tampoco queda claro cómo es posible que la realización de propia mano del tipo completo, de la que parte la sentencia, se vaya a presentar como "auxilio secundario". ¿Acaso se puede hacer algo más que realizar el tipo completo personalmente?

Así pues, tampoco esta sentencia se sustrae a la crisis en que ha incurrido la teoría subjetiva de la participación debido a la introducción del concepto de dominio del hecho.

VIII. Una mezcla peculiar de teorías se encuentra en una sentencia de la Sala I, de 4 de junio de 1955 [14]. El hecho consistía en que el acusado había emprendido una tentativa de aborto, a consecuencia de la cual había nacido un niño vivo. El recién nacido fue asfixiado en seguida por la abuela paterna, en presencia del acusado, que no hizo nada para evitarlo.

El tribunal estimó que al acusado le incumbía un deber de evitar el resultado por el hacer precedente. Lo dudoso era si debía hacérsele responder a título de autor o de partícipe. Al respecto señala el BGH: «La cuestión de si existe autoría o sólo participación se responde con arreglo a la actitud interna del acusado con respecto al hecho y al resultado. A tal efecto hay que tener presente la dirección de voluntad, el dominio del hecho y el interés en el resultado del hecho a la vista del alcance de la realización del tipo propia. En la muerte del niño estaba especialmente interesada K. (la abuela paterna). En el recurrente (el acusado) podía tener importancia que para él siempre era de temer que el cadáver podría llevar a que se descubriera la maniobra abortiva.»

Así pues, se yuxtaponen aquí dos criterios de delimitación subjetivos y dos objetivos; por un lado, la "dirección de voluntad" (que ha de entenderse en el sentido de la teoría del dolo) y el interés; por otro lado, el dominio del hecho y el alcance de la realización del tipo. De la circunstancia de que estos cuatro elementos sólo tendrían importancia para la "actitud interna" del acusado se colige que el BGH, también en esta sentencia, cree mantenerse en el marco de la teoría subjetiva.

Sin embargo, aquí (al igual que en las sentencias precedentes) ya no cabe hablar de una teoría subjetiva de la participación en sentido tradicional. Más bien se trata de una combinación de puntos de vista subjetivos y objetivos

[14] *LM*, núm. 10, ante § 47.

totalmente distintos. En esto es particularmente poco clara la presente sentencia, al no proporcionar en absoluto indicios de en qué relación jerárquica se encuentran estos elementos tan heterogéneos, en la determinación de la autoría. ¿Qué ocurre cuando un sujeto posee el dominio del hecho, pero no interés en él; cuando tiene la dirección de voluntad necesaria para la autoría, pero no ha tomado parte en la ejecución del hecho; cuando actúa con interés en el hecho, pero sin dominarlo? La sentencia le deja a uno *in albis*. En el caso concreto, el BGH parece atender primordialmente al interés; pero la necesidad de que así sea no se deduce de la sentencia.

Por lo que se refiere al concepto del dominio del hecho, llama la atención que aquí (aun cuando bajo la forma subjetiva de voluntad de dominio del hecho) aparezca no como elemento único de la autoría, sino como criterio individual junto a otros (al parecer) elementos de la coautoría concebidos en plano de igualdad.

IX. En una sentencia de 10 de enero de 1956 la Sala V [15] vuelve a reafirmar sus anteriores resoluciones [16], señalando a modo de resumen [17]: «La coautoría y la complicidad se distinguen en que el autor quiere el hecho como propio y el cómplice lo quiere como ajeno. Como ha reiterado esta Sala, sólo a partir de todas las circunstancias cabe indagar la disposición de cada interviniente con respecto al hecho.»

Así pues, esta sentencia permanece en la idea básica, ya desarrollada, de que la voluntad de autor ha de deducirse de las circunstancias objetivas del hecho.

X. El mismo día [18] pronuncia la Sala V otra sentencia de capital importancia para la evolución de la doctrina de la autoría, porque se dirige contra la sentencia del *Reichsgericht* en el famoso "caso de la bañera". La frase más destacada de la sentencia establece [19]: «Quien mata a otra persona de propia mano es autor incluso si actúa bajo la influencia y en presencia de otro y en interés de éste (en contra de RGSt 74, 84).»

El BGH intenta armonizar sus consideraciones —como ya antes, también aquí— con la teoría subjetiva que mantiene como principio, y, mencionando la que denomina teoría del dominio del hecho "objetivo-final" u "objetivo-material", aludiendo a WELZEL, GALLAS y MAURACH, no la rechaza expresamente, pero elude polemizar con ella, considerando que también la teoría subjetiva, bien entendida, conduce aquí al mismo resultado. En el caso de que se ocupa, el acusado, dotado de voluntad débilmente desarrollada y escasa resistencia, se había «sentido» en la vida casi siempre "como instrumento", además estaba sometido a una mujer y había matado al marido de ésta, obedeciéndola, en su presencia y en su exclusivo interés.

[15] *BGHSt*, 8, pp. 390-392.
[16] *MDR*, 54, 529; *JR*, 55, 304; *vid. supra*, núms. V y VI.
[17] *Op. cit.*, p. 393.
[18] De 10 de enero de 1956; *BGSt*, 8, pp. 393-399.
[19] *Loc. cit.*, p. 393.

Para fundamentar su concepción de que el acusado era autor del asesinato y no sólo partícipe, de entrada el BGH no desarrolla ningún enfoque esencialmente nuevo, sino que remite en gran medida a su Sentencia de 17 de mayo de 1955 [20], cuyas ideas repite casi literalmente. También ahora dice que la voluntad de autor no es un simple hecho interno, sino que ha de averiguarse valorativamente y que para ello un punto de apoyo esencial es saber en qué medida el interviniente co-determinó el curso del hecho. A la circunstancia de en interés de quién resulta el hecho no se le confiere importancia esencial.

Pero en dos puntos importantísimos difiere la Sala V de sus sentencias anteriores, obviamente sin dar a entender esa diferencia. Mientras que la Sentencia de 5 de junio de 1954 [21] seguía atendiendo a si el acusado que tomó parte en la ejecución del tipo «se había subordinado enteramente a la voluntad de su patrón y había dejado a éste decidir si los hechos se iban a ejecutar y cuándo», el BGH ya no menciona tal punto de vista; comprensiblemente, pues tal subordinación plena a la ajena voluntad de autor se daba aquí y habría tenido que llevar a calificar de mera complicidad. Pero como con los conceptos de subordinación de la voluntad y de "dejar a criterio" —cuya concurrencia en nuestro caso también se afirmaría— se alude a los criterios decisivos de la teoría del dolo, la renuncia a ellos significa abandonar en la práctica la teoría subjetiva. En todo caso no se comprende fácilmente qué queda de subjetivo en una concepción en tales términos si se prescinde del único elemento distintivo psíquico que hoy sigue teniendo importancia. Por el solo hecho de que un concepto de autoría obtenido a partir de circunstancias objetivas se caracterice por la «voluntad de autor» no se llega a una teoría subjetiva de la participación.

Asimismo es notable y característica la evolución que la valoración de la aportación externa al hecho experimenta en la sentencia de la Sala V. En la primera sentencia, de 15 de junio de 1954 (*supra*, núm. V), aún se dice categóricamente que no ha de atenderse «a la clase de la aportación externa al hecho». De forma algo atenuada, la Sala repite el 17 de mayo de 1955 (*supra*, núm. VI) que no debe tenerse en cuenta «desde luego esencialmente la clase de aportación externa al hecho». Pero ahora dice el BGH, para fundamentar la autoría del acusado, en abierta oposición con lo anterior, que su "voluntad de autor" se colige «de las circunstancias captadas por su percepción. El acusado emprendió la acción de matar de propia mano a la víctima y llevó a cabo esta aportación al hecho especialmente importante» [22]. Así pues, aquí se infiere la autoría a partir de la especial importancia

[20] *JR*, 55, pp. 304-305 (*supra*, núm. V).
[21] *MDR*, 54, 529 (*vid. supra*, núm. V).
[22] *Op. cit.*, p. 398.

de la aportación al hecho, precisamente lo que antes se había considerado irrelevante. Pero así abandona la Sala V, tras el criterio de la subordinación de la voluntad, otra idea directriz de la teoría subjetiva.

Otra circunstancia más que el BGH aduce en favor de la autoría del acusado es de naturaleza objetiva. Ésta se sigue de que sin él el hecho no podría "haber ocurrido de la forma prevista" [23], llevándose así a cabo un claro préstamo de la teoría de la necesidad [24].

La significación básica de esta sentencia reside en su alejamiento con respecto a la teoría subjetiva. De que se trata de un cambio en la jurisprudencia no parece haber sido consciente el propio BGH, que sigue llamando subjetiva a su doctrina y evitando cualquier indicación de que la sentencia represente algo nuevo en su jurisprudencia. Más bien, en cuanto a la formulación conecta estrechamente con anteriores sentencias. Las dos divergencias esenciales con respecto a la jurisprudencia recaída hasta la fecha —renuncia al criterio de la subordinación de la voluntad; en su lugar, consideración intensificada de la aportación externa al hecho— no se ven subrayadas en ninguna parte. Además, el BGH, incluso para la solución práctica del caso, discute que medie diferencia con sentencias anteriores, aun cuando hay tres que afirman la posibilidad de mera complicidad a pesar de la plena realización del tipo, precisamente sobre la base de la idea del dominio del hecho [25]. Con respecto a las dos primeras sentencias el BGH señala que se trataba de relaciones jerárquicas castrenses en las que la situación pudiera ser distinta; la tercera sentencia la pasa por alto tácitamente, sin darse cuenta de que la Sala II había declarado en ella, sin matización: «En particular puede ser también cómplice el que realiza el tipo completo personalmente» [26].

La discrepancia que se patentiza así entre el contenido material y la justificación teórica hace difícil calibrar el efecto que esta sentencia pueda aún tener en la evolución futura de la jurisprudencia.

XI. De manera muy incidental empleó poco después la Sala II el concepto de dominio del hecho [27]. En la tesis de esta sentencia el BGH señaló que el partícipe en un motín de presos sólo podía ser castigado con pena de prisión por el § 122.3 StGB si había realizado de propia mano las violencias que dan lugar a la agravación. Para fundamentarlo, la Sala argumenta que de lo contrario el partícipe estaría en peores condiciones que el coautor (que no ha empleado violencia) del motín, «aunque su aportación, por faltarle el dominio del hecho, tenga menos peso» [28].

[23] *Op. cit.*, p. 398.
[24] Cfr. al respecto *supra* p. 57.
[25] *NJW*, 51, pp. 120 y 121; *NJW*, 51, 323; *BGHSt*, 8, pp. 70-75 (*supra*, núms. I, II y VII).
[26] *BGHSt*, 8, p. 73.
[27] Sentencia de 13 de abril de 1956, *BGHSt*, 9, pp. 119-121.
[28] *Op. cit.*, p. 121.

Esta observación entiende el concepto de dominio del hecho en sentido objetivo. Por lo demás, la mención es demasiado incidental como para permitir extraer conclusiones.

XII. Más sugestiva es la sentencia de la misma Sala de 6 de julio de 1956 [29]. Se trata aquí del famoso juicio en el que el BGH, frente a su jurisprudencia anterior, abrazó la concepción de que inducción y complicidad presuponen un hecho principal doloso. Para fundamentar esta doctrina el BGH recurre a la necesidad de delimitación segura entre autoría y participación. Señala al respecto [30]: «Ciertamente es correcto que ha de atenderse a la dirección de la voluntad del interviniente. Pero para determinarlo el punto de vista decisivo es en qué medida contribuye él a dominar el curso del hecho: que el curso y el resultado del hecho dependan o no decisivamente de su voluntad. Sin embargo, la voluntad de autor como voluntad de dominar el curso del hecho no es concebible sin dolo. Según lo cual el que determina sólo puede "querer el hecho como ajeno" cuando aquel al que se ha determinado tiene voluntad de autor. No es posible subordinarse a una ajena voluntad de autor cuando ésta no existe en absoluto. Lo mismo cabe decir de la relación entre autoría mediata y complicidad.»

Aquí vuelve a entenderse la idea del dominio del hecho completamente en el sentido de la teoría del dolo: quien se subordina internamente a una voluntad ajena no domina el curso del hecho y por eso es sólo partícipe. Lo curioso es que esta argumentación, cortada a la medida de la problemática de la accesoriedad, conduce a un concepto de autor secundario. No porque la esencia de la autoría lo requiera hay que dominar finalmente el curso del hecho para ser autor, sino que porque la participación se caracteriza por la subordinación a la voluntad ajena han de requerirse secundariamente, para la autoría, el dolo y la falta de subordinación interna.

Esta solución coincide plenamente con la teoría del dolo de BOCKELMANN. Con respecto a las tendencias objetivadoras de la jurisprudencia reciente no toma postura esta sentencia. De todos modos, tampoco existía en el caso de partida base para ello, pues el resultado pretendido —que la participación sólo es posible si se da un hecho principal doloso— cabe fundamentarlo ya claramente sobre la base de la teoría del dolo.

XIII. En absoluta contradicción con las tendencias evolutivas de la jurisprudencia hasta ahora apreciables se encuentra una sentencia de la Sala V de 10 de enero de 1958 [31]. En efecto, mientras que el BGH se oponía —y muchas veces expresamente— a una fórmula del *animus* vacía, aquí utiliza incluso el término de "voluntad de dominio" en ese sentido. En esta sentencia se trataba de que, en el curso de una algarada, varios jóvenes habían realizado

[29] Sala II, *BGHSt*, 9, pp. 370-385.
[30] *Op. cit.*, p. 380.
[31] *MDR*, 1958, p. 139; reseña de DALLINGER.

abusos sexuales sobre una mujer tendida en el suelo. El acusado A, a tal fin, ya se había abierto paso e inclinado sobre la mujer cuando el abuso le fue impedido por un tercero. Aunque su propia acción no había pasado de tentativa, el BGH le castigó por delito consumado del § 176.1.1 StGB. En su fundamentación siguió al tribunal *a quo*, que había llegado al resultado de que «A había querido como propia la actividad de los co-inculpados». La voluntad de A de practicar abusos sexuales sobre la mujer no excluye que A hubiera querido como propios los abusos de los co-inculpados, esto es, que hubiera actuado con voluntad de co-dominio del hecho.

Es fácil apreciar cómo aquí la "voluntad de dominio del hecho" se convierte en pura fórmula, pues en el supuesto de hecho no cabía hablar de que el "curso y resultado" de los abusos anteriores dependieran de algún modo de la voluntad o del comportamiento exterior de A. Él no había tomado parte en ellos de ningún modo. Ni siquiera se comprende en qué consistiría su interés propio en los resultados de los demás. Su coautoría, en la que además ya es dudosa la propia existencia de resolución conjunta [32], cabría apoyarla todo lo más en una vaguísima "aprobación interna" del suceso, que igualmente se encuentra en inductores y cómplices y que por tanto no puede proporcionar criterio de distinción alguno. Así, la sentencia reanuda tendencias de la juriprudencia superior en cuya superación el BGH se había esforzado en la mayoría de sus resoluciones.

XIV. Un supuesto de hecho muy peculiar resulta tratado en la sentencia de la Sala IV de 23 de enero de 1958 [33]. Tres ladrones, armados con pistolas, habían intentado irrumpir por la noche en una tienda de comestibles. Pero fueron descubiertos y forzados a huir. Habían acordado que usarían las armas de fuego si surgía el peligro de que capturaran a uno de ellos. Al oír pasos a su espalda uno de los fugitivos —M— creyó que se trataba de un perseguidor y disparó con dolo de matar a la figura que corría detrás de él. En realidad era su cómplice P, que también huía, y en cuya camisa remangada se detuvo la bala.

El BGH debía decidir si P, que por poco resulta abatido, había de responder como autor de la tentativa de asesinato sobre su propia persona. La Sala así lo estimó, fundamentando su opinión, de entrada, en una teoría puramente subjetiva, en el sentido de la tradicional fórmula del *animus* del *Reichsgericht*. P había «querido causar conjuntamente el delito como propio» [34], lo cual «está suficientemente fundamentado una vez verificado que había acuerdo sobre el uso de armas para evitar la posible captura y que existía comunidad de peligro de los tres coautores, basada en ese acuerdo, que en cierta medida "obligaba" a M a disparar».

[32] Sobre la cuestión de cómo ha de enjuiciarse la coautoría aquí, desde un concepto de dominio del hecho bien entendido, cfr. *infra* pp. 306 ss.

[33] *BGHSt*, 11, pp. 268-272.

[34] Esta cita y las siguientes: *loc. cit.*, p. 272.

A estas consideraciones el BGH añade otra fundamentación absolutamente independiente que se sirve de la idea del dominio del hecho. Dice: «P participaba, también en el momento en cuestión, del dominio del hecho. Habría podido, dada la proximidad de sus dos compinches, dirigir en cualquier momento la actuación de éstos, pidiéndoles no disparar esta vez, en contra de lo acordado, a los perseguidores. El que no lo hiciera hasta que se realizó el disparo fundamenta su corresponsabilidad también con respecto al que le hirió a él mismo.»

La sentencia aporta, frente a la jurisprudencia anterior, dos nuevos puntos de vista notables.

En primer lugar, la idea del dominio del hecho no se emplea para justificar la teoría subjetiva y en estrecha conexión con la teoría del dolo, sino yuxtapuesta a la concepción subjetiva. Así, se entiende a la teoría del dominio del hecho como teoría objetiva y autónoma, quedando abierta la cuestión de si la primacía le corresponde a ella o a la concepción subjetiva.

En segundo lugar, en esta sentencia se emplea la teoría del dominio del hecho por primera y hasta entonces única vez en la misma forma de la teoría de la participación de MAURACH. La idea, decisiva para el BGH, de que P habría podido "dirigir" a sus compinches en cualquier momento "y pedirles que no disparasen" remite a la teoría de MAURACH de que el dominio del hecho se caracteriza por el mantener en las propias manos el curso del hecho y por residir en cualquier cooperador que pueda, «en función de su comportamiento, continuar la realización del hecho, impedirla o interrumpirla» [35].

El que la fundamentación de la sentencia se apoye realmente en un criterio factible y aplique acertadamente la idea básica de MAURACH ya es cuestión distinta, sobre la que se volverá más adelante [36]. Sea como fuere, la sentencia muestra al BGH de camino hacia el reconocimiento de una teoría del dominio del hecho orientada objetivamente.

XV. En todo caso, la misma Sala volvía, en su siguiente sentencia relativa a la doctrina de la autoría [37], a un concepto de dominio del hecho concebido de manera absolutamente subjetiva. Se dilucidaba en ella, como en BGHSt 2, 150 ss. (*supra* núm. III), la no evitación de un suicidio. El acusado había asistido, impertérrito y sin intervenir, al suicidio por ahogamiento de su suegra en un estanque.

La fundamentación mediante la que el tribunal niega la autoría del acusado contrasta llamativamente con la argumentación de la Sala I en la anterior

[35] *AT*, 1.ª ed., p. 504; a esta obra se refiere expresamente asimismo el BGH (ahora *AT*, 2.ª ed., p. 492).

[36] Sobre este punto y sobre la sentencia en su conjunto, cfr. *infra*, pp. 315 ss. y 336 ss.

[37] Sala IV, de 15 de mayo de 1959, en *BGHSt*, 13, pp. 162-169.

sentencia BGHSt 2, 150 ss. Allí, el BGH había basado la autoría del omitente de modo totalmente objetivo considerando que tenía «el pleno dominio sobre la situación, o al menos gran parte de él», «habiendo podido darle el giro decisivo mediante su intervención». A lo cual añadía que «la subordinación a voluntad ajena es irrelevante, a la vista del dominio objetivo del obligado». Pero precisamente en este punto de vista basa el BGH su nueva decisión, señalando: «El material probatorio habla en favor de que el acusado no quiso dominar el suceso conducente a la muerte de su suegra, llevado a cabo autónomamente por ésta, de que le faltó, pues, la "voluntad de autor". Tal voluntad es necesaria incluso en la comisión por omisión de una muerte a ruego» [38]. La Sala IV también se distingue nítidamente de la sentencia anterior, al señalar que ésta «podría materializar el peligro de que la ausencia de conminación penal propia en el Derecho penal alemán para la participación en el suicidio ajena se compensara mediante la aplicación extensiva del concepto de autor también a aquellos intervinientes en el suicidio a los que les falta la voluntad de dominio del hecho» [39]. De las consideraciones ulteriores se deduce que el BGH entiende la voluntad (ausente) de dominio del hecho en el sentido de la teoría del dolo como "subordinación a ajena voluntad de autor".

Por peculiar que parezca que la misma Sala en tan breve plazo conciba a la teoría del dominio del hecho en una ocasión como componente de la concepción subjetiva y en otra como teoría objetiva, independiente frente a aquélla, da que pensar si esta divergencia no se explicará por la naturaleza del objeto sometido a decisión en el segundo caso, un delito de omisión. Bien es cierto que la Sala I (*supra* núm. III) desarrolló, precisamente en un supuesto de omisión paralelo, un concepto objetivo de dominio del hecho; pero ésa es la cuestión, si la posibilidad a la que ahí se recurre, de "dar al suceso el giro decisivo", proporciona un criterio ojetivo del dominio aprovechable, pues la posibilidad de evitar el resultado —y no de otra cosa se trata— la tendrán también el inductor y el cómplice. Así pues, un concepto de dominio del hecho en tales términos no facilitaría criterio de delimitación alguno con respecto a la participación. Si no se quiere llegar —como en definitiva y con otra fundamentación sostiene actualmente Armin KAUFMANN— a un concepto extensivo de autor es evidente que ha de tornarse, en el ámbito de los hechos omisivos, a la teoría del dolo en aras de un restricción del círculo de autores, como ha hecho aquí la Sala IV [40].

XVI. En contraposición, la Sala IV apoya la siguiente sentencia importante [41] en los principios de la sentencia BGHSt 8, 393 ss., que posibilitan

[38] *Loc. cit.*, p. 166.
[39] *Loc. cit.*, p. 167.
[40] Cfr. con respecto a esta cuestión, pormenorizadamente, *infra*, pp. 527 ss.; específicamente sobre esta sentencia, pp. 529 ss.
[41] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (128 y 129), de 3 de febrero de 1960.

una teoría objetiva del dominio del hecho desligada de la teoría del dolo. Se trataba de un caso en el que dos funcionarios de los Ferrocarriles Federales fueron acusados de cohecho grave por haber concedido ayuda indebida a varios candidatos en concursos de méritos.

El BGH cita literalmente las tesis de la sentencia anteriormente mencionada, estableciendo que la presencia o ausencia de interés propio no desempeña en absoluto papel decisivo [42]. Al fundamentar la autoría en el caso concreto se desliga por completo de la conexión a la "dirección de voluntad interna" y remite al "principio de división del trabajo": «Con arreglo a los hechos probados, entre G. y H. existía un estrecho acuerdo; ambos trabajaban mano a mano. G. fue quien hizo posible en varios casos la relación de los concursantes con H. La medida de su intervención... fue considerable; sin ésta no habrían podido suceder los hechos del modo previsto.»

La idea de la división de papeles, el énfasis en la aportación externa al hecho y el recurrir a la teoría de la necesidad contienen elementos de un concepto de coautoría que podría conducir a una solución desubjetivada en lo esencial. Y sin embargo, el BGH nunca había asumido esta posibilidad [43].

XVII. La siguiente sentencia de la Sala V [44] vuelve a tratar un supuesto de omisión de impedir un suicidio. La acusada había permanecido impasible viendo cómo su prometido, debido a una discusión, se había colgado de la hoja de una ventana. Ni siquiera cuando ya colgaba inconsciente había intervenido, aunque la salvación aún resultaba posible.

El supuesto es esencialmente análogo al de la sentencia BGHSt 2, 150 ss. [45]. También la solución del BGH, que califica de autoría por omisión, se apoya en las mismas consideraciones, esto es, en el dominio del hecho derivado de la posibilidad de salvación. Sólo externamente atiende la sentencia a la "voluntad de autor", pues este criterio, conectando con anteriores sentencias (cfr. *supra* núms. VI, X), se determina directamente "de modo valorativo" basándose en el hecho de que la acusada poseía "el dominio del hecho pleno y exclusivo".

De esta manera se vuelve a abandonar la teoría del dolo, empleada por la Sala IV en el segundo caso de suicidio (*supra* núm. XV) para limitar la responsabilidad. Y es que, como a la acusada le había sido "indiferente" la muerte del hombre, dado que había subordinado su voluntad a la de él, habría habido que absolverla. No es aceptable el intento del BGH de ocultar esta contradicción considerando que únicamente existe voluntad de subordinación cuando se deja que se produzca el suicidio por respeto a

[42] Cinco líneas más abajo la sentencia vuelve a referirse, no obstante, a que el interés del acusado en el resultado del hecho fue "considerable".
[43] Cfr. con respecto a esta sentencia *infra*, p. 323.
[44] De 5 de julio de 1960, *MDR*, 1960, pp. 939 y 940.
[45] *Supra* núm. III, p. 111.

la voluntad ajena de quitarse la vida, pero no cuando se permanece inactivo sólo por indiferencia. Precisamente la indiferencia absoluta frente al hacer de otro es el indicio más seguro de que se ha "dejado a criterio" de otro el que tenga lugar o no el hecho.

Abarcando conjuntamente las fundamentaciones de las tres sentencias mencionadas relativas a suicidios, no cabe sustraerse a la impresión de que el BGH para la solución de cada caso se ha dejado llevar por consideraciones sobre merecimiento de pena sin clara concepción dogmática. Los criterios sobre la autoría a los que recurre con distinto significado parecen servir aquí más bien para justificar *a posteriori* decisiones procedentes de otras fuentes [46].

XVIII. La última (hasta la fecha) sentencia del BGH relativa a la autoría [47] intenta por vez primera arrinconar la influencia hasta ahora ostensible del principio del dominio del hecho sobre la jurisprudencia. El supuesto de hecho consistía en que tres acusados, K., St. y S., querían hacer un gran viaje en coche, sirviéndose para ello de uno robado, pero "tenían muy poca experiencia y además no sabían conducir", por lo que encargaron a S. el robo del coche, que éste ejecutó solo.

El BGH sostiene la opinión de que K. y St., que no tomaron parte en absoluto en la ejecución, fueron coautores del hurto. Aprecia, con todo, que no ejercieron co-dominio del suceso: «Después de que se separaran de S. ya no pudieron dirigir su hacer» [48]. Sin embargo, esto sería jurídicamente irrelevante, porque el dominio del hecho sólo es un punto de apoyo de la coautoría, que puede basarse en otras circunstancias.

A la vista de los criterios materiales en los que el BGH basa la coautoría, es evidente que celebra aquí su resurrección la jurisprudencia del *Reichsgericht* (por lo demás condenada por el BGH), consistente en la mezcla de la teoría formal del *animus* con puntos de vista de la teoría del interés. Bien es cierto que en esto la sentencia se apoya en anteriores sentencias del BGH, cuando se remite a que la voluntad de autor ha de «dilucidarse valorativamente sobre la base de todas las circunstancias» [49].

Sin embargo, de todas las circunstancias aquí sólo dos se declaran decisivas. En primer lugar, según el BGH basta para la coautoría «la cooperación psíquica... de manera que el coautor apoye al compinche ejecutor mediante un consejo anterior a la ejecución... o refuerce su voluntad de sustraer, con tal que quiera co-causar todo el resultado del delito como propio» [50]. Lo cual únicamente puede querer decir que lo que distingue a la coautoría

[46] Acerca de la problemática global, pormenorizadamente, *infra*, pp. 527 ss.
[47] *BGHSt*, 16, pp. 12-15; Sentencia de la Sala IV, de 10 de marzo de 1961.
[48] *Op. cit.*, p. 15.
[49] *Op. cit.*, p. 13.
[50] *Op. cit.*, p. 14.

de la complicidad psíquica —no a otra cosa se alude con el "reforzamiento de la voluntad de sustraer"— es la "voluntad de co-causación propia", elemento al que después no se dota de contenido. Por eso no debe extrañar que el BGH aduzca como segundo punto de vista que la aportación del inculpado al hecho baste «en función de su clase, a la vista de que se ha verificado el interés propio de ambos, para calificar de coautoría» [51]. Lo cual confirma lo que ya es sabido desde hace tiempo: que cuanto menos contenido se confiera a la voluntad de autor, más pasa a primer plano el criterio del interés propio.

La sentencia pone de manifiesto, con todo su extremo subjetivismo, secuela de la teoría del dolo, que aún no cabe hablar de que la jurisprudencia reconozca con carácter general la idea del dominio del hecho. Habrá que esperar para ver si va a seguir siendo un criterio aislado o bien ha de valorarse como indicio de que vuelve a la praxis la influencia de la teoría del dominio del hecho [52].

Si se quisiera, para concluir, anclar la jurisprudencia del BGH relativa a la teoría del dominio del hecho a una postura claramente perfilada o al menos señalar una línea evolutiva coherente, se estaría ante una tarea irrealizable, pues hasta ahora no han encontrado respuesta dos cuestiones decisivas para la jurisprudencia: en primer lugar, sigue sin estar claro si (y hasta qué punto) ha de recurrirse a la idea del dominio del hecho en la determinación de la autoría; precisamente las últimas sentencias del BGH vuelven a considerar posible la autoría sin dominio del hecho. Y en segundo lugar no cabe deducir claramente de la jurisprudencia (allí donde emplea el concepto de dominio del hecho) mediante qué criterios ha de llenarse de contenido dicha idea. Los elementos subjetivos y objetivos se encuentran meramente yuxtapuestos de manera cambiante.

En conjunto, la jurisprudencia sobre la doctrina de la autoría, que desde hace decenios ha sido objeto de viva crítica, se ha hecho en la posguerra aún más insegura de lo que lo era antes. Lo cual supone un estado cuya

[51] *Op. cit.*, p. 14.
[52] La sentencia de la Sala III, dictada de entonces acá (octubre de 1962) contra el agente Staschynskij, parece determinar un retorno al subjetivismo extremo del "caso de la bañera" (*RGSt*, 74, 84). Al cierre del manuscrito (noviembre de 1962) la sentencia no se ha publicado aún. Sin embargo, de las informaciones de prensa se colige que el acusado, según los hechos estimados probados por el BGH, asesinó alevosamente con una pistola de veneno, de propia mano y sin auxilio ajeno, a dos políticos exiliados por orden de una potencia extranjera. Aun cuando se negaron expresamente los requisitos del estado de necesidad penal y desde luego el acusado tuvo la posibilidad de entregarse antes del hecho a las autoridades alemanas, el BGH le condenó sólo como cómplice del asesinato, del cual se considera autores a los superiores extranjeros (desconocidos) que impartieron las órdenes.

Esta sentencia, en la que de entrada cabe dudar ya de que se exijan los propios requisitos de la participación de la teoría unilateralmente subjetiva —la falta de interés propio en el resultado— parece querer renovar la antigua jurisprudencia del RG. Cabe pensar, pues, que la penetración de la idea objetiva del dominio del hecho en la jurisprudencia no va a pasar de ser episódica.

superación va a constituir, incluso tras la reforma penal, una de las principales tareas dogmáticas de la doctrina y de la praxis. Sin embargo, no merece censura la jurisprudencia por sus oscilaciones, ya que ésta se limita a reflejar una situación científica por aclarar y demuestra que la evolución aún está en curso. Si un día llega a alcanzarse la necesaria clarificación, gran parte del mérito le corresponderá al BGH, que mediante sus renovados esfuerzos ha encontrado valiosos puntos de partida para un adecuado concepto de autor. Los numerosos puntos de vista a los que recurre para resolver esta problemática requerirán más adelante de detallada valoración crítica.

CAPÍTULO CUARTO

FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR

NOTA PREVIA

El análisis del estado actual de la teoría del dominio del hecho, al que se ha dedicado el capítulo tercero, ha arrojado una imagen confusa. Esa teoría indudablemente ha conseguido desplazar a segundo término a las demás teorías de la participación; hoy casi no quedan autores que no trabajen de una forma u otra con la idea del dominio del hecho. Pero por otra parte no se ha alcanzado claridad alguna acerca de qué ha de entenderse en concreto por "dominio del hecho"; más bien —desde las cuestiones dogmáticas básicas y de teoría jurídica a los resultados prácticos— entre los partidarios de esta teoría se discute casi todo. Por eso no es posible añadir aquí ahora mismo una toma de posición crítica sobre la teoría del dominio del hecho: a tal efecto consta en escasa medida el objeto de discusión.

Pero aún hay un segundo motivo que nos impide la crítica prematura. Una estimación valorativa presupone, si uno no quiere perderse en detalles inconexos, una concepción propia suficientemente asentada, que posibilite verificar la corrección de las distintas concepciones de autoría y dominio del hecho. Pero aún no contamos con puntos de vista firmes para el enjuiciamiento que excedan las meras directrices metodológicas.

Estas dos dificultades nos plantean dos tareas. En primer lugar, a partir de las distintas opiniones sobre la forma y el contenido del dominio del hecho, hay que extraer una concepción de la que podamos decir que determina este concepto de la manera en que debe comprenderse correctamente, pues sólo si sabemos con exactitud qué contenido le corresponde con propiedad al concepto de dominio del hecho podemos juzgar acertadamente el valor epistemológico y los límites de esta teoría. Y en segundo lugar tenemos que desarrollar un concepto general de autor que nos permita tomar postura con respecto a las concepciones divergentes que existen, incluso entre los

partidarios de la teoría del dominio del hecho, acerca del contenido de este concepto y de la mayoría de las cuestiones concretas.

La exposición que sigue se basa en la idea de que las dos tareas descritas en realidad son idénticas, puesto que sólo se alcanza un concepto "correcto" de dominio del hecho cuando éste es útil como concepto general de autor. No hay otra piedra de toque para su aptitud. Por eso, en la búsqueda del contenido del dominio del hecho siempre está implícita la del concepto correcto de autor. Lo que se diga, pues, en este capítulo acerca de los fundamentos estructurales del concepto de autor que configuremos, posee validez general para la teoría general de la autoría. Al efecto, nuestra solución se habrá de desarrollar en constante debate con doctrina y jurisprudencia.

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 que se recurrra 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.

Así no se ha conseguido, obviamente, más que un punto de referencia, pues qué circunstancias son las que hacen a alguien señor del hecho, o sea, figura clave del curso del hecho, y cómo han de determinarse estos elementos en el caso concreto, es la cuestión que decide sobre el valor dogmático y la utilidad práctica del concepto.

§ 15. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO INDETERMINADO

Como primera posibilidad de emplear el concepto de dominio del hecho se ofrece la idea de renunciar por completo a elementos determinables y decidir la cuestión de quién tiene el dominio del hecho en cada caso en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto.

Tal modo de proceder no es en absoluto raro y cabe encontrarlo —patente o encubiertamente— en la doctrina y en la jurisprudencia como método muy apreciado de manejar los conceptos.

I. LA DOCTRINA

Ya DAHM y Richard SCHMIDT proceden de esta manera cuando, para explicar su criterio de la supremacía, muy próximo a la idea de dominio del hecho, indican: «No hay ningún elemento abstracto que caracterice a un comportamiento en todo caso, o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global» [1], y: «No es posible deducir una determinada característica visible» [2]. De modo análogo pretende HARDWIG [3] basar su decisión "en la consideración global del hecho", señalando: «"Interés", "de quién es asunto (o cometido) algo", "*animus auctoris et socii*", "dominio del hecho" y fórmulas semejantes sólo pueden dotarse de vida en la situación concreta.»

Pero llama la atención incluso en muchos partidarios de la teoría del dominio del hecho que, aun cuando emplean continuamente el concepto de dominio del hecho, no dicen gran cosa sobre su contenido. Lo cual parece basarse en la idea de que no es posible proporcionar datos abstractos más exactos y de validez general y que lo gráfico de esta fórmula ya aporta un apoyo suficiente para la valoración judicial.

Incluso en WELZEL y GALLAS, que forman parte de la doctrina fundadora de la teoría del dominio del hecho, se advierte una extraña vaguedad e inconcreción de sus indicaciones sobre el contenido de este concepto. Así, por ejemplo, WELZEL, en su primer trabajo sobre doctrina de la autoría, introduce el concepto de buenas a primeras y sin explicación, como si su contenido se comprendiera por sí solo [4]. Más adelante dice que el dominio del hecho le corresponde a aquel que lleva "a ejecución *su* decisión de voluntad con vistas al fin" [5], aclaración que no sirve de mucho, porque se acomoda igual de bien al inductor y en los casos dudosos no aporta solución alguna.

También GALLAS se manifiesta de forma sumamente oscura al decir [6]: «Los métodos empleados por el autor tienen que ser apropiados para hacer aparecer la ejecución del resultado típico como obra suya y a él en esa medida como "señor del hecho"... El baremo que ahí se emplea cabe expresarlo gráficamente como "dominio del hecho", siempre que se sea consciente

[1] DAHM, *op. cit.*, p. 42.
[2] R. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 161; cfr. en general *supra*, pp. 67-69.
[3] *GA*, 1954, pp. 358 y 355-56.
[4] Cfr. *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 491-566 (539).
[5] *ZStW*, *op. cit.*, p. 543; *SJZ*, 1947, apartado 650.
[6] *Gutachten*, p. 128.

de que en este concepto se unen elementos objetivos y subjetivos, de que es resultado de una consideración final y valorativa a un tiempo.» También aquí se explica el dominio del hecho a través de sí mismo más que describirlo en sus elementos conceptuales.

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 cuya 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 cuándo 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.

Ciertamente, WELZEL y GALLAS, al tratar numerosos problemas individuales, aportan indicaciones concretas acerca de si existe o no autoría; pero queda por decidir de qué manera se obtienen estos resultados a partir del concepto de dominio del hecho. Tampoco aquí es posible sustraerse a la impresión de que las soluciones se han obtenido con ayuda de la imagen-guía del "dominio del hecho" y de un sentimiento general de equidad de manera no verificable racionalmente. Cuando recientemente CLASS [7] formula con respecto a la teoría del dominio del hecho el juicio global de que estos «esfuerzos por delimitar autoría y participación son cláusulas generales en forma de lemas que en cuanto a contenido expresan menos que las formulas del *animus auctoris* y del *animus socii*», no hace justicia a las posibilidades de esta teoría. Pero sí se acierta en lo que se refiere a las tendencias descritas, que podrían llevar a desarrollar un concepto indeterminado a partir del dominio del hecho.

II. LA PRAXIS

También la jurisprudencia del BGH presenta claros rasgos de una doctrina de la autoría inconcreta. Lo cual se pone de manifiesto no sólo en el empleo de criterios heterogéneos cambiantes y muchas veces caprichosos y confusos. Ello se debe especialmente a la fórmula que aparece continuamente de que la autoría «ha de dilucidarse valorativamente... sobre la base de todas las circunstancias» [8]. Y es que se deja por lo general en manos del juez decidir cuáles de entre la infinidad de circunstancias del caso singular han de tenerse en consideración y con arreglo a qué baremos han de "valorarse". Coherentemente, criterios como el del "dominio del hecho", el "interés", la "subordinación interna" y la "aportación externa al hecho" se señalan siempre

[7] «Generalklauseln im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 126, nota 20.
[8] Cfr. simplemente *BGHSt*, 8, p. 396 (*supra* núm. x, pp. 116 ss.).

sólo como "puntos de apoyo", dejando sin contestar cuál es el primordial y si podrían ser determinantes aún otros puntos de vista. Es evidente que el juez, en una jurisprudencia así sobre la autoría, va a determinar con arreglo a sentimientos y a justificar su decisión *a posteriori* con alguno de los muchos criterios disponibles. Incluso en algunas sentencias del BGH no ha de desterrarse la sospecha de que podrían haberse producido de esta manera.

Sobre la forma en que los Tribunales inferiores manejan el concepto de dominio del hecho no existe aún suficiente material. De todos modos, son suficientemente sugestivas las recomendaciones de la Comisión Plenaria Jurídico-Penal de Prácticos relativas a los métodos usuales para determinar la autoría por parte de los Tribunales. Así, por ejemplo, SCHWALM [9] ha señalado que, según la jurisprudencia, y al margen de todas las teorías, se consideraría autor «a aquel que cupiese valorar como decisivo en función de la totalidad de las circunstancias externas e internas, y como cómplice a aquel que se valorase como subordinado. De este modo, al autor, después de que como tal le ha evidenciado una consideración global, se le supone la voluntad de autor, y al partícipe la voluntad de partícipe. Así pues, la fórmula del *animus* no sirve sino para camuflar la valoración judicial basada en una consideración global... Que el BGH trabaje en la actualidad a veces con el dominio del hecho no nos parece hasta ahora un progreso, sino sólo un cambio de conceptos. En lugar de la fórmula del *animus* se emplea la del dominio del hecho». Se pone así de manifiesto la renuncia a un contenido conceptual aprehensible en favor de un acto valorativo no analizable.

La propensión de la jurisprudencia a la "consideración global" la han confirmado otros prácticos. En conexión con SCHWALM ha manifestado KRILLE [10] que «nosotros, en la praxis, al margen de las fórmulas elaboradas en la teoría jurisprudencial, en realidad partimos de una consideración global....», y también VON STACKELBERG [11] se ha inclinado a la idea de que «actualmente en la praxis a menudo está en primer plano una consideración global, a partir de la cual sólo posteriormente cabe obtener diferenciaciones».

Está claro que el concepto de dominio del hecho se presta a tal propensión de la praxis más que una teoría subjetiva, pues mientras que ésta —aunque sea de manera formalizada— de todos modos enlaza con realidades psíquicas, el "dominio del hecho" puede concebirse fácilmente como concepto valorativo puro, no susceptible de verificación.

[9] *Niederschriften (Actas)*, p. 89.
[10] *Niederschriften*, p. 99.
[11] *Niederschriften*, p. 100.

III. CAUSAS DE ESTA EVOLUCIÓN

Antes de que decidamos sobre si una idea de dominio del hecho así entendida puede formar un fundamento útil de la doctrina de la autoría, resulta aconsejable considerar esta evolución en un marco algo más amplio, en que resalten con mayor nitidez su alcance y significado.

Ya en 1938 escribió SCHWINGE una obra sobre *Irracionalismo y consideración global en la ciencia jurídica alemana*, en la que achaca a las corrientes filosóficas entonces en boga los intentos de sustituir la subsunción lógica exacta por una "consideración global" de contenido sentimental e irracional, criticando su penetración en la ciencia penal. En ningún lugar se refiere a la doctrina de la autoría. Pero el alejamiento, dominante y amplio en la jurisprudencia y ya también en la doctrina, con respecto a criterios de la autoría claramente establecidos y en especial la praxis actual (descrita por expertos de prestigio) sobre la libre "consideración global" judicial, que se sirve de la teoría como disfraz de un acto valorativo en realidad irracional, concuerdan con la tendencia ahí descrita en parte hasta en su formulación. Sin embargo, sigue siendo problemática su vinculación con corrientes filosóficas concretas. Ésta no puede demostrarse claramente ni siquiera para los casos tratados en su momento por SCHWINGE, y en la doctrina de la autoría no hay, en cualquier caso, puntos de apoyo para hablar de influencia directa por parte de concepciones filosóficas.

Más correcto sería contemplar el fenómeno que aparece al determinar el concepto de autor en el contexto más amplio que recientemente, por ejemplo, HENKEL [12] ha descrito y demostrado como un proceso de "individualización" del Derecho extendido a todos los ámbitos jurídicos. De este modo se describe el esfuerzo que se aprecia por doquier de preferir la justicia del caso concreto a la regulación por medio de descripciones conceptuales taxativas, que sirven a la seguridad jurídica, pero que pueden conducir en casos individuales atípicos a resultados demasiado rígidos y, por tanto, no equitativos.

HENKEL, que ilustra esta evolución con multitud de ejemplos, no menciona la problemática de la autoría. No obstante, nuestra panorámica histórica sobre las teorías de la participación defendidas hasta la teoría del dominio del hecho muestra que precisamente lo unilateral de todos los criterios concebibles de modo exacto y lógico y su incapacidad para dar cuenta de todas las plurales manifestaciones de la vida en sus formas individuales, han impedido el reconocimiento general de estas teorías [13]. Corresponde por tanto al afán conceptual de posibilitar una solución equitativa para cada concebible

[12] *Recht und Individualität*, 1958.

[13] Cfr. *supra*, pp. 52 ss., especialmente pp. 53-56, 57-59, 71-73.

caso individual el conformarse también en la doctrina de la autoría con un concepto general abstracto como el del "dominio del hecho" y prescindir de una determinación del contenido del concepto más precisa, en favor de la valoración judicial individual. «La probabilidad de ejercer efecto lo individual sobre la decisión concreta del caso particular es mayor cuanto más abstracto sea el concepto legal», dice HENKEL [14], concluyendo: «Al utilizar el legislador tales "conceptos necesitados de complementación" transmite al encargado de aplicar la ley la indicación o la autorización de tener en cuenta aquellos elementos peculiares del caso concreto que se sustraen al enjuiciamiento previo generalizador del legislador» [15]. Este aserto general se ajusta también plenamente al concepto de dominio del hecho en el sentido en que aquí se entiende.

El desplazamiento del acento desde el Derecho de la ley al Derecho de los jueces, de la norma con validez general a la decisión del caso concreto, caracteriza, pues, un proceso de transformación que cabe advertir en toda la evolución de la moderna teoría de la interpretación [16]. Vistas así las cosas, ya no extrañará que estas tendencias hayan penetrado también en la doctrina de la autoría. Aunque ello no se destaque expresamente en ningún lugar, cabe aventurar la aseveración de que el éxito de la teoría del dominio del hecho seguramente se deba en parte a que este concepto no opone resistencia (a diferencia de, por ejemplo, la teoría objetivo-formal dominante hasta los años treinta) al desfile triunfal de la individualización y deja amplio margen —salvo que se le restrinja mediante reducción a elementos conceptuales fijos— a la resolución judicial del caso concreto.

IV. TOMA DE POSTURA

El que la evolución global aquí sólo esbozada sea o no asumible es evidentemente discutido [17]. En definitiva, se trata de la contradicción, subyacente a la propia idea del Derecho, entre las exigencias de la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto, que nunca podrá resolverse por completo. No es éste el lugar adecuado para tratar el problema con amplitud; pero ello es tanto menos necesario cuanto que probablemente no será posible una solución igualmente válida para todos los casos [18]. Aquí debe bastar

[14] *Op. cit.*, p. 27.

[15] *Op. cit.*, pp. 28 y 29.

[16] Para el ámbito del Derecho penal, cfr. asimismo DAHM, *Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht*, 1931.

[17] Compárense, simplemente, los esfuerzos de la Escuela del Derecho Libre y la obra de ISAY sobre *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, por una parte, con DROST, *Das Problem einer Individualisierung im Srafrecht*, 1930; HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933; la obra de SCHWINGE citada *supra* y, recientemente, CLASS, «Generalklauseln im Strafrecht», *Fest. für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 122 ss., por otra parte; conciliando, HENKEL, *op. cit.*

[18] Cfr. HENKEL, *op. cit.*, p. 23.

abordar sólo para el concepto de autor esa cuestión aún no planteada en este ámbito básicamente. Surge entonces la siguiente imagen:

Un concepto de dominio del hecho que —orientado a la directriz del autor como figura central— sin verificar más elementos conceptuales se tuviera que llenar de contenido sólo a la vista del concreto supuesto de hecho tendría la ventaja de posibilitar una decisión justa, acomodada a la individualidad del caso concreto; pero tendría la desventaja de que (como ya hoy en parte ocurre en la praxis judicial, según los datos indicados *supra*) la teoría de la participación se convertiría, en términos generales, en feudo de Derecho judicial y, dada la poca claridad de los baremos a aplicar, sufriría una considerable merma la seguridad jurídica.

La reconsideración crítica enseña que en estos casos las desventajas serían superiores a la ganancia práctica. Para fundamentarlo es necesaria una reflexión que excede algo a la interpretación del concepto del dominio del hecho, si bien concisa e inevitablemente simplificadora de la problemática general, que muestra lo siguiente:

Bien es cierto que en todos los terrenos jurídicos se emplean conceptos indeterminados en gran cantidad; pero ello ocurre con razón, a mi juicio, sólo en tres grupos de casos: los conceptos de contenido cambiante (1), los conceptos formados pre-jurídicamente (2) y los principios regulativos (3).

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 la Policía) y el concepto de injuria (§ 185 StGB). Aquí el legislador *tiene que* recurrir a conceptos indeterminados: la idea dominante en 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 transforman continuamente y muestran también divergencias en función del lugar. Piénsese 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 está formado prejurídicamente cuando toma su contenido de ámbitos extrajurídicos del ser y de la vida, asumiéndolo el legislador en su regulación [19]. 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. El ordenamiento moral es —al menos en sus principios rectores— inmutable [20]. Constituyen ejemplos conceptos como la "dignidad humana" en Derecho público (art. 1 de la Constitución: GG), las "buenas costumbres" en Derecho civil (§§ 242, 826 BGB) o la "reprobabilidad" y la "mala fe" en Derecho penal (§§ 240, 170 c StGB).

[19] En este contexto no es relevante la cuestión tan trillada de si (y hasta qué punto) al ser asumidos en la ley, los conceptos quedan dotados de "envoltura normativa".

Puede que aquí los conceptos indeterminados conduzcan con frecuencia a inseguridad jurídica, pero su empleo aparece no obstante como admisible porque el recurrir a convicciones generales afianzadas y a principios morales brinda baremos a la jurisprudencia que son verificables objetivamente, previenen el arbitrio falto de norte y además resultan imprescindibles en la fundamentación ético-social del Derecho.

3. Los conceptos regulativos, cuya especialidad la ha destacado con claridad por vez primera HENKEL [21], 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" [22], 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.»

Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos. Así, por ejemplo, los presupuestos del deber de impedir el resultado en los delitos de omisión impropia han sido elaborados por la ciencia de manera relativamente clara, y donde esto no se ha conseguido tendrá que ocurrir en el futuro. Pero siempre va a quedar un ámbito marginal no captable conceptualmente en el que la decisión puede y debe ajustarse

[20] Cfr., por ejemplo, *BGHSt*, 6, pp. 46-59 (51-52); desde luego es dudoso que el supuesto ahí tratado sea apto para demostrar este principio. Naturalmente no cabe aquí tomar postura acerca de la cuestión de si los valores éticos son entes absolutos, apriorísticos, válidos por sí mismos, o si su ser y su vinculatoriedad se derivan del orden divino de la creación o si se trata simplemente de convicciones culturales, relativamente estables frente a las cambiantes costumbres, propias del ámbito jurídico occidental (y así, en sentido más amplio a su vez, de normas culturales).

[21] «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Mezger-Festschrift*, 1954, pp. 249-309.

[22] Esta cita y las siguientes, HENKEL, *op. cit.*, p. 303.

a los datos del caso concreto con auxilio del principio de exigibilidad [23]. Tal es el caso del deber de cuidado en los delitos imprudentes y de la tensión de la consciencia en el error de prohibición. Aquí y en muchos otros casos, intercalando el concepto de exigibilidad, se delega una exigua zona al enjuiciamiento judicial del caso concreto.

Por el contrario, sería material y metodológicamente incorrecto pretender determinar el núcleo de un concepto con auxilio de un principio regulativo, por ejemplo —como es sabido que ha ocurrido muchas veces—, considerar a la inexigibilidad como causa autónoma de exclusión de la culpabilidad. Por esa vía las causas individuales de exención de culpabilidad, codificadas y elaboradas por la dogmática, resultarían niveladas y toda la doctrina de la culpabilidad iría a parar al espacio exento de Derecho. Lo mismo cabe afirmar de todos los demás conceptos dogmáticos.

Si intentamos extraer, a partir de estas ideas, las conclusiones pertinentes para la determinación del concepto de autor, resulta que éste no se encuadra en ninguno de los tres grupos mencionados.

1. El dominio del hecho no es un concepto de contenido cambiante; quién, de los que intervienen en un hecho, es autor, quién inductor y quién cómplice, cabe resolverlo según los mismos principios en el pasado, en el presente y en el futuro. Por eso no existe razón para formar un concepto de dominio del hecho indeterminado, susceptible de acomodación a modificaciones continuas.

2. El concepto de autor tampoco está formado prejurídicamente en medida suficiente. Ciertamente, enlaza con ciertos datos sociales; pero por esa vía sólo se llega hasta el punto en el que nos quedábamos al principio con nuestras consideraciones metodológicas: el concepto de autor como la figura central del suceso en forma de acción, concepción en la que coinciden planteamientos ontológicos y teleológicos. Hasta aquí tienen razón todos los que creen poder obtener, a partir de "la concepción natural del pueblo", puntos de apoyo para determinar el concepto de autor [24]. Por eso, acertadamente dice, por ejemplo, WEGNER [25], para rechazar el concepto extensivo de autor ya a la vista de la idea social de autor: «Cómo se reiría... la banda de ladrones si la abuela ciega del tabernero pretendiera jactarse de que ha "colaborado" en el reciente y famoso robo con espectacular escalamiento por la fachada, sólo porque ella ha anudado la escala de cuerda.» Todo esto ya se ha señalado *supra* y, por tanto, huelga repetirlo [26].

[23] Cfr. al respecto HENKEL, «Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten», en *Festschrift für Tesar, MSchr Krim,* 1961, pp. 17 ss., quien no obstante trabaja más ampliamente aquí con lo regulativo.

[24] Cfr. al respecto, por ejemplo, SCHWINGE, *Militärstrafgesetzbuch,* 1944, p. 89.

[25] *Allgemeiner Teil,* p. 249.

[26] Cfr. *supra,* pp. 45 ss.

Pero más allá no alcanza la posibilidad de recurrir a un concepto de autor preformado en la convicción de la generalidad. Basta con plantearse algunas cuestiones conocidas, que no dejan de aparecer, como, por ejemplo: si quien contrata a un asesino a sueldo es inductor, coautor o autor mediato; si quien coopera únicamente en la fase de preparación puede ser no obstante coautor; si el instigar a una persona que actúa dolosa y culpablemente, pero de modo dependiente, ha de encuadrarse en la autoría o en la inducción —cuestiones que también se discuten entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho— para apreciar que observando la "concepción popular" no se acerca uno ni un paso a la solución.

Ya en el pasado han fracasado una y otra vez innumerables intentos de este género, que pretendían llegar a un concepto "social" de autor orientándolo al lenguaje común. Ha sido HARDWIG [27] el último en intentar revitalizar un método de tal género [28]. Sus propios ejemplos muestran, sin embargo, lo problemático de la empresa. Así dice, por ejemplo: «La ordenación social es... el punto de vista que sustenta los principios del enjuiciamiento... Un ejemplo lo ilustrará con claridad. Debido a la escasez de mano de obra, un terrateniente se decide... a cooperar personalmente en las labores agrícolas.» A HARDWIG no le parece «absurdo afirmar que el terrateniente ha ayudado a sus obreros en las labores agrícolas». Es cierto que puede afirmarse eso, pero suponiendo que el trabajo realizara un tipo penal; entonces no sería posible considerar sólo cómplice al terrateniente que realiza el tipo de propia mano y además se encuentra en relación de superioridad con respecto a sus obreros. Ello no sólo contradiría todas las demás concepciones y nuestra teoría de la "figura central", sino que ni siquiera daría lugar a un concepto popular de autor [29].

Tampoco es difícil de advertir por qué tiene que faltar necesariamente la suficiente preformación social del concepto de autor. Ésta existe sólo allí donde el ordenamiento jurídico se refiere a la ley moral o a modos de conducta sociales institucionalizados. Lo que infringe las buenas costumbres y la dignidad humana lo dicen el sentimiento jurídico y la conciencia; el individuo se familiariza con las reglas del juego sociales mediante su continuo ejercicio. Pero a la pregunta de si alguien es coautor o cómplice, autor mediato o inductor, ni el sentimiento jurídico ni la conciencia encuentran respuesta, dado que aquí se sustancia un problema de mayor o menor merecimiento de pena o reprobabilidad [30]. Y el código del enjuiciamiento social guarda asimismo silencio, puesto que se trata de una delimitación de conceptos para la cual en la concepción de la generalidad sólo se encuentran

[27] *GA,* 1954, pp. 353 sas.

[28] Cfr. al respecto, en contexto algo distinto, con más ejemplos, ya *supra,* pp. 34-36.

[29] Hasta qué punto en la concepción de HARDWIG reside un enfoque correcto se abordará *infra,* cfr. p. 416.

[30] Cfr. al respecto *supra,* pp. 47-48 ss.

modelos cuando están vinculadas a normas convencionales de conducta, que en este ámbito por supuesto no existen.

Resulta, pues, que el hecho de que el concepto de autor no esté preformado socialmente no es casual, sino que reside en la propia naturaleza de las cosas.

Por eso, si se quisiera entender el "dominio del hecho" como concepto indeterminado, no referible a ulteriores elementos concretos, habría que permanecer forzosamente en la directriz (elaborada *supra*) para la valoración judicial. Sin embargo, eso sería muy poco. Un punto de partida metodológico ofrece ciertamente la posibilidad de elaborar un concepto dogmáticamente útil, pero no puede suplir a este concepto.

De donde se deduce que un concepto indeterminado de dominio del hecho no podría justificarse por la preformación social de su contenido.

3. Tampoco tiene sentido el concepto de dominio del hecho como principio regulativo, necesariamente sin contenido (aquí podría aparecer como directriz, en la fórmula vacía de la figura central), lo cual se deriva forzosamente de la limitada función de los principios regulativos, descrita *supra*: deben posibilitar una resolución justa del caso concreto en los márgenes, ya no susceptibles de codificación, de conceptos por lo demás con nítidos contornos. Por el contrario, el concepto de dominio del hecho ocupa el centro de la doctrina de la autoría.

Tampoco desde este punto de vista es, pues, adecuado formar un concepto indeterminado de dominio del hecho. Cuestión distinta es si parece aconsejable mantener abiertas, junto a un núcleo conceptual captable con exactitud, exiguas zonas marginales que se complementarían por medio de un concepto indeterminado de dominio del hecho ya no reducible. Sobre ello se volverá más adelante.

De este modo queda demostrado que la concepción del "dominio del hecho" como concepto indeterminado no aporta ninguna solución defendible. Ciertamente, puede que en el ordenamiento jurídico aparezcan conceptos indeterminados fuera de los supuestos mencionados; no es éste el lugar de debatir tal cuestión. En cualquier caso, no podrían servir de modelo de la formación científica de conceptos. Más bien se trata, la mayoría de las veces, de los supuestos realmente cuestionables de la "huida hacia la cláusula general", condenada por VON HENDEMANN con un juicio global quizá demasiado indiscriminado, de un síntoma de cansancio que puede conducir al "ablandamiento" del Derecho, a la "inseguridad" y al "arbitrio" [31]. De todos modos resulta significativo que de los prácticos que han dado cuenta de la propensión de la jurisprudencia hacia una consideración global extremadamente individualizadora, desligada de todo concepto fijo, ninguno haya preconizado este método. Por el contrario, todos se han retirado hacia el concepto unitario de autor con resignación un tanto desolada. SCHWALM [32] se ha planteado expresamente la cuestión «de si el legislador va a seguir delegando en la praxis de tal manera en el futuro. Me parece dudoso» —dice— «que así se vaya a conseguir en los próximos años, tan pronto, la clarificación que no se pudo alcanzar en los pasados ochenta años», y señala para concluir [33]: «No voy a negar que personalmente siento inclinación por la regulación del autor unitario, porque, en mi congoja sobre la evolución en su conjunto, me parece una solución simpática.» KRILLE, a partir de la experiencia de la praxis, ha extraído la conclusión de que, dado que nunca se va a encontrar un criterio adecuado, habría que renunciar "al fraccionamiento conceptual" [34], y asimismo asevera STACKELBERG [35] con toda franqueza: «El modo de proceder de la teoría del autor unitario me parece más sincero.»

[31] Cfr. al respecto HEDEMANN, *op. cit.*, pp. 58 ss. y 66 ss.

Todo esto pone de manifiesto que un concepto indeterminado de dominio del hecho no sólo sería insatisfactorio metodológica y dogmáticamente, sino también inútil para su utilización práctica, y dejaría desorientada a la jurisprudencia. Por eso tiene que buscarse otra vía para dotar de contenido al concepto de dominio del hecho.

§ 16. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO FIJADO

El modo de proceder más evidente para obtener un concepto de dominio del hecho claramente captable consiste en entenderlo como concepto "fijado". De concepto "fijado" cabe hablar 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 un procedimiento deductivo.

Evidentemente, no se puede esperar desde el principio una fijación de exactitud matemática. Son extremadamente raros los conceptos accesibles a un procedimiento de resolución judical "exento de valoración". Pero donde comienza la esfera "normativa", donde se trata de fenómenos que, trascendiendo la verificación empírica de hechos propia de las ciencias naturales, se encuadran en el ámbito de lo comprensible sólo espiritualmente, los conceptos pierden su univocidad absoluta. No es que los conceptos se vean aquí expuestos a la valoración judicial subjetivamente arbitraria, pues también

[32] *Niederschriften*, p. 89.
[33] *Op. cit.*, p. 91.
[34] *Op. cit.*, p. 99.
[35] *Op. cit.*, p. 100.

los fenómenos comprensibles espiritualmente se captan de modo objetivo. Pero su falta de cuantificabilidad permite a menudo formular juicios muy distintos. De todos modos, materialmente existe una diferencia considerable entre un concepto "indeterminado" de dominio del hecho en el sentido *supra* señalado y una concepción que diseccione el "dominio del hecho" en elementos determinados, de perfiles nítidos, aun cuando estos componentes puedan presentar ciertas influencias normativas. Esta notable diferencia de grado de determinación justifica que en lo sucesivo hablemos de un concepto "fijado".

Fijar el concepto de dominio del hecho mediante criterios rígidos, a ser posible descriptivos y accesibles al enjuiciamiento judicial puramente cognoscitivo, tampoco parece, sin embargo, una vía transitable para resolver la problemática. Lo cual se debe a una serie de razones teóricas y prácticas:

I. ARGUMENTOS CONTRARIOS DE ORDEN METODOLÓGICO

Las diversas teorías objetivas de la participación que se han sostenido predominantemente en la ciencia hasta surgir la teoría del dominio del hecho perseguían una forma de delimitación conceptual que definiera con exactitud y que fuera lo más precisa posible y aplicable directamente en cada caso concreto. Ello se basaba (más o menos conscientemente) en distintas consideraciones, a saber: la idea, aún operativa en el último cuarto del siglo pasado (por influencia del positivismo naturalístico), de que se podía y debía asimilar en la medida de lo posible la formación de conceptos del ámbito de las ciencias del espíritu al de las ciencias naturales exactas; pero también la idea, que se remonta a la Ilustración, de que es adecuado y posible limitar al juez, en aras de la seguridad jurídica y como mera "máquina de subsumir", a la aplicación de un sistema normativo sin lagunas, que ofrezca solución a todos los supuestos concebibles.

Hoy pertenece al dominio público de la metodología jurídica que tales fines no son alcanzables, ni siquiera dignos de perseguirse. No es éste el lugar de exponer cómo y por qué, de entonces acá, se ha llegado a ideas nuevas y distintas en todo el ámbito de la ciencia jurídica [1]. Tenemos que limitarnos a la doctrina de la autoría, como ejemplo concreto de esa evolución global. De todos modos, ya desde esta perspectiva amplia aparece el concepto fijado de dominio del hecho como una solución desde el principio problemática.

[1] Acerca del reciente estado del debate, cfr. pormenorizadamente y en profundidad LARENZ, *Juristische Methodenlehre,* 1960; asimismo HENKEL, *Recht und Individualität.*

II. ARGUMENTOS CONTRARIOS DE ORDEN HISTÓRICO-DOGMÁTICO

En realidad, las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales, en cuanto que pretendían delimitar las distintas formas de participación mediante criterios conceptualmente captables con claridad, rígidamente fijados, se revelaron insuficientes. Huelga profundizar más en ello; la revista, realizada *supra*, de las distintas teorías de la participación ha aportado al respecto una prueba, por así decirlo, empírica [2]. Incluso allí donde estas teorías ofrecían puntos de partida acertados, dentro de sus limitaciones, la aplicación uniforme de un mismo concepto a supuestos de hecho absolutamente dispares condujo a violentarlo, algo que necesariamente tenía que favorecer el movimiento contrario, esto es, la tendencia a la individualización y con ello el concepto indeterminado de autoría [3].

Ya sobre la base de estas experiencias prácticas no hay que suponer que en el futuro aún pueda conseguirse lo que desde comienzos del siglo pasado se ha intentado una y otra vez en vano: encontrar un concepto de autor fijado que garantice en la aplicación a cualquier caso de la realidad soluciones adecuadas en el sentido de los principios desarrollados al comienzo [4]. Formar "nuevas" teorías por combinación de puntos de vista determinados y de contornos precisos no supone tarea difícil; pero ya se ha puesto aquí de manifiesto por qué tal proceder no puede conducir al resultado [5].

III. ARGUMENTOS CONTRARIOS DERIVADOS DE LA ESENCIA DE LA AUTORÍA

Al margen de los conocimientos deducibles de la historia dogmática de la doctrina de la autoría también una advertencia teórica permite comprender por qué un concepto fijado de dominio del hecho no puede aportar ninguna delimitación satisfactoria de las formas de participación. Existen para ello varios motivos, relacionados entre sí.

1. Innecesariedad de abstracción esquematizadora

La fijación conceptual —aunque sea descriptiva sólo hasta donde se pueda— entraña necesariamente abstraer. Un concepto de autor que se determine mediante una definición según las reglas de la subsunción tiene que

[2] Cfr. al respecto en detalle *supra,* pp. 52 ss.; asimismo, p. 132, nota 13, con más bibliografía.
[3] Cfr. al respecto *supra,* p. 132.
[4] *Supra,* pp. 36 ss.
[5] *Supra,* pp. 75-77.

dejar de lado necesariamente las circunstancias concretas del caso individual, dado que debe aplicarse a *todos* los supuestos de hecho.

Ahora bien, tal delimitación abstracta no tiene por qué suponer un inconveniente en todos los casos. Ello depende de la función que le competa a un concepto en el marco del ordenamiento jurídico. Los preceptos del Derecho civil, por ejemplo, sobre la adquisición de buena fe, tienen por fin adoptar una regulación clara, fácilmente abarcable, en aras de la seguridad del tráfico jurídico. Cierta esquematicidad, que sobrepase las peculiaridades del caso concreto, es aquí inevitable e incluso adecuada.

En la delimitación entre autoría y participación, sin embargo, la cuestión es distinta. Los puntos de vista de ordenación y los intereses en la confianza no están aquí en juego. Más bien, la diferenciación tiene que dar cuenta, en la medida de lo posible, de los grupos de casos tan diversos que existen. Debe poseer una cercanía a la realidad que no es alcanzable mediante una fórmula abstracta. Esto se deriva, si se me permite la expresión, de la "naturaleza de las cosas", y ahí reside, al margen de toda la experiencia práctica de las distintas teorías, el motivo de la insuficiencia de cualquier concepto fijado de dominio del hecho.

2. Imposibilidad de fijar elementos de sentido

Hay otro motivo más: un concepto jurídico es tanto más preciso y más apropiado para la subsunción judicial cuanto más descriptivo, esto es, cuanto más se refiere a objetos perceptibles sensorialmente, computables y mensurables, susceptibles de ser averiguados mediante un sencillo juicio de verificación y en esa medida "exentos de valoración". Así pues, cumpliría el ideal del concepto fijado de dominio del hecho una definición que remitiera la autoría a elementos exclusivamente descriptivos. Lo cual se ve favorecido por la circunstancia de que el concepto de autor —como ya sabemos— no se debe volatilizar en lo normativo, sino mantener su nitidez mediante la imagen-guía de la figura central.

Por otra parte, el fenómeno jurídico del autor —como igualmente ya se mostró al comienzo de esta obra— sustenta un contenido de significado deducible de los datos previos y de las valoraciones legales. Las circunstancias que convierten a alguien en figura clave del suceso de acción son numerosísimas y su conocimiento requiere un acto de comprensión espiritual. Pero todo comprender exige algo más que un mero juicio de verificación. Es materia de las ciencias naturales verificar de modo exento en valoración. Sin embargo, el *sentido* del fenómeno del que nos ocupamos no suele caber exactamente en realidades empíricas. Por eso los elementos conceptuales descriptivos por sí solos no pueden captar el contenido de significado de los procesos a articular mediante las formas de participación. Y también

porque, de otra parte, sólo éstos son claramente fijables, hay que suponer que un concepto de dominio del hecho estrictamente fijado no se ajusta del todo a la esencia de las cosas.

3. Peligro de que el concepto jurídico no se ajuste siempre al contenido material

Por último, no debe perderse de vista que una fijación sin lagunas conduciría a la jurisprudencia de conceptos en el peor sentido. No es que el Derecho penal pueda permitirse renunciar a los conceptos precisos; justamente por eso un concepto de autor de contenido indeterminado no puede favorecer la resolución de la problemática. Pero cuando se fija el "dominio del hecho" a través de elementos absolutamente claros hay que deducir la solución, en todas las situaciones que surjan, a partir del concepto una vez fijado, en lugar de extraerla del contenido de significado de los fenómenos cambiantes de la realidad. Si, por ejemplo, se sabe, acertadamente, que alguien que aporta una condición necesaria para el resultado por lo general va a asumir un papel especialmente importante en el suceso de la acción y por eso va a ser señor del hecho y autor, no obstante es incorrecto aferrarse luego al concepto de las condiciones necesarias, y a partir de él, con rígida coherencia, pretender deducir la solución para todas las cuestiones que surjan, al margen de si el resultado sigue o no correspondiendo al sentido original de la distinción [1]. En tal modo de aplicarlo, el concepto desplegaría el efecto de destruir el sentido. No se pueden resolver problemas mediante simples derivaciones a partir de conceptos. Esto ya está fuera de discusión en la actualidad.

Pero como una fórmula fija, omnicomprensiva y omnilateral, sólo es aplicable en el modo de proceder mencionado *supra*, o sea, es inevitable incurrir en el método de la jurisprudencia de conceptos, existen objeciones notables en contra de un concepto fijado de dominio del hecho.

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.

§ 17. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO

I. LOS CONCEPTOS ABIERTOS

Tras haber fracasado los dos métodos opuestos de verificación de la autoría hasta ahora debatidos, un tercer camino sólo puede buscarse entre

[1] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 58-59.

esos extremos. Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta.

Alcanzar estos fines tan distintos sólo es posible concibiendo el dominio del hecho como concepto —permítaseme la expresión— "abierto". Un concepto así de dominio del hecho se caracteriza, frente a las dos formas posibles de configuración hasta ahora debatidas, por dos peculiaridades:

1. El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto

En lugar de una definición exacta o de un concepto indeterminado se aporta una *descripción*.

La definición sólo puede conducir a un concepto de dominio del hecho fijado con todos los defectos expuestos *supra*. Lo cual es predicable, en primer lugar, de una definición conceptual exacta en sentido técnico, que implica fijar el contenido del concepto indicando el *genus proximum* (el concepto genérico superior) y la *differentia specifica* (la diferencia caracterizadora de la especie) [1]; así, por ejemplo, según estas reglas podría definirse el autor de la teoría objetivo-formal como quien causa un resultado típico, realizándolo de propia mano. Pero también es válido para cualquier otra clase de definición que —por decirlo con LARENZ— [2] delimite un concepto «estrictamente mediante la indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles». Pues si se abstraen de las distintas manifestaciones de la vida los elementos que aparecen en todas ellas, esto llevará forzosamente, en la determinación de la autoría, a los inconvenientes de cualquier concepto fijado de dominio del hecho que ya se señalaron antes: a los peligros de alejamiento de la realidad y de vaciamiento de sentido y a la jurisprudencia de conceptos.

En cambio, la descripción presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos. Cuando, por ejemplo, se dice: tiene dominio del hecho quien hace *a), b), c),* etc., no se subordinan forzosamente los

[1] Cfr. sobre ello simplemente, por ejemplo, METZKE, *Handlexikon der Philosophie,* apdo. 3.º, p. 64.

[2] *Juristische Methodenlehre,* p. 343. El término, empleado por LARENZ a este propósito, de "tipo abierto" se asemeja también por lo demás a nuestros "conceptos abiertos". No es posible aquí analizar las diferencias concretas.

distintos supuestos de hecho a los mismos elementos sin consideración a su peculiaridad, sino que, por el contrario, la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes. No es que a las relaciones de sentido se les encasquete una fórmula —que por lo general las oculta— unitaria, sino que la descripción sigue, con sus elementos distintos cada vez, los datos previos estructurados en cada caso de modo distinto. De ahí no puede surgir una yuxtaposición caprichosa, pues cada eslabón de la descripción sigue referido a la idea del dominio del hecho, que en su esencia se habrá de detallar más, como común centro de sentido.

Está claro que una descripción así puede ser sensiblemente más próxima a la vida que una meramente abstracta; que en esa medida puede dar cuenta de las relaciones de sentido hasta donde es posible, y que se mantiene lejos de la jurisprudencia de conceptos, evitando así todos los defectos de un concepto fijado de autor.

Por otra parte, sin embargo, se encuentra en absoluta oposición con el empleo, debatido al principio, de un concepto indeterminado de autor. Mientras que éste favorece una inseguridad jurídica absolutamente desorientada, niega la respuesta a cuestiones concretas debido a su indeterminación y nivela la tipicidad y nitidez de situaciones reales precisas mediante una oscura consideración "global", la descripción puede mantenerse próxima a los fenómenos, consiguiendo así una notable exactitud y sustrayéndose a todos los defectos del concepto indeterminado.

Como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está 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. Para estos casos no se tiene ya prevista la solución. Con la mera subsunción bajo un supraconcepto, como posibilitaría y requeriría un concepto fijado de autor, no se adelanta nada. Más bien hay que disponerse a complementar la descripción ajustada a los datos materiales del caso. Obviamente, los modelos estructurales que han resultado del análisis de otros grupos de casos pueden prestar al respecto servicios auxiliares. A menudo será posible prolongar cautelosamente las líneas allí esbozadas. No obstante, 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.

Vistas así las cosas, aparece bajo otra luz el hecho al principio sorprendente de que los numerosos defensores de la teoría del dominio del hecho no hayan conseguido definir este concepto de manera suficiente. El fracaso de estos esfuerzos no supone un defecto que pusiera en evidencia, por ejemplo, la inutilidad de este concepto de autor, sino que expresa unas leyes objetivas más profundas. Por ello, el peso del debate con estas teorías debe recaer sobre lo que propugnan acerca de los problemas concretos.

2. La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto

En segundo lugar, el concepto abierto, tal como se le entiende aquí, se caracteriza por que la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, por que, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. "Regulativo" se entiende aquí como "orientativo" [3]. La función de tales principios ya se señaló *supra* [4], en conexión con HENKEL: cuando en la 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".

Es evidente que un proceder así se aleja aún más del método del concepto fijado de autor y posibilita un enjuiciamiento con aún menos abstracción que el que permite el procedimiento descriptivo. Por otra parte, no existe peligro de retroceder al concepto indeterminado [5], pues cada ámbito vital a regular jurídicamente suele contener tantos elementos tipificables que ya su captación completa presta al concepto contornos precisos. Además, delimitando estrictamente el ámbito de aplicación del principio regulativo, una directriz permite una decisión bastante segura en este ámbito limitado incluso cuando la solución se hace depender de la consideración del caso concreto.

En lo sucesivo se expondrá cómo han de manejarse al aplicar el Derecho los métodos, esbozados aquí en sus líneas fundamentales, para dotar de contenido al concepto de autor, a qué resultados llevan, cuándo, pues, en una palabra, se da dominio del hecho y cuándo no. Esta prueba práctica de nuestro programa teórico pondrá de manifiesto asimismo la utilidad del procedimiento elegido y contestará cuestiones que puedan haber quedado abiertas en la exposición, necesariamente breve, de los fundamentos metodológicos.

[3] Cfr. METZKE, *Handlexikon der Philosophie*, p. 255.
[4] Cfr. *supra*, p. 135.
[5] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 135 y 138-139.

II. PERSPECTIVA PREVIA

Con arreglo a lo señalado, no podemos dominar la problemática desarrollando "por anticipado" desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho.

Para penetrar en la materia escogemos un prodecimiento que se apoya en la distinción tan común entre autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con éstos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional). A este agrupamiento, cuya eficacia se evidenciará en el curso de la exposición, responden los tres capítulos siguientes.

CAPÍTULO QUINTO

EL DOMINIO DE LA ACCIÓN

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

En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

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

La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas, describe también al autor. Sólo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción. Si uno se mantiene firme en este fundamento incontestable no hay argumento de peso en favor de que hubiera que modificar algo en este resultado cuando también han cooperado otras personas en el hecho. La aportación de éstas puede valorarse como se quiera, pero en cualquier caso el que realiza el tipo de propia mano no deja por eso de coincidir con la descripción legal del autor en un ápice.

Todas la teorías que llegan a otros resultados parten de presupuestos que ya se consideraron erróneos más arriba. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable

en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho, y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata —como ya sabemos— [1] en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal [2]. Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable.

Desde el punto de vista del método que aquí se persigue hay al respecto una ventaja especial: que el legislador nos ahorra buena parte del trabajo. Sus descripciones de hechos, que para nosotros representan a la vez descripciones de autores, son —en parte gracias al refinado de la interpretación científica— todo lo plásticas y exactas que resulta posible. Refiriéndonos a ellas, podemos otorgar gran proximidad a la vida al concepto de autor sin complicarlo. La constatación generalizadora de que el que actúa libre y dolosamente es siempre autor, cumple, pues, todos los requisitos (que ya señalamos) de la formación de conceptos descriptivos, sin que se pierda la necesaria manejabilidad para la aplicación práctica.

Sobre esta conclusión existe hoy unanimidad. Incluso VON WEBER, único representante de la teoría del dominio del hecho (como es lógico, orientado subjetivamente) que no obstante admite la posibilidad de mera complicidad por falta de "voluntad de dominio" del que actúa directamente, la limita al caso de que el ejecutor "lleve a cabo el hecho meramente al servicio del autor, subordinado plenamente a la voluntad de éste" [3]. En contra de VON WEBER, incluso esas situaciones no pueden justificar otro juicio, pues si alguien ejecuta un hecho sin coacción, por sí 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.

Por eso ha de rechazarse la reciente sentencia del BGH en el caso Stachynski [3a], en el 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 sí solo y libremente en complicidad, sobre la base de la obcecación 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,

[1] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 41-42 y 46-50.

[2] Al respecto *supra*, pp. 52-56 (53).

[3] *Grundriß*, 2.ª ed., p. 67; cfr. *supra*, pp. 100-101.

[3a] Cfr. al respecto *supra*, p. 125, nota 52.

porque puede servir para exonerar en gran medida a todos aquellos que sin coacción ponen en práctica los fines criminales de una potencia estatal.

También se evidencia especialmente en este caso lo incorrecto, dogmática y metodológicamente, de una concepción del autor en tales términos. Si autor es sólo aquel que aparezca como "responsable principal" desde puntos de vista políticos y personales, el concepto de autor se convierte en una cláusula general indeterminada, a la que únicamente la "consideración global" del juez puede dotar de contenido. Incurre así en la falta de contornos que ya condujo a la crisis de la doctrina de la autoría en la práctica judicial descrita *supra* [3b]. Si se quisiera dar el paso a que en general sobre autoría y participación decidieran consideraciones sobre merecimiento de pena dependientes de las circunstancias personales del partícipe, ya sería en vano todo trabajo dogmático en teoría de la autoría [3c]. Lo pertinente sería entonces optar por el concepto unitario de autor y en las circunstancias atenuantes prescindir en general de la pena superior prevista para el asesinato. Si lo que se pretende no es eso, sino permanecer fiel a una teoría autónoma de la autoría, esta nueva sentencia del BGH, que equivale a una solución así, merece una desaprobación tan resuelta como la que en su momento se dirigió a la "sentencia de la bañera" del RG [3d].

La idea de que el que ejecuta el hecho directa y libremente y de propia mano en todo caso es autor se ha impuesto ostensiblemente en los últimos años, también más allá del ámbito de la teoría del dominio del hecho, entre los partidarios de casi todas las demás teorías. El propio BGH se había sumado a ella expresamente [4], y excepción hecha de las situaciones de obediencia a órdenes políticas y militares, presumiblemente va a mantener esta posición. No obstante, no debe subestimarse, para la solución de este caso, el valor epistemológico de una teoría del dominio del hecho apoyada en la descripción típica del hecho, que prescinde de tendencias subjetivas, pues hay algunas sentencias del BGH que parten de la postura contraria [5]. Además, este caso académico muestra que es incorrecta la opinión expresada repetidamente por el BGH de que para la determinación de la autoría ha de atenderse sólo a la "dirección interna de voluntad" [6] y de que el alcance de la aportación externa al hecho es absolutamente irrelevante [6]; y ello no sólo desde el punto

[3b] Pp. 130-131 y 138.

[3c] Cfr. al respecto, con carácter general, *supra*, pp. 41-42 y 47-49.

[3d] A fin de prevenir malentendidos hay que señalar que al estimar la autoría del ejecutor aún no se está diciendo que el sujeto de detrás no sea quizá igualmente autor. Esta cuestión se abordará más adelante.

[4] *BGHSt*, 8, pp. 393-399; *supra*, pp. 116-118 (núm. x).

[5] Sala IV, de 13 de febrero de 1951, *NJW*, 51, p. 323, *supra*, p. 110 (núm. II), y ante todo Sala II, de 21 de junio de 1955, *BGHSt*, 8, pp. 70-75, *supra*, pp. 114-115 (núm. VII); acerca del caso Staschynskij, *supra*, p. 125, nota 52.

[6] Cfr. la Sentencia de la Sala V, de 15 de junio de 1954, *MDR*, 54, pp. 529 y 539, *supra*, pp. 112-113 (núm. V), donde se enlaza esta concepción con la idea del dominio del hecho; Sala II, de 21 de junio de 1955, *BGHSt*, 8, pp. 70-75, *supra*, pp. 114-115 (núm. VII).

de vista de la teoría del dominio del hecho, sino con carácter absoluto, pues la autoría se rige por el hacer y no por las ideas del cooperador que no han tenido efectos.

De donde se deduce además que aun habiéndose intentado una y otra vez justificar el resultado conseguido en este caso sin dificultad por la teoría del dominio del hecho, a partir de una teoría puramente subjetiva —también lo considera posible el BGH en la mencionada sentencia— [7], todos estos intentos están condenados al fracaso. Lo cual es evidente para la teoría del interés, pero también lo es para la teoría del dolo, pues es incorrecta la afirmación tan repetida de que aquel que ejecuta el hecho por sí mismo no puede subordinarse totalmente a otro, de que por tanto ha de tener la "voluntad de dominio del hecho" y "querer el hecho como propio". Ciertamente tiene que actuar dolosamente; pero este dolo no puede satisfacer a una teoría subjetiva, puesto que también lo tiene el partícipe; además, no tiene nada que ver con la subordinación de la voluntad requerida por la teoría del dolo. Pero es que además una subordinación interna plena será incompatible con la ejecución externa del hecho por uno solo, lo cual viene puesto de manifiesto ya en el caso resuelto por el BGH en que el esclavo sexual de una mujer estranguló, por orden de ésta, a su marido [8]. Así pues, se equivoca el BGH cuando cree haber resuelto el problema con ayuda de una teoría subjetiva. El hecho, ya demostrado *supra* [9], de que pese a profesar la teoría subjetiva tuvo que recurrir en realidad a una delimitación objetiva para poder dirimir correctamente el caso, recibe a esta luz el carácter de necesidad ineludible. Si no se quiere abandonar la teoría subjetiva, la única consecuencia posible es la postura de VON WEBER; también BOCKELMANN tiene toda la razón al reconocer en esta sentencia el quebrantamiento de la teoría subjetiva [10].

Precisamente en un caso concreto tan fácil se pone de manifiesto lo fructífero de un concepto de dominio del hecho concebido de este modo. Bien es cierto que tanto la teoría objetivo-formal como la objetivo-material llegan aquí al mismo resultado, pero éstas han de rechazarse por otros motivos [11]. Ahora bien, una teoría subjetiva —sea de la clase que sea— no puede dar cuenta en absoluto de este arquetipo de la autoría.

Naturalmente este caso sencillo enseña que aquí no se trata de un concepto de dominio del hecho puramente objetivo, pues al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos estamos imaginando un comportamiento dirigido finalmente. En los hechos no dolosos la situación

[7] *BGHSt*, 8, pp. 393 ss.; al respecto con detalle *supra*, pp. 116-118 ss. (núm. x).

[8] Sobre las circunstancias concretas de este caso *supra*, p. 116.

[9] Pp. 117-118.

[10] *Strafrechtl. Unters.*, pp. 120 y 121; cfr. con más detalle *supra* en el texto, p. 104.

[11] Al respecto, más en concreto, *supra*, pp. 51-69.

es muy distinta [12]. Al menos en esto hay que dar la razón a WELZEL, MAURACH y GALLAS cuando hablan de un concepto de dominio del hecho "final". No obstante, sigue estando justificado llamar criterio objetivo de la autoría a la realización del tipo de propia mano, pues la diferencia reside, en esta forma de delimitación, en lo objetivo, dado que dolosamente también actúa el partícipe.

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

I. LOS CASOS DE COACCIÓN

1. Estado del debate

Nos internamos por un terreno dificultoso y controvertido al plantearnos la cuestión de si también tiene dominio del hecho aquel que realiza el tipo completo de propia mano y dolosamente, pero que se encuentra coaccionado por otro o por una situación de peligro que se cierne sobre él, ya se den los requisitos de los §§ 52 y 54 StGB *, ya se trate de una situación análoga al estado de necesidad.

Comencemos por el supuesto extremo del estado de necesidad exculpante, ya que si aquí hay dominio del hecho, será aún más fácil afirmarlo en los casos de menor intensidad de la coacción, que no eximen de pena al sujeto actuante.

WELZEL defiende la postura de que el estado de necesidad coactivo excluye la autoría del que actúa directamente [1]. Al respecto cabe encontrar cambios en la fundamentación de esta concepción. Al principio, WELZEL defendió la opinión de que el coaccionado actúa sin el dominio final del hecho porque en tales casos bien es verdad que está presente "el conocimiento del tipo (o la consciencia del resultado), pero falta la voluntad de realización propia", esto es, el "dolo de tipo" [2]. De la teoría discrepante "de que el que actúa

[12] En este sentido, la imprudencia consciente vuelve a presentar, con respecto a la inconsciente, problemas particulares, que se abordarán más adelante.

* § 52 StGB: «**Constreñimiento debido a situación coactiva.** No concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física, no evitable de otro modo.»

§ 54 StGB: «**Estado de necesidad.** No concurre acción punible cuando la acción, fuera de los supuestos de legítima defensa, se cometió en un estado de necesidad no provocado y no evitable de otro modo, para salvar de un peligro actual la vida o la integridad física del autor o de persona allegada.»

[1] Así, al parecer, también BOCKELMANN, *Strafrechtl. Unters.*, pp. 120 y 121, nota 20; expresamente en contra de la autoría del ejecutor directo, de nuevo, v. UTHMANN, *NJW*, 1961, p. 1908.

[2] *Lehrb.*, 5.ª ed., pp. 82 y 83; *MDR*, 1949, p. 373; *SJZ*, 1949, apdo. 650.

directamente es siempre autor" opinó que "en su rígido objetivismo distorsionaría las situaciones reales" [3].

Recientemente WELZEL [4] atribuye al coaccionado un dominio del hecho menor, que denomina "inferior" y "subordinado" [5]. Sin embargo, en el fondo nada ha cambiado en su concepción, pues sigue manteniendo que el coaccionado "actúa sin voluntad de realización propia", y sobre todo entiende que este dominio del hecho "subordinado" no basta para fundamentar autoría. Como antes, WELZEL llama a la acción del coaccionado simple "auxilio inculpable" [6]. Así pues, esta peculiar forma de dominio del hecho "subordinado" es materialmente sólo una clase de participación. Terminológicamente la expresión no resulta muy afortunada, ya que si se considera al dominio del hecho como criterio de la autoría, induce a confusión que su concurrencia —aunque sea atenuada— en este caso fundamente sólo participación. Pero el resultado (exclusión de la autoría) es muy claro.

En cambio, GALLAS defiende la postura de que en tales casos «el ejecutor... es autor, pues lleva a cabo dolosamente la acción típica por sí mismo y por eso ejerce, ya *per definitionem*, el dominio del hecho requerido para el autor del tipo delictivo en cuestión» [7]. GALLAS tilda de "no comprensible del todo" [8] [9] a la fundamentación aducida por WELZEL en favor de la opinión contraria, de que el coaccionado obra "sin voluntad de realización propia".

No es difícil advertir que en el enjuiciamiento de este caso concreto se refleja la contraposición entre la teoría del dominio del hecho de WELZEL (y BOCKELMANN), orientada más subjetivamente, y la concepción de GALLAS, más inclinada a la teoría objetivo-formal. Es la postura de GALLAS —al principio minoritaria— la merecedora de aprobación, y ello por varias razones.

2. Argumentos en favor de la autoría del agente

No acierta WELZEL al decir que el coaccionado actúa sin voluntad de realización propia, pues como la voluntad de realización no significa otra cosa que la finalidad del agente y ésta es para WELZEL idéntica al dolo, tendría que admitir en consecuencia que el coaccionado obra sin dolo. De hecho, en la quinta edición de su manual hablaba expresamente en estos

[3] *MDR*, 1949, p. 373.
[4] *Lehrb.*, 6.ª ed., pp. 88 y 89; 7.ª ed., pp. 90 y 91.
[5] 6.ª ed., p. 88; 7.ª ed., p. 91.
[6] 6.ª ed., p. 89; 7.ª ed., p. 91.
[7] *Gutachten*, p. 133.
[8] *Gutachten*, p. 133, nota 42.
[9] Como GALLAS, en definitiva, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187, que, sin embargo, a diferencia de GALLAS, no considera al sujeto de detrás como autor mediato, sino como «inductor y, por lo general, también coautor». Al respecto, más adelante.

casos de falta de "dolo de tipo" [10]. De donde se deduciría que quien comete un delito en estado de necesidad exculpante actuaría no dolosamente, algo que no sostiene nadie más y ni siquiera WELZEL. Llevando la idea hasta el final, se llegaría al resultado de que la presencia de cualquier causa de exclusión de la culpabilidad haría decaer simultáneamente el dolo, consecuencia que desquiciaría a la teoría de la culpabilidad y con ella a toda la doctrina final de la acción, algo que WELZEL no puede haber pretendido.

Estas objeciones se dirigen, naturalmente, en principio sólo contra la fundamentación aducida por WELZEL. Notablemente más plausible es el contenido material de su tesis, que sólo puede residir, según creo, en la reflexión de que el "pleno" [11] dominio del hecho requiere algo más que la realización del resultado dolosa y de propia mano, que más bien 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 presionada por coacción. No obstante, ni siquiera en esto cabe aprobar la concepción de WELZEL. Lo cual se deriva de los siguientes aspectos:

a) *No cambia la configuración del curso del hecho*

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

De ningún modo 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 a plan. Por el contrario, será frecuente que el peligro redoble las fuerzas y el agente domine la situación con más seguridad que sin ese impulso.

Piénsese en el caso en que alguien, para salvar de la muerte a su hijo, secuestrado por unos gángsteres, comete un asesinato por orden de los secuestradores, o un robo en una joyería. Ciertamente aquí el sujeto actuante está disculpado por el § 52 StGB. 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 de modo distinto.

[10] 5.ª ed, p. 82, última línea.
[11] Así la 6.ª ed., p. 88; 7.ª ed., p. 90; con anterioridad, el dominio del hecho, simplemente; materialmente se alude en ambos casos a la "autoría".

b) *Naturaleza de la autoría mediata*

En segundo lugar, la opinión contraria se basa en una interpretación errónea de la autoría mediata. Cuando WELZEL y los demás partidarios de esta postura hablan de falta de autoría en el que actúa directamente, la razón para ello reside obviamente en la idea de que el que ejecuta el hecho —dado un estado de necesidad coactivo— a su vez está dominado por otro. Entonces WELZEL cree poder fundamentar la autoría del sujeto de detrás sólo si se la niega al "sujeto de delante". «La autoría mediata por medio de un ejecutor directo que a su vez es autor es un absurdo», reza su premisa [12], de la que se deduce naturalmente la conclusión que extrae para el ejecutor.

Sin embargo, el punto de partida no es correcto. No es éste el lugar oportuno para profundizar en la esencia de la autoría mediata. Pero cabe señalar, anticipándolo, que justo al contrario la posibilidad de autoría mediata en estos casos se basa esencialmente en que el ejecutor domina el curso de la acción. Si fuera de otro modo, no cabría pensar que el dominio sobre el agente le procurara al sujeto de atrás directamente el dominio del propio hecho. Por expresarlo con una parábola: si un rey sojuzga a un virrey rebelde, sólo habrá conseguido por esa vía dominar la provincia de éste si el virrey a su vez tiene a la provincia bajo su poder. De no ser así, todo el operativo carecería de sentido y el rey tendría que conquistar la provincia "de propia mano".

c) *Consideraciones sistemáticas*

Esta postura de WELZEL también le hace entrar en conflicto con los fundamentos sistemáticos de su doctrina de la autoría. Así concibe la autoría como componente del injusto. En su Tratado señala, ya en las consideraciones preliminares a los parágrafos en que trata la doctrina de la autoría [13]: «La doctrina de la autoría pertenece a la del injusto, porque ya el injusto es de naturaleza personal. La teoría de la culpabilidad determina luego qué autor es responsable de su injusto.»

Pues bien, cuando WELZEL asigna al estado de necesidad el efecto de excluir el dominio del hecho o bien el "pleno" dominio del hecho y, por tanto, de excluir la autoría, ello cabe concebirlo suponiendo que o el dominio del hecho es un elemento de la culpabilidad o que el estado de necesidad excluye, con el dominio del hecho, al mismo tiempo el injusto. Por el contrario, representa una contradicción insalvable que WELZEL por una parte asigne la doctrina de la autoría al ámbito del injusto y por otra haga que entrañe

[12] *SJZ*, 1949, apdo. 650.
[13] 7.ª ed., p. 89.

la negación de la autoría una circunstancia que él mismo considera como causa de exclusión de la culpabilidad.

La única solución posible desde los fundamentos del sistema welzeliano reside en admitir que en un supuesto de hecho como éste el ejecutor directo ciertamente tiene dominio del hecho, pero comete el delito sin culpabilidad. Es autor, pero un autor inculpable.

Naturalmente ese argumento sólo tiene significado dentro del sistema, no pudiendo convencer a aquel que considere a la doctrina de la autoría realmente como problema de la culpabilidad o al estado de necesidad como causa de justificación. Estas cuestiones sistemáticas de gran calado se volverán a tratar en profundidad más adelante [14].

d) *Significado de las causas de exclusión de la culpabilidad*

Por último, la idea de WELZEL entraña, también en el ámbito de los §§ 52 y 54 StGB, consecuencias sumamente peculiares que difícilmente se ajustan a los fundamentos dogmáticos de la ley. Así, el § 54 StGB sería superfluo, pues los §§ 52 y 54 StGB coinciden en que el autor se ve forzado a actuar por la presión de una situación de peligro. Ahora bien, si en los casos del § 52 StGB al sujeto actuante le falta el dominio del hecho y la autoría, en el § 54 StGB debe ocurrir lo mismo. Si ello da la extraña impresión de que aquí hubiera que admitir un delito doloso en el que no hubiera autor, admitirlo supondría además degradar el § 54 StGB a la falta de significado, pues si en tales casos la punición ya decayera por falta de autor y, por tanto, del "centro de acción personal del injusto" [15], no se necesitaría el § 54 StGB. Es más, la significación autónoma del § 52 StGB se limitaría al ámbito de la complicidad. El que obra en estado de necesidad coactivo no sería, de entrada, autor, sino sólo cómplice del sujeto de detrás, y únicamente su complicidad se vería disculpada por el § 52 StGB. De hecho WELZEL habla aquí expresamente, como ya vimos, de "complicidad inculpable" [16].

Realmente el legislador no puede haber pretendido esto. En cualquier caso parece más cercano a la realidad admitir que los §§ 52 y 54 tienen la función de disculpar a un autor que obra antijurídicamente.

e) *Consideraciones relativas a la accesoriedad*

Finalmente, también consideraciones dogmático-prácticas hablan en favor de atribuir la autoría al coaccionado. Y es que en caso contrario no sería

[14] Cfr. pp. 327 ss.
[15] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 89.
[16] *Lehrb*, 7.ª ed., p. 91.

imaginable la participación, de mantenerse el principio de accesoriedad. No obstante, existe una necesidad objetiva de reconocerla, y ello no sólo en el § 54 StGB, sino también en los casos del estado de necesidad coactivo. Piénsese 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? [17]. En todo caso, WELZEL tendría que aprobar esta calificación, ya que él considera posible también la inducción a una persona coaccionada en los términos del § 54 StGB [18], lo cual, a su vez, no estaría en armonía con la opinión de que el que obra coaccionado no es autor.

A la vista de todas estas circunstancias, habrá que considerar demostrado que también quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coacción es autor en todo caso y posee el pleno dominio del hecho. La postura contraria, como hemos visto, no sólo forzaría el contenido material del concepto de dominio, sino que tampoco daría cuenta de la esencia de la autoría mediata, del requisito de coherencia sistemática, del significado autónomo de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la problemática de la accesoriedad. Además, da impulso —quiéralo o no— a la tendencia de considerar autor al "principal culpable" en sentido criminológico o de acuñar en términos dogmáticos consideraciones sobre determinación de la pena.

Ya se puso de manifiesto más arriba [19] que éste no puede ser el sentido de la doctrina de la autoría.

De este resultado cabe extraer una conclusión más: si la realización de propia mano de un tipo en estado de necesidad disculpante no obsta para la autoría del agente, con mayor razón es señor del hecho y autor el que comete un delito en persona bajo una presión motivacional socialmente inadecuada, pero no excluyente de la culpabilidad. Así pues, estos supuestos no requieren tratamiento individualizado.

II. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DOLOSA Y EXENTA DE COACCIÓN, PERO DISCULPADA

Así también se tiene preparado el terreno para contestar a la cuestión de cómo ha de tratarse, en el marco de la teoría del dominio del hecho, al inimputable, al menor, al que yerra sobre el carácter prohibido del hecho o al que está disculpado (fuera de los casos de estado de necesidad). Todos ellos, si actúan de propia mano y son capaces de realizar acciones dolosas

[17] Para fundamentación más en detalle, cfr. *infra*, pp. 170 ss.
[18] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 164.
[19] *Supra*, pp. 47-49.

en el sentido de la teoría de la culpabilidad, tienen el pleno dominio del hecho y son autores (si bien inculpables). La fundamentación resulta —*mutatis mutandis*— de las consideraciones expuestas más arriba acerca de los supuestos de estado de necesidad.

Para el caso de falta de consciencia de la antijuricidad —y en tanto que se mantenga la teoría de la culpabilidad— se añade un argumento más, puesto que a partir de sus fundamentos es indiscutido e indiscutible que al que obra sufriendo error de prohibición se le puede castigar como autor único doloso. Y en esta autoría del que yerra no puede cambiar nada por el hecho de que, dado un curso del hecho por lo demás igual, el que entrevé la situación jurídica haya ocasionado la comisión del delito por parte del agente que nada sospecha.

Ha de señalarse al respecto que afirmar, también en estos casos, la autoría del que obra directamente no prejuzga la respuesta a la cuestión de si la persona que eventualmente interpone a otro en el caso concreto es autor o partícipe. Así pues, aquel que induce a un niño, a un enfermo mental o a quien sufre error de prohibición, puede ser perfectamente autor mediato, según la postura que aquí se mantiene. Sobre ello se volverá más adelante [20]. Somos conscientes de que en esto nos oponemos frontalmente a WELZEL, con arreglo a cuya teoría, ya citada, la autoría mediata a través de un ejecutor que a su vez sea autor supone un "absurdo" [21].

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

I. LA REALIZACIÓN DE MODALIDADES DEL DELITO Y LA REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA

1. Estado de la cuestión

La cuestión de si se tiene el dominio del hecho en todas las circunstancias cuando no se realiza el tipo completo, pero sí alguno o varios de sus elementos, ha sido debatida escasamente hasta ahora [1]. MAURACH se manifiesta en sentido claramente afirmativo al señalar [2]: «No puede invocar haber tenido simple dolo de partícipe el que realiza un elemento del tipo... Quien realiza un elemento del tipo actúa con dominio del hecho merced a una presunción legal irrebatible: el hecho mata al hombre.» Análogamente, WELZEL [3] pro-

[20] Cfr. *infra*, pp. 216 ss. y 257 ss.; para fundamentarlo, *vid.* de momento *supra*, pp. 156-157.
[21] *SJZ*, 1947, apdo. 650.
[1] La sentencia *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (*supra* pp. 116-118 ss., núm. x), que atribuye en general el carácter de autoría al homicidio de propia mano, no aborda la cuestión.
[2] *AT*, 2.ª ed., p. 516.
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98; asimismo, H. MAYER, *Lehrb.*, p. 315.

pugna considerar siempre autor a aquel que «sobre la base del plan común del hecho lleva a cabo una acción ejecutiva en sentido técnico» [4]. Por el contrario, MEZGER [5] y SCHÖNKE-SCHRÖDER [6] limitan la calificación de autoría necesaria a la realización de todos los elementos del tipo.

2. ¿Basta la realización de cualquier elemento del tipo?

La postura de que ya la realización de cualquier elemento típico convierte al agente en co-titular del dominio del hecho quizá vaya demasiado lejos. Seguramente en tales casos se dará autoría del agente porque la realización de una circunstancia del hecho vincula al ejecutor, ya desde la perspectiva de la figura legal del delito, tan estrechamente con el suceso que no va a podérsele negar que ocupe la posición central y, por tanto, la calificación de coautor [7]. Pero no tiene por qué ser así sin excepción.

Piénsese en el caso en que varios pretenden hurtar algo de la explanada vallada de una fábrica y dejar a uno de guardia, después de haber escalado la verja. El que queda de guardia puede desde luego ser coautor. Los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen por lo general que en el enjuiciamiento de este tipo de funciones hay que atender a las circunstancias del caso concreto [8]. Si en cambio damos por supuesta la coautoría sin comprobar los detalles, no es muy convincente que en el ejemplo indicado haya que considerar autor al que se queda vigilando *eo ipso*, sin verificar las circunstancias de detalle, desviándonos de la regla, sólo porque también haya entrado con escalamiento en el espacio cerrado, realizando así un elemento del tipo.

Tal procedimiento sería demasiado formal y esquemático, y ello tanto desde el punto de vista de la valoración del legislador (a) como de la captación imparcial del sentido de los hechos que aquí aparecen (b).

a) Por lo que respecta a las intenciones del legislador, es seguro que al crear sus tipos cualificados no ha tenido en cuenta la delimitación entre autoría y participación. Ciertamente la descripción *completa* del delito se refiere al autor, como ya hemos visto. Pero no hay argumento en favor de que el legislador considere suficientemente significativo cualquier elemento típico individual como para caracterizar por sí solo la autoría. Antes al contrario, buen número de circunstancias agravantes —piénsese simplemente en las innominadas— están orientadas tan evidentemente a consi-

[4] Parece ser que se alude a la realización de cualquier elemento del tipo, no sólo de la acción típica en sentido propio, como se desprende de cotejar con *LB* (7.ª ed.), pp. 168 y 169.

[5] *LK*, 8.ª ed., § 47, nota 2b, p. 251.

[6] 10.ª ed., ante § 47, VIII, 5c, p. 246.

[7] Más adelante se abordarán en concreto los criterios aquí determinantes.

[8] Cfr. GALLAS, *Gutachten*, p. 137; MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 517 (§ 49, II, C, *in fine*).

deraciones sobre merecimiento de pena que por eso mismo no poseen significado alguno para la doctrina de la autoría. Así pues, no cabe suscribir la postura de MAURACH, que en caso de realización de un elemento del tipo supone sin más una presunción legal irrebatible de autoría, por no hablar de que la autoría ha de basarse en la posición real del interviniente en el suceso de la acción y no en meras presunciones.

b) El mismo resultado obtenemos apartándonos de la ley y atendiendo únicamente al contenido de sentido de los fenómenos externos. Aquel que, en nuestro ejemplo, se queda vigilando en la explanada de la fábrica puede ser coautor o no serlo. Pero es evidente que el juicio sobre esta cuestión no puede depender de si la vigilancia se realiza a este o a aquel lado de la verja, pues ello se rige por los datos espaciales y materiales y para los partícipes supone una mera cuestión de eficacia que carece de la menor influencia sobre la posición del cooperador en el suceso completo. Si el vigilante es coautor, desde luego no lo es porque haya realizado un elemento del tipo; más bien obedecerá a otros criterios, que se tratarán más adelante [9]. Así pues, la distinción que se atuviera al punto de vista mencionado sería un "sinsentido" desde el punto de vista de la propia realidad.

3. El significado de la acción típica

Por otra parte, sería a su vez demasiado estricto pretender considerar necesariamente decisivo para la delimitación del dominio del hecho el alcance de la aportación externa al hecho sólo en los casos en que el agente realiza de propia mano el tipo completo. Y es que de la pluralidad de elementos del tipo se destaca un grupo que caracteriza el curso del hecho en especial medida: la verdadera acción típica, que ha de separarse del lugar, del tiempo y de las demás modalidades del delito; esto es: el sustraer, matar, envenenar, engañar, amenazar, etc. A mi juicio, quien realiza estas acciones personalmente es siempre autor, aun cuando se haya sometido en su interior a otro, coopere en interés ajeno y no realice en persona otros elementos del tipo. Por continuar con nuestro ejemplo: aunque sólo uno de los ladrones escale la verja y abra luego la puerta desde dentro, de manera que los demás accedan al recinto sin escalamiento, todos ellos, en tanto que simplemente sustraen objetos, son autores de hurto cualificado [10]. Esta postura se justifica por la idea de que la acción ejecutiva describe el núcleo delictivo del tipo en cuestión, de manera que su realización impulsa al agente innegablemente al centro del acontecer típico, confiriéndole el dominio del hecho.

[9] Cfr. al respecto, por extenso, *infra*, pp. 310 ss.

[10] Se presupone que el robo con escalamiento —en contra de *RGSt*, 24, pp. 86-89— no es delito de propia mano y que se da el tipo subjetivo. Las cuestiones ahí existentes se abordarán *infra* en detalle; cfr. pp. 369 ss. y 443 ss.

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 otros puntos de vista, a los que ahora no vamos a referirnos en este contexto.

II. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS DE LA SITUACIÓN RELEVANTES PARA EL INJUSTO

Distinta es la cuestión en los supuestos en los que el sujeto actuante, por no entrever adecuadamente el supuesto de hecho, supone erróneamente circunstancias excluyentes del injusto. El que obra, por ejemplo, en legítima defensa putativa nunca es autor del § 212 StGB (homicidio), aun cuando haya abatido a otro voluntariamente, realizando así dolosamente y de propia mano un elemento esencial del tipo.

Lo cual se deriva de la doctrina del error: si se atribuye eficacia excluyente del dolo a tal representación errónea, para la cuestión de la autoría se deduce que no cabe atribuir el dominio del hecho característico del autor doloso a quien actúa de este modo. Sólo cabe llegar a solución distinta si, con la teoría estricta de la culpabilidad —como entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen WELZEL, MAURACH, NIESE y, con ciertas modificaciones, también GALLAS— [11] se estima aquí error de prohibición.

No es posible en este lugar tratar con más profundidad las cuestiones conexas, relativas en lo esencial a la doctrina del tipo y del error. En otro lugar [12] me he ocupado de ello en profundidad y debo remitirme a esa obra en lo que respecta a la fundamentación de la teoría limitada de la culpabilidad. El debate doctrinal surte efectos prácticos en la doctrina de la autoría sólo en la medida en que el dominio del hecho del que actúa directamente en estos casos abre la posibilidad de castigar al que da lugar a esa actuación como inductor en lugar de como autor mediato. En tanto que al dirimir esta cuestión surjan aspectos especiales, que trasciendan la doctrina del error, se tratará de ellos al debatir la autoría mediata. A ese lugar nos remitimos también desde aquí [13].

[11] Con respecto a GALLAS, cfr. *ZStW*, t. 67, pp. 27 ss. y 45 y 46, nota 89.

[12] En mi obra *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo, 1959; asimismo en *MSchr Krim (Tesar-Festschrift)*, pp. 211 ss.

[13] Cfr. *infra*, pp. 228 ss.

CAPÍTULO SEXTO

EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD

Entre las cuestiones más debatidas desde siempre se encuentra la de si (y cómo) es posible y fundamentable que pueda ser autor aquel que no ha ejecutado el hecho por sí mismo. Para los partidarios consecuentes de la teoría objetivo-formal el fenómeno de la comisión "mediata" del delito no ha pasado de ser un caso de autoría "impropia" o "ficticia", de la que se esperaba, introduciendo la accesoriedad limitada, poder volver a encuadrarla en el ámbito de la inducción. Inversamente, la teoría extensiva pudo fácilmente someter estos casos a su concepto de autor, circunstancia que contribuyó decisivamente a su nacimiento y difusión; pero sólo lo consiguió al precio de nivelar todas las formas de participación, lo que consecuentemente habría tenido que conducir al concepto unitario de autor.

En esta situación, la teoría del dominio del hecho —preparada por la teoría de la preponderancia de HEGLER— debió estimarse como un progreso decisivo, pues permitía concebir como auténticos casos de autoría los supuestos típicos de autoría mediata (como, por ejemplo, la realización del resultado mediante la creación de un estado de necesidad coactivo o el aprovechamiento de un error), sin poner en peligro la delimitación con la participación y sin reducir la autoría a una mera causación. Así se explica que incluso autores como ENGISCH o SCHRÖDER, que se enfrentan con escepticismo a la teoría del dominio del hecho, reconozcan en este punto su utilidad [1].

En efecto, ya la circunstancia de que la figura jurídica de la autoría mediata, aunque durante decenios apenas se pudiera fundamentar, se haya reafirmado frente a todas las teorías, indica que está basada en una razón objetiva independiente de todas las construcciones, es decir, que no constituye un mero supuesto vergonzante de inducción y que consiste en algo más que en la causación común a todas las formas de participación. También nuestro principio metodológico de la figura central apunta en la misma direc-

[1] ENGISCH, *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383; SCHRÖDER, en *Schönke-Schröder*, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.

ción, pues una coacción o el empleo de aquel que está sufriendo un error convierte al sujeto de detrás en la figura clave del suceso de modo distinto a que si se hubiera limitado a determinar o simplemente a aconsejar. Es evidente que aquí, al igual que en los casos de dominio de la acción, la idea del dominio del hecho resume en una fórmula una solución válida y correcta. Naturalmente, lo decisivo reside en determinar cómo se llena de contenido con vida este concepto. Nuestra exposición va a poner de manifiesto que precisamente en este ámbito los partidarios de la teoría del dominio del hecho en la mayoría de las cuestiones —cuando las han debatido— obtienen resultados absolutamente divergentes. La coincidencia no llega mucho más allá de la fórmula indeterminada del dominio, que lo único que significa es lo sabido desde siempre.

Antes de abordar las cuestiones concretas debemos tener presente que las situaciones que aquí vienen en consideración se distinguen esencialmente desde el punto de vista estructural del "dominio de la acción" tratado más arriba. Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata 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 haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la voluntad" en el autor.

Intentando apreciar algún orden en la pluralidad de sus manifestaciones tradicionales resultan distintos grupos de casos: el dominio del hecho en virtud de poder volitivo configurador del curso del hecho cabe imaginarlo mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor (§ 21); también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error, o sea, se encuentra en situación de superioridad intelectual *in concreto* con respecto al que obra directamente (§ 22); asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales (§ 23); además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso (§ 24); por último, ha de comprobarse si las figuras (que no dejan de aparecer en doctrina y jurisprudencia) del llamado "instrumento doloso" pueden justificarse mediante la idea del dominio del hecho (§ 25).

Esta clasificación un poco burda, al abordar una descripción más precisa, va a hacer aparecer una pluralidad de más variedades que requerirán tratamiento singular. Sólo en el curso de esas disquisiciones puede ponerse de manifiesto si hay elementos estructurales de la autoría que subyazgan con carácter unitario a las variadas manifestaciones de posible dominio de la voluntad y permitan una síntesis generalizadora.

§ 21. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN

Aquí los casos necesitan ulterior diferenciación: en primer plano se encuentra el supuesto académico del estado de necesidad coactivo (I); a su lado, aparecen algunos casos particulares del ámbito del estado de necesidad simple, § 54 StGB (II); asimismo, el estado de necesidad supralegal exculpante (III), las situaciones análogas al estado de necesidad (IV) y algunas relaciones de obediencia militar (V).

I. EL ESTADO DE NECESIDAD COACTIVO (§ 52 StGB)

1. Dominio del hecho del coaccionante y del coaccionado

Allí donde se reconoce la autoría mediata se encuadra en ella este caso. Y —anticipando el resultado que en seguida va a fundamentarse— con razón: Si en un estado de necesidad coactivo buscamos la figura central del suceso en forma de acción y la persona que "tiene en sus manos" el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás. Bien es verdad, como hemos visto, que también el ejecutor directo tiene dominio del hecho [1]. Pero en ello no hay contradicción, como cree WELZEL. Más bien esta apreciación es la que pone de manifiesto de qué manera en este grupo de casos el poder de la voluntad, sin intervención de propia mano en la realización, puede entrañar el dominio del hecho. Y es que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.

Ésta no es una autoría compartida, como la que entraña la coautoría, sino una plena autoría doble [2]. Contemplando la realización del tipo, ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador la voluntad del sujeto de detrás. Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor.

[1] Cfr. al respecto y sobre lo siguiente *supra*, pp. 153-159.

[2] En términos semejantes, si bien no con la misma fundamentación, GALLAS, *Gutachten*, pp. 133 ss.

2. La influencia volitiva no es dominio de la voluntad

Ahora bien, cuanto más clara sea la estructura de un "dominio de la voluntad" así, en el que se interpone el dominio de la acción por parte de otro, más requiere ulterior precisión el *contenido* de este concepto, pues al igual que en el "dominio de la acción" (que está caracterizado ampliamente por medio de la descripción típica), aquí tampoco podemos dejarnos llevar por la plasticidad del término "dominio de la voluntad". Más bien ha de indicarse en concreto con qué requisitos cabe hablar de que alguien "domina" al ejecutor, avanzando así hasta situarse en el centro del suceder.

Al efecto hay que señalar en principio que "dominio del hecho" no significa lo mismo que "influencia volitiva". No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos. Si no se quiere degradar hasta lo insignificante la participación, apartándose de las metas en que pensó el legislador, ha de interpretarse el concepto de "dominio" como puede entenderse con arreglo simplemente al tenor literal y al contenido de sentido social: hay que limitarlo 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, la influencia del sujeto de detrás no puede ascender al "dominio" cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría.

Este excluir la influencia de la voluntad del ámbito del "dominio", exigido tanto por la teleología de la ley como por los contextos de sentido previos dados, veda considerar el estado de necesidad coactivo como mera manifestación de un concepto de dominio del hecho más amplio, comprensivo también de la determinación común. Por eso, cuando LANGE [3] habla de «dominio del hecho» en la «determinación a otro que realiza el tipo dolosamente, a pesar de tener éste también voluntad de autor», y cuando aduce como «ejemplo canónico» la tan citada sentencia RGSt 74, 84 [4], en la que considera autora mediata a la madre que determinó, se basa en un entendimiento incorrecto del concepto de dominio del hecho que no da cuenta de la esencia del dominio de la voluntad. Sobre ello se volverá a tratar en otros contextos.

3. Criterios del dominio de la voluntad

En la delimitación del dominio de la voluntad se plantea, sin embargo, otra cuestión importante, la de cuándo puede admitirse, en el caso concreto,

[3] KOHL-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, f, p. 162.
[4] Cfr. al respecto *supra*, pp. 73, 74, 101 y 116.

que la voluntad "última" y "determinante" reside en el sujeto de detrás. La admisión acrítica de que en todas las situaciones disculpadas con arreglo al § 52 StGB el sujeto de detrás "domina" al coaccionado requiere de verificación cuidadosa y no puede darse por supuesta como algo evidente.

¿No ocurre más bien que el coaccionado podría haber soportado la violencia o la intimidación que se le infligía, 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 [5] 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 esté decidido a morir, o que el peligro afecte a un allegado, o piénsese que 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.

A partir de consideraciones análogas, recientemente Armin KAUFMANN [6], en conexión con otra serie de autores [7], ha deducido que, dados los requisitos del estado de necesidad, no se ve «afectada la capacidad de formar la voluntad conforme a la norma» [8]. En este contexto no aborda cuestiones de participación, pero después sustenta, sin fundamentarla, la postura de que el sujeto de detrás que coacciona, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, es "siempre inductor" [9] [10]. Cabe suponer que esta postura, no defendida por ningún otro partidario de la teoría del dominio del hecho, es consecuencia de la libertad de decisión del coaccionado, que, en su opinión, sigue existiendo.

Esta tesis parece poner en serias dificultades a la teoría del dominio del hecho, pues aun considerando demasiado unilateral la postura de KAUFMANN y esgrimiendo que hay situaciones en las que el coaccionado ya no puede adopar decisión libre alguna —así ocurrirá en casos de tormento prolongado—, el problema sigue existiendo para los demás supuestos. Así pues, no siendo raro que en el estado de necesidad coactivo el agente tenga aún "en sus propias manos" la decisión última sobre lo que va a ocurrir, difícilmente puede rechazarse la idea de que no existe dominio del hecho del sujeto de detrás en el sentido antes caracterizado.

[5] Cfr. al respecto BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 269, que lo considera como "imagen típica" del estado de necesidad.
[6] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 153 ss. (en lo sucesivo, *UD*).
[7] Cfr. KAUFMANN, *UD*, p. 154, nota 162.
[8] *UD*, p. 155.
[9] *UD*, p. 165, nota 187.
[10] Cómo es que KAUFMANN, que rechaza expresamente la autoría mediata, puede llegar al resultado de que junto a la inducción se da "por lo general también coautoría" no se colige de sus escasas indicaciones. Posiblemente se alude a los supuestos en que el que coacciona tambien coopera de propia mano en la ejecución.

Si se extrae esa conclusión, hay dos consecuencias entre las que optar: o bien puede llegarse al resultado de que, frente a la opinión casi unánime de doctrina y jurisprudencia, en el estado de necesidad coactivo no puede admitirse con carácter general la autoría mediata del sujeto de detrás, sino que hay que verificar caso por caso en qué medida el coaccionado poseía la capacidad para decidir autónomamente, de manera que se dará, en función de ello, autoría o inducción, o bien, de pretender mantenerse en admitir autoría mediata sin excepciones, debería llegarse a la idea de que los problemas de autoría del estado de necesidad coactivo no cabe solucionarlos satisfactoriamente mediante la teoría del dominio del hecho, frente a todas las concepciones mantenidas hasta ahora. Así pues, sería incorrecta o bien la postura, afianzada desde hace tiempo, de la autoría mediata, o bien la propia teoría del dominio del hecho.

Obviamente, la alternativa se plantea solamente si es cierta la premisa, esto es, si el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás es exclusivamente una cuestión que se dirime psicológicamente. Esta concepción, que en lo sucesivo nos va a salir al encuentro con más frecuencia aún, convertiría la verificación procesal del dominio de la voluntad en asunto de peritos psicólogos, de manera que obtendríamos un concepto de dominio del hecho "propio de las ciencias naturales".

La cuestión de si un "poder" psíquico en tal sentido puede indagarse con suficiente seguridad y las dificultades dogmáticas, ya citadas, que entrañaría este proceder, se van a citar sólo de pasada. Lo determinante es que una formación de conceptos así es incorrecta ya desde el punto de partida metodológico: los datos empíricos (aquí, la demostrable presión motivacional de determinadas situaciones) son ciertamente esenciales para la regulación jurídica, porque prestan obviedad y cercanía a la realidad al concepto de dominio del hecho; pero no pueden determinar el contenido del "dominio" por sí solos, ya que el significado jurídico de un suceso no puede obtenerse del mero dato psíquico, sino sólo por la referencia a los contextos de sentido legales. Así pues, debe llegarse aquí a una síntesis de ambos modos de considerar, cuyos requisitos se han expuesto *supra* [11] en general para la teoría de la autoría, los cuales ahora se trata simplemente de aplicar al caso concreto.

Entonces se deduce que el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene "en sus manos" el suceso, debemos consiguientemente preguntarnos

[11] Pp. 36-42.

si la ley nos proporciona puntos de apoyo sobre cuándo entiende realizados estos requisitos. Tales puntos de apoyo existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo —con independencia de su situación anímica en el caso concreto— y le permite sustraerse a la pena por la vía de la resistencia mínima, ello sólo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad sólo al sujeto de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción.

También es de todo punto adecuado materialmente entender el concepto de dominio de manera que se integre en esta concepción. No hay norma social previamente dada que nos obligue a concebirlo de modo psicologizante, de tal manera que sea aplicable sólo cuando se dé la plena falta de voluntad del ejecutor. Más bien parece absolutamente razonable hablar de "dominio" (en armonía con la idea básica de la ley) allí donde la influencia del sujeto de detrás es de tal género que el Derecho penal exime de responsabilidad al que actúa directamente. Así pues, el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que, por los motivos expuestos, es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer que un procedimiento meramente psicologizante. La decisión "determinante" y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de 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 no la exige de él.

Para nuestro procedimiento descriptivo cuanto antecede tiene a su vez la consecuencia feliz de que podemos recurrir a la conformación que el principio de responsabilidad ha experimentado en el marco del § 52 StGB, por medio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. De ahí se derivan soluciones meticulosamente diferenciadas: si, por ejemplo, ciertos grupos de personas o aquellos que han llegado a una situación de estado de necesidad por propia culpa tienen que desplegar mayor resistencia para verse exculpados, hay que plantear entonces mayores exigencias al dominio de la voluntad. Así pues, un comportamiento que en otro caso daría lugar a autoría mediata, aquí quizá sólo fundamente inducción. Con toda razón tiene lugar aquí, a pesar de la misma acción psíquica, distinto enjuiciamiento: el que quien determina se encuentre en el centro del acontecer o no, no se rige exclusivamente por criterios psicológicos, sino que depende de si al agente se le exime de responsabilidad merced al sujeto de detrás. Nuestra solución permite simultáneamente (con auxilio del principio regulativo de la exigi-

bilidad, que desempeña una papel relevante en la eximente del § 52 StGB) mantener abierta una zona marginal para la valoración judicial de casos individuales también en la delimitación entre autoría mediata e inducción.

Por último, en este supuesto relativamente sencillo de autoría mediata se manifiesta también un fenómeno al que ya se aludió *supra* [12] en general: que precisamente la elaboración judicial de los datos previos empíricos a su vez vuelve a ejercer influencia en los fundamentos materiales de la valoración jurídica, lo que aquí significa que repercute en la situación psíquica de los intervinientes. Y es que si el coaccionado no tiene por qué temer consecuencias penales va a seguir al sujeto de detrás más sin voluntad propia que si el temor a la punición le forzara a emplear toda su capacidad volitiva. En el primer caso, pues, el dominio sobre otro será a menudo más fácil, en términos puramente fácticos, que en el segundo. También desde este punto de vista se evidencia como razonable la correlación entre desplazamiento de responsabilidad y dominio de la voluntad.

De ahí se obtiene el resultado de que aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad en el ejecutor. Pero a quien influye en otro de manera que éste *de iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad. Así pues, en el estado de necesidad coactivo el sujeto de detrás (en contra de Armin KAUFMANN y coincidiendo con la doctrina dominante) ha de ser considerado en todos los casos aquí debatidos como señor del hecho y autor mediato.

Esta interpretación del concepto del dominio del hecho, la única que se ajusta a los fundamentos legales, va a conducir en lo sucesivo a relevantes descubrimientos.

4. Supuestos de participación en el estado de necesidad coactivo

Sin embargo, la postura aquí mantenida no excluye en absoluto la posibilidad de participación incluso en el marco del § 52 StGB. Basta con que recurramos al ejemplo ya aducido *supra* [13]: A, B y C 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 se ve persuadido por C a decidirse a realizar el delito.

En estos casos, B actúa de modo exculpado; pero no merced a C, sino en virtud de la situación de necesidad creada por D. Por esta razón tampoco existe motivo para que el legislador considere a C como figura clave del suceso, junto a D. El exiguo espacio que aún le quedaba a B para decidir

[12] P. 42.
[13] P. 158.

autónomamente, a pesar de la intimidación de D, no fue ulteriormente reducido por C, de manera que la decisión de realizar el hecho por parte de B, sobre la base de la situación ya existente, ha de ser considerada como "libre" en relación con C. Por eso C sólo puede ser inductor.

Esta solución, evidente asimismo para el sentimiento jurídico [14], sólo es posible, de entrada, si se sigue el concepto de dominio del hecho aquí desarrollado en entender que B es igualmente autor [15], apartándose además del concepto estrictamente psicológico del dominio de la voluntad, puesto que resaltando 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 se sintió movido a realizar el tipo por la persuasión de C, precisamente había resistido frente a D, demostrando así su "libertad", mientras que 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.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD SIMPLE (§ 54 StGB)

Aquí no va a aparecer por lo general el problema de la autoría mediata, porque el agente no se ve en la situación coactiva por una persona sino por la fuerza de los acontecimientos. Sin embargo, algunos casos particulares han de examinarse con más detalle desde el punto de vista del dominio del hecho, y son los dos siguientes:

1. La realización dolosa de un estado de necesidad del § 54 StGB

Alguien introduce dolosamente a otro en una situación en que se dan los requisitos del § 54 StGB, al objeto de determinarlo a cometer un delito. Por ejemplo, ocasiona 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, capaz de mantener a una sola persona a flote, abocándole a una muerte segura.

Aquí hay que estimar la autoría mediata. El supuesto está muy próximo al estado de necesidad coactivo; incluso, con una interpretación generosa (¿coacción mediante fuerza irresistible?), cabría subsumirlo en el § 52 StGB. Pero sea como sea, en cualquier caso el sujeto de detrás ha manipulado el suceso y conducido al agente directo a una situación que limita la libertad de decisión

[14] En definitiva, también MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.
[15] Al respecto, pormenorizadamente, *supra*, pp. 153-159.

de tal manera que el legislador le exime de responsabilidad por esa decisión. Así pues, el dominio de la voluntad reside en el sujeto de detrás [16].

2. El ocasionamiento del hecho o el auxilio, concurriendo una situación de necesidad

El segundo supuesto, más importante en la práctica, es el de aquel que aprovecha una situación de necesidad no creada por él para conseguir un resultado que desea a través de aquel que experimenta la situación de necesidad, bien sea determinando el comportamiento de éste, bien sea auxiliándole. Por modificar una vez más el caso de Carnéades original: un náufrago ha conseguido salvarse aferrándose a una tabla que sólo puede sustentarle a él. Un tercero determina a otro náufrago a arrebatar la tabla al primero o le auxilia a tal efecto, por ejemplo proporcionándole un arma.

Se discute a qué solución lleva la teoría del dominio del hecho en este supuesto. Para GALLAS, hay autoría mediata [17]: «La preponderancia del sujeto de detrás subsiste aun 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 que de él se exige en los demás casos y por eso está "en sus manos"» [18]. Ciertamente añade que cabe preguntarse por la exculpación incluso del sujeto de detrás cuando éste actúa en interés del que se encuentra en estado de necesidad [19]; pero esto no modifica nada el hecho de que para GALLAS este supuesto, por su estructura, debe encuadrarse en la autoría mediata.

Por el contrario, WELZEL [20], MAURACH [21] y BOCKELMANN [22], sin fundamentarlo particularmente, dan por sentado que para la teoría del dominio del hecho aquí existe un caso de mera participación.

A mi juicio, el resultado correcto se encuentra en el justo medio:

[16] En definitiva, asimismo, GALLAS, *Gutachten,* p. 134; MAURACH, *AT,* 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.

[17] *Gutachten,* p. 134.

[18] GALLAS señala además que de la regulación estrictamente accesoria de la inducción se desprende que aquí se da autoría mediata tambien según la valoración legal, partiendo de la situación jurídica existente con anterioridad al Reglamento (VO) de 29 de mayo de 1943. A la vista de la situación jurídica actual, sin embargo, no se aprecia bien el significado de este argumento, pues en la valoración del legislador ahora determinante se renuncia precisamente a la necesidad de hecho principal culpable, de manera que en esta medida nada se opondría a estimar inducción.

[19] *Op. cit.,* nota 44; la cuestión es igualmente muy controvertida, pero no de importancia decisiva para la problemática de la autoría; en pro de la exclusión general de responsabilidad del sujeto de detrás, MAURACH, *AT,* 2.ª ed., § 33, III, 5, A, p. 310; en favor de castigar al *extraneus,* por el contrario, la doctrina dominante cfr., por ejemplo, KOHL-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 54, I, 4; WELZEL, 7.ª ed., p. 164; BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 86; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 54, III, 5, p. 331.

[20] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 164.

[21] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.

[22] *Untersuchungen,* p. 86.

a) *La incitación al autor en estado de necesidad*

Si el tercero meramente incita a uno a que se salve a costa de otro y si éste hace caso del consejo, ha de negarse el dominio del hecho por parte del que determinó. Bien es verdad que el ejecutor actúa sin posibilidad de decisión "libre" en el sentido de la ley; pero de la responsabilidad penal no se le exime por el dominio del sujeto de detrás, sino a causa de la fuerza de las circunstancias externas, no sometidas al control del instigador. La situación en la que uno sólo puede salvar la propia vida a costa de la de otro es completamente independiente con respecto al tercero, y sólo ella fundamenta la situación coactiva anímica que entraña la exculpación del agente. Pero como el dominio del hecho presupone que el dominio de la voluntad resida en el sujeto de detrás, éste no puede darse cuando la presión motivacional no surge de él, sino de otras circunstancias.

De todos modos, tiene razón GALLAS al señalar que el incitado va a ceder a la "tentación" del sujeto de detrás en su situación de necesidad mucho antes de lo que lo haría en otro caso. Pero ello no importa: si el agente no estuviera disculpado, las sugestiones del sujeto de detrás, que carecen de influencia sobre la situación externa, no podrían exonerarlo de responsabilidad. Así pues, aquí no se corresponden la exclusión de responsabilidad del agente y la responsabilidad del sujeto de detrás por la situación coactiva. En esta medida el ejemplo coincide con el caso de participación en el § 52 StGB tratado *supra* [23]. En términos puramente fáctico-psicológicos puede ocurrir, naturalmente, que una incitación le dé al que vacilaba en su decisión justo el empujón que le faltaba. Pero ya sabemos que el dominio de la voluntad, correctamente entendido, no depende de eso.

b) *La modificación de la situación en favor del autor en estado de necesidad*

No obstante, de otro modo ocurre cuando el tercero es el que procura al que ha incurrido en situación de necesidad sin proponérselo la posibilidad de ponerse a buen recaudo a costa de otro; cuando, por ejemplo, pone a su disposición una pistola para poder abatir al que tiene la tabla y que en otro caso no estaría en peligro. El supuesto merece un tratamiento especial, porque aquí la intervención no carece de importancia para la situación externa, sino que modifica la situación objetiva al dar a quien se encuentra en peligro la posibilidad (que hasta entonces no tenía) de realizar el delito en estado de necesidad. Así, la situación se aproxima al § 52 StGB. Mientras que allí el propio sujeto de detrás pone en peligro al ejecutor, haciéndole elegir entre realizar un tipo delictivo o padecer daños, aquí, aprovechando

[23] Cfr. pp. 170-171.

una situación de peligro preexistente, le sitúa justamente ante la misma alternativa. Ahí reside a la vez la divergencia decisiva con respecto al supuesto antes tratado, en el que tuvimos que negar al tercero el dominio del hecho. Bien es verdad que en ambos casos el peligro ha surgido sin intervención del sujeto de detrás, pero cuando el instigador no altera la situación externa, ya preexiste el peligro para la víctima del estado de necesidad y, por tanto, la situación interna de conflicto que puede entrañar la exculpación por el § 54 StGB. Por el contrario, aquí es creada por el sujeto de detrás. Esta circunstancia lo convierte en titular del dominio de la voluntad, pues el tercero coloca al agente directo en una situación en la que éste, sin ser penalmente responsable de su decisión, se ve determinado a un homicidio antijurídico. La decisión determinante para la postura aquí defendida, esto es, la única por la que ha de responderse ante el foro del Derecho, y consiguientemente el dominio del hecho, residen en el sujeto de detrás. 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 si, sin dar el rodeo por el autor en estado de necesidad, interviniera él personalmente y abatiera al náufrago ya seguro a fin de procurar la tabla de salvación al otro náufrago.

Este juicio es independiente de la cuestión de los motivos por los que haya actuado el sujeto de detrás. Éste posee el dominio de la voluntad tanto si quiere perjudicar a su enemigo sirviéndose del que está disculpado por el estado de necesidad como si sólo pretende salvar a su amigo. En uno y otro caso ha ocasionado la muerte de una persona por su poder de voluntad. Seguramente el segundo caso ha de enjuiciarse más benignamente; pero también entonces el tercero, en aras de su amigo, ha matado a otro, arrogándose una función de juez sobre la vida y la muerte que no le incumbe [24]. Aun cuando se pretendiera, con GALLAS, admitir la exculpación también del sujeto de detrás —lo que es difícil de fundamentar en la ley y a mi juicio ni siquiera es político-criminalmente deseable—, seguiría siendo autor mediato (si bien disculpado), puesto que ha creado la posibilidad de una realización típica en la que el agente ya no es capaz de decidir responsablemente.

Igualmente es irrelevante, en este contexto, que el tercero tenga voluntad de autor o de partícipe en el sentido de la teoría del dolo. Aunque deje el uso de la pistola "a discreción" de aquel al que se la entrega, "subordinándose" así a la resolución de éste, sigue siendo titular del dominio de la voluntad, pues el agente, al que sitúa ante la alternativa ineludible, ya no puede adoptar decisión libre alguna a la que el sujeto de detrás pudiera someterse con eficacia jurídica. Aquí se pone de manifiesto que una teoría

[24] Cfr. con respecto a esta problemática, asimismo, WELZEL, 7.ª ed., p. 164, y BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 86.

del dolo entendida de modo puramente subjetivo psicologiza en exceso y que la teoría del dominio del hecho no coincide necesariamente en los resultados con aquélla no sólo en el ámbito del dominio de la acción, sino también al enjuiciar el dominio de la voluntad.

Así pues, concluimos que quien proporciona a quien ha incurrido en una situación de necesidad sin proponérselo, la posibilidad de salvarse a costa de otro mediante un delito disculpado con arreglo al § 54 StGB es autor mediato; quien, sin modificar la situación externa, en un estado de necesidad preexistente hace surgir en un interviniente la resolución de cometer una acción punible del § 54 StGB, o le presta al efecto auxilio psíquico, es sólo partícipe. Esta solución coincide, en el primer período, con la posición sustentada por GALLAS en contra de WELZEL, MAURACH y BOCKELMANN; en el segundo período, en cambio, da la razón a la concepción dominante entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en contra de GALLAS.

III. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE SUPRALEGAL

Aquí cabe enumerar los supuestos que tanto han ocupado a la praxis en la última posguerra en el marco de los llamados procesos por eutanasia: médicos oficiales cooperaron en la muerte antijurídica de algunos pacientes, enfermos mentales, para salvar a los demás. De no haber cooperado, los habrían matado a todos [25]. O bien, si se pretende excluir de este lugar a los casos de obediencia debida: un ferroviario evita una colisión que amenaza producirse y en la que con seguridad van a morir muchas personas, cambiando las agujas y dirigiendo el tren a una vía secundaria, donde atropella —como prevé el ferroviario— a unos cuantos obreros [26].

1. La creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supralegal

Suponiendo que otro haya producido conscientemente —con conocimiento de todas las circunstancias— la situación en la que el ferroviario sólo podría evitar la colisión mediante el cambio de agujas, ¿cómo ha de valorarse su conducta? Y ¿cómo ha de enjuiciarse a los sujetos de detrás que pusieron a los médicos en la tesitura de dejar morir a todos los pacientes o cooperar en la muerte de algunos?

Ha de estimarse autoría mediata. Tanto si el ferroviario o los médicos, de haberse abstenido de toda intervención en el suceso, habrían quedado impunes, como si hubieran sido culpables de un delito omisivo, en ambos

[25] *OGHSt*, 1, pp. 321-343; 2, pp. 117-135.

[26] El supuesto se debe a WELZEL, *ZStW*, t. 63, p. 51.

casos, estando exculpada la acción que han llevado a cabo, como preconiza la doctrina dominante [27], entonces no responden, y la decisión determinante (según los criterios en que aquí nos basamos), esto es, el dominio de la voluntad, reside en el sujeto de detrás.

Estos casos muestran, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, algunas peculiaridades hasta ahora no apreciadas, pues si suponemos que el autor directo puede sustraerse a la responsabilidad penal permaneciendo inactivo, y si excluimos asimismo la idea de relaciones de subordinación compulsivas, sólo cabe hablar de "coacción" a los sujetos actuantes en la medida en que el sujeto de detrás los pone en una situación de conflicto moral. Un caso así no puede localizarse psicológicamente en el mismo plano que los tratados hasta ahora, puesto que el poder del instinto de conservación, que allí surtía efecto, reduce más o menos la posibilidad de decidir libremente, traspasa las inhibiciones morales e impulsa al autor a lesionar el bien jurídico. Por el contrario, aquí ocurre a la inversa: el autor, omitiendo cualquier intervención, no tiene que temer en absoluto por su propia persona. Así pues, los impulsos psíquicos, como no deja de confirmar la experiencia, tenderán más bien a dejar seguir su curso a los acontecimientos, manteniéndose uno mismo al margen.

No obstante, si el autor actúa, tiene que imponer una decisión de conciencia (que surge del núcleo moral de su personalidad y en esa medida es absolutamente suya y "libre") superando la resistencia indolente de los niveles más bajos de su personalidad. Así pues, no es "no libre" en el sentido en que cabe admitirlo en los casos antes debatidos. Sería de todo punto erróneo querer equiparar la voz de la conciencia con la compulsión volitiva derivada del instinto de conservación.

De ahí se deduce, para la teoría del dominio del hecho, que no es posible hablar de dominio de la voluntad del sujeto de detrás en sentido psicológico. La autoría mediata del sujeto de detrás sólo cabe fundamentarla *per se* —y aquí se pone de manifiesto todo el alcance de los criterios elaborados *supra*— haciendo corresponder el "dominio de la voluntad" con el concepto de la responsabilidad jurídica. El legislador exime al autor directo (pues autor lo es ya en virtud de su dominio de la acción) no por razones psicológicas, sino porque respeta su decisión libre por motivos ético-sociales. Esta exoneración de consecuencias penales se concede al agente a causa de la situación creada por el sujeto de detrás. Por eso, en éste reside la última decisión por la que se ha de responder penalmente sobre lo que ha de ocurrir y precisamente en eso consiste el contenido jurídico de lo que hemos entendido por "dominio de la voluntad".

[27] Cfr. simplemente WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 163 y 164; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., v, 4, c, ante § 51, pp. 308 y 309; BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 272 y 374; HENKEL, *Mezger-Festschr.*, p. 300.

Si se pretendiera no sólo exculpar, sino incluso justificar al que actúa directamente, o concederle, en lugar de la exculpación, una causa personal de exclusión de la pena (acerca de estas cuestiones no es posible pronunciarse aquí) el resultado no sería distinto, puesto que en cualquier caso se eximiría de responsabilidad penal a causa del sujeto de detrás, lo único que importa a efectos de fundamentar la autoría mediata. De mantener la tesis de la justificación, se daría el clásico supuesto de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa de conformidad a Derecho [28]; de mantener la de la causa personal de exclusión de la pena, el ejecutor directo se presentaría como autor culpable. Pero incluso en esta tesis bastaría exonerar al ejecutor de las consecuencias penales de su hacer para impulsar al sujeto de detrás a la posición central del suceso en forma de acción, poniendo "en sus manos", en sentido jurídico, el curso del hecho.

2. La determinación o auxilio a quien actúa en estado de necesidad exculpante supralegal

De manera distinta han de enjuiciarse los supuestos en los que el tercero no ha creado la situación de conflicto, sino que incita al autor en estado de necesidad a cometer un delito o le auxilia a tal efecto. La delimitación entre autoría y participación carece aquí de relevancia práctica, porque, a diferencia de en los §§ 52 y 54 StGB, nadie negará al tercero la exculpación que se concede al autor en estado de necesidad. En efecto, ambos se encuentran en la misma situación en la que hay que optar ineludiblemente. Ambos actúan "libremente" y "no libremente" en la misma medida, no pudiéndose atender, como en los casos correlativos del § 54 StGB, a si el sujeto de detrás posibilita el hecho al ejecutor directo o si sólo lo ha incitado o instigado de otra forma. Más bien, dada la misma situación coactiva, no cabe hablar en absoluto de "dominio de la voluntad" de uno o de otro y, por tanto, tampoco de autoría mediata. En su lugar, cuando en estado de necesidad exculpante supralegal varias personas cooperan para alcanzar un resultado, la distinción entre las diversas formas de participación ha de llevarse a cabo del mismo modo que en la realización de delito común no coactiva. Más abajo se volverán a tratar (y ahí debemos remitir) los criterios decisivos, no abarcables mediante el concepto del dominio de la voluntad [29].

IV. SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD

Cabe distinguir aquí tres grupos de supuestos: los casos de constreñimiento psíquico análogos al estado de necesidad, pero no exculpantes (1), el estado

[28] Acerca de tales supuestos cfr. *infra*, pp. 255 s.
[29] Cfr. pp. 303 ss.

de necesidad coactivo para autolesionarse (2) y la realización de un hecho mediante un tercero no coaccionado, que actúa lícitamente (3).

1. La influencia psíquica análoga al estado de necesidad

La cuestión más debatida en el seno de la doctrina del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata es la de si cabe admitir el dominio del hecho del sujeto de detrás cuando el ejecutor directo se ha visto forzado, no en el sentido del § 52 StGB, pero sí de una manera psicológicamente semejante, que sin embargo no excluye la culpabilidad penal.

Sirva como punto de partida un supuesto de MAURACH un poco abreviado [30]. A determina a la mujer B, fácilmente influenciable y sometida del todo a él sexual y psicológicamente, para que mate a su esposo, amenazándola con abandonarla si no lo hace. No se dan los requisitos de los §§ 51, 52 o 54 StGB.

Aquí MAURACH entiende que «no cabe dudar de la existencia de dominio del hecho y, por tanto, del criterio material de la autoría mediata». También NOWAKOWSKI [31], LANGE [32] y v. UTHMANN [33] admiten la autoría mediata en casos semejantes.

Por el contrario, WELZEL [34] y GALLAS [35] rechazan la posibilidad de autoría mediata en tales supuestos. Para WELZEL la autoría medida presupone básicamente que el ejecutor directo sea un mero "instrumento". Pero la cualidad de instrumento le falta necesariamente, con arreglo a su teoría, si se le puede castigar a él mismo como autor culpable. Otra fundamentación más aduce GALLAS, que ha dedicado especial atención al problema. Admite GALLAS que es posible «pensar, en términos puramente fáctico-psicológicos, en casos en los que el sujeto de detrás, en virtud de su superioridad personal o social, "domina" también el hacer del ejecutor doloso y culpable» [36]. No obstante, señala, el dominio del hecho en sentido jurídico ha de «hallar sus límites allí donde el Derecho valora el hacer del que actúa directamente como un hacer que fundamenta responsabilidad libre y, consiguientemente, personal, pues con arreglo al baremo del mismo ordenamiento valorativo un comportamiento no puede aparecer al mismo tiempo como libre y como dominado por otro, esto es, como no libre».

[30] *AT*, 2.ª ed., § 48, I, A, 2, p. 495.

[31] *JZ*, 1956, p. 549; de todos modos, él habla aquí de coautoría; cfr. al respecto *infra*, pp. 303 ss.

[32] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, p. 161. LANGE incluso va mucho más allá en la estimación de autoría mediata; cfr. al respecto ya *supra*, p. 166.

[33] *NJW*, 1961, p. 1908.

[34] *SJZ*, 1947, apdo. 650; al respecto, en otro contexto, *supra*, p. 156.

[35] *Gutachten*, p. 134; número especial Atenas, p. 16.

[36] *Gutachten, loc. cit.*; casi al pie de la letra, en el mismo sentido, número especial Atenas, *loc. cit.*

Es fácil apreciar que se trata también aquí de la polémica, que ya nos es conocida, entre el concepto de autoría mediata puramente psicológico y otro orientado a la responsabilidad jurídica [37]. De nuestras consideraciones precedentes sobre la naturaleza del dominio de la voluntad se deduce forzosamente que también en este caso ha de preferirse esta última postura, en contra de la doctrina dominante. En esto me parece que la fundamentación aducida por GALLAS coincide en su núcleo absolutamente con la postura que *supra* desarrollábamos. El "dominio" lo tiene el sujeto de detrás sólo allí donde la decisión última y determinante le corresponde a él. En el entorno de las situaciones coactivas, tal es el caso cuando el legislador despoja al agente de la responsabilidad por su hacer (y sólo entonces). En todas las demás situaciones sólo se da un mayor o menor influjo del sujeto de detrás, que no obstante deja subsistente la posibilidad de autodeterminación "libre" en sentido jurídico y, consiguientemente, el dominio de la voluntad del ejecutor. Ello se ha expuesto *supra* detalladamente en relación con el supuesto inverso del ejecutor exculpado.

Sin embargo, al margen de estas cuestiones de principio relativas a la valoración del legislador, la opinión contraria brinda una solución de todo punto inviable. En efecto, si pretende vincular al concepto de "dominio" un sentido inteligible y asignar a la inducción significado autónomo, tiene que partir igualmente de que no todo influjo fundamenta el dominio del hecho por parte del que determina [38]. Ahora bien, ¿cómo puede concebirse un "dominio" como criterio psicológico que, por un lado, excluye la posibilidad de actuar de otra manera por parte del dominado y, por otro, no menoscaba ni la imputabilidad ni la responsabilidad del agente? A la Psicología se le plantearían aquí tareas equiparables a la cuadratura del círculo, que obviamente no puede realizar. Así, por evidenciarlo con un supuesto jurídico-penal paralelo, se ha revelado imposible, a pesar de los esfuerzos desplegados, encontrar un criterio psicológico para la "voluntariedad" del desistimiento [39]. A tal efecto, al menos se ha aliviado la tarea atendiendo a la "persona media", mientras que la indagación del "dominio" (si ya se le quiere determinar de manera puramente psicológica) ha de basarse en todo caso en la relación individual.

Y además, si se pretende, como la teoría contraria, dirimir el "dominio" de manera psicológico-fáctica, también habría que hacerlo, coherentemente, en el ámbito de las causas de exculpación propias. Pero allí, como se puso de manifiesto *supra*, madie aún ha sustentado una opinión diferenciadora en tal sentido.

[37] Es característico que v. UTHMANN *(op. cit.*, nota 3), en contra de GALLAS, aduzca que el dominio del hecho es un "concepto ontológico y, por tanto, prejurídico".

[38] Cfr. al respecto *supra*, p. 166.

[39] Cfr. al respecto BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 171 ss., que alude con razón a que las sentencias dictadas sobre esta base se "contradicen hasta lo ridículo" (p. 176).

Finalmente, NOWAKOWSKI ha intentado justificar su postura divergente también mediante una consideración "valorativa", señalando que el "influjo relevante" del sujeto de detrás es "equivalente" a la ejecución directa y ha de considerarse como dominio del hecho [40]. Igualmente, atribuye el dominio del hecho al que contrata a un asesino a sueldo [41]. Y, sin embargo, tampoco esta vía conduce a la meta. Bien es verdad que, si pensamos en el supuesto de MAURACH descrito al principio, la energía criminal de A presumiblemente será mayor que la de B. Desde luego, A tiene que ser castigado al menos con el mismo rigor. Pero si esta equivalencia referida a la "gravedad" de la culpa criminal —y no de otra cosa se trata— se quisiera convertir en el criterio del dominio del hecho, habría que pasar a un normativismo completamente desligado de la consideración concreta y a una criminologización del concepto de autoría, lo que, como se señaló *supra* [42], no daría cuenta del sentido de las formas de participación.

Así pues, hay que establecer que las situaciones análogas al estado de necesidad que dejan al agente la responsabilidad por su hacer no procuran el dominio de la voluntad al sujeto de detrás, que no pasa de inductor. En esta medida no hay, pues, "autor de detrás del autor". Ahí reside el núcleo de verdad de esta postura, defendida desde siempre por WELZEL y desacertada en su forma generalizadora [43].

2. El estado de necesidad coactivo para la autolesión

a) *Estado del debate*

Un problema especial se plantea en el —denominado por WELZEL— [44] estado de necesidad coactivo para la autolesión o para el suicidio. En este contexto sólo puede abordarse un pequeño sector del difícil círculo de problemas de la participación en el suicidio. El que quien omite o quien determina a suicidarse a alguien a quien engaña, o a un enfermo mental, o a un menor, o en general a una persona próxima, haya de ser considerado o no como señor del hecho de un homicidio se debatirá *infra* en varios lugares [45]. Aquí se trata únicamente de si puede ser autor en el sentido del § 212 StGB (homicidio) aquel que fuerza a suicidarse a una persona imputable, que aprecia perfectamente la situación, no ligada a él por una especial posición de deber y adulta.

[40] *JZ*, 1956, p. 549, nota 68.
[41] *Op. cit.*, p. 549, notas 65 y 66.
[42] Pp. 41-42 y 47-49.
[43] Sobre supuestos en los que esta tesis conduce a errores cfr. *supra*, pp. 156, 166, así como *infra*, pp.235 ss.
[44] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 91 ss.
[45] Cfr. pp. 249 ss. y 510 ss.

El tratamiento de este caso es discutido en muchos sentidos. Sobre la base de la teoría del dominio del hecho está claro que la mera determinación a otro a que se suicide no convierte al sujeto de detrás en autor mediato (como ya admitió Eb. SCHMIDT [46], en aplicación consecuente del concepto extensivo de autor). Aunque se vaya más allá y, como exige MEZGER [47] desde el punto de vista de la teoría subjetiva, se requiera, además de la causación, la "voluntad de autor" del que determina, no cabe hablar de "dominio de la voluntad" por parte del inductor [48]. Y mucho menos es posible considerar —con MEISTER— [49] al sujeto de detrás como autor de homicidio cuando éste «ha dificultado al suicida la decisión de apartarse del suicidio, al sopesar éste los pros y los contras», o cuando, «apelando al sentido del deber del que no está enteramente decidido a suicidarse, determina que se suicide».

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho quien va más lejos es LESS [50], que al parecer propugna considerar suficiente cualquier coacción punible por el § 240 StGB para fundamentar la autoría mediata.

Un grupo intermedio lo forman WELZEL [51], MAURACH y LANGE. WELZEL [52] parece sustentar que se atienda a si concurría una situación correspondiente al § 52 StGB [53]. A ello se opone, sin embargo, que aduzca como ejemplo la sentencia RGSt 26, 242. Esta sentencia no ofrece punto de apoyo alguno para entender que el aprendiz al que su patrón había ordenado comer unos menudillos sin limpiar fuera forzado a hacerlo por los medios coactivos del § 52 StGB [54]. A semejanza de WELZEL, MAURACH [55] propone admitir la autoría mediata del sujeto de detrás al menos cuando «fuerza el suicidio dándose los requisitos del § 52 StGB» [56]. Además, entiende que existe dominio del hecho del que fuerza cuando determina a la víctima a despedirse de la vida creándole una situación desesperada [57]. LANGE [58] habla sólo de que el "inductor", para ser autor mediato, tiene que haberse servido del otro "para ejecutar su propia voluntad de eliminar a éste".

[46] *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 124 y 125; le da la razón —pero desde otros fundamentos— HEGLER, *Festgabe für Rich. Schmidt*, pp. 76-78. Con respecto a la "teoría de la preponderancia" de HEGLER en este ámbito cfr. las observaciones que se realizan *infra*, pp. 185-186, en un supuesto en esto muy semejante.
[47] *KLB. BT*, 7.ª ed., 1960, § 5, IV, pp. 12 y 13.
[48] Cfr., junto a nuestras anteriores consideraciones relativas al dominio de la voluntad, simplemente MAURACH, *BT*, 3.ª ed., p. 17.
[49] *GA*, 1953, p. 168.
[50] Así ya en 1935 LANGE, *Der moderne Täterbegriff*, p. 34. Acerca de la influencia de esta obra sobre la teoría del cominio del hecho cfr. *supra*, pp. 34, 85, 95 ss.
[51] *JZ*, 1951, p. 582.
[52] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 91 ss.
[53] Cfr., asimismo, *OGHSt*, 2, pp. 5-11 (7 y 8).
[54] Razón por la cual, por ejemplo, v. LISZT, *Lehrb.*, 21.ª y 22.ª eds., § 50, nota 5, p. 210, rechaza la sentencia por llevar demasiado lejos.
[55] *AT*, 2.ª ed., p. 504; *BT*, 3.ª ed., p. 17.
[56] *BT*, *loc. cit.*
[57] *Ibidem*.
[58] *Kohl.-Lange*, 42.ª y 43.ª eds., §§ 211-212, V, 1, p. 474.

Los tres se refieren al famoso caso de Hildegard Hoefeld, de catorce años y medio [59], cuyos padres, mediante golpes y amenazas, querían llevarla a la muerte y de hecho ocasionaron que intentase suicidarse. Sin embargo, este ejemplo no es muy apropiado para clarificar la cuestión debatida, pues los padres pueden ser aquí autores de tentativa de homicidio por tres motivos: por la temprana edad de la muchacha, por su posición especial como personas con deber de custodia y por los golpes y amenazas, que satisfacen los requisitos del § 52 StGB. La referencia a esta sentencia no evidencia, pues, en qué circunstancias ha de apoyarse la autoría de los que determinaron.

En resumen, cabe decir que WELZEL, MAURACH y LANGE en todo caso propugnan estimar autoría mediata cuando se da una situación coincidente con el § 52 StGB, pero que también otras coacciones pueden entrañar afirmar el dominio del hecho del sujeto de detrás, sin que hasta ahora se hayan clarificado sus requisitos.

Por el contrario, a una delimitación esencialmente más estricta de la autoría llega KAUN [60], que ha dedicado un amplio trabajo de investigación al tema desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Para él, los malos tratos o la amenaza de infligirlos, aun cuando en el caso del § 52 StGB conducirían a la exclusión de la culpabilidad, no deben bastar para fundamentar la autoría del sujeto de detrás. Más bien afirma el dominio del hecho de quien determina sólo cuando los dolores infligidos o amenazados alcanzan tal grado que ya no son soportables para la víctima ni siquiera empleando toda la resistencia que cabe esperar de ella [61]. El límite propone trazarlo allí donde, considerando la constitución individual, psíquica y física del afectado, y las circunstancias particulares del caso concreto, no cabe esperar ya de él resistencia, con arreglo al sentimiento moral general. La amenaza por parte del sujeto de detrás de que va a matar al amenazado o a un allegado suyo, según KAUN, en ninguna circunstancia puede bastar para la autoría mediata [62].

Para fundamentarlo, aduce que si un sujeto, mediante amenaza de muerte, fuera compelido a suicidarse, no se encontraría ante una alternativa que excluyera la decisión libre, pues como las vías entre las que debe optar tendrían que conducir a su muerte, y una no es más espantosa que la otra, puede elegir libremente entre ambas. Y si el amenazado comete incluso suicidio para salvar a un allegado de morir, actúa "virtuosamente en tan alta medida que sería precisamente denigrarlo imputar este hecho al dominio psíquico de un criminal".

[59] Narrado por LANGE, *Mod. Täterbegriff*, pp. 32 ss.

[60] *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem*, tesis doctoral inédita, Hamburgo, 1960.

[61] *Op. cit.*, pp. 45 ss. y 60.

[62] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

b) *Toma de posición*

Si intentamos resolver esta cuestión, en gran medida por aclarar, de la mano de los criterios elaborados con respecto a los demás casos de coacción, tendremos que partir de que la coacción que se ajusta a los requisitos del § 240 StGB no basta en todos los casos para admitir el dominio del hecho del sujeto de detrás. Piénsese en el caso en que A amenaza a B con denunciarle por un delito, con descubrir una infidelidad matrimonial o un escándalo societario, o con la ruina económica, si no comete suicidio; ello puede desde luego determinar al suicidio. Pero la decisión última al respecto y con ella el dominio de la voluntad en el sentido de la ley no reside en el que amenaza. Lo cual se deriva forzosamente del hecho de que si la coacción se dirige a un comportamiento típico, el amenazado sigue siendo responsable penalmente en toda su amplitud por su actuación. Al haber excluido *supra* del ámbito de la autoría mediata todos los supuestos "análogos al estado de necesidad" que no reunieran los requisitos de los §§ 52 y 54 StGB, aquí no podemos proceder de otra manera. De donde se deduce que no sólo el § 240 StGB no proporciona criterio apropiado alguno para indagar el dominio del hecho, sino que también ha de negarse cualquier intento de fundamentar la autoría mediata del sujeto de detrás, más allá de los límites del § 52 StGB, "mediante la creación de una situación de desesperación psíquica" o en casos semejantes [63].

Consiguientemente, es evidente entender que hay dominio del hecho del que determina siempre que (pero también sólo cuando) se dan los requisitos del § 52 StGB, esto es, siempre que se ha forzado a suicidarse al afectado mediante violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para él mismo o para un allegado suyo [64]. En favor de lo señalado habla la consideración de que el legislador —como muestra el § 52 StGB— parte de que, de existir estos requisitos, ya no se da una decisión del coaccionado que sea libre por la que tenga que responder jurídicamente y que mantenga, por tanto, el dominio de la voluntad. Sin embargo, la coacción para el suicidio destaca con respecto al supuesto de estado de necesidad coactivo por dos peculiaridades que posiblemente entrañen un enjuiciamiento divergente.

La primera reside en que el suicidio representa una acción que es atípica y, por tanto, no puede fundamentar, de entrada, responsabilidad penal alguna. Así pues, no hace falta, merced a la situación coactiva, despojar al agente de responsabilidad, de manera que no ha de recurrirse a la aplicación directa de la idea que fundamenta la autoría mediata en el § 52 StGB. Pero como

[63] Presuponiéndose siempre, obviamente, que estaba intacta la imputabilidad plena del sujeto. De lo contrario, la solución es distinta. Cfr. al respecto *infra*, pp. 257 ss.

[64] De esta concepción parte asimismo la sentencia *OGHSt*, 2, pp. 5-11 (7 y 8).

los medios coactivos son los mismos y las consideraciones en las que descansa la impunidad del suicida se refieren exclusivamente a su persona, careciendo de influencia sobre el enjuiciamiento del que determina, es posible generalizar sin reparos el principio en que se basa el § 52 StGB, en tanto que la índole especial del resultado coactivo perseguido no se oponga al de aquí.

Lo cual lleva a la segunda y más profunda diferencia entre el estado de necesidad coactivo y la coacción para el suicidio. Mientras que, por ejemplo, allí el autor obra bajo la compulsión del instinto de conservación y en su virtud se ve disculpado, la coacción se dirige aquí, justo a la inversa, a una superación de ese instinto que llega hasta el suicidio (esto es, lo más lejos que es posible). Vistas así las cosas, el suicidio es la decisión volitiva más libre, esto es, la impuesta contra la intensa resistencia de los niveles instintivos, que cabe concebir. En tal enfoque se basa en definitiva también que KAUN, como se indicó *supra*, en tales casos llegue a rechazar tajantemente el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás.

Estos reparos no pueden pasarse por alto; sin embargo, creo que admitir la autoría del que determina, cuando se sirve de los medios coactivos del § 52 StGB, facilita la solución correcta también desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Lo cual obedece a dos razones:

En primer lugar, un análisis más detallado revela que en estos casos tampoco se está tan lejos como parece de la libertad del suicida, incluso desde puntos de vista psicológicos, siempre que se mida el instinto de conservación, sin referirlo a la situación concreta, por su intensidad (valga la expresión) abstracta. En efecto, si se sitúa al amenazado ante la disyuntiva de dispararse a sí mismo o de que otro le abata, el instinto de conservación no va a hacerle arredrarse de suicidarse, porque su vida la da de todos modos por perdida. Su "libertad" se reduce a elegir el modo de morir, y en este punto la violencia o la amenaza de muerte a menudo ya no hará llegar a la víctima a una decisión razonable, en que sopese serenamente las distintas posibilidades. También la "ausencia de libertad" psíquica es aquí concebible. Y en el caso de que la amenaza se refiera a un allegado ha de tenerse siempre en cuenta (piénsese en la relación entre una madre y su hijo) que el impulso puramente instintivo de salvar y proteger puede ser lo suficientemente intenso como para refrenar la tendencia a la propia conservación y "forzar" al coaccionado a sacrificarse, con independencia de la decisión de su voluntad libre, que en tales situaciones a menudo estará excluida.

Naturalmente, no hay que pasar por alto que para el amenazado, en función de su personalidad, aún puede ser posible, con frecuencia, una decisión "libre" en sentido moral, a pesar de la falta de salidas de la situación coactiva creada por el sujeto de detrás. Uno puede considerar más valeroso y digno darse muerte que dejarse matar. Y quien sacrifica su vida para

salvar la vida de un allegado muchas veces lo hará no psíquicamente constreñido, sino por abnegación y nobleza. En estos supuestos, no obstante, interviene un segundo punto de vista al que ya hemos recurrido *supra* de manera semejante para fundamentar la autoría mediata: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás consiste en que coloca a la víctima en una situación ineludible en la que, haga el coaccionado lo que haga y con independencia de cuáles sean en el caso concreto las circunstancias en sus vertientes psicológica y ética, el Derecho le exime de responsabilidad por su actuar y se la imputa al que coacciona. Tal es indudablemente el caso cuando el amenazado, por ejemplo, para salvar a su allegado mata a otro. ¿Por qué iba a ser distinto cuando uno se da muerte a sí mismo con igual finalidad?

Y si alguien prefiere suicidarse a que lo maten ello puede ocurrir de modo (y sólo podría comprobarse en el caso concreto) que le hubiera sido posible psíquicamente la decisión contraria y que quizá éticamente incluso cabría habérsela exigido. Sin embargo, tiene pleno sentido que el ordenamiento jurídico ahorre al juez la tarea (acaso apenas resoluble) de desglosar en el caso concreto lo que hay en la decisión del coaccionado de compulsión no libre y lo que hay de resolución propia libre, ajustada a su personalidad. Dirimir tales situaciones límite no es asunto del juez [65]. El Derecho no espera heroísmos e imputa como obra propia la decisión de suicidarse no al coaccionado, sino al sujeto de detrás, aun cuando los criterios de la imputación psicológica y ética en el caso concreto puedan conducir a resultados distintos. Se vuelve a poner aquí de manifiesto que el concepto de dominio del hecho, pese a su base empírica, no puede entenderse de manera puramente psicológica, ni determinarse, como propugna KAUN en estos casos, en función de principios éticos, sino que lo determinante son las decisiones valorativas jurídicas.

Así pues, nuestra solución reza así: la coacción al suicidio fundamenta el dominio de la voluntad del sujeto de detrás siempre que (pero sólo cuando) éste se sirva de los medios del § 52 StGB.

3. La producción del resultado mediante un tercero no coaccionado que actúa lícitamente

El caso académico es el siguiente: A determina a X, al que quiere quitar de en medio, para que ataque a C con un cuchillo. Pretende conseguir que C mate a X en legítima defensa justificante, como en efecto sucede. ¿Puede castigarse a A por el homicidio doloso de X? [66]

[65] Cfr. al respecto, con carácter general, EVERS, «Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision», *JR*, 1960, pp. 369-372, en polémica con la obra de END, *Existenzielle Handlungen im Strafrecht*, 1959.

[66] Cfr., con respecto a este caso, HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, p. 54; MEZGER, *ZStW*, t. 52, 1932, p. 534.

El problema se discute desde hace decenios [67]. HEGLER le dedicó en 1932 la primera investigación específica, llegando al resultado de que se da autoría mediata. Para fundamentarlo se sirve de su —ya varias veces citada— [68] "teoría de la preponderancia": como el que actúa directamente está justificado por la legítima defensa, pero el que determina no está amparado por ninguna causa de justificación, el sujeto de detrás tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuricidad" que lo convierte en autor mediato [69]. En contra se pronunció MEZGER [70], como último y más renombrado partidario de la opinión discrepante, pero pronto se sumó a la postura antes criticada, si bien con otra fundamentación [71]: dado que la acción en legítima defensa justifica al autor sólo si está dirigida por la voluntad de defensa, el que determina, como a él le falta esa voluntad, tiene que ser autor antijurídico, mientras que el ejecutor directo se ve beneficiado por el § 53 StGB *. Desde entonces, la posibilidad de autoría mediata por medio de un instrumento que obra lícitamente está reconocida en general.

También nosotros vamos a darlo por sentado. Sin embargo, este resultado sólo cabe fundamentarlo de manera realmente satisfactoria integrando el dolo sistemáticamente, en el sentido de la teoría final de la acción, en el tipo, pues como el resultado (en nuestro ejemplo, la muerte de X) es el mismo para ambos intervinientes, el distinto enjuiciamiento penal sólo cabe explicarlo por el hecho de que la justificación no se refiere a la realización causal del resultado, sino a la acción final. También la fundamentación de MEZGER lo admite; en efecto, sólo un comportamiento final dirigido al resultado puede ser sustentado por una voluntad de defensa. Y asimismo HEGLER parte tácita (e inconscientemente) de esta premisa. De otro modo, su argumentación contendría una *petitio principii*, ya que daría por supuesto justo lo que se trata de demostrar: que el hacer del sujeto de detrás puede ser antijurídico, aun cuando el estado exterior realizado sea conforme al ordenamiento jurídico [71a].

Otro intento de explicar la posibilidad de autoría mediata en el actuar lícito del instrumento se debe, recientemente, a JOHANNES [71b]. También él

[67] Cfr., con respecto a la bibliografía anterior, HEGLER, *op. cit.*, pp. 51 ss.; acerca de la evolución reciente, con bibliografía muy amplia, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges*, 1963.

[68] Cfr. simplemente *supra*, pp. 79-81.

[69] *Op. cit.*, pp. 71-72.

[70] *ZStW*, t. 52, 1932, pp. 549-545.

[71] Cfr. al respecto, en la actualidad, *KLB. AT*, 9.ª ed., § 87, p. 233.

* § 53 StGB: «**Legítima defensa.** I. No concurre acción punible si ésta es constitutiva de legítima defensa.

II. Legítima defensa es la necesaria para repeler una agresión actual y antijurídica a uno mismo o a un tercero.

III. No es punible el exceso en la legítima defensa cuando el autor ha sobrepasado los límites de la defensa por confusión, miedo o pavor.»

[71a] Cfr. al respecto, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, p. 38, nota 101.

[71b] *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges*, 1963.

parte con razón de que sólo cabe admitir el actuar antijurídico del sujeto de detrás si para la fundamentación del injusto no se atiende exclusivamente al resultado, sino que junto a éste se recurre al desvalor de acción, desvalor que es posible juzgar de modo diverso para los distintos intervinientes [71c]. Sin embargo, la distinta naturaleza del desvalor de acción en caso de actuación conforme a Derecho del instrumento, según su postura, no se deriva del distinto fin que se señala cada interviniente; más bien propugna, frente a la doctrina dominante, prescindir de todos los elementos subjetivos de justificación [71d] y determinar el injusto de manera puramente objetiva. En lugar de lo cual el principio de ponderación de bienes, que considera válido "en igual medida para todas las causas de justificación" [71e], conduciría a que las acciones del sujeto de detrás y del intermediario se valoren de modo distinto.

Pero aun aceptando la más que dudosa tesis de que toda justificación se basa en el principio de ponderación de bienes [71f], de todos modos surge el problema de en virtud de qué circunstancias el principio de ponderación de bienes en un caso entraña la licitud de la acción y en otro su antijuricidad, siendo el mismo el resultado, si la distinta relación interna de los intervinientes con el suceso no desempeña papel alguno. No obstante, JOHANNES no responde a esta cuestión decisiva; se limita a señalar que el problema "aún está por resolver" y que por eso «se comprende que la doctrina dominante recurra al criterio de delimitación —si bien erróneo— de la voluntad de obrar o no de conformidad a Derecho» [71g]. En realidad, el problema "por resolver" pone de manifiesto que toda su argumentación carece de base. Por lo demás, no se entiende por qué, en nuestro supuesto de partida, el comportamiento del sujeto de detrás va a ser antijurídico si no hay que atender a su finalidad subjetiva; determinar a una acción amparada por legítima defensa no está prohibido como tal. Por eso, los esfuerzos de JOHANNES por hacer entendible la posibilidad de autoría mediata en todos los supuestos de esta naturaleza, con auxilio de una teoría del injusto puramente objetiva, a mi juicio no han conseguido su objetivo [71h].

Pero con declarar la posibilidad teórica de autoría mediata mediante un instrumento que obre lícitamente, para la teoría del dominio del hecho

[71c] *Op. cit.*, p. 51, y en nota 146.

[71d] *Op. cit.*, p. 48, nota 137.

[71e] *Op. cit.*, p. 44.

[71f] JOHANNES se contradice al señalar, por una parte, que la ponderación de bienes impera «en definitiva también en la legítima defensa» (p. 50, nota 142), mientras que en otro lugar señala que «se sacaría de quicio al § 53 StGB si también a él se le quisiera aplicar el principio de la ponderación de bienes» (p. 23).

[71g] *Op. cit.*, p. 56, nota 156.

[71h] Ahí no se discute que en el supuesto concreto la conformidad a Derecho de la acción efectuada por la persona interpuesta pueda basarse también en elementos objetivo-personales; pero por lo general no puede pasarse sin tener en cuenta elementos subjetivos.

no está resuelto el problema. El punto de partida de MEZGER se revela al respecto inútil, pues se basa en definitiva en la idea de que la causación de un resultado por una acción antijurídica basta para fundamentar la autoría, lo cual es consecuente desde el concepto extensivo de autor, pero la teoría del dominio del hecho no lo comparte. Y asimismo desde el punto de vista de HEGLER, que no sustenta el concepto extensivo de autor [72], en estos supuestos basta la sola antijuricidad para fundamentar la autoría del sujeto de detrás. Por el contrario, para la teoría del dominio del hecho, la acción antijurídica que realiza el resultado debe tener tal naturaleza que permita al sujeto de detrás dominar al curso del hecho.

En esta circunstancia suelen reparar muy poco los partidarios de la teoría del dominio del hecho. Así, por ejemplo, MAURACH [73] mantiene que se da dominio del hecho del sujeto de detrás cuando «en perjuicio del ejecutor, provoca la situación de legítima defensa de éste, para determinarle así a realizar una acción de defensa típica». Igualmente decide LANGE [74]. Al afirmarlo, se pasa por alto que el que determina "tiene en sus manos" el suceso sólo si ejerce el dominio sobre el atacante, pues sólo a través de éste puede el sujeto de detrás forzar al justificado a llevar a cabo justo la acción de defensa que él desea.

Si en nuestro ejemplo A se limita a persuadir a X para que ataque a C, depende exclusivamente de X hacer caso o no; lo que ocurra está sometido, hasta la ejecución de la agresión, a su dominio de la voluntad; A sólo puede confiar en que X le haga caso, pero no puede dirigir el suceso. No le faltaba razón a MEZGER cuando, desde el punto de vista de su posición anterior, dijo [75]: «Si X, como persona plenamente responsable, conociendo plenamente la situación, ataca a C, han de imputársele a él las consecuencias que se deriven de que C haga uso de su legítimo derecho a la defensa.»

Tampoco WELZEL [76] requiere expresamente que el sujeto de detrás domine al atacante. Bien es verdad que el muerto, en el ejemplo de que se sirve, es un débil mental, por lo que viene en consideración una situación de dominio; sin embargo, no queda claro si entiende que esto es requisito necesario de la autoría mediata en tales casos, pues aunque llama "instrumento" del sujeto de detrás al atacante, excluye del ámbito de la autoría mediata sólo los casos en los que la situación de legítima defensa ha surgido sin ninguna intervención del sujeto de detrás.

En cambio, merece suscribirse la posición de SCHRÖDER que, frente a su anterior concepción, recurre aquí a la idea del dominio del hecho para

[72] Cfr. al respecto *Festgabe für Richard Schmidt,* p. 73, nota 35.

[73] *AT,* 2.ª ed., § 48, II, B, 2, a, pp. 501 y 502; cfr. asimismo JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 41, nota 117.

[74] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 51, II, 2, pp. 191 y 192.

[75] *ZStW,* t. 52, 1932, p. 535.

[76] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 93.

encontrar la solución [77]: «Sin embargo, el autor sólo domina el hecho en estos casos cuando realiza la propia situación de defensa mediante un instrumento... Pero si el autor determina a otro para que ataque y éste al hacerlo no actúa como instrumento suyo, aquél ya no es señor del hecho en relación con la acción de legítima defensa y no se da autoría mediata.» En el ámbito de los supuestos coactivos —yendo más allá de lo que presumiblemente haría SCHRÖDER— [78] hay que exigir que el sujeto de detrás haya conducido al atacante a una situación exculpante de los §§ 52 o 54 StGB, determinándole así al hecho. Ya se expuso *supra* por qué tales supuestos siempre entrañan el dominio del hecho del sujeto de detrás, pero los casos análogos al estado de necesidad nunca.

No obstante, los supuestos aquí debatidos plantean un problema específico más. En efecto, A, para conseguir el resultado final (la muerte de X), se sirve de dos instrumentos: de X y de C [79]. Cuando, como se exige aquí, A sitúa a X en un estado de necesidad exculpante, por ese solo hecho no está dicho que ejerza al mismo tiempo el dominio del hecho de C. Dado que no actúa sobre C directamente, sólo es director del hacer de éste en tanto que X, a quien él domina, tenga en sus manos a C. No obstante, el que ocurra así puede ser dudoso, y ello por dos motivos:

La objeción más obvia reside en la consideración de que no cabe hablar de que X domine a C si el ataque, completamente en contra de la voluntad de X, acaba con la muerte de éste y C, como auténtico señor de la situación, resulta victorioso en la lucha. Sin embargo, cabe replicar que C, si quiere salvar su vida, necesariamente ha de matar a X (de otro modo, su defensa no tendría éxito) y que este resultado no corresponde ciertamente a la voluntad de X, pero sí al plan del que le ha forzado, A, apareciendo en esa medida como consecuencia del dominio directivo del sujeto de detrás.

La segunda objeción reza que el § 53 StGB, que justifica la actuación de C, no es un supuesto de coacción [80]. El legislador no aprueba la actuación de C porque considere excluida su libre determinación, sino porque ha plantado resistencia al injusto. De ahí no surgen, me parece, dificultades cuando la defensa se origina en una situación que al mismo tiempo exculparía al agente por los §§ 52 o 54 StGB, como ocurre en nuestro ejemplo de partida.

[77] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., observación previa IV, 2, a, p. 235, ante § 47; sin razón en contra suya JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 24, nota 56.

[78] SCHRÖDER, *loc. cit.,* no se pronuncia al respecto, aduciendo como ejemplos simplemente la utilización de niños y enfermos mentales. Esta concepción no deja de ser bastante curiosa desde su punto de partida, ya que para la autoría mediata sólo requiere la "voluntad de autor" del sujeto de detrás; cfr. IV, 2, b, ante § 47, p. 236; en favor de la autoría mediata en todos los supuestos, por eso, desde fundamentos análogos, asimismo, por ejemplo, BAUMANN, *Lehrb.,* 2.ª ed., p. 448.

[79] En esto igualmente WELZEL, 7.ª ed., p. 93.

[80] Cfr. al respecto sólo HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt,* p. 68; en la actualidad, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 39, quien debido a esta objeción rechaza sin razón el dominio del hecho del que determina.

En efecto, aunque aquí no se requiera exención de culpabilidad, la situación psíquica del atacado es la misma y puede suponerse sin más que no es capaz ya de adoptar ninguna resolución "libre" (en el sentido de la idea del legislador), de manera que el dominio de la voluntad sobre la acción que condujo a la muerte del agresor X reside en el sujeto de detrás. Lo cual se mantiene incluso cuando objetivamente no haya sido necesaria la muerte del atacante, pero C —tal como quería A—, por confusión, temor o pánico (§ 53.3 StGB), haya sobrepasado, estando disculpado, los límites de lo permitido, realizando así el resultado de muerte.

Pero ¿y si no existe una auténtica situación coactiva, como por ejemplo, si A simplemente fuerza a X a atacar el patrimonio de C y éste entonces, como quería A, abate a X en legítima defensa? ¿Y si no es C, sino el hasta entonces no interviniente D, en auxilio de C, quien mata a X? ¿Puede decirse que A tiene el dominio del hecho (o sea, en este contexto, el dominio de la voluntad) sobre las acciones de C y D, aun cuando ninguno de los dos se encuentra bajo la presión de una coacción exculpante de los §§ 52 o 54 StGB? Aquí puede de nuevo ser útil la idea que más arriba elaboramos y sin la cual la teoría del dominio del hecho en todas partes llevaría a resultados absurdos: que el concepto de dominio no puede estimarse exclusivamente con arreglo a criterios psicológicos y que, sobre la base de la ley, hay que imputar una decisión al sujeto de detrás que determina siempre que se exima de consecuencias penales al agente merced a la situación creada por el sujeto de detrás. Tal es aquí el caso, de manera que, a pesar de las objeciones invocadas, puede afirmarse el dominio del hecho del que determina.

V. LA ORDEN VINCULANTE ANTIJURÍDICA

El último caso de posible autoría mediata a través de un agente que actúa de modo no libre es el de la orden vinculante antijurídica. El problema tiene escasa importancia *de lege lata*, pues con arreglo al § 11.2 de la Ley Militar, las órdenes cuya ejecución entrañe la realización de un crimen o delito no son vinculantes y no pueden ser obedecidas. Si, no obstante, el subordinado las obedece, puede darse autoría mediata, por ejemplo, porque el soldado crea falsamente en su naturaleza vinculante, pero entonces se trata de un caso de error y no de una situación coactiva [81]. Sin embargo, si el soldado ejecuta una orden conociendo su no vinculatoriedad, entonces él mismo es responsable, según el § 33 WehrStrG (Ley Penal Militar), como autor culpable, y la acción del superior se presenta, de acuerdo con los principios desarrollados *supra*, como inducción, al margen de la agravación

[81] Cfr. al respecto *infra*, pp. 216 ss.

de la pena prevista en el § 33 WehrStrG [79a]. Así pues, para la problemática de la que aquí se trata sólo quedarían los casos de comisión de contravenciones.

En este caso, WELZEL admite la autoría mediata del superior [82]. Por el contrario, señala LANGE [83]: «Si el superior ordena cometer una contravención, la orden es vinculante. El soldado ejecutor es autor, y al que ordena ha de castigársele como inductor.»

Merece suscribirse la postura de WELZEL. La opinión sustentada por LANGE sólo es constructivamente posible, a la vista de la accesoriedad limitada, si la acción del subordinado se considera antijurídica, pero disculpada. Pero aun suponiendo eso, el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho. Si el soldado debe temer que al negarse a cumplir la orden va a exponerse a consecuencias disciplinarias o penales, su decisión ya no es libre en sentido jurídico. No obstante, tendría que conformarse con tales consecuencias, que no son equiparables sin más a los peligros de los §§ 52 y 54 StGB. En esa medida ha de concederse que el destinatario de la orden no se encuentra en una situación coactiva que impida totalmente la decisión libre de desobedecer. Y desde luego se ignoraría la esencia de la obediencia militar si se concibiesen las acciones de los soldados en general como "no libres" y fundadas en actos coactivos psíquicos. Con todo, del principio de responsabilidad (a estas alturas ya suficientemente conocido) se deduce que el legislador exige al soldado subordinado la ejecución de la orden y lo libera de las consecuencias penales, considerando al que ordena como aquel en quien reside la decisión determinante y con ella el dominio de la voluntad. Y eso es lo que verdaderamente importa. Al respecto, no desempeña papel alguno que se considere la acción del destinatario de la orden como justificada o sólo como exculpada [84]. Todo lo cual no requiere ulterior fundamentación, a tenor de lo expuesto anteriormente.

VI. RESUMEN

El análisis de todos los supuestos coactivos ha dado lugar a una solución unitaria. Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás. La exposición

[81a] Acerca de que al margen de las relaciones de Derecho público pueda existir autoría mediata, cfr. *infra*, pp. 267 ss.

[82] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; asimismo SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., II, 4, c, ante § 51, p. 295.

[83] KOHLR.-LANGE, ante § 47, 5, B, 2, h, 42.ª y 43.ª eds., p. 163.

[84] La cuestión sigue siendo controvertida. Cfr. al respecto, básico, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, 1958; específicamente sobre esta cuestión *de lege lata*, p. 204, nota 30.

precedente ha puesto de manifiesto que sólo un concepto de dominio del hecho así entendido conduce en los casos de coacción a soluciones con sentido. El resultado se ajusta tanto a los principios rectores del Derecho vigente como a la concepción natural del contenido dado del concepto de dominio. Los criterios desarrollados hacen posible, además, referir las múltiples manifestaciones del dominio de la voluntad en virtud de coacción, desde la casuística de las consideraciones que hemos reflejado, dispersa y que aisla a los distintos grupos de casos, a una estructura jurídica común. En ellos se sigue observando el procedimiento descriptivo, al ir variando las numerosas situaciones de posible exclusión de responsabilidad la configuración del concepto de dominio de manera continuamente cambiante, ajustada a los datos concretos. Asimismo, el concepto está "abierto" para supuestos hasta ahora no advertidos o que se van a añadir por el desarrollo del Derecho: supuestos que —al igual que ocurría en los casos que se han tratado *supra*— han de analizarse considerando las peculiaridades de sus manifestaciones y remitirse, mediante una referencia directa, a la estructura del dominio de la voluntad de una solución autónoma y que no obstante ha de integrarse en el contexto más amplio.

§ 22. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR

La situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el segundo caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata. Naturalmente, en concreto sólo se han analizado muy poco desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho los distintos tipos de supuestos, quedando mucho por aclarar. Cabe distinguir los siguientes grupos:

El que yerra obra no dolosa e inculpablemente o con imprudencia inconsciente (I); o realiza el tipo con imprudencia consciente (II); el ejecutor actúa dolosamente, pero sin consciencia de la antijuricidad (III) o con suposición errónea de un hecho que excluye la culpabilidad (IV); el que yerra obra, a pesar de su error, típica, antijurídica y culpablemente (V); el ejecutor realiza un suceso que en su persona es atípico o lícito (VI). Asimismo, dentro de los distintos grupos de situaciones son necesarias ulteriores subdivisiones, que se abordarán en lo sucesivo.

I. EL ERROR EXCLUYENTE DEL DOLO, INCULPABLE O CON IMPRUDENCIA INCONSCIENTE

1. El ejectuor obra sin dolo ni culpabilidad

A. *La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso*

Piénsese en el supuesto en que A pide a B encender la luz en un piso, lo que inocentemente hace B, activando así, como había planeado A, en un lugar lejano un explosivo que mata a una persona. O bien, A aconseja a B, que va a emprender un viaje a América, utilizar determinado aeroplano, del que sabe que en el curso del vuelo va a precipitarse a tierra.

En el primer caso el error conduce a dañar a otro, y en el segundo a la muerte del mismo que erró. En ambos casos la doctrina dominante actual aprecia autoría mediata. Al intentar fundamentarlo desde la teoría del dominio del hecho, se manifiesta en seguida que estos supuestos muestran una estructura totalmente distinta a la de las situaciones coactivas antes tratadas. Allí, el dominio de la voluntad se basa en el dominio con respecto al ejecutor directo, que a su vez tiene "en sus manos" la ejecución y por su parte es autor (si bien inculpable). Aquí, en cambio, en ambos extremos la situación es distinta: El que yerra no domina la situación y actúa de manera causal, ciega (a), y el sujeto de detrás tampoco domina al ejecutor de la manera que sabemos que ocurría en la coacción (b). Ambos merecen una breve explicación:

a) *No hay dominio del hecho por parte del que yerra*

Ya se aludió *supra* [1] a que el dominio de la acción que se da forzosamente en la realización de propia mano de todas las circunstancias del hecho requiere el dolo [1a] del ejecutor. Sólo cuando éste existe el sujeto actuante coincide con la imagen rectora de la figura central que el legislador tiene ante los ojos. No el mero causante de un desplazamiento posesorio antijurídico, sino el ladrón que actúa dolosamente; no aquel que determina causalmente el daño patrimonial, sino el estafador que realiza los requisitos subjetivos, son las figuras situadas en el centro del suceso por las descripciones legales. Tampoco cabe discutir que B, que en nuestros ejemplos aporta una condición del resultado de muerte, para un entendimiento con sentido no aparece

[1] Cfr. pp. 152-153.

[1a] Más adelante se debatirá si otro tanto es aplicable (y hasta qué punto) para la imprudencia consciente.

como la figura que domine el curso del hecho, sino que únicamente, en la cadena causal, es un factor condicionante ciego, cuya significación para el curso de la acción no es mayor que la que posee cualquier otra condición del resultado, no pudiendo ser, por tanto, de ningún modo autor según la teoría del dominio del hecho [2].

b) *No hay dominio de la persona del que yerra por parte del sujeto de detrás*

Tampoco cabe hablar de que el sujeto de detrás domine al que ejecuta directamente al modo de los casos de coacción, pues —en nuestros ejemplos— depende del arbitrio de B encender o no la luz o tomar o no un determinado vuelo. Nadie puede forzarles a hacerlo. Más bien se da (si prescindimos del conocimiento más amplio de A y revestimos de terminología jurídica el suceso en otro caso jurídicamente neutro) con seguridad sólo una "inducción" a encender la luz y a utilizar un determinado avión.

c) *La supradeterminación final del curso causal como criterio del dominio de la voluntad*

La cuestión es si en tales circunstancias cabe hablar de dominio del hecho, cómo y en qué reside éste. Para anticipar la respuesta en lo esencial: hay que afirmar la autoría; eso ya está fuera de discusión. El conocimiento superior que caracteriza al sujeto de detrás no puede por sí solo fundamentar dominio del hecho. Pero posibilita una dirección del hecho cuya esencia —a diferencia de en los casos de coacción—, en la utilización de un instrumento que yerra, reside en la "finalidad" del actuar humano [3].

Si el principio del dominio del hecho "final" formulado por WELZEL ha de significar algo más que el que el señor del hecho ha de actuar dolosamente, ello es aquí aplicable. En las situaciones coactivas, para delimitar las formas de participación la finalidad no sirve de nada, pues el inductor, el autor y el cómplice actúan dolosamente en relación con el resultado de igual modo. Sin embargo, en los casos de error, el sujeto de detrás es el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado. Todos los demás factores que producen el tipo (las circunstancias de la situación externa, las leyes naturales y las formas de conducta humana) las vincula la intervención final del sujeto de detrás de tal manera que mediante su efecto conjunto deben producir el resultado.

[2] A resultados distintos sólo podría llevar el concepto extensivo de autor.

[3] Para determinar la finalidad aquí podemos partir de las ideas básicas (en esta medida indiscutidas) de la doctrina final de la acción. En el transcurso de la obra se mostrará que el concepto de finalidad, no obstante, presenta fundamentos y dimensiones distintos a los que admite la doctrina final de la acción. Pero no es éste el lugar de tratar de ello.

En esta posibilidad de supradeterminación final del curso causal reside, como es sabido, la capacidad específicamente humana de configurar modificaciones de la realidad. Pero también en ella se basa (y ésta es la consecuencia forzosa para la doctrina de la autoría) la posibilidad de imputar a una persona determinada como obra suya un suceso que tiene lugar en la realidad. Allí donde varios obran finalmente, la figura central del acontecer ha de averiguarse según otros criterios (como ya hemos hecho en los supuestos de coacción); pero donde sólo es uno quien, mediante su intervención, encauza el acontecer en dirección al resultado, es siempre él el *spiritus rector*, el titular del dominio de la voluntad. Esto es evidente. No hay que dudar que también el legislador considera al que se sirve de quien yerra de esta manera configurador del curso del hecho y, por tanto, figura central del suceso de la acción. Del mismo modo, del núcleo de la idea de la teoría del dominio del hecho se deduce que ha de considerarse al sujeto de detrás que enlaza los factores causales como aquel que tiene "en sus manos" el acontecer.

Partiendo de estos resultados seguros también se explica por qué en tales casos para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás no es necesario el dominio de la persona del ejecutor: el instrumento que sufre error no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino que se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego, equiparable a las concausas no humanas. Como sólo cabe dominar a una persona forzando su voluntad, pero aquí esa voluntad reside fuera del resultado, no se requiere el dominio sobre el ejecutor para fundamentar el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás.

Así se entiende asimismo que pueda faltar la relación psíquica entre el autor mediato y el instrumento. Si, en nuestro ejemplo, A confía en que, incluso sin pedírselo, otro va a encender la luz en el cuarto en cuestión, nada se altera en el enjuiciamiento del caso.

Ciertamente en el plan delictivo del sujeto de detrás se desliza cierta inseguridad en tanto que 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 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.

Merced a esta equivalencia estructural se da aquí en el fondo un supuesto de dominio del hecho "directo" por parte del sujeto de detrás. Tampoco excluye la autoría directa el hecho de que el que ocasiona ponga en movi-

miento un curso causal que continúe su desarrollo autónomamente. Dado que en ninguna parte se exige que el autor directo realice por sí mismo la "última" (en sentido cronológico) condición, podría admitirse aquí precisamente una realización del tipo "de propia mano" y un "dominio de la acción" en el sentido descrito *supra*. En todo caso, cabría dudar que hubiera que hablar de autoría "mediata" sólo porque entre el impulso del sujeto de detrás y el resultado se encuentre un factor causal basado en un comportamiento humano. Pero dado que ésa es únicamente una cuestión terminológica, tendría poco sentido cambiar de nombre este supuesto justamente paradigmático (para la doctrina más extendida) de autoría "mediata". Lo único importante es que el dominio de la voluntad se apoya aquí en un fundamento radicalmente distinto (próximo al dominio de la acción) que en las situaciones coactivas. En desconocer esta relación estructural se basan numerosos errores y confusiones en el tratamiento, hasta hoy, de esta problemática, que se abordará con más detalle más adelante.

B. *Autoría mediata en caso de mero auxilio al instrumento que yerra*

Estas ideas llevan, también con respecto al instrumento doloso, a algunas consecuencias prácticas. De entrada, resulta que la cuestión, antes sobremanera discutida, de si también podría ser autor mediato aquel que no determina a quien actúa no dolosamente a una lesión de bien jurídico, sino que lo auxilia con "voluntad de partícipe" [4], ha de contestarse sin duda afirmativamente. Naturalmente esto rige también para la teoría subjetiva, siempre que siga la teoría del dolo. En efecto, puede "dejarse a criterio" del sujeto que actúa sin dolo la ejecución del hecho, pero no es posible someter su voluntad. La opinión contraria seguiría siendo defendible si acaso desde el punto de vista de la teoría del interés, aún hoy activa en la praxis.

Para la teoría del dominio del hecho el admitir autoría mediata en estos casos se deduce de que el sujeto de detrás es el único que mediante su intervención dirige el acontecer causal hacia el resultado previsto por él. Si A, para gastar una broma, le pide a B un arma supuestamente descargada y B, aun advirtiendo el error de A y sabiendo que está cargada, le deja el arma, este caso tiene la misma estructura que si se la hubiera entregado a A, "determinándolo" así al hecho. La única diferencia apreciable entre ambos supuestos consiste en el distinto influjo sobre la formación de voluntad de A. Precisamente esa heterogeneidad es irrelevante, no obstante, para el análisis desarrollado *supra* de la estructura del dominio del hecho en el supuesto del instrumento doloso, pues la autoría mediata no se basa aquí en la circunstancia de que el sujeto de detrás domine la voluntad del ejecutor

[4] Cfr. al respecto simplemente MEZGER, *Lehrb.*, 3.ª ed., 1949, pp. 429-431; Eb. SCHMIDT, *Frank-Festgabe*, II, pp. 121 ss.

(eso no lo hace así como así, como se mostró antes), sino en que involucra el comportamiento de éste en la cadena causal como factor condicionante causal ciego. Es indiferente de qué manera lo consiga.

Estas tres ideas las desconoce Max Ernst MAYER, que como principal representante de la posición contraria escribe [5]: «Si la acción, suponiendo un ejecutor responsable [6], sería complicidad, no constituye una acción de matar, y, por tanto, tampoco puede llegar a serlo como consecuencia de la exención de responsabilidad del ejecutor.» El error de esta argumentación se descubre fácilmente a la vista de lo ya expuesto: MAYER atiende a que en relación con lo que el ejecutor hace o haría voluntariamente sólo podría darse participación. Lo cual es tan correcto como irrelevante, porque para fundamentar la autoría mediata precisamente no importan las consecuencias del comportamiento perseguidas finalmente, sino sólo las no voluntarias, causales-ciegas.

C. *Autoría mediata en la influencia inesencial sobre el curso causal*

Con lo dicho no queda determinado aún que todo influjo sobre el curso causal en tales casos tenga que conferir el dominio de la voluntad al sujeto de detrás. Así escribe, por ejemplo, NOWAKOWSKI [7]: «Si una realquilada miope pretende administrar a su hijo un analgésico y el casero, a su ruego, le entrega al efecto un vaso de agua, aun habiendo notado que la mujer ha confundido la medicina y está a punto de disolver un veneno letal, a este sujeto de detrás no puede achacársele ni el dominio del hecho ni la voluntad de autor.»

NOWAKOWSKI no explica por qué en estos casos propugna rechazar el dominio del hecho del inquilino. Sin embargo, la razón sólo puede consistir en que dar un vaso de agua se presenta como una condición absolutamente inesencial del resultado. Cabría preguntar: ¿cómo es posible considerar a alguien como figura central del curso de la acción y decir que tiene el acontecer "en sus manos" si sin su intervención el resultado habría sido el mismo? En ese caso la realquilada habría ido ella misma a buscar el vaso de agua.

Es evidente que en este caso la solución ha de buscarse, al igual que la encontramos ya *supra*, en el auxilio a una víctima de estado de necesidad que ha incurrido en peligro sin intervención del sujeto de detrás (§ 54 StGB) [8]. Habíamos iniciado allí una vía intermedia entre las dos posiciones defendidas por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, admitiendo el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás siempre que éste hubiera posi-

[5] *Lehrb.*, p. 377.
[6] Se quiere decir: que actúa dolosamente.
[7] *JZ*, 1956, p. 549.
[8] Cfr. pp. 172-175.

bilitado *in concreto* a la víctima del estado de necesidad la lesión típica del bien jurídico. Correlativamente podemos decir aquí que el dominio del hecho presupone que el que yerrra no habría producido el resultado sin la cooperación del sujeto de detrás. Lo cual supondrá en la práctica que, por lo que respecta al ámbito de la autoría mediata, la teoría de la necesidad ya tratada en la panorámica histórica [9], es decir, la antigua teoría del "partícipe principal", tendría que integrarse en el concepto del dominio del hecho.

En una solución así está también pensando GALLAS (a diferencia de en las situaciones de coacción citadas) en el supuesto del instrumento que actúa sin dolo, puesto que señala [10] que no puede admitirse «sin el menor reparo autoría mediata siempre donde, de haberse cometido el hecho principal dolosa y culpablemente, habría habido participación. Lo determinante es más bien si el interviniente posee dominio del hecho sobre el que actúa sin dolo o inculpablemente. Lo cual habrá de apreciarse en todo caso allí donde dependa de su comportamiento si se comete o no el hecho... Por el contrario, generalmente habrá de negarse el dominio del hecho donde se trate simplemente de una aportación que afecta a las modalidades de comisión del hecho».

No obstante, GALLAS en seguida vuelve a limitar esta posición para los puros delitos de resultado (por ejemplo, §§ 212, 213 y 303 StGB) [11], siempre que al que actúa directamente le falte el dolo: aquí toda aportación causal fundamentaría dominio del hecho. A tenor de lo cual apreciaría autoría mediata en el ejemplo antes mencionado de NOWAKOWSKI. (¿Pero cómo, si en el sujeto de detrás concurren los requisitos del asesinato, que no es un puro delito de resultado?) Con todo, lo importante es que en su concepción no todo influjo sobre el curso causal, faltando el dolo del que obra directamente, fundamenta el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás.

También MAURACH [12] propugna abiertamente realizar ciertas distinciones, pues afirma la autoría mediata sólo «en tanto que el elemento determinante del dominio del hecho se aprecie también en estos casos». Pero cuándo ocurre así no se deduce de su exposición.

En cualquier caso, por sugestivas que todas estas diferenciaciones, precisamente desde la idea del dominio del hecho, puedan parecer a primera vista, no resisten una verificación exhaustiva. Siguiendo con el ejemplo de NOWAKOWSKI, no cabe negar que el casero ha conducido el curso causal, tal como se desarrolló *in concreto*, hacia su fin. Pero con ello está ya dada, porque únicamente él advirtió la situación, la estructura básica de la autoría mediata, según los criterios que detallamos *supra*. Esto mismo mantiene

[9] Pp. 56-59.
[10] *Gutachten*, p. 138.
[11] Cfr. número especial Atenas, p. 11.
[12] *AT*, 2.ª ed., § 48, III, 3, p. 504.

con razón WELZEL [13] cuando, sin establecer limitaciones, dice acerca del que auxilia que tiene «el dominio final sobre el resultado, porque dolosamente aprovecha para la producción del resultado la falta de dolo del ejecutor».

De querer negar, no obstante, el dominio del hecho del sujeto de detrás en el influjo "inesencial" del acontecer, sólo cabrá hacerlo incluyendo en la consideración, más allá del suceso concreto, un curso causal hipotético: la reflexión de qué hubiera ocurrido, si... Pero esto es inadmisible, según doctrina general [14]. Y ante todo se trata aquí de un problema que no tiene que ver en absoluto con la autoría mediata, sino que aparece también en cualquier otra realización típica. Quien —en el conocido ejemplo académico— aprieta el botón de la silla eléctrica sin estar autorizado es responsable penalmente, aun cuando el verdugo, en ejercicio de cargo, habría pulsado el botón acto seguido. No hacía mucho el BGH se había pronunciado en un supuesto común de estafa [15] en estos términos: «El curso real de la formación de la voluntad no pierde su esencia ni su significado jurídico porque en su lugar hubiera surgido otro que, sin embargo, no ha surgido.» Así pues, no existe en Derecho penal la "causalidad que se adelanta".

Sea como sea, aquí se trata de un problema general de la imputación que no puede solucionarse unitariamente y con el que no se debería lastrar al concepto del dominio del hecho. Ahora bien, si se excluyen los cursos causales hipotéticos en la valoración penal, entonces también en la determinación del dominio del hecho sólo cabe atenerse al acontecer real. Sólo es posible atender a si el sujeto de detrás ha tenido *in concreto* el dominio de la voluntad, pero no a si también lo habría ejercido si el suceso hubiera transcurrido de otro modo. Lo cual parece tener sentido plenamente también para la doctrina de la autoría. Bien es verdad que el casero de nuestro ejemplo, si no hubiera hecho nada, a pesar de su previsión del resultado, no habría sido castigado por el § 212 StGB, puesto que no le incumbía deber de evitar alguno [16]. Pero si ya interviene activamente en el acontecer, el sentimiento jurídico lo considera (dado que es el único en intervenir conscientemente hacia la producción de una muerte) figura central responsable del suceso.

[13] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.
[14] Cfr., con respecto a este ámbito de cuestiones, en tiempos recientes, HEINITZ, *JR*, 1959, pp. 386-388; asimismo, en profundidad, Arthur KAUFMANN, *Festgabe für Eb. Schmidt*, pp. 200-231, que llega a resultados en parte divergentes, pero que en los delitos dolosos igualmente aprecia una causa de atenuación de la pena; el enjuiciamiento de la cuestión de la autoría no se vería modificado por ello. Con respecto a KAUFMANN, cfr. mi artículo en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 411-444.
[15] *BGHSt*, 13, pp. 13-15; asimismo, la sentencia reseñada por DALLINGER en *MDR*, 58, pp. 139 y 140.
[16] Cuestión distinta es si esta concepción de la doctrina dominante es aceptable en supuestos en los que el *extraneus* se convierte, debido a lo que conoce, en juez único sobre la vida y la muerte.

Ello es aplicable en general. Para la distinción de GALLAS entre delitos de mera actividad y puros delitos de resultado, en la medida en que los delitos de mera actividad sean comisibles en autoría mediata [17], no soy capaz de descubrir fundamento interno alguno. Las lesiones con armas son seguramente un delito de mera actividad en su terminología, porque no basta la producción final del resultado, sino que se requiere una determinada forma de comisión [18]. Pero ¿por qué no va a bastar para fundamentar autoría mediata el entregar el arma a quien obra dolosamente, que en otro caso la habría tomado él mismo si en el § 212 StGB (homicidio), como el propio GALLAS admite, la misma aportación causal entrañaría el dominio del hecho?

Queda por explicar por qué el procedimiento diferenciador que aquí rechazamos, en el caso del § 54 StGB, al que recurríamos al principio como ejemplo paralelo, sin embargo conduce al resultado correcto. El fundamento reside en que allí el dominio de la voluntad no se basa, como aquí, en la mera supradeterminación del curso causal. Más bien se trata allí de la cuestión de si el que obra directamente se ve exonerado de responsabilidad en virtud de la situación creada por el sujeto de detrás o por otras razones. Y al respecto es de importancia determinante si el tercero le ha procurado la posibilidad de lesionar el bien jurídico o si, sin él, también habría podido producirla. Véase cómo la distinta estructura de la autoría mediata en los supuestos de coacción y de error obliga a adoptar criterios totalmente distintos también aquí.

Por lo demás, si se quisiera defender otra postura, desde la teoría del dominio del hecho no se podría llegar a castigar al casero del ejemplo de NOWAKOWSKI, de exigir, con la doctrina dominante, un hecho principal doloso para la participación [18a]. Sin embargo, éste sería un resultado insatisfactorio, porque el casero, al entregar el vaso de agua a la mujer que sufría error, carga sobre sus espaldas una acción cuya gravedad delictiva antes sobrepasa que queda por debajo de la de la participación en el hecho doloso, incluso desde el punto de vista del merecimiento de pena. Lo cual lo revela el hecho de que también NOWAKOWSKI [19] se plantee, quebrantando por entero su punto de partida, ¿castigar no obstante como autor al sujeto de detrás, recurriendo a la autoría como "suplefaltas" dogmáticamente indefinido.

Así pues, nuestro resultado es del tenor siguiente: todo aquel que ante un sujeto actuante sin dolo e inculpable, a sabiendas de la situación, aporta conscientemente una condición del resultado, es titular del dominio de la voluntad y, por tanto, autor mediato.

[17] Cfr. con respecto a estas cuestiones *infra*, pp. 432 ss., 439 ss. y 444 ss.

[18] Cfr. al respecto GALLAS, número especial Atenas, p. 11.

[18a] Lo que por lo general es acertado en delitos de esta índole; cfr. al respecto en concreto *infra*, pp. 369 ss. y 286 ss.

[19] *JZ*, 1956, p. 549, nota 78.

Con lo cual aún no se quiere decir que, por ejemplo, en nuestro supuesto de partida, simplemente con afirmar con la cabeza o con decir algo el casero, se tenga que convertir en autor de homicidio, pues la idea de la complicidad psíquica, desarrollada en los delitos dolosos, cuya eficacia causal [20] o cuyo valor de favorecimiento ya allí es a menudo bastante discutible, no es posible trasladarla sin más a las acciones no dolosas. Dado que el ejecutor no es consciente de cometer una lesión de un bien jurídico, meras palabras aprobatorias dichas incidentalmente tampoco pueden fundamentar un "fortalecimiento de la resolución del hecho", de manera que en tales casos faltará la causalidad y con ella la finalidad que la rige.

2. El ejecutor actúa con imprudencia inconsciente

Este caso no ofrece, con respecto a los acabados de analizar, ninguna discrepancia en cuanto a la cuestión del dominio del hecho. Bien es verdad que el legislador hace también responsable del resultado al ejecutor allí donde la imprudencia sea punible. Pero la imputación se basa en circunstancias que son irrelevantes para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás. Lo que acarrea el juicio de desvalor jurídico al que obra con imprudencia inconsciente es precisamente el hecho de que se ha dejado ajustar al plan del sujeto de detrás como mero factor condicionante debido a una falta de cuidado; dicho de otro modo: que le ha dejado el dominio del suceso por su negligencia, si bien empleando el cuidado debido habría podido interrumpir o redirigir el curso causal conducente al resultado.

La calificación de imprudencia no excluye, pues, el dominio del hecho del sujeto de detrás; antes al contrario, lo requiere precisamente. En efecto, sin la imprudencia del ejecutor el autor mediato no habría podido dominar el acontecer. Así pues, podríamos ampliar el principio que establecíamos *supra* señalando que también aquel que, ante un ejecutor que actúa con imprudencia consciente, aporta una condición del resultado es autor mediato en todo caso.

De esta idea se deduce una consecuencia forzosa para la tan discutida cuestión de la accesoriedad: como en tanto que el ejecutor directo obra inculpablemente o con imprudencia inconsciente, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, toda condición, sea de la clase que sea, convierte en autor mediato al sujeto de detrás que entrevé la situación, en estos casos está descartada la participación por este motivo. Así pues, esta solución no se basa en la posición sistemática del dolo ni en admitir que la esencia de la participación consista en surbordinarse a la decisión del hecho ajena

[20] Cfr. al respecto H. MAYER, *Lehrbuch*, pp. 318 y 323.

o que la inducción y la complicidad ya no serían delimitables, sino sólo en el concepto de dominio del hecho debidamente entendido [21].

De este modo, sin embargo, aún no se ha contestado definitivamente a la cuestión de si es posible la participación en un hecho principal no doloso, pues por una parte, incluso para la teoría del dominio del hecho, quedan por analizar los hechos imprudentes conscientes [22], y por otra habrá que investigar si es que en los delitos especiales y en los de propia mano, que generan problemas de accesoriedad especialmente complicados, la idea del dominio del hecho posibilita una delimitación coherente [23].

La única diferencia entre la utilización de un instrumento inculpable y de otro que obre con imprudencia inconsciente reside, para la doctrina de la participación, en que en este segundo caso también el ejecutor puede ser autor, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente. Sin embargo, ello carece de influencia sobre el dominio del sujeto de detrás y sobre su fundamentación, pues el "instrumento" en todo caso no es autor del tipo por el que se pune al sujeto de detrás; y en el que le es aplicable a él, su autoría se basa, como se expondrá más adelante, en criterios absolutamente distintos al del dominio del hecho.

II. EL QUE YERRA ACTÚA CON IMPRUDENCIA CONSCIENTE

1. Planteamiento del problema

Si se imagina el caso en que quien obra con dolo directo o bien con dolo eventual determina a otro a un delito imprudente consciente o le auxilia al efecto, para la teoría del dominio del hecho aparece una alteración esencial de la situación problemática. Apenas se ha reparado en esto hasta ahora, pero en seguida se pondrá de manifiesto en cuanto pensemos en los supuestos, antes tratados, del instrumento bajo error. El dominio del hecho del sujeto de detrás se basaba allí siempre en que se servía del otro como intermediario que actuaba de manera causal-ciega. No obstante, precisamente este requisito no está presente en aquel que realiza un tipo con imprudencia consciente. Él advierte la posibilidad del resultado igual que el sujeto de detrás, y en esa medida no actúa, pues, ciegamente y sufriendo un error. Por eso, considerando la realización del tipo que es posible que se produzca, puede decidir libremente sobre si acceder o no a la petición de actuar de un tercero. A la vista de lo cual ¿cabe hablar de "dominio del hecho" por parte del sujeto de detrás?

[21] Sobre los problemas de accesoriedad se volverá a incidir más adelante; cfr. pp. 370 ss.
[22] Sobre ello en seguida *infra, sub* II.
[23] Cfr. al respecto en detalle pp. 383 ss. y 432 ss.

Si procuramos aproximarnos a esta cuestión con los criterios hasta ahora elaborados, resulta que el dominio de la voluntad, necesario para fundamentar la autoría mediata, puede estar estructurado de dos modos: o bien de manera que el sujeto de detrás domina la persona del ejecutor, que a su vez realiza de modo final el resultado (supuestos de coacción), o bien de manera que él, como único que actúa finalmente, dirige hacia el resultado todas las demás aportaciones al hecho exclusivamente causales (los supuestos de error hasta ahora tratados). Así pues, coexisten el dominio de la voluntad en virtud de coacción y el dominio de la voluntad en virtud de finalidad rectora del curso del hecho.

La primera posibilidad está excluida para los casos aquí debatidos, ya que no puede decirse que el sujeto de detrás tenga en sus manos a aquel que obra con imprudencia consciente.

Queda, pues, sólo la cuestión de si se da el dominio de la voluntad en virtud de finalidad configuradora del curso del hecho. Lo cual sólo puede ocurrir si también en caso de imprudencia consciente del ejecutor es posible la dirección final del curso del hecho por parte del sujeto de detrás en el sentido que le hemos dado. La respuesta a esta pregunta depende en primer lugar de si la línea divisoria entre la actuación final y la no final coincide con la distinción tradicional entre dolo e imprudencia, y en especial entre dolo eventual e imprudencia consciente. Así vamos a parar a uno de los ámbitos más discutidos de la dogmática actual, en cuya importancia para la doctrina de la autoría, sin embargo, hasta ahora apenas se ha reparado. No obstante, la solución que aquí se desarrolla presupone una breve exposición crítica de las distintas teorías.

2. Finalidad e imprudencia consciente en la doctrina

Principalmente hay aquí tres soluciones a las que, aun cuando no en relación con la teoría del dominio del hecho, sus partidarios han llegado.

A. *La finalidad comprende también a la imprudencia consciente*

En primer lugar, cabe entender que el que actúa con imprudencia consciente realiza finalmente el tipo al igual que el autor doloso. Esta postura la defendió por primera vez ENGISCH en su básica crítica de la doctrina final de la acción [24]: «Si alguien obra a la vista de las consecuencias advertidas como necesarias o sólo como posibles, éstas ya no se causan de manera ciega, sino que están incluidas en la supradeterminación con sentido.» De ahí extrae la conclusión de que «en cuanto a la estructura de la acción...

[24] *Kohlrausch-Festschrift*, p. 155.

son homogéneos dolo eventual e imprudencia consciente». Con análoga fundamentación, también GALLAS [25] concluye que «difícilmente cabe evitar el extender el concepto de finalidad a la imprudencia consciente»; a GALLAS se sumaron más tarde NOWAKOWSKI [26] y Arthur KAUFMANN [27].

Partiendo de esta solución se derivan curiosas consecuencias para la autoría mediata. En efecto, si se considera a la realización del tipo con imprudencia consciente como suceso final, ya no cabe decir que el sujeto de detrás supradetermine un simple curso causal; entonces se interpone entre él y el resultado la voluntad final de otro que dirige autónomamente el acontecer posterior, no pudiéndose ya atribuir al sujeto de detrás el dominio del hecho en virtud de finalidad configuradora del curso del hecho (al menos en el sentido usual, el único empleado hasta ahora) [28]. En su lugar habría que reconocer como posible en términos de principio la participación dolosa en una acción imprudente consciente, a la que en el sujeto de detrás habría que aplicar el marco penal del delito doloso. Inversamente, aquel que, con imprudencia consciente, determina a una lesión de bien jurídico no final a quien obra sin dolo e inculpablemente o con imprudencia inconsciente, según el principio del dominio del hecho, tendría que ser autor. Tendría entonces el dominio de la voluntad final en el sentido antes indicado, resultado que se encuentra en contradicción con la doctrina hasta ahora casi unánime en el sentido de que el dominio del hecho no es concebible en el ámbito de los delitos imprudentes [29].

Nadie ha extraído, que yo sepa, las consecuencias aquí sugeridas. Bien es verdad que GALLAS, en sus trabajos sobre la teoría del dominio del hecho, incide repetidamente en su tesis de que la acción imprudente consciente muestra una relación final con el resultado [30]. Pero sólo se ocupa de ello refiriéndose a la cuestión de si la participación es posible en el ámbito del actuar imprudente; ahí considera imaginable admitir la participación en el hecho imprudente, a la que aplicar el marco penal del delito imprudente [31], problema que nada tiene que ver con la cuestión de la autoría mediata en el delito doloso, de la que aquí se trata. No obstante, las consecuencias antes indicadas (¿no hay autoría mediata si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente?) merecen un debate en profundidad desde el punto de vista de esta concepción de la finalidad.

[25] *Gutachten*, p. 128; ZStW, t. 67, p. 43.
[26] JZ, 1958, pp. 338 y 339 en v.
[27] *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 167-170; cfr. ahora asimismo JESCHECK, *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 473 ss.
[28] No obstante, la problemática requiere aquí aún una profundización que trascienda el estado actual del debate; cfr. al respecto *infra*, pp. 212 ss. y 245 ss.
[29] Cfr. al respecto con detalle *infra*, pp. 592 ss.
[30] Cfr. *Gutachten*, p. 128, nota 22, apdo. 130 en nota 29; número especial Atenas, pp. 19 y 22, nota 23a.
[31] Cfr. número especial Atenas, pp. 26-30.

A la solución acabada de examinar se llegaría (no en lo terminológico) si se conectara tal concepto de finalidad con una concepción que ha vuelto al primer plano de la mano de SCHRÖDER [32] y SCHMIDHÄUSER [33]: la de que toda acción en la que el autor se ha representado la posibilidad de lesionar un bien jurídico ha de encuadrarse en el ámbito del dolo eventual. De seguirla, cabe restablecer la identidad entre dolo (natural) y finalidad, de manera que el dominio del hecho en el sentido de finalidad configuradora del curso del hecho sólo lo habrá en el actuar doloso. Simplemente hay que tener claro que así, en definitiva, todas las modalidades de conducta que tradicionalmente se denominan imprudentes conscientes han de integrarse en el ámbito del dolo.

B. *La finalidad comprende sólo la intención, excluyendo el dolo eventual*

Sin embargo, cabe entender el concepto de finalidad en el sentido de que comprenda sólo el resultado pretendido, pero no las consecuencias secundarias, posiblemente nada deseadas y sólo asumidas resignadamente. Tal posición la defiende, por ejemplo, HARDWIG [34], que idea el supuesto en que quien pretende estafar a la compañía de seguros incendia una vivienda para cobrar el seguro, sabiendo que en la casa se encuentra una mujer paralítica que puede perder la vida en el incendio, lo que le es muy desagradable. Si no obstante el incendiario actúa, se da dolo eventual con seguridad. Pero HARDWIG discute la finalidad del comportamiento [35]: «Nuestro estafador no ha dirigido el acontecer a la muerte de la mujer. Por el contrario, ha dejado este suceso en función del curso causal... Que con incendiar la casa haya desencadenado el suceso causal aún no justifica que se hable de dirección de éste.» Y concluye: «Así pues, ya no cabe hablar coherentemente de acción final con respecto al resultado punible.»

También esta teoría reconoce, pues, a la imprudencia consciente la misma estructura de la acción que al dolo eventual, con la única diferencia de que a ambos los encuadra en el comportamiento no final.

Si se admite esto y se parte de la finalidad configuradora del curso del hecho como el criterio del dominio del hecho, se deducen igualmente consecuencias curiosas y originales. Un sujeto de detrás con dolo directo, que determine a un hecho que se comete con dolo eventual, tendría que tener el dominio de la voluntad y ser autor mediato. Por el contrario, manteniendo la coherencia, habría que rechazar la autoría mediata si con dolo eventual se determina a otro, que actúa con imprudencia consciente o incluso sin

[32] *Festschrift für Sauer*, pp. 207-248.
[33] GA, 1957, pp. 305-314; GA, 1958, pp. 161-181.
[34] *Die Zurechnung*, pp. 86 ss.; en esto muy semejante SCHMIDHÄUSER, ZStW, t. 66, 1954, pp. 34-38.
[35] *Op. cit.*, p. 87.

representación alguna del resultado, a un comportamiento que produce una lesión típica de un bien jurídico, pues como según esta concepción el dolo eventual no representa, con respecto al resultado, comportamiento final, ni siquiera puede estar presente la supradeterminación final cuando, por ejemplo, aquel cuyo comportamiento se ocasiona actúa no dolosa e inculpablemente.

C. *La finalidad comprende todas las formas del dolo, excluyendo la imprudencia consciente*

En tercer y último lugar, puede mantenerse que el límite entre dolo eventual e imprudencia consciente se corresponde con una diferencia en la estructura final del comportamiento, de manera que el dolo eventual muestra una relación final con el resultado, relación que falta en la imprudencia consciente. Tal diferencia han intentado demostrarla Armin KAUFMANN [36], STRATENWERTH [37] y WELZEL [38], con distintas fundamentaciones y llegando a distintos resultados.

a) *Armin KAUFMANN*

Armin KAUFMANN defiende la opinión de que el dolo comprende «todas las consecuencias y variaciones cuya producción o concurrencia puede tomarse en consideración como posibles, a no ser que se dirija la voluntad rectora a evitarlas» [39]. Discrepa, pues, de la posición de SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER en no considerar toda representación concreta del resultado como fundamentadora de dolo, sino apreciar imprudencia consciente cuando el autor cuenta con la posibilidad de que se produzca el resultado, pero al mismo tiempo pone en marcha factores contrarios con cuya ayuda intenta dirigir el curso del hecho de manera que no acaezca la consecuencia accesoria imaginada posible [40]. En esta diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente reside para él al mismo tiempo la delimitación entre el actuar final y el no final. Le niega a la imprudencia consciente, tal como la caracteriza, el carácter final: «En efecto, la voluntad de realización no puede estar, por una parte, dirigida a dejar producirse el resultado imaginado posible, y por otra, encaminada, por la forma de actuar, precisamente a evitar el resultado» [41].

[36] *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 64-86.
[37] *ZStW*, t. 71, 1959, pp. 51-71.
[38] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 60-65.
[39] *Op. cit.*, p. 86.
[40] Cfr. *op. cit.*, p. 78.
[41] *Op. cit.*, p. 73.

b) *STRATENWERTH*

A solución esencialmente distinta llega STRATENWERTH. Según su teoría, obra con dolo eventual quien "toma en serio" la posibilidad de que se produzca una consecuencia secundaria no deseada y a pesar de ello actúa. Por el contrario, quien "no toma en serio en un sentido preciso" [42] el peligro que imagina y se comporta "irreflexivamente", actúa sólo con imprudencia consciente.

En ambas formas de conducta se pone de manifiesto, para STRATENWERTH, también la diferencia entre el actuar final y el no final. Para él sólo actúa finalmente aquel que hace "propio" un fin de la acción determinado, y este acto volitivo de hacer propio consiste precisamente en que el autor se decide a una acción, aun tomando en serio la posibilidad de producción del resultado [43]. Por expresarlo con las palabras de STRATENWERTH: «Sólo en tanto que el autor haga propias las posibilidades inherentes a la situación de la acción concreta..., los efectos (en definitiva indefinidos) que van unidos a todo actuar humano... se anticipan en la resolución de actuar del autor: sólo en los peligros tomados en serio tiene que decidir el autor si por ellos va a omitir la acción... Y esta anticipación de las consecuencias que se produce en la resolución de actuar forma el auténtico núcleo de la supradeterminación final. Sólo a través de ella se establece entre la consecuencia y el comportamiento del autor la conexión que hace aparecer esta consecuencia como obra suya» [44].

c) *WELZEL*

También para WELZEL el límite entre dolo e imprudencia reside en la diferencia entre comportamiento final y no final. WELZEL [45] emplea, yuxtaponiéndolas, formulaciones de KAUFMANN y STRATENWERTH sin tomar partido con respecto a las distintas posturas, pero mantiene en lo fundamental una tercera solución autónoma, a tenor de la cual la dirección final se extiende a las consecuencias accesorias sólo «en tanto que el autor haya contado con su producción y las haya incluido asimismo en su voluntad de realización» [46]. Aprecia ese "contar con", coincidiendo con Hellmuth MAYER [47], «cuando el autor atribuye a la producción del resultado más que mera posi-

[42] *Op. cit.*, p. 55.
[43] *Op. cit.*, p. 59.
[44] *Op. cit.*, p. 60.
[45] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 62-64.
[46] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 30.
[47] *Lehrbuch*, p. 251.

bilidad y menos que probabilidad preponderante» [48]. Las consecuencias con las que el autor ha contado "si emprende el resultado tiene que quererlas realizar eventualmente". Y a la inversa: «Quien al obrar confía en la ausencia de consecuencias, quiere tales consecuencias en tan escasa medida como aquellas otras en las que no piensa (aquí sólo cabe calificar de imprudencia).»

Siguiendo las tesis de Armin KAUFMANN, STRATENWERTH o WELZEL, el sujeto de detrás, si sólo actúa con dolo eventual, en virtud de su supradeterminación final, puede tener el dominio sobre el suceso incluso cuando el ejecutor directo realiza el delito con imprudencia consciente. La presencia de dominio del hecho en el ámbito de los supuestos de error volvería a corresponderse con la línea divisoria entre dolo e imprudencia. Pero como los tres trazan la línea separadora en distinto lugar, siempre quedaría por aclarar con la presencia de qué requisitos materiales habría que apreciar un actuar final, en contraposición con el comportamiento del ejecutor, y con él el dominio del hecho del sujeto de detrás.

3. Toma de posición con respecto a los cinco conceptos de finalidad, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho

De cuanto antecede se deduce para nuestra investigación que la respuesta a la cuestión de si en quien actúa con imprudencia consciente cabe derivar un dominio del hecho del sujeto de detrás (al igual que en el instrumento no doloso e inculpable o imprudente inconsciente), a partir de la supradeterminación final de un comportamiento sólo causal, dirigido exclusivamente por el tercero; que esa respuesta, decíamos, presupone de entrada acordar qué ha de entenderse por "finalidad" en tales casos. Ya nuestra breve panorámica nos ha conducido a cinco conceptos distintos de finalidad. Con arreglo a ellos, actúa finalmente quien prevé la posibilidad de producción del resultado (ENGISCH, GALLAS, NOWAKOWSKI, Armin KAUFMANN), o sólo quien pretende el resultado (HARDWIG, SCHMIDHÄUSER), o quien aprecia la posibilidad de resultado sin poner en marcha factores contrarios para evitarlo (Armin KAUFMANN), o quien toma en serio la posibilidad de resultado (STRATENWERTH), o quien cuenta con la producción del resultado (WELZEL). ¿De cuál de estos conceptos ha de partirse?

Para ocuparnos de esta cuestión debemos tener claro que las cinco posturas son irrefutables en tanto que utilizan un hecho determinado y distinto en cada caso para caracterizar el término "finalidad". Sin embargo, para nuestra consideración no hay que atender a un concepto de "finalidad en sí" y mucho menos a la distinción entre dolo e imprudencia consciente (que se encuentra en primer plano en las descripciones de que nos hemos ocupado),

[48] Esta cita y las siguientes: WELZEL, *op. cit.*, p. 62.

sino sólo a qué clase de finalidad es la que confiere al que actúa el dominio del hecho. Desde esta perspectiva se deduce el siguiente punto de partida:

La finalidad configuradora del curso del hecho, a la que hemos de atender, debe surtir efecto en la dirección del suceso exterior, pues en otro caso no sería configuradora. Donde exista ese efecto rector se dará también la finalidad en el sentido que aquí importa (al respecto, A); las posiciones volitivas que no influyen el curso causal tampoco tienen nada que ver con la finalidad (B). A partir de estos principios sencillos y difícilmente discutibles cabe derivar dos consecuencias, que suponen el sacrificio de tres de las cinco teorías mencionadas. La controversia con la cuarta postura va a sumarse a ellas (C), de modo que la correcta es la que queda, con cuya ayuda cabe iniciar la solución de la problemática de la autoría.

A. La doctrina de HARDWIG, según la cual sólo se puede hablar de finalidad con respecto a las consecuencias pretendidas de la acción, es demasiado estricta. Si A quiere matar a B y sólo puede lograrlo arrojándole una bomba que al mismo tiempo va a matar a C, que está sentado junto a B, A no persigue en absoluto la muerte de C. Pero no puede negarse que ha dirigido completamente el curso causal que condujo a la muerte de C. Esta dirección por sí sola fundamenta la finalidad configuradora del curso del hecho. No se requiere nada más. Ciertamente ha de reconocerse que el resultado desagradaba a A y que en esa medida ha ocurrido en contra de su voluntad; pero la finalidad no puede depender de lo que "quiso" en este sentido estricto, esto es, de lo que aprobó internamente, sino sólo de lo que ha hecho conscientemente. En otro caso, se llegaría a un concepto de finalidad subjetivista, teñido emocionalmente, que requeriría algo más que la dirección completa del curso causal. Lo cual no se correspondería con la estructura del dominio descrita *supra* para los supuestos de error.

Sin embargo, de admitir que en nuestro ejemplo se da una dirección final porque no hay que atender a que el resultado sea pretendido, entonces también hay que admitirlo cuando la producción de las consecuencias accesorias no deseadas *ex ante* es poco segura. En efecto, la realización de todo plan puede tropezar en la realidad con mayores o menores obstáculos y alberga siempre un factor de inseguridad. De producirse el resultado no puede considerársele como no dirigido ya, porque podría haber ocurrido de otro modo.

Ni siquiera son posibles graduaciones cuantitativas del género de que sólo quepa hablar de dirección final cuando la producción de las consecuencias accesorias no deseadas alcanza cierto grado de probabilidad (así lo sugiere WELZEL), pues cuando la realización del tipo es pretendida, esto es, intencional, se imputa indiscutiblemente al autor la finalidad y el dominio del hecho, aun cuando la producción del resultado fuera *ex ante* improbable. Pero entonces hay que afirmar la finalidad también cuando la lesión del

bien jurídico, prevista y producida por una acción voluntaria, era no deseada y menos probable, puesto que el poder rector del sujeto actuante es el mismo en ambos casos, no influyendo en éste que el resultado sea pretendido o no deseado.

Por eso, cuando alguien obra con la consciencia de que puede que se produzca una consecuencia accesoria insegura y no deseada hay que considerar que el resultado (de producirse realmente) fue dirigido por él en la medida en que el curso causal era dominable, e imputárselo al agente como realización del tipo con imprudencia consciente.

B. Tampoco tienen nada que ver con la finalidad los criterios, empleados por STRATENWERTH y WELZEL, del "tomar en serio", de la "irreflexividad", del "contar con" o del "confiar en", siempre que se la conciba (tal como se sugirió *supra* y como estima básicamente la doctrina final de la acción) como la fuerza que dirige el acontecer causal, pues se trata aquí, como en todas las demás delimitaciones que hacen depender la distinción entre dolo e imprudencia de datos emocionales, de tomas de posición del autor irrelevantes para el curso causal que se desenvuelve en la realidad, cuya dirección final es la que importa. El que para el sujeto la producción del resultado sea esperada, le sea indiferente o confíe en que no va a acaecer, o que la tome en serio o no..., puede tener importancia para el merecimiento de pena, la culpabilidad y el límite entre dolo e imprudencia, pero no tiene el menor efecto en el curso causal, en cuya dirección, basada en la representación del resultado, consiste la esencia de la finalidad.

El propio WELZEL dice con toda razón que "la voluntad final, porque (y en tanto que) configura *objetivamente* [49] el suceso externo..., pertenece a la acción" [50]. Pero entonces no puede hacerse depender su presencia de circunstancias como el "confiar" o el "tomar en serio", puesto que en uno u otro caso la voluntad previsora del autor se manifiesta de igual manera y el curso causal no es dirigido ni un ápice de modo distinto [51].

Así pues, tampoco desde esta perspectiva se puede por menos que estimar que está presente un actuar final cuando el autor aprecia la concreta posibilidad de un resultado y sin embargo dirige el curso causal conscientemente hacia él.

C. En todo caso, falta aún analizar críticamente a Armin KAUFMANN, que para el ámbito de la imprudencia consciente (y, por tanto, desde su punto de vista: de la finalidad ausente) propugna reservar siempre los casos en los que el autor ha puesto en marcha factores contrarios para evitar el resultado accesorio no deseado, pero sí producido. El proceder de KAUFMANN no se ve expuesto a las objeciones que se invocaron *supra* en tanto que él propugna elevar a criterio distintivo entre el actuar final y el no final una diferencia "ontológica", que surte efecto en la dirección del acontecer. Además, es indudable que la finalidad falta en todo caso cuando el autor, sobre la base de los factores contrarios que emplea, llega a suponer que el resultado accesorio no se va a producir debido a que en este caso precisamente no actúa en la consciencia de que el resultado sea posible.

[49] Cursiva de WELZEL.
[50] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 29.
[51] En esto absolutamente coincidente NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 339.

Pero la concepción de KAUFMANN se torna problemática cuando el autor desde el principio duda de si las medidas contrarias que emplea van a impedir el resultado. Basta con modificar ligeramente el ejemplo anterior: A quiere matar a B, que se encuentra sentado a la misma mesa que C, arrojándole una bomba. Como no desea la muerte de C, decide advertirle en el último momento mediante un grito. Lo cual no puede realizar demasiado pronto ni de manera muy llamativa, puesto que en otro caso también B va a ponerse a buen recaudo. Las perspectivas de que la maniobra salvadora consiga su objetivo no son, pues, grandes, como A sabe. Efectivamente, C no entiende el grito y resulta destrozado por la bomba. ¿Por qué habría de negarse aquí la finalidad y el dominio del hecho por parte de A?

Ahora bien, si se parte de que a pesar del empleo de factores contrarios sigue existiendo una probabilidad, por ejemplo, del 80 por 100, de que se produzca el resultado accesorio, no se entiende entonces por qué ha de aplicarse un tratamiento distinto cuando en otro caso el empleo de factores contrarios no fue posible, pero la probabilidad de producción del resultado igualmente era sólo del 80 por 100 o (lo que para KAUFMANN no entrañaría diferencia alguna) a lo mejor sólo del 10 por 100. De un modo o de otro, A previó la muerte de C como consecuencia de su comportamiento con la misma probabilidad. Y ante todo, en realidad no se da ninguna diferencia relevante en la dirección final del acontecer causal, puesto que el empleo de contrafactores no surte efecto. Que la acción se haya desarrollado como lo ha hecho se debe exclusivamente a la dirección por parte de A. Pero entonces (pasando a las consecuencias para la doctrina de la autoría) hay que atribuirle asimismo el dominio sobre el suceso.

Realmente resulta sugestivo en principio cuando KAUFMANN [52] dice que la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a hacer que se produzca un resultado, y por otra, encaminarse justamente a evitarlo a través del modo de actuar. Pero en contra ya ha objetado STRATENWERTH [53] con razón que ciertamente no se puede perseguir a la vez realizar y evitar un resultado, pero en el dolo eventual se trata de la cuestión de si se puede imputar al autor a título de dolo la realización de un resultado, a pesar de que precisamente no lo pretendía. Dicho de otro modo: KAUFMANN iden-

[52] *Op. cit.*, p. 73.
[53] *Op. cit.*, p. 61.

tifica en su demostración inadvertidamente el concepto de finalidad con el de "pretender" (cfr. al respecto *supra* A), aun cuando en los demás casos, cuando no se despliegan factores contrarios, considere final todo actuar en la consciencia de que se produzca un resultado posible, aunque no pretendido.

4. Resultado

Así pues, cabe establecer que se halla en el ámbito de la relación final y, por tanto, es abarcado por el dominio del hecho todo aquel resultado que el autor se haya representado en concreto como consecuencia posible de su actuar dirigido. Por lo que respecta al concepto de finalidad, lo dicho concuerda con la postura original de ENGISCH, que así se revela como correcta frente a los demás ensayos posteriores de soluciones divergentes.

¿Qué se deduce de ahí entonces para la teoría del dominio del hecho y para la delimitación entre autoría mediata e inducción? Dos extremos:

A. *Dado el conocimiento coincidente sobre la probabilidad de resultado: participación*

Si el que actúa y el sujeto de detrás estiman el suceso de la misma manera, esto es, no existiendo diferencia alguna en la vertiente intelectual, no basta para fundamentar autoría mediata la circunstancia de que el comportamiento del ejecutor, sobre la base de cualesquiera puntos de vista "emocionales" o por su actitud moralmente menos reprobable, se valore como imprudente consciente, y la del sujeto de detrás, en cambio, como dolosa. En efecto, el sujeto de delante obra finalmente y tiene el dominio del hecho. Así pues, actúa por propia resolución; el que determina o auxilia, que no entrevé mejor el curso causal que el ejecutor directo, no puede dirigir el suceso más allá de su propio actuar.

Por eso, no es él, sino el ejecutor, quien tiene el curso del hecho en sus manos. La circunstancia de que al que no obra directamente (por ejemplo, en virtud de su mayor indiferencia ante el resultado o incluso porque lo ha pretendido) se le dirija un reproche de culpabilidad más grave, que hace aparecer su actuar como doloso, no puede procurarle el dominio sobre el suceso. Si la realización del tipo fue el fin directamente perseguido con su comportamiento habría que apreciar incluso dolo directo en el sujeto de detrás, sin que él pudiera cuestionar el dominio del hecho del sujeto de delante que entrevé la posibilidad de producción del resultado en la misma medida, pero confiando irreflexivamente en su ausencia. El que para uno el resultado sea sumamente indeseado y para otro bienvenido no influye en absoluto en el dominio del hecho, como se expuso *supra*.

De donde se deduce una importante consecuencia, la de que la posibilidad de participación en una acción imprudente consciente, que para el tercero ha de castigarse por el marco penal del delito doloso, ya no cabe negarla desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Nada obsta para ello la circunstancia de que falte un hecho principal doloso, pues o bien se encuadran sistemáticamente sólo en el ámbito de la culpabilidad los datos emocionales con los cuales el dolo trasciende la finalidad de tipo, y entonces se da un hecho típico y antijurídico, que admite incuestionablemente la participación, o se considera, como recientemente hace JESCHECK [54], a estos elementos de la culpabilidad a la vez como "factores del injusto", y entonces tampoco puede ser distinto el resultado, pues si concurren en el tercero los requisitos de la participación (aquí, la cooperación sin dominio del hecho en la realización del resultado), la falta de elementos personales del injusto en el que actúa directamente no puede excluir la punibilidad del sujeto de detrás. Esto se tratará más adelante en profundidad.

A una solución aparentemente semejante llega FRANZHEIM [55], que en los delitos especiales propugna considerar al *intraneus* que actúa con imprudencia consciente como autor y al *extraneus* doloso, no cualificado, como partícipe. Para fundamentarlo indica que «en los delitos imprudentes conscientes el dominio del hecho potencial fundamenta la autoría cuando al dominio del hecho potencial no se opone el dominio del hecho fáctico de otro partícipe». Sin embargo, la coincidencia con la posición aquí desarrollada no va muy lejos, pues en primer lugar FRANZHEIM atribuye al autor imprudente consciente sólo un dominio del hecho "potencial" (o sea, no actual), mientras que aquí partimos de una dirección del suceso real, igual al dolo y por tanto "fáctica" en su sentido, y en segundo lugar, desarrolla su teoría precisamente en los delitos especiales, para los cuales, como se señalará más adelante, son determinantes puntos de vista absolutamente distintos [56].

Siguiendo la concepción de SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER, que asignan al dolo todos los supuestos de representación concreta del resultado, se llegaría no obstante materialmente a los mismos resultados que los que aquí se mantienen para la teoría del dominio del hecho [57]. En efecto, el que actúa con imprudencia consciente (para la doctrina dominante) sería entonces autor doloso, de manera que serían posibles sin más la inducción y la complicidad en tal comportamiento. No es éste el lugar adecuado para tomar postura acerca de lo correcto de esta teoría sobre el alcance del dolo, puesto que no se trata aquí de la separación de dolo e imprudencia, sino del concepto de finalidad configuradora del hecho. Pero un extremo es seguro: si se reconoce la imprudencia consciente en el sentido tradicional, entonces se exige

[54] *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 487 y 488.
[55] *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, 1961, pp. 39 y 40.
[56] Cfr. al respecto con detalle pp. 396 ss.
[57] Cfr. ya *supra*, pp. 203-205.

para el dolo más que la mera relación final con el resultado, de manera que las consecuencias expuestas *supra* son inevitables. Ahora bien, no siendo ya determinante la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente para delimitar inducción y autoría mediata (tal como aquí se propugna) ello no significa para la doctrina de la autoría (como cabría pensar en principio) una complicación que confundiera las cosas, sino, por el contrario, una simplificación apreciable, puesto que la cuestión de la autoría se ve aliviada de la problemática dolo-imprudencia, que por la equivocidad de los criterios volitivos empleados hasta ahora se ha debatido sin tregua, y remitida al concepto de la supradeterminación final, que resulta notablemente más claro y fácil de manejar.

Al mismo tiempo, sin embargo esta concepción se ajusta mucho mejor a la imagen rectora de que señor del hecho sólo puede ser aquel que tenga el suceso "en sus manos", puesto que cuando alguien determina a quien actúa con imprudencia consciente, el ejecutor sabe (si entrevé el hecho tan bien como el sujeto de detrás), en la misma medida que éste, que el resultado puede producirse y qué riesgo asume. En esta representación del resultado homogénea reside un motivo inhibidor y ya no es posible emplear al agente como mero factor condicionante y convertirse uno en figura central del suceso de la acción. Si el ejecutor es irreflexivo y confía sin fundamento en la ausencia del resultado, el legislador puede que aprecie en su favor una menor energía criminal y le exima de la pena correspondiente al dolo (la razón reside exclusivamente en su persona y nada tiene que ver con el dominio del sujeto de detrás). Cuando uno advierte las posibles consecuencias de su actuar, su decisión irreflexiva sigue siendo decisión *suya*, y merced a ello no se da dominio del tercero. No me parece correcto lo que señala STRATENWERTH [58] en el sentido de que uno puede distanciarse de las consecuencias de su hacer advertidas como posibles, renunciando a asumirlas, a hacerlas "propias".

B. *Dado el conocimiento más amplio por parte del sujeto de detrás: el problema se traslada a otra sede*

Con lo expuesto hasta ahora se ha respondido a la disyuntiva autoría mediata/participación en la acción ejecutiva imprudente consciente, pero no de modo definitivo, ya que en nuestra solución en favor de la participación hemos dado por supuesto que el sujeto de delante y el de detrás "saben" lo mismo, y únicamente la disposición emocional con respecto al suceso entraña en uno imprudencia consciente y en otro dolo.

Ahora bien, cabe asimismo concebir supuestos en los que el entendimiento del curso causal que se espera es mayor en el sujeto de detrás, que se aprovecha de ello. Así, por ejemplo, puede acontecer que el sujeto de detrás persiga un resultado accesorio no deseado por el ejecutor directo, por lo cual persuade a éste de que el riesgo es reducido, aun sabiendo exactamente que el resultado va a producirse con seguridad. Si el ejecutor sigue siendo consciente de la posibilidad del resultado, pero debido al engaño del sujeto de detrás confía irreflexivamente en que no va a producirse, habría que caracterizar su comportamiento, con arreglo a la doctrina dominante, como imprudente consciente.

[58] *Op. cit.*, pp. 59 y 60.

Surge la cuestión de si sólo es posible apreciar inducción en supuestos de este estilo. ¿O se da autoría mediata? Cabe preparar la respuesta estableciendo dos ideas:

a) *Irrelevancia del límite dolo-imprudencia*

Tampoco puede depender la solución a estos casos de error de dónde se sitúe la frontera entre dolo e imprudencia consciente, ya que el problema se plantea en la misma forma si en nuestro ejemplo (pongamos, porque no haya puesto en marcha factores contrarios o porque se entienda suficiente la representación concreta del resultado) le imputamos al agente su comportamiento a título de dolo.

Lo cual se pone también de manifiesto en casos claros de comportamiento doloso por ambas partes. Si por ejemplo, alguien obra con una representación del 50 por 100 de probabilidades, esto es, contando seriamente con la realización del tipo, se le hará responder por dolo eventual con cualquier teoría; pero si de haber sabido que se iba a producir el resultado habría renunciado a actuar, en estos supuestos se plantea la cuestión de si no hay que considerar autor mediato al sujeto de detrás que le ha engañado acerca de esta circunstancia.

De ahí se deduce que los casos de engaño no es posible aclararlos de modo concluyente en este lugar, en que se trata del significado de la imprudencia consciente para la doctrina de la autoría. Más bien se encuadran mejor en un complejo de problemas mas amplio, que se abordará más adelante [59], y que se ocupa de si también en la acción ejecutiva dolosa y culpable es posible el dominio de la voluntad en virtud de error por parte del sujeto de detrás que sabe más que el autor directo. A ese lugar, pues, debemos remitirnos.

b) *Irrelevancia del límite causalidad-finalidad*

Una idea, que después vamos a dar por sentada, es posible anticiparla ya: si en los casos de error del género descrito, dado el conocimiento más

[59] Cfr. pp. 245 ss.

amplio del tercero, ha de existir autoría mediata, ésta no cabe fundamentarla con el binomio causalidad-finalidad. En efecto, en estos supuestos obra dolosa y finalmente también el ejecutor engañado, de manera que no puede hablarse de supradeterminación de un mero curso causal. Por eso, estos casos no es posible comprenderlos con la forma estructural, hasta aquí elaborada, de la autoría mediata. Cómo hay que continuar ahora se mostrará en lo que sigue de la mano de sencillos grupos de hechos. En relación con ello, podemos volver a ocuparnos del problema (que sigue abierto en este lugar) de si es concebible la autoría mediata, dado un conocimiento más exacto de la probabilidad del resultado.

III. EL QUE YERRA OBRA SIN CONSCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD

1. Error de prohibición propio

A. *Estado de la cuestión*

La cuestión de si (y en qué circunstancias) puede ser autor mediato el que coopera en el hecho de otro que obra sin conocimiento de la antijuricidad es objeto de debate entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

a) *Welzel*

Welzel [60] niega en la mayoría de los casos el dominio del hecho del sujeto de detrás. Idea un ejemplo en que una mujer se ha trasladado de Alemania central a Alemania occidental y realiza aquí un aborto, en el convencimiento, al que ha llegado a partir de la práctica de su patria, de que el aborto ya no es punible; al respecto señala: «... quien auxilia a la mujer en un aborto así, o la induce, comete complicidad o inducción al aborto (doloso), tanto si la autora ha obrado en ignorancia de la prohibición evitable como inevitable». Una sola excepción reconoce: «únicamente si el sujeto de detrás suscita el error de prohibición del ejecutor directo *intencionadamente* para que se cometa el delito existe autoría mediata del sujeto de detrás (al igual que en aquel que crea deliberadamente una situación de necesidad para un tercero)» [61].

[60] *Um die finale Handlungslehre*, 1949, nota 34, p. 30.

[61] En un comentario a la sentencia *BGHSt*, 4, pp. 355-360; en *JZ*, 1953, p. 763, Welzel propugna, no obstante, estimar inducción también en tal situación diciendo: «Precisamente para este caso se introdujo la limitación de la accesoriedad.» Sin embargo, ocurre que aquí, donde un médico determinó a un colega a revelar indebidamente un secreto, se añade la problemática de la participación, con sede distinta, en los delitos especiales, que se abordará más adelante; cfr. pp. 396 ss., y especialmente con respecto a esta sentencia pp. 400 ss.

b) *Bockelmann*

Por el contrario, Bockelmann [62] propugna apreciar autoría mediata por lo general en caso de error de prohibición evitable e inevitable del que actúa directamente. Sólo admite excepcionalmente la participación cuando el cooperador cree o al menos cuenta con que el ejecutor entrevé la situación jurídica, pues en tales casos «deja a criterio de ese otro, por necesidad, la decisión determinante sobre si el hecho va a producirse» [63].

c) *Maurach*

Más lejos va Maurach [64], que llega, sin indicar excepciones, al resultado de que existe autoría mediata. Dado el error inevitable del ejecutor, habla incluso de un «caso, especialmente claro, de dirección final-dolosa por parte del sujeto de detrás». Si el ejecutor directo se equivocó culpablemente sobre la antijuricidad de su actuar, señala Maurach, podría decidirse en otro sentido de recurrirse «a lo normativo del error de prohibición (el autor directo debió haber advertido el injusto) y no a lo psicológico (no ha advertido el injusto)». Y sin embargo ha de preferirse esta última postura. El dominio del hecho se basa en el mero hecho del error de prohibición, sin que la falta de tensión de la consciencia que se da en el instrumento pueda modificar el enjuiciamiento del sujeto de detrás [65].

d) *Otros autores*

Quot homines, tot sententiae. No son éstas las únicas soluciones posibles e imaginables mantenidas desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho. No obstante, las demás voces de la doctrina llegan a resultados muy poco claros.

[62] *Untersuchungen*, pp. 80-81.

[63] En contra de Bockelmann, cfr., por ejemplo, Oehler, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, pp. 270-272; Heinitz, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, pp. 104 y 105; Tröndle, *GA*, 1956, pp. 144 y 145; Benakis, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, 1961, p. 120.

[64] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, D, 2, p. 503.

[65] En otro lugar (*AT*, 2.ª ed., § 53, III, D, 2, b, p. 570) Maurach señala que "en la duda", dándose error de prohibición del autor principal, hay que apreciar no participación, sino autoría mediata del sujeto de detrás. Según ello, siempre tendría que haber también casos de participación fuera de duda; pero no sabemos de qué casos se trataría.

Así, por ejemplo, FRANZHEIM [66] estima que lo que debe decidir es la "intensidad del dominio del hecho". «Si el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho y obra sin error de prohibición, su dominio del hecho será por lo general más intenso (y por tanto determinante) que el del sujeto de delante que obra en error de prohibición. Si a pesar del error de prohibición, debido a la especial posición personal y social del sujeto de delante, es más intenso su dominio del hecho que el del sujeto de detrás, el sujeto de detrás es partícipe en el hecho del sujeto de delante.» FRANZHEIM habla, a este respecto, de la "elasticidad y relatividad del concepto de dominio del hecho".

De manera análoga, TRÖNDLE [67] opina que «por lo general —aunque no siempre— se dará autoría mediata cuando un sujeto determina a una acción dolosa... punible a otro, cuya falta de consciencia de la antijuricidad conoce». Sin embargo, calla sobre cuándo podría darse un caso que suponga una excepción a su regla [68]. Con más cautela aún dice BENAKIS [73] que "ha de ponderarse" cuándo el sujeto de detrás aparece como señor del hecho. De las posturas de GALLAS [69], OEHLER [70] y HEINITZ [71] se deduce sólo que consideran posible siempre la participación en un hecho cometido en error de prohibición; no se advierte si esto rige con carácter general o si con ciertos requisitos es posible la autoría mediata.

La razón de esta inseguridad generalizada reside en que la idea del dominio, concebida únicamente como lema plástico del que se trata de derivar consecuencias jurídicas inmediatas, en los ámbitos marginales es demasiado equívoca como para obtener del sentimiento jurídico una reacción segura. Por eso señala acertadamente BENAKIS [72]: «No cabe derivar a partir del criterio del dominio final del hecho una consecuencia forzosa en una u otra dirección.»

Si uno quiere abrirse paso hasta una postura clara parece adecuado (frente a un proceder así, determinado más por el sentimiento individual de equidad) recurrir también aquí a la idiosincrasia estructural de la relación existente entre los intervinientes.

B. *No hay dominio sobre la persona del autor directo*

No se da el dominio sobre la persona del ejecutor, como en los casos de coacción. Bien es verdad que el ejecutor puede estar amparado por una

[66] *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 44.
[67] *GA*, 1956, p. 144.
[68] Su referencia a MAURACH no sirve de gran cosa porque la cuestión tampoco se responde ahí.
[73] *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, p. 119.
[69] *Gutachten*, p. 148.
[70] Como nota 63 (p. 194).
[71] Como nota 63 (p. 194).
[72] *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, p. 120.

causa de exclusión o de disminución de la culpabilidad, pero tal exención de responsabilidad plena o parcial no se le asigna porque se haya encontrado en manos el sujeto de detrás, sino porque el error reduce la reprochabilidad. Aun cuando el sujeto de detrás le haya hecho incurrir en la creencia errónea de que el hecho planeado no está prohibido, el ejecutor es libre de decidir.

Lo cual rige también para el ejemplo de WELZEL: el que la mujer lleve a cabo o no el aborto depende exclusivamente de ella. No me parece acertado que WELZEL establezca un paralelismo entre este caso y los de coacción. Y es que el coaccionado actúa bajo presión: si quiere evitar el peligro que se cierne tiene que hacer lo que le ordena el sujeto de detrás. Pero para quien sufre error de prohibición todas las posibilidades siguen abiertas. No decide en consideración a la persona del sujeto de detrás, sino según su propio deseo. Aun cuando el agente, debido al error de prohibición, considere el hecho planeado como un suceso jurídicamente neutro, no es dominado por el otro.

Por utilizar un símil trivial: si en nuestro ejemplo alguien le propone a la mujer ir al cine (lo que ciertamente constituye una acción jurídicamente neutra), no por ello tiene el dominio del hecho sobre la decisión de ésta. ¿Cómo iba a ser distinto si le aconseja, falseándole la situación jurídica, un aborto y, por tanto, una acción a sus ojos igualmente neutra desde el punto de vista jurídico? Además, desde este planteamiento me parece inconsecuente que WELZEL, en la determinación al hecho, aprovechando un error de prohibición ya existente, aprecie sólo inducción, pues la situación psicológica es la misma en ambos casos para el agente.

Desde estos puntos de vista también cabe esgrimir objeciones contra la argumentación de BOCKELMANN, aunque en lo esencial llegue a resultados opuestos a los de WELZEL. Aun prescindiendo de las objeciones de principio y ahora también compartidas por el propio BOCKELMANN [74], contra la fórmula, tomada de la teoría del dolo, del "dejar a criterio de", sin embargo todavía hay que preguntar si en los casos del error de prohibición el sujeto de detrás no tiene que "dejar el hecho a criterio" del agente. La respuesta surge de lo arriba expuesto: tiene que hacerlo, porque el autor directo (piénsese en el caso del aborto) mantiene la libertad de decidir. En otro caso, cualquier consejo para realizar una acción no prohibida acarrearía para el que incita el dominio del hecho. Ciertamente es correcto que suponer que una acción no está desaprobada por el Derecho puede despejar las inhibiciones y facilitar la decisión, pero este efecto lo tienen igualmente otros modos distintos de persuadir y tentar que se encuadran incuestionablemente en el ámbito de la inducción.

No resulta adecuado, pues, el intento de apreciar en los casos de error de prohibición el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás

[74] Cfr. al respecto *supra*, pp. 73 y 104.

sobre la base de la ausencia de libertad del agente. Por eso, puede inducir a engaño, en relación con la teoría del dominio del hecho, que BRAUNECK [75] considere al error sobre la antijuricidad "como una pura cuestión de poder", situándola en el mismo escalón que la inimputabilidad. Y es que el autor pudo decidir de otro modo. Simplemente pudo no advertir el injusto de su comportamiento o advertirlo sólo en una medida reducida [76].

C. *Grados de la configuración del hecho con sentido*

Queda por tratar la cuestión de en qué medida, dado el error de prohibición del ejecutor, cabe hablar de que el sujeto de detrás posee el dominio del hecho en virtud de la finalidad configuradora del curso del hecho en el sentido de los casos de error.

Partiendo de la doctrina final de la acción, de entrada se ofrece una solución sencilla: como el conocimiento del injusto sólo afecta a la culpabilidad, y como aquel que simplemente yerra sobre la antijuricidad de su actuación sin embargo actúa finalmente, es autor doloso y, por tanto, sin estar forzado, tiene el dominio de la voluntad, el sujeto de detrás sólo puede ser partícipe. Tal sería también la tesis de WELZEL, con arreglo a la cual la autoría mediata a través de un agente que a su vez es autor representa un "absurdo" [77]. Obviamente el propio WELZEL se contradice al apreciar autoría mediata en la creación intencionada de un error de prohibición.

En realidad, la cuestión no es tan sencilla. Así, ha de preguntarse si la finalidad que procura al agente el dominio sobre el acontecer verdaderamente es independiente en todos los casos de la consciencia de la antijuricidad. Esta cuestión ha de plantearse, pues por lo que respecta a los requisitos intelectuales del dominio del hecho, la dirección final no se agota en absoluto en la mera supradeterminación del curso causal. Si alguien dispara a una persona, a quien ha tomado por un tocón de árbol, ha dirigido el curso causal a donde quería, y, sin embargo, no ha obrado finalmente, por haberse equivocado sobre la cualidad —en sí independiente de la dirección del curso causal— del objeto del hecho. Por eso dice WELZEL [78]: «No hay... acciones finales "en sí"..., sino sólo referidas a las consecuencias señaladas por la voluntad de realización.»

Al respecto, estas consecuencias deben ser abarcadas en todo su contenido típico. El ladrón no sólo tiene que guiar el curso causal hacia la consecuencia

[75] *GA*, 1959, p. 268.

[76] Dado que la cognoscibilidad del injusto es de importancia decisiva para la culpabilidad —si bien no para las relaciones de dominio—, no resulta afectado por las consideraciones expuestas *supra* el intento de BRAUNECK de elevar el elemento del "poder" a criterio material de la culpabilidad.

[77] *SJZ*, 1947, apdo. 650.

[78] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 31.

externa —sustracción de la cosa—, sino que también ha de saber que la cosa es "ajena" para que a su hacer no le falte el dominio del hecho y la cualidad de acción en el sentido que aquí interesa.

No va a debatirse aquí si tal postura, que equipara la "acción" con la realización del tipo consciente y voluntaria, es adecuada para procurar un concepto básico sistemático antepuesto al plano del tipo, o si el significado de la doctrina final de la acción más bien resida en su innovadora concepción del injusto; en cualquier caso, de esta forma llega WELZEL a un concepto de acción desligado de todo naturalismo, que asume ampliamente el sentido social del acontecer, tradicionalmente dividido en tipo, antijuricidad y culpabilidad, la única que da cuenta también de la esencia de la "finalidad configuradora", que en los supuestos de error fundamenta el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás; en efecto, sólo quien ha abarcado intelectivamente todos los elementos del tipo puede dirigir el curso causal de modo ostensible a su realización y de ese modo dominar el acontecer. Sólo de aquí se deriva que el proceso que «desde la resolución, pasando por los impulsos volitivos, conduce al resultado, es una unidad de sentido dispuesta, que se destaca del resto del acontecer causal por el elemento de la disposición del sentido» [79]. Pero con ello se pone también de manifiesto que los conceptos así concebidos de la finalidad y del dominio del hecho son de naturaleza teleológica en la medida en que su alcance depende enteramente de la respectiva idea valorativa del legislador [80].

Pero siendo esto así, me parece incontestable la consecuencia, en principio temeraria, de que hay distintos grados de finalidad y, por tanto, de dominio del hecho en función de la medida de dirección conforme a sentido. Así, no apartándose de la teoría de la culpabilidad, no cabe negar que el conocimiento fundamentador del dolo, de los elementos externos del tipo, no agota (y ni siquiera abarca) el contenido de sentido social del suceso. Lo cual es aplicable, por ejemplo, a la legislación penal especial: si un extranjero, en Alemania, conduce por la izquierda por suponer erróneamente que así está establecido, no obstante actúa dolosamente para la teoría de la culpabilidad; sabe que conduce por la izquierda, faltándole simplemente el conocimiento de que eso está prohibido. Pero sin ese conocimiento también le está oculto el sentido de su conducta. Ciertamente ha dirigido la ejecución de la acción en su curso exterior, pero sólo de manera limitada cabe hablar aquí de dirección con sentido.

Si, sin embargo, se quiere hablar aquí de acción final y, por tanto, de "unidad de sentido dispuesta", hay evidentemente diferencias que conducen, en principio, a la articulación en dos grados del dominio del hecho: para

[79] WELZEL, *ZStW*, t. 51, p. 718; citado por BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 57.

[80] Cfr. con respecto a estas cuestiones, más en detalle, ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 515-561.

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 antijuricidad material de su hacer. Únicamente en este segundo grado es posible una configuración del hecho con pleno sentido.

Con ello no se quiere decir que para captar el sentido el tipo se requiera necesariamente o al menos por lo general la consciencia de la antijuridicidad formal: quien maltrata a una persona a su cargo, quien explota a otros usurariamente, quien calumnia o extorsiona, sabe todo lo que el legislador requiere para atribuirle el dominio sobre el hecho sin limitaciones, aun cuando en el caso concreto no sea consciente del quebrantamiento formal de la ley. A posición distinta sólo se llegaría de situar la esencia del delito no en la dañosidad social o en el desvalor de la conducta, sino en la infracción consciente de la voluntad estatal. Sin embargo, esta consideración, que en definitiva hunde sus raíces en el positivismo legal, es incorrecta, y por lo mismo ha de rechazarse también la teoría del dolo pura en el terreno de la teoría del error [81].

Así pues, el dominio del hecho de segundo grado requiere sólo la consciencia de la antijuricidad material, no la de la formal.

En el ámbito del Derecho criminal en sentido propio ocurrirá de manera que ya el conocimiento de las circunstancias del hecho evidenciará para el autor la desvaloración social del su hacer; simplemente, para la teoría del dominio del hecho de dos grados, donde no sea ése el caso, es necesaria además la consciencia de la desvaloración del propio hacer, y únicamente allí donde —como ocurre en el Derecho penal de contravenciones— la desvaloración sólo queda constituida por la prohibición legal, se requiere la consciencia de la antijuridicidad formal para comprender el sentido del tipo y el grado superior de dominio del hecho.

D. *Solución de la problemática*

Llegados a este punto, afirmo que si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de primer grado, pero el sujeto de detrás tiene el de segundo grado, se da un supuesto de autoría mediata. Si ambos intervinientes tienen igualmente el conocimiento del sentido requerido para el dominio del hecho de primer grado o también para el de segundo grado, ha de estimarse participación.

[81] Para fundamentación en detalle, cfr. mi *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* pp. 111 ss. (114-117).

No se comprende fácilmente por qué tiene que ser así, pues conociendo el autor directo simplemente las circunstancias exteriores del hecho realiza estos elementos finalmente. Pero si a partir de ellas no le resulta clara la desvaloración social de su conducta, entonces no capta el sentido de la prohibición y en esa medida actúa "a ciegas". Así pues, precisamente en este punto decisivo para la realización del delito es posible una supradeterminación que convierte al sujeto de detrás, en consideración al contenido de desvalor del suceso, en figura central del curso de la acción y, consiguientemente, en señor de éste.

Yo no vacilaría en hablar aquí de un *plus* de finalidad y, por tanto, también de supradeterminación final, pues entendiendo la finalidad como dirección con sentido del curso causal, también hay que reconocer grados de la captación de sentido y de realización de sentido. Pero obviamente con esta consecuencia no estarían de acuerdo los finalistas, porque así se relativizaría su concepto de acción ontológico e inmodificablemente dado, e incluso (piénsese en el conducir por la izquierda) a veces se le pondría en conexión con la consciencia de la antijuricidad. Tampoco es éste el lugar para abordar tal cuestión sistemática básica en polémica crítica con la doctrina final de la acción [82]; por eso, en los casos de dominio del hecho de grado superior nos conformaremos con hablar de "configuración del hecho con sentido" y de "supradeterminación con sentido".

De este modo resulta la siguiente solución de la problemática: si el ejecutor directo obra en error de prohibición, la cuestión de si el sujeto de detrás que entrevé la situación jurídica tiene el dominio del hecho y es autor mediato no puede contestarse unitariamente. Más bien hay que distinguir: si el autor directo ha advertido la dañosidad social (antijuridicidad material) de su hacer, como será el caso casi siempre en el Derecho penal criminal, en el sujeto de detrás sólo se da participación. Por el contrario, si le falta al agente el conocimiento del contenido de desvalor social, la configuración del hecho con sentido reside en el sujeto de detrás, en tanto en cuanto éste posea ese conocimiento. Tiene el dominio del hecho y es autor mediato, con independencia de si la cooperación, de poseer el ejecutor la consciencia de la antijuridicidad, se presentaría como inducción o como complicidad. En cambio, si también al que determina le falta la consciencia de la dañosidad social del comportamiento al que incita, sólo cabe apreciar, de nuevo, inducción.

De acuerdo con lo expuesto, nuestros ejemplos han de decidirse así: aquel que persuade a un extranjero de que en Alemania se conduce por la izquierda, en todo caso es autor mediato de la acción punible que éste cometa (§ 8, párrafo II, inciso 1, Código de la Circulación), lo cual es aplicable también cuando no ha creado esa idea falsa, sino que, conociendo el error,

[82] De estas cuestiones me he ocupado en detalle en *ZStW,* t. 74, pp. 515 ss., adonde me remito.

se limita a cooperar en el hecho, por ejemplo, prestando su automóvil. Por el contrario, si se trata de dos extranjeros, creyendo ambos que en Alemania se conduce por la izquierda, los dos tienen entonces un conocimiento del mismo grado y se da (suponiendo que se aprecie dolo) un supuesto de participación, al igual que cuando ambos saben que está prohibido conducir por la izquierda.

Si, por otra parte, alguien maltrata a una persona bajo su custodia [§ 223.*b)*], si explota a otro usurariamente (§§ 301-302), si calumnia (§ 187) o extorsiona (§ 253), el sujeto de detrás sólo es partícipe, incluso en los supuestos en que, por ejemplo, ha persuadido al ejecutor directo de que su acción no infringe prohibición alguna. Y ello porque el agente advierte el desvalor social de su conducta, de manera que al sujeto de detrás ya no le es posible una supradeterminación con sentido.

Por último, para el supuesto welzeliano del aborto hay que distinguir: si la mujer oriunda de Alemania central sabía que el aborto se considera en Alemania occidental como moralmente reprobable y dañoso socialmente, entonces tiene (aun no conociendo la prohibición legal) el dominio del hecho de segundo grado, y el sujeto de detrás que la ha instigado a la acción es sólo inductor. Por el contrario, si (por ejemplo, debido a la educación recibida) pensaba que el aborto es útil para la comunidad y está aprobado en general como medio para evitar la superpoblación, el sujeto de detrás, conocedor de la situación jurídica, es autor mediato.

Cuanto más evidente es que no resulta posible una dirección con sentido del curso del hecho cuando el ejecutor directo no comprende el significado de su comportamiento, tanto más necesita nuestro resultado asegurarse hacia la otra parte. Así queda por indagar si viene en consideración una supradeterminación rectora también cuando el ejecutor ha captado el desvalor ético-social de su conducta, pero yerra sobre la antijuridicidad formal o bien sólo sobre la punibilidad. Puede ocurrir que el sujeto de detrás, conociendo la situación jurídica, cree un error así o lo aproveche, determinando al ejecutor a una acción que éste habría omitido de haberla conocido. ¿Acaso no se da también en tal situación el dominio de la voluntad del sujeto de detrás, de manera que la solución correcta consistiría en excluir de entrada la participación, no sólo en el desconocimiento del significado social, sino también en todo error (independiente de aquél) de prohibición, de subsunción o sobre la punibilidad?

Dedicarnos a esta cuestión no supone una ocupación ociosa. Aun cuando estos casos no sean muy frecuentes, desde luego no existen sólo en la fantasía constructiva, sino que pueden ocurrir diariamente en la praxis. Sírvanos como ejemplo una sentencia, recientemente publicada, del BGH relativa a la estafa en apuestas [83]. En el hecho, los inculpados se hacían informar por un cómplice

[83] *BGHSt*, 16, 120-122.

de los resultados de determinadas carreras en hipódromos franceses nada más concluir. En seguida apostaban en las oficinas de apuestas de Berlín, a las que los resultados oficiales tardaban en llegar unos minutos, a los caballos ganadores, embolsándose así mucho dinero.

El BGH ha negado en este caso (frente al RG) la estafa, si bien subrayando expresamente que el hecho supone "una crasa falta de honradez" [84]. BOCKELMANN [85] considera incorrecta la sentencia. Supóngase que el BGH, influido por esta crítica y por motivos político-criminales, va a cambiar de opinión y a decidir en lo sucesivo en sentido contrario. Si entonces alguien, conociendo la reciente jurisprudencia, fingiendo que por existir una laguna legal puede ganarse mucho dinero impunemente en tales apuestas, determina a otro a manipulaciones de este género, nos encontramos ante el clásico supuesto en que alguien que es consciente del desvalor moral y social de su conducta, resulta instigado a actuar únicamente por un error sobre la antijuridicidad formal. ¿Es aquí inductor el sujeto de detrás o más bien, quizá, autor mediato?

A fin de solucionar este problema hay que tener claro que también en una situación así el sujeto de detrás "sabe más" y quizá incluso en el aspecto decisivo para el ejecutor. Pues éste puede que aprecie con exactitud que está abusando de la confianza de la oficina de apuestas e infligiéndole un perjuicio; pero si hubiera tenido clara la punibilidad de su actuación habría omitido el hecho (como hemos dado por supuesto). Así pues, en esta circunstancia, para él determinante, obraba "a ciegas", de manera que en esa medida es posible ciertamente la supradeterminación y dirección por parte del sujeto de detrás. No cabe negar que este supuesto no ha de juzgarse de modo distinto, desde el punto de vista psicológico, que la provocación o aprovechamiento de un error sobre la antijuridicidad material: aquí, como allí, el sujeto de detrás consigue que se realice un hecho por medio de un engaño que psíquicamente surte efecto del mismo modo.

Para fundamentar nuestro resultado de que, a pesar de lo dicho, cuando el ejecutor conoce la antijuridicidad material sólo se da inducción o complicidad, debemos recordar que la delimitación entre autoría mediata y participación en los supuestos de error, al igual que en los de situaciones coactivas, no se deduce de los datos fácticos, sino que hace falta la orientación a los parámetros valorativos del ordenamiento jurídico. Así pues, a errores del mismo efecto psicológico pueden subyacer valoraciones de sentido jurídicas distintas.

Si, por ejemplo, alguien, merced a que se le ha prometido engañosamente una recompensa, se ha dejado impulsar a cometer un delito, el sujeto de detrás ciertamente es sólo inductor, aunque también aquí el agente habría omitido el delito de no haber sido engañado. La razón reside en que tal

[84] *NJW*, 1961, p. 1936; no incluido en la compilación oficial.
[85] *NJW*, 1961, pp. 1934 y 1935 (comentario a la sentencia).

engaño, aun cuando surta efecto psíquicamente, no cambia el sentido de la acción. El contenido de sentido del hecho determinante para la clasificación de la formas de participación y captado por el ejecutor es el mismo tanto si el hecho se habría cometido también sin la recompensa como si no. Por eso, con respecto a la desvaloración jurídica del suceso, la única que importa, no es posible, a pesar del engaño, la supraformación configuradora de sentido del curso de la acción. Lo cual da por supuesto también el legislador, como lo demuestra el hecho de que el § 48 StGB *, entre los medios de la acción, menciona expresamente la «creación o favorecimiento intencionados de un error».

En correspondencia con lo anterior ha de enjuiciarse, dado el conocimiento de la antijuridicidad material, el error sobre la prohibición formal, sobre la subsunción jurídicamente pertinente o sobre la punibilidad. Los modos de conducta descritos en los tipos no son punibles por estar prohibidos, sino porque colisionan intolerablemente con los fundamentos ético-sociales del orden comunitario. Lo cual es aplicable también allí donde, como en el Derecho penal de contravenciones, son las propias normas jurídicas reguladoras las que configuran el valor ordenador social. Por eso la descripción del contenido material de un delito se agota con la reprobabilidad, contraria al orden social, de una actuación. En esto se basa que, según doctrina unánime, al enjuiciar un delito los puros errores de subsunción sean irrelevantes, que en lugar de la subsunción exacta baste la valoración paralela en la esfera del profano y que la ausencia de conocimiento del injusto no exima cuando el autor conoce la antijuridicidad material.

De aquí se deduce para la participación que aquel que ha advertido la anijuridicidad material de su comportamiento ha captado el sentido de su actuar, en tanto que éste influye en la valoración jurídica. Sabe todo lo que ha impulsado al legislador a castigar su conducta y que conforma el contenido de desvalor del suceso. Por eso queda excluida la supradeterminación que aporte sentido. Lo cual cabe aplicarlo a nuestro supuesto de las apuestas: si el sujeto de delante se deja mover a maquinaciones picarescas, éste es un error en el motivo que nada altera en el hecho de que él controla plenamente la dirección configuradora de sentido del suceso, desplazando al sujeto de detrás a la zona marginal de la inducción.

Considerando esta postura a la luz de la doctrina del error, coincide con una variante de la teoría del dolo que requiere para el actuar doloso no necesariamente el conocimiento de la prohibición formal, sino sólo la consciencia de la antijuridicidad material [86]. No obstante, la postura aquí

* § 48.1 StGB: «**Inducción.** Se castigará como inductor al que hubiere determinado dolosamente a otro a la acción conminada con pena cometida por éste mediante promesa, amenaza, abuso de ascendiente o violencia, mediante creación o favorecimiento intencionados de un error u otros medios.»

[86] Cfr. al respecto mi *Offene Tatbestände*, pp. 118 y 119.

desarrollada sobre el alcance de la autoría mediata no está vinculada a esta teoría del error ni a ninguna otra, puesto que se trata de distintos problemas materiales: para la doctrina de la autoría importa la configuración final del curso de la acción, mientras que tiene sentido determinar la pena del dolo con arreglo a la medida de la reprochabilidad, a veces independiente de aquélla.

Así, por ejemplo, creer que la explotación usuraria de los demás supone uno de los fundamentos de nuestro orden económico puede representar una negligencia tan descabellada que la aplicación de la pena del dolo, como propone la teoría de la culpabilidad, aparezca como adecuada. En semejantes ideas se basa que los partidarios de otras teorías, como MEZGER y NOWAKOWSKI, a pesar de la falta de consciencia de la antijuridicidad formal y material, en el caso concreto vuelvan a aplicar la pena del dolo, en tanto que el autor muestre une disposición "hostil al Derecho" [87] o un "sentimiento valorativo incorrecto" [88].

En cualquier caso, esta cuestión es completamente independiente de que le fuera o no posible al sujeto de detrás una dirección con sentido del suceso. Puede que alguien no sea capaz de advertir la dañosidad social de su comportamiento debido a un sentimiento valorativo absolutamente pervertido y el sujeto de detrás pueda supraconfigurar la actuación del agente precisamente a causa de esa falta. En esta medida tiene razón MAURACH: hay que atender no a lo normativo (el ejecutor habría tenido que advertir el injusto), sino a lo psicológico (no ha advertido el injusto); sólo la cuestión de qué criterios materiales fundamentan el injusto y su conocimiento ha de decidirse, trascendiendo lo psicológico, según parámetros valorativos. Ahí se pone también de manifiesto esa imbricación de los modos de considerar teleológico y valorativo tan característica de la formación de los conceptos jurídicos.

Igualmente, sólo hace falta mencionar de pasada que nuestra delimitación, al recurrir a la antijuridicidad material, se desliga de todo rígido esquematismo y mantiene su carácter "abierto" (imprescindible, dada la heterogeneidad de las relaciones en la realidad) en el doble sentido del término: de entrada, es abierta en el sentido de que el cambio de las actitudes valorativas sociales, en la medida en que influye en la antijuridicidad material (piénsese en el reciente desarrollo de la legítima defensa o en el estado de necesidad supralegal), surte efecto en la distinción entre autoría mediata e inducción, de manera que la descripción de lo que el ejecutor debe conocer para que esté descartado el dominio de la voluntad del sujeto de detrás que engaña, nunca está cerrada definitivamente. Pero el concepto de dominio de la voluntad en virtud de error es también abierto en el sentido de que los elementos

[87] MEZGER, *StuB*, I, 9.ª ed., p. 184; *LK*, 8.ª ed., § 59, núm. 17, I, b, p. 499.

[88] NOWAKOWSKI, *ZStW*, t. 65, 1953, pp. 379 ss. (385, 387).

de la desvaloración material, por mucho que su núcleo se base en fundamentos éticos y sociales asentados, nunca son fijables por completo, de manera que en los supuestos límites siempre sigue quedando margen para la valoración judicial de las peculiaridades individuales de cada caso.

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 inevitable 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 de 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 reprobable de su sentimiento valorativo. Con todo, la mayor reprochabilidad del error de prohibición se basará casi siempre en que el autor tenía claro que llevaba a cabo algo materialmente injusto, pues cuanto más claro le llegue esto a su consciencia con más facilidad será, por lo general, evitable el error.

2. El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación

A. *Con independencia de la doctrina del error: autoría mediata del sujeto de detrás que lo ha advertido*

Aún hemos de referirnos a otra consecuencia de la postura que aquí se mantiene: autor mediato es siempre el sujeto de detrás que provoca o aprovecha el error de otro acerca de requisitos materiales de causas de justificación. Quien persuade a otro de que la figura que se encuentra detrás de un arbusto le está apuntando con un arma, determinándole así a abatir al tercero en legítima defensa putativa, o quien a alguien que sufra ese mismo error, conociendo la situación, le procure el arma, es siempre autor mediato. Si se aprecia aquí un error de tipo excluyente del dolo [89], el resultado mencionado se deduce ya de las ideas expuestas, pues el ejecutor no es autor, de entrada, de un delito de comisión [90] y ni siquiera posee el dominio del hecho de primer grado.

Pero si, como entre los defensores de la teoría del dominio del hecho hacen WELZEL, MAURACH y NIESE, se aprecia un error de prohibición, tampoco cambia nada en la autoría mediata para la solución que hemos desarrollado.

[89] Al respecto en detalle mi *Offene Tatbestände*, pp. 119-132, con más bibliografía; asimismo mi artículo en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1961, pp. 211 ss.

[90] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 162.

En efecto, aun cuando este "error de prohibición" fuera no disculpable, las circunstancias que el agente se ha representado nunca le pueden proporcionar la consciencia de la dañosidad social, porque excluirían la desvaloración de su conducta. Para el sujeto de detrás con ese conocimiento siempre sería posible, pues, en virtud de la supradeterminación configuradora de sentido, obtener el dominio de la voluntad, convirtiéndose en la figura clave del suceso. Por eso, los propios partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, considerando correctamente la problemática de la autoría, tendrían que llegar a estimar autoría mediata.

B. *Opiniones contrarias*

Curiosamente, en los últimos años precisamente se ha recurrido repetidamente a la doctrina de la participación para evidenciar lo correcto, dogmáticamente, de la teoría estricta de la culpabilidad. Frente a nuestro razonamiento, derivado únicamente del principio del dominio del hecho, de que el error sobre causas de justificación hace siempre autor mediato al sujeto de detrás que advierte la situación, aquí la corrección material de una solución de la participación tendría repercusiones sobre el alcance del dolo.

Así, a la vista del Informe del Ministerio Federal de Justicia al Pleno de la Comisión de Derecho Penal [91], DREHER ha fundamentado su posición de que el error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación deja intacto el dolo en la siguiente consideración: «Si se parte, con nosotros, de que no es posible la participación en hechos no dolosos, esto (o sea, la exclusión del dolo) significaría que quien auxilia al que obra en legítima defensa putativa, conociendo él mismo la verdadera situación, no podría ser castigado por complicidad, lo cual sería un resultado muy insatisfactorio.»

Esta idea la ha recogido HIRSCH [92], intentando fundamentarla mediante complicados ejemplos. No podemos pasar por alto este supuesto, construido *ex profeso* para demostrar la opinión contraria. HIRSCH idea en principio el siguiente caso [93]: «La embarazada E simula ante el médico M, consiguiendo engañarle, una patología de las que justifican la interrupción del embarazo. M le extiende unas recetas con las que E ha de recoger algunos medicamentos necesarios para la intervención. El farmacéutico F se los facilita aun sabiendo por su mujer que E ha engañado a M. El médico M lleva a cabo la intervención empleando esos medicamentos.»

Al respecto, señala HIRSCH: «De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo, F no podría ser castigado, porque M, como F sabe, imagina

[91] *Niederschriften*, t. 2.º, p. 27; cfr. asimismo *MDR*, 1962, p. 592.

[92] *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 326-329.

[93] *Op. cit.*, p. 326.

erróneamente el supuesto de hecho de una causa de justificación, lo que excluiría el dolo de M y ¡la autoría mediata quedaría descartada por falta de dominio del hecho!»

Aún recurre como prueba a un segundo supuesto: «A llega en el preciso instante en que su enemigo B discute violentamente con C acerca de un asunto de vivienda. Piensa que es el momento oportuno para propinar a B una paliza. Por eso le grita a C: "¡Dale!", lo que éste hace sin vacilar. C creía erróneamente que A, al gritar, pretendía avisarle para que se anticipara a un ataque inmediato de B (legítima defensa putativa evitable). A no había pensado en que C sufriera error.» Aquí HIRSCH propugna apreciar inducción consumada, señalando que la posición contraria tendría que dejar impune a A, porque el § 49.*a)* * no es aplicable a los delitos menos graves.

C. *Toma de posición*

a) En el razonamiento de DREHER es incorrecto el propio punto de partida. Aquel que conoce la verdadera situación ya no puede "auxiliar" a quien obra en legítima defensa putativa de manera que su actuación sea valorable como complicidad. Dado que el sujeto de detrás es el único que impulsa un proceso causal cuyos efectos antijurídicos entrevé, no importa el género de su intervención causal. Ante todo es indiferente que su actuación fuera o no valorable como complicidad si el ejecutor hubiera conocido el significado de lo que hacía. Estas cuestiones ya se han discutido *supra* exhaustivamente [94], lugar al que podemos remitirnos.

b) En el primer ejemplo de HIRSCH, el farmacéutico iniciado en el hecho no tiene el dominio de éste. Pero la razón no reside, como señala HIRSCH, en que el médico sea autor de un aborto. La autora es más bien la embarazada E, que para la ejecución del hecho se sirve de M como instrumento de buena fe. Sobre este hecho, el farmacéutico F, suministrando el medicamento, incurre en complicidad. Así pues, no cabe hablar de que, según la teoría de la culpabilidad, no podría castigarse a F. Con arreglo a cualquiera de las teorías sobre el error hay que castigarlo como cómplice de la embarazada y no —como HIRSCH abiertamente admite— del médico, que nada sospecha.

c) El segundo ejemplo es más difícil en tanto que el sujeto de detrás desconoce una circunstancia fundamentadora del dominio del hecho, no entreviendo la situación. Aquí la argumentación de HIRSCH se basa en una premisa que no demuestra, la de suponer que tampoco es posible la inducción a un hecho no doloso cuando el sujeto de detrás cree erróneamente que

* § 49.*a)* «**Inducción fracasada.** El que intentare inducir a otro a cometer una acción conminada como delito grave, será castigado a tenor de los preceptos reguladores de la tentativa (§§ 44 y 45).»

[94] Cfr. pp. 195-197.

el ejecutor obra dolosamente. Pero precisamente esta tesis de partida no es correcta. Por eso decaen también todas las conclusiones, siendo posible la punición por inducción consumada, al margen de si se mantiene una u otra de las teorías de la culpabilidad o incluso la teoría del dolo. Más adelante se fundamentará con más detenimiento, y ahí hemos de remitirnos [95], por qué esto es así y por qué la posibilidad de participación en un hecho principal reputado erróneamente doloso cabe compatibilizarla con la teoría del dominio del hecho.

Pero aun suscribiendo la tesis de HIRSCH en cuanto a las cuestiones de accesoriedad, los resultados injustos que él opone a la teoría limitada de la culpabilidad aparecerían asimismo en su teoría. En efecto, si el error del ejecutor fuera incluso más intenso, si, por ejemplo, frente a lo que supone el sujeto de detrás ni siquiera advirtiera que podría golpear a una persona, de manera que a la aportación al hecho del sujeto de detrás (que conoce la situación) le correspondería un peso objetivamente aún mayor, entonces el que instiga tendría que quedar impune también con arreglo a la teoría estricta de la culpabilidad. Así pues, si se quisiera refutar la teoría limitada de la culpabilidad debido a sus resultados, lo mismo sería aplicable para la teoría mantenida por HIRSCH y para las demás teorías sobre el error.

Consiguientemente, no cabe conceder que el tratamiento penal de las cuestiones de error influya sobre la delimitación entre autoría y participación. La opinión contraria no sólo está sin fundamentar en cuanto a su contenido, sino que también es metodológicamente incorrecta, puesto que en las teorías sobre el error y sobre la participación (como ya se puso de manifiesto al debatir sobre la imprudencia consciente y la ausencia de conocimiento del injusto) se trata de problemas materiales absolutamente distintos, cuya mezcla sin reparos induce a error.

IV. EL SUJETO ACTUANTE SUPONE ERRÓNEAMENTE LOS PRESUPUESTOS DE CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

No suceden con demasiada frecuencia casos en los que, dada la suposición errónea de circunstancias que excluyen la culpabilidad, se inmiscuya un sujeto de detrás. No obstante, para aclarar el concepto de dominio del hecho sí tienen importancia.

Volvamos a partir de nuestra situación clásica: en un naufragio A ha conseguido salvarse aferrándose a la tabla de Carneades. B lo abate para poder mantenerse a flote con la tabla él mismo. En realidad, no se daba un estado de necesidad exculpante del § 54 StG, pues ya se acercaba un

[95] Cfr. pp. 287-297.

barco para salvarlos a ambos. En un suceso así el sujeto de detrás, C, que entrevé la situación (porque, por ejemplo, se encuentra sobre un escollo, al que no pueden llegar los otros y desde el que ve acercarse el barco), puede cooperar de distintas formas:

Puede, o bien provocar en B el error sobre la situación de necesidad, afirmando (a sabiendas de su falsedad) que el barco salvador que B espera no está a la vista, o no interviene en el origen del error, pero sí instigando a B para que abata a A para salvarse, o no provoca ni el error ni la resolución del hecho, pero sí posibilita a B que mate a A, lanzándole una pistola.

1. ¿Dominio de la voluntad en virtud de coacción?

Ya se debatió *supra* [96] sobre el tratamiento de tales supuestos cuando verdaderamente existe una situación de necesidad. Al margen de que de las tres posibilidades de cooperación acabadas de describir sólo las dos últimas vienen en consideración, sin embargo la solución a la que entonces se llegó tampoco cabe, por lo demás, trasladarla a los supuestos de error de que aquí se trata. Bien es verdad que la situación psíquica de B es la misma que si la situación de necesidad existiera realmente. Pero como el dominio del hecho no es un puro fenómeno psíquico en los supuestos de coacción [97], el problema se presenta distinto en un punto decisivo, lo que se pone de manifiesto con la siguiente reflexión:

Dada una situación de necesidad existente, apreciábamos el dominio de la voluntad del sujeto de detrás en virtud de desplazamiento de responsabilidad siempre que el legislador, debido a la situación creada por aquél, ya no imputaba el hecho al agente como obra de su voluntad. En la práctica esto conducía a distinguir según que el sujeto de detrás posibilitara el hecho al ejecutor o bien sólo le instigara. Tal distinción cabría adoptarla aquí también. Pero tendría poco sentido, puesto que los casos divergen en que, faltando un estado de necesidad real, es muy discutible y dudoso si ya su suposición errónea por parte del agente exime de responsabilidad (y en qué medida). Ciertamente algunos proponen excluir en tales casos el dolo [98] o al menos la culpabilidad [99]; sin embargo, otra postura muy difundida [100], compartida por el Proyecto de 1960 [101], equipara estos casos en su tratamiento a los del error de prohibición.

[96] Cfr. pp. 171-175.

[97] Cfr. al respecto *supra*, pp. 168 ss., y en lo sucesivo *passim*.

[98] Así el BGH, *BGHSt*, 5, pp. 371-377 (374); MEZGER, *StuB*, I, 9.ª ed., § 68, III, p. 179.

[99] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 59, VII, 6, p. 365.

[100] Cfr. WELZEL, 7.ª ed., p. 165, con más bibliografía; MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 382; cfr. asimismo KOHLR.-LANGE, 42.ª ed., § 52, V, 54 I.

[101] § 40, II, no obstante, con atenuación obligatoria de la pena; el § 20 del Proyecto de 1962 aporta de nuevo una alteración en tanto que ahora decaería la pena por delito doloso, a no ser que se trate de estado de necesidad putativo.

De mantenerla, el agente, no habiendo sido inculpable el error, sigue siendo responsable de su actuación y será castigado como autor doloso (con posible atenuación de la pena), de manera que quedan privadas de valor las consideraciones con las que fundamentábamos la autoría mediata en las situaciones de necesidad auténticas. Lo cual rige incluso para el error inevitable, pues la exención de pena para el autor directo no se produce aquí por la presión coactiva (ésta es igual en todos los casos), sino por haber sido inculpable la representación equivocada. Difícilmente cabría, pues, apreciar el dominio de la voluntad en virtud de coacción.

2. Dominio de la voluntad en virtud de error: el tercer grado del dominio del hecho

De todos modos, no hace falta seguir analizando esta cuestión, porque los supuestos aquí discutidos permiten una solución unitaria, al margen de toda coacción, ya por el error que sufre el agente. Al igual que en las situaciones en las que el ejecutor actúa bajo error de prohibición, también aquí hay que apreciar autoría mediata en virtud de la configuración del hecho con sentido en el sujeto de detrás, merced a su conocimiento más amplio, aun cuando la supradeterminación sea de otra clase.

El problema se presenta muy fácil para aquellos que, en la suposición errónea de circunstancias que excluyen la culpabilidad, hacen decaer el dolo: el sujeto de detrás que obra con dolo es entonces autor mediato exactamente igual que cualquier otro que se sirve de un instrumento doloso. Y sin embargo, tal concepción es difícil de armonizar al menos con la teoría de la culpabilidad.

Pero tampoco importa decisivamente esta cuestión, pues la solución del problema del dominio del hecho no puede hacerse depender aquí, como tampoco en los casos de imprudencia consciente y de error de prohibición, de las controversias en torno a la esencia y alcance del dolo. Partiendo de los dos grados de dominio del hecho que desarrollábamos antes resulta lo siguiente: el autor directo que supone erróneamente los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad obra dolosamente en el sentido de la teoría de la culpabilidad; así, tiene dominio de la acción y —al menos en tanto que sigue siendo responsable como autor doloso— también posee el dominio de la voluntad; así pues, es señor del hecho de primer grado. Además, posee el dominio del hecho de segundo grado, pues sabe que hace algo desvalorado, al matar a una persona inocente (aunque sea para salvarse). Si hubiera considerado permitida jurídicamente su acción (esto es, habiendo actuado a la vez en error de prohibición), la confusión de causa de justificación y causa de exculpación nada cambiaría en este juicio.

No obstante, el autor directo no abarca, en nuestros ejemplos, el sentido social de su conducta: es absolutamente distinto ser culpable de asesinato o de homicidio que matar por necesidad a otro para conservar la propia vida. Esta diferencia esencial para la valoración social también es decisiva para el enjuiciamiento jurídico, pues en el primer caso el legislador impone cadena perpetua, mientras que en el segundo renuncia a todo reproche de culpabilidad.

De donde se deduce que la captación del sentido social requiere algo más que el conocimiento de las circunstancias típicas externas (primer grado) y el injusto material (segundo grado): únicamente quien además conoce los elementos de la reprochabilidad jurídica comprende el verdadero significado de su actuación y puede dirigir plenamente el suceso. Ciertamente esta consciencia amplia se dará directamente, por lo general, ya con el conocimiento de la antijuricidad material, del mismo modo que el dominio del hecho de segundo grado casi siempre surge del conocimiento de las circunstancias del hecho; pero en la suposición errónea de elementos que excluyen la culpabilidad la situación es distinta excepcionalmente. Sólo cabe dar cuenta adecuadamente de estos casos reconociendo un tercer grado de dominio del hecho, que requiere la captación del contenido de culpabilidad de la acción que tiene lugar en la realidad. Entonces resulta una graduación triple, en la que el conocimiento de las circunstancias del hecho, del sentido del tipo y del contenido de culpabilidad, por este orden, posibilitan el grado respectivo de la configuración del hecho.

De aquí se deriva, sin más dificultad, la solución de nuestra problemática: si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de segundo grado, porque según su representación de las circunstancias externas le falta la reprochabilidad a su actuación, el sujeto de detrás, en virtud de su conocimiento más amplio, puede utilizar al ejecutor como instrumento de sus planes criminales y mediante su cooperación configurar el suceso en su significado delictivo. Por eso es señor del hecho de tercer grado y autor mediato. Lo cual rige aun cuando, de existir realmente la situación de necesidad, sólo se daría inducción. Si, por el contrario, ambos intervinientes creen que se dan verdaderamente las circunstancias que excluyen la culpabilidad —por ejemplo, si el sujeto de detrás de nuestros ejemplos tampoco sabía que se aproximaba el barco salvador—, la captación de sentido de ambos es del mismo grado, no resulta posible la supradeterminación y el sujeto de detrás sólo puede responder como partícipe.

Aun prescindiendo de la captación constructiva de la problemática aquí desarrollada, esta concepción también resulta evidente con sólo atender a la idea rectora del principio del dominio del hecho, del tener en las propias manos el curso del acontecer, pues las tres variantes del caso coinciden en que el sujeto de detrás, C, favorece conscientemente un suceso que se

basa únicamente, en cuanto al sentido social decisivo para su cualidad delictiva, en su planeamiento previsor. En este punto tales supuestos no deben enjuiciarse de modo distinto que los de empleo de un instrumento que obre no dolosamente o sin la consciencia de la antijuricidad material. Y esta homogeneidad estructural justifica que se aplique el mismo tratamiento: el *plus* de dirección con sentido impele al sujeto de detrás al centro del acontecer delictivo para un enjuiciamiento que capte el significado del suceso. Dicho sencillamente: como asesinato u homicidio aparece el hecho únicamente en la consciencia de C. Por eso, también para la teoría del dominio del hecho tiene éste que ser autor.

Lo que aquí se indicó acerca del ejemplo del § 54 StGB es aplicable *mutatis mutandis* a los supuestos del § 52 StGB y del estado de necesidad supralegal, no resultando, por tanto, necesario analizarlos específicamente.

V. EL QUE YERRA OBRA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLEMENTE

Por último, hay supuestos en los que el ejecutor directo obra, con respecto a la realización del tipo planeada por el sujeto de detrás, de modo plenamente delictivo, si bien habiendo sufrido un error sin el cual el delito no habría tenido lugar como ha sucedido. Aquí hay que distinguir dos grandes grupos de supuestos: los de error sobre el "sentido concreto de la acción", que se abordarán en seguida (1) y los de "error sobre el riesgo", que ya anticipamos [102] al investigar la imprudencia consciente (2).

1. El error sobre el sentido concreto de la acción

A. *Sus manifestaciones*

a) *El* error in persona *y fenómenos afines*

El caso más importante afecta a la creación deliberada de un *error in persona*: 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.

También puede formarse el hecho de manera que falte toda relación psíquica entre C y A. A acecha a B con dolo de matar, C lo llega a saber

[102] Cfr. al respecto *supra*, pp. 214-216.

y consigue que su enemigo D pase por ese lugar solitario de noche, de manera que A lo confunde con B y lo mata [103].

Naturalmente tales casos son asimismo posibles en el *error in obiecto* y —con ligeras modificaciones— en el llamado *dolus generalis* [104].

b) *El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho*

En este segundo grupo es el error el que provoca el plan del hecho del ejecutor directo: A sabe que B es muy celoso. Para perjudicar a su enemigo C, engaña a B diciéndole que C ha cometido adulterio con su mujer (de B), aconsejando a B que propine a C una buena paliza, como así hace éste.

Tales casos pueden ampliarse, al igual que las situaciones coactivas, introduciendo un segundo intermediario que actúe conforme a Derecho. A quiere perjudicar al celoso B. Le engaña haciéndole creer que C, del que sabe que es campeón de boxeo (lo que B ignora), ha cometido adulterio con la esposa de B. También aquí aconseja a B que le dé su merecido a C. B ataca a C, pero éste le noquea, tal como A quería y esperaba.

También en estos casos del segundo grupo puede A renunciar a cualquier intervención psíquica directa, por ejemplo, poniendo en manos de B indicios falseados para hacerle creer que su mujer le es infiel.

c) *El error sobre presupuestos de cualificaciones*

Por último, el tercer grupo se refiere a casos en los que el ejecutor también actúa de modo plenamente delictivo, pero su error es relevante de otra manera para el tipo penal. Tales casos han dado lugar en muchas ocasiones a sentencias del BGH.

La problemática se expone con la mayor claridad en un suceso que el BGH [105] describe en los siguientes términos: «El 12 de abril de 1945, cuando las tropas americanas acababan de ocupar el pueblo A, el inculpado instó a una patrulla para que detuviera y fusilara al comisario L, acusándole falsamente de haber fusilado a su vez a varios trabajadores inmigrantes. El inculpado pretendía, aprovechando las circunstancias entonces imperantes, que mataran a L sin aparato de proceso y sin que se comprobara la veracidad de sus afirmaciones, lo que efectivamente consiguió. Soldados americanos

[103] Cfr. al respecto SAX, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 434.
[104] Con respecto al *dolus generalis*, cfr. el ejemplo *infra*, p. 240.
[105] *BGHSt*, pp. 368-372 (369).

fusilaron a L sin ni siquiera escuchar sus protestas de inocencia, únicamente por la declaración del acusado.»

En otro supuesto [106] el acusado, al acabar la guerra, había hecho creer a antiguos internos en campos de concentración que un tal L era culpable de la muerte de muchos de sus antiguos compañeros. Acto seguido los ex internos habían maltratado gravemente y finalmente matado a L.

Tales supuestos se distinguen de los mencionados en *b)* en un punto: el error del que obra directamente impide la cualificación por asesinato, dejando subsistente sólo un delito de homicidio (§ 212), mientras que en el sujeto de detrás concurren los móviles viles y con ello los requisitos del § 211 (asesinato).

Estos tres grupos de casos apenas han sido investigados hasta ahora desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho.

B. *El* error in persona *y fenómenos afines*

a) *El cuarto grado del dominio del hecho*

Al abordar el supuesto del *error in persona* deliberadamente causado hay que señalar de entrada que no cabe estimar la dirección del hecho fundada en el dominio de la persona del ejecutor y de sus decisiones. A obra libremente con respecto a lo que hace deliberadamente. Depende de su decisión si va a abatir a la figura que se aproxima. En esa medida, el modo de actuar de C representa un típico caso de ausencia de dominio del hecho; en tanto que el suceso está abarcado por el dolo de A, C debe "dejar a criterio" de éste la ejecución.

Pero así aún no está aclarado el problema, como podría estimarse a la ligera, pues si bien no existe el dominio de la voluntad por parte de A, sí puede darse una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por A, la muerte de D. Naturalmente, no puede darse un dominio de la voluntad del género del que hasta aquí se ha hablado, pues el ejecutor directo A es señor del hecho de tercer grado. Realiza de modo vidente —en virtud de su dirección de las circunstancias del hecho— el sentido del tipo y los elementos de la reprochabilidad. Su error sobre la identidad de D, al que ha abatido, es irrelevante en esa medida: el § 212 StGB sólo requiere, según su tenor literal y su sentido, como hoy es indiscutido [107], la muerte de cualquier persona, sin que tenga que ser captada su identidad por la mente del sujeto activo.

[106] *BGHSt*, 2, pp. 223-226; el supuesto resulta un tanto atípico al no haber sido abarcado el resultado de muerte por la voluntad del sujeto de detrás.
[107] En sentido distinto al final v. LISZT, *Lehrb.*, 21.ª y 22.ª eds., 1919, p. 171.

Pero si no se centra la atención en el tipo, sino en la acción concreta, las cosas son distintas. En efecto, A ciertamente había advertido el sentido típico de su comportamiento, pero no acertó a realizar el fin planeado de su obrar. Quería disparar a B y mató a D. Esto no lo quería y en esa medida actuó a ciegas. Por otra parte, el sujeto de detrás (C) ha alcanzado su meta, la muerte de D, y ello utilizando una persona que con respecto a este fin concreto fue empleada como instrumento ciego. Así pues, cabe formar (poniendo este caso en relación con los tratados hasta ahora) aún un cuarto grado, el más amplio, de dominio del hecho, consistente en la realización vidente y voluntaria del (permítaseme la expresión) "sentido concreto de la acción".

Indudablemente esta cuarta distinción no es caprichosa, sino ajustada a la realidad de los fenómenos. Incluso el propio A dirá que ha matado a C "sin darse cuenta". Cuestión distinta es si aquello en lo que el sujeto de detrás aventaja al agente en cuanto a comprensión del sentido basta para atribuirle la autoría mediata. Yo creo que sí. Para fundamentarlo cabe esgrimir varias razones.

b) *La relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho*

aa) El tipo es una figura conceptual abstracta, pero el dominio del hecho ha de enjuiciarse con arreglo a las circunstancias concretas. La razón de que para determinar la autoría mediata tenga que llevarse a cabo una mayor individualización o concreción que para verificar el tipo reside en la distinta función de ambas figuras jurídicas.

Que el error de A sobre la identidad de la persona abatida no se tenga en consideración en el tipo se basa en una reflexión del legislador relativa al merecimiento de pena: como para él a toda vida le corresponde el mismo valor, le basta que el autor haya advertido que su víctima es una persona. Si a A se le imputa la muerte de D, es porque de todos modos quería matar a A y porque tanto lo uno como lo otro es cualitativamente igual de reprochable.

La cuestión de la autoría mediata de C, en cambio, nada tiene que ver con el merecimiento de pena de lo que A hizo voluntariamente. Por lo que respecta al contenido de injusto y de culpabilidad, C no aventaja a A. No obstante, para el dominio de la situación concreta sólo importa si C pudo realizar su propio fin, no entrevisto por A, a través de él como instrumento ciego. Y éste es el caso. Si tenemos ante nosotros a D muerto y preguntamos de la voluntad de quién es obra ese resultado, sólo viene en consideración C como configurador de éste. Con respecto a la muerte de D, la situación no difiere de si A hubiera querido disparar a un tocón de árbol y C le hubiera hecho creer que la figura que aparecía a la luz

crepuscular era precisamente un objeto de ese género. La circunstancia de que en nuestro caso A planease también matar, queda fuera de la ejecución concreta de la acción y nada modifica en que sobre ésta únicamente C tenía el dominio. Tal circunstancia basta para considerarle, junto a A, figura central del suceso de la acción.

Así pues, tenemos dos señores del hecho: A es autor en tanto que se trata de la muerte de una persona, esto es, de la realización dirigida del sentido del tipo; C es autor en tanto que se trata de la muerte de D, o sea, de la configuración del sentido concreto de la acción. Él tiene el dominio del hecho de cuarto grado; C sólo el de tercer grado. Por tanto, C es autor mediato.

bb) Otro argumento en favor de que al determinar la autoría mediata hay que atender, trascendiendo el tipo abstracto, al significado del suceso concreto, resulta de la circunstancia de que también las demás formas de participación —inducción y complicidad— requieren una forma de considerar concreta. Si, por ejemplo (piénsese en el caso Rose-Rosahl), el sujeto de detrás E ha encargado a A que mate a B, y éste mata a C como consecuencia de un *error in persona*, E no es inductor de este delito. Lo cual se opone ciertamente a la doctrina dominante, pero ya fue advertido con buen criterio por BINDING [108] y ha sido recientemente vuelto a destacar por BEMMANN [109]. Esta estimación se deduce ya del simple hecho de que si A advierte su error, espera de todos modos a B y lo mata, resulta imposible castigar a E por doble inducción al asesinato.

Pero lo que aquí es correcto también debe valer para la autoría mediata: toda forma de cooperar únicamente puede determinarse de acuerdo con la representación concreta del interviniente [110].

cc) En favor de estimar autoría mediata en el supuesto de supradeterminación referida únicamente al sentido concreto de la acción habla también el hecho de que el contenido delictivo de la acción perpetrada por C no podría dar lugar a otro tipo de responsabilidad penal. En efecto, la inducción no se daba porque A ya estaba antes decidido al hecho. No cabe decir, por ejemplo, que C ha inducido a A a la muerte de D, al principio no pretendida; atendiendo al plan concreto de la acción, hay que apreciar (como ya se mostró *supra*) en todo caso autoría mediata. Y tampoco cabe hablar apenas de complicidad (aunque sólo sea psíquica), pues, en primer lugar, no se comprende en qué residiría aquí el "reforzamiento de la decisión del hecho", y en segundo lugar, no puede apreciarse fácilmente un "favorecimiento" del hecho planeado por A en que C le instigue a matar a

[108] *Normen*, t. III, p. 213.

[109] *MDR*, 1958, pp. 817-822.

[110] El mismo problema surge en la coautoría, donde se seguirá tratando; cfr. pp. 315 ss.

la persona "inadecuada", haciendo fracasar su objetivo incial. Así pues, C no podría ser castigado.

Ciertamente no reside el sentido del concepto de autor en colmar toda laguna de punibilidad (como hace, por ejemplo, la concepción extensiva). Pero ¡aquí se trata de que C podría quitar de en medio a su enemigo D sin que se le pudiera perseguir penalmente! Un resultado tan horripilante, que el legislador es imposible que haya querido, conduciría *ad absurdum* al concepto de autor del que fuera consecuencia.

Con más claridad aún se pone esto de manifiesto en el caso ya mencionado en que falta toda relación psíquica entre C y A, interviniendo C simplemente para hacer introducirse a D en la situación en la que va a morir. Visto desde el plan de C y desde la muerte de D, el supuesto se presenta exactamente igual que si C hubiera matado a D, por ejemplo, aconsejándole que tocase un cable de alta tensión tras hacerle creer que se trata de un cable sin peligro. Así pues, también aquí hay que estimar autoría mediata [111].

Naturalmente, la confusión que sufre el ejecutor directo no tiene por qué deberse a ilusión óptica. Si A no conoce de vista a B, al que pretende abatir, y C le hace creer que D, que se aproxima, es B, el supuesto ha de enjuiciarse del mismo modo.

Con arreglo a los mismos criterios ha de juzgarse la problemática de la participación en el *dolus generalis*. Si A cree haber matado a su víctima y el sujeto de detrás, que advierte que sólo está inconsciente, le aconseja arrojar el "cadáver" al agua para ocultar el delito, donde entonces se produce la muerte, el sujeto de detrás, por ser el único que capta el concreto sentido de la acción del último acto parcial, ha de responder como autor mediato de homicidio, aun cuando con la doctrina dominante se considere a A autor doloso de un delito consumado.

De cuanto antecede resulta que si del silencio de los principales defensores de la teoría del dominio del hecho cabe deducir que en tales casos niegan la autoría mediata, tal resultado no es suscribible; al igual que es demasiado estricto que GALLAS [112] —quizá sin pensar en estos casos— diga que la autoría mediata ha de negarse siempre "allí donde el agente es autor plenamente responsable".

Casi huelga indicar que, según la postura aquí defendida, evidentemente la inducción sólo puede darse cuando el sujeto de delante y de detrás sufren el mismo error.

[111] Así también, con razón, SAX, *op. cit.*

[112] *Gutachten,* p. 134; cfr. asimismo la ya tantas veces citada expresión de WELZEL, *SJZ,* 1947, apdo. 650, de que el autor de detrás del autor es un "absurdo".

C. *El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho*

Un poco distintos se presentan los casos del segundo grupo, en los que el sujeto de detrás no desplaza el delito previamente urdido a otra persona o —como en el *dolus generalis*— a otro acto del comportamiento, sino en los que suscita la propia decisión del hecho.

Tampoco estos supuestos de hecho se han abordado hasta ahora apenas, aunque, como han mostrado los años de posguerra, ocurren en la praxis. Partiendo de la solución a la que hemos llegado para el primer grupo de casos cabe deducir fácilmente que aquí tendría que concurrir la autoría mediata con mayor razón, porque el sujeto de detrás no modifica en cuanto al sentido de la acción una decisión ya firme, sino que imprime este sentido a una realización de tipo a la que sin él no se habría llegado.

Pero también surgen reparos. No se da un engaño auténtico sobre la identidad o sobre el efecto concreto de un acto; en nuestro ejemplo de partida B pretendía dar una paliza a C, aun cuando sobre la base de suposiciones erróneas. ¿Acaso la representación incorrecta de B no es sólo un error en el motivo, irrelevante para las relaciones de participación? ¿No habla también en favor de apreciar una mera inducción la circunstancia de que entre los medios enumerados en el § 48 StGB se mencione expresamente el error?

De un análisis más detenido resulta lo siguiente:

a) De la falta de engaño sobre la identidad no cabe deducir necesariamente que deba negarse la autoría mediata. Si (como por lo general es adecuado) se vincula la identidad de una persona a su nombre o a su aspecto exterior, un criterio así no se ajustaría al supuesto de hecho, pues al celoso B de nuestro ejemplo no le importa en absoluto el nombre o el aspecto del apaleado, sino su cualidad de adúltero. Como C es inocente del adulterio, B se equivoca en esa medida sobre el elemento de la identidad decisivo para el suceso concreto de la acción. El hecho no se destaca, pues, en este punto de manera relevante con repecto a los mencionados en el primer grupo de casos.

b) Desde luego se da inducción, pues por lo que respecta al único sentido del tipo comprendido en el § 223 StGB (cometer unas lesiones), B tiene el dominio del hecho y en esa medida el sujeto de detrás, A, sería sólo inductor.

Pero de ahí no cabe deducir sin más que A sólo pueda ser inductor, como WIENERS [113] y KAUN [114] hacen, invocando expresamente la teoría del

[113] *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord,* 1958, p. 67,

[114] *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem,* 1960, p. 53.

dominio del hecho. En efecto, como ya *supra*, para el sujeto de detrás se trata aquí no del dominio sobre las lesiones cometidas por B, las únicas comprendidas por el tipo abstracto, que hace a B autor doloso y señor del hecho de tercer grado, sino del sentido de la acción concreta. Sin embargo, este sentido decisivo para el hecho sólo era accesible al sujeto de detrás, A, mientras que B no acertó a captarlo: quería castigar a un adúltero, pero en realidad propinó una paliza a una persona inocente, urdida por un malévolo enemigo.

El que la inducción existente en el tercer grado del dominio del hecho simplemente oscurece este supuesto de hecho se pone de manifiesto al suprimir mentalmente el consejo de A e imaginar que éste, conociendo la forma de ser del celoso B, ha confiado en que B, sin instigación, va a dar una paliza al supuesto adúltero. Entonces faltaría la inducción y habría que juzgar del mismo modo la cuestión de la autoría mediata.

c) La objeción de más calado señala que se trata de un mero error en el motivo, pues así como se reconoce que la "creación de un error" mencionada en el § 48 StGB como medio de inducción no obsta para apreciar autoría mediata, también se está de acuerdo en que el supuesto que queda de participación es precisamente el del error en el motivo.

La única duda es lo que ha de entenderse por 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 tendrían 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 *supra*, de la situación concreta para 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. Tales errores existen, por supuesto, y tampoco son tan difíciles de delimitar con respecto a las ideas equivocadas sobre el sentido de la acción (en una palabra: errores sobre la acción). Piénsese en el supuesto ya mencionado *supra* en que alguien se deja determinar al delito merced a la engañosa promesa de recompensa. Un error así no cambia el sentido del delito cometido: tanto en uno como en otro caso se trata de matar por avaricia. Por eso el sujeto de detrás no es autor mediato, sino inductor. Lo cual rige en todos los casos en los que alguien se deja mover al hecho por un error sobre circunstancias que se hallan fuera de la realización del delito. Además, vale para cuando el error simplemente refuerza una decisión del hecho preexistente, sin modificar el sentido concreto de la acción, o cuando la idea equivocada se refiere sólo a la prohibición formal, a la subsunción o a la punibilidad, conociéndose el injusto material.

Consiguientemente, siendo posible en principio la distinción entre error en el motivo y error sobre la acción, ya no existen más diferencias relevantes con respecto al primer grupo de casos: debe, pues, estimarse autoría mediata.

También en las variantes complicadas, mencionadas *supra*, de este grupo de supuestos ha de decidirse así. Si un sujeto, sirviéndose de un error sobre el sentido de la acción concreta, ocasiona que otro ataque a un tercero, para que éste lesione o incluso mate en legítima defensa al agresor, existe autoría mediata con ayuda de dos instrumentos (uno que yerra y otro que se ve forzado).

La misma solución resulta cuando la influencia del sujeto de detrás permanece oculta para el agente. Supóngase que en la obra de SCHILLER *Kabale und Liebe,* adaptada a los propósitos de la teoría del dominio del hecho, el virtuoso Ferdinand hubiese proclamado ante Wurm que mataría a su Luise si ésta le fuera infiel. Si entonces Wurm, para quitar de en medio a Luise, hace llegar a Ferdinand una carta falsa que demuestra la infidelidad de Luise, y si Ferdinand acto seguido, como era de esperar, envenena la limonada de Luise, ciertamente Ferdinand es, para el Derecho penal, autor plenamente responsable, y Wurm sería castigado, según la concepción que aquí se mantiene, como autor mediato.

Por consiguiente, todo esto debe ser válido también para formas de cooperación que se presentan externamente sólo como acciones de apoyo. Ahora bien, en estos casos casi siempre existirá participación, porque el propio tercero no entrevea o el sentido concreto de la acción, o la idea equivocada del autor directo.

D. *El error sobre presupuestos de cualificaciones*

Los supuestos del tercer grupo, en los que el error influye incluso en la valoración legal del hecho del agente directo, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora no pueden recibir una valoración distinta. Así pues, en los dos casos de que se ocupó el BGH, en tanto que el sujeto de detrás quería realizar el resultado consciente y voluntariamente, ha de estimarse autoría mediata.

De considerar, como el BGH, al tipo de asesinato no como una cualificación (dependiente) del § 212 StGB, sino como un delito independiente [115], esta solución es particularmente evidente, pues los soldados americanos o los ex internos en campos de concentración de nuestros ejemplos han realizado entonces un delito distinto al que se da en la persona del sujeto de detrás. Encuadrando los "móviles viles" del § 211 StGB en el ámbito del injusto

[115] Cfr., por ejemplo, la sentencia ya citada *BGHSt,* 1, pp. 368-372 (370 y 371); asimismo, *BGHSt,* 6, pp. 329-333 (330).

típico, el caso sería paralelo al del ejecutor que obra sin dolo: tanto aquí como allí el agente no realizaría los presupuestos del tipo subjetivo. Sin embargo, la solución del problema de la participación no puede depender de estas delicadas cuestiones dogmáticas. En todo caso los ejecutores han errado plenamente en cuanto al sentido concreto de la acción. Pretendían imponer a asesinos múltiples la pena "justa" y en lugar de ello mataron (considerándolo objetivamente) sin motivo a personas inocentes. Basta esto sólo para convertir al sujeto de detrás en autor mediato en virtud de supra-determinación de sentido.

No obstante, el BGH ni siquiera ha debatido (probablemente por no ver el problema) la posibilidad de apreciar autoría mediata en ninguno de estos casos y sólo ha castigado por la inducción asimismo existente. Y sin embargo, v. WEBER [116] y HARDWIG [117] han llegado a afirmar con razón la autoría mediata en el caso de los soldados. V. WEBER señala que los soldados americanos obran como instrumentos dolosos no intencionados porque el sujeto de detrás tiene la voluntad de dominio del hecho. Lo cual no me parece correcto, pues la voluntad de dominio del hecho la tiene también el agente (que es por sí mismo autor doloso y en esa medida no actúa "sin intención"). Pero cuando v. WEBER, más adelante, dice acerca del que determinó que «todo el hecho aparece como un acto suyo de venganza y por eso su motivo determina la valoración del hecho», en estas palabras resuena la concepción desarrollada *supra*. Con más claridad aún se pone esto de manifiesto en HARDWIG, quien, sin recurrir a la idea del dominio del hecho, señala: «El sentido del hecho, desde la perspectiva del "inductor", es un asesinato... En el sentido de este asesinato los soldados fueron instrumentos.» La coincidencia con nuestra postura es absoluta.

De este resultado se deduce otro: para los casos de que ahora se trata no importa cómo se decida la controvertida cuestión de si los elementos subjetivos del asesinato han de encuadrarse o no entre las "cualidades o relaciones personales" en el sentido del § 50.2 StGB *. Aunque precisamente las mencionadas sentencias del BGH han avivado el debate relativo a esta cuestión, y aunque v. WEBER y HARDWIG sólo llegan a apreciar autoría mediata después de haber negado la aplicabilidad del § 50.2 StGB, no hacía falta dar ese rodeo: aun cuando el "móvil vil" fuera una "cualidad personal", se daría de todos modos autoría mediata. Naturalmente el problema sigue teniendo importancia para los casos en que el que realiza el tipo del § 212 StGB (homicidio) conoce que el sujeto de detrás obra con móviles viles.

[116] *MDR*, 1952, p. 266.

[117] *GA*, 1954, p. 260.

* § 50 StGB: «**Punibilidad autónoma de los partícipes.** II. Las especiales cualidades o relaciones personales que, según establece la ley, agravan o atenúan la pena, o eximen de ella, sólo son de aplicación a aquellos en quienes concurran.»

2. El error sobre el riesgo

Por último, hay que retomar los casos en los que el ejecutor obra típica, antijurídica y finalmente, pero no obstante se equivoca sobre la probabilidad de que el resultado se produzca y es determinado al hecho por el sujeto de detrás, que lo entrevé todo. Por ilustrarlo con un ejemplo: A y B, al trastear en una buhardilla, encuentran una granada sin estallar, de la época de la guerra. A, para no poner en peligro la vivienda del último piso, querría arrojarla en seguida al jardín por el tragaluz, pero teme que estalle al caer, dañando al inquilino C, que se encuentra ahí trabajando. B, que en la guerra sirvió como experto en explosivos, despeja sus reparos diciéndole en su calidad de experto que no es muy probable una explosión. En realidad, sabe que la bomba va a estallar con casi total probabilidad, lesionando o incluso matando a C. Justo lo que él quiere, porque hace tiempo que se lleva mal con C. Además, espera poder impulsar a A a que actúe inmediatamente, al hacerle creer que el peligro es menor. El plan resulta como esperaba. A, que sigue siendo consciente de la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, evalúa erróneamente el riesgo y lleva a cabo la acción que causa la muerte de C.

La cuestión de si A debe responder por dolo eventual o por imprudencia consciente cabe contestarla, dependiendo del punto de vista, de manera muy diversa. De todos modos, ya *supra* [118] se puso de manifiesto que (y por qué) la delimitación entre autoría mediata e inducción no puede hacerse depender de ello. Consiguientemente, prescindamos de tales cuestiones controvertidas e intentemos resolver el problema con los criterios del dominio del hecho hasta ahora elaborados.

Resulta entonces, en principio, que el sujeto de detrás B ha entrevisto la conformación del curso causal mejor que A. Sin embargo, este error nada empece en que éste ha realizado el tipo final, antijurídica y culpablemente. La autoría mediata sólo puede existir, por tanto, si (como en el grupo de casos antes tratado) cabe estimar un dominio del hecho de cuarto grado en el sujeto de detrás. Para lo cual haría falta que al acontecer (tal como lo contempla B y tal como lo dirige al resultado, según sus planes) le correspondiera otro sentido de la acción que al comportamiento de A.

Al debatir este problema vamos a comenzar prescindiendo de nuestro ejemplo concreto y a plantear la cuestión de si la estimación incorrecta de la probabilidad del resultado por parte del autor surte efecto en el sentido de la acción, para lo que habrá que evaluar los supuestos que vienen en consideración desde la perspectiva tanto de su estructura psicológica como de su significado jurídico.

[118] Pp. 214-216.

A. *El aspecto psicológico*

En primer lugar, sólo cabe hablar de dirección del acontecer por parte del sujeto de detrás cuando su mayor conocimiento causal influye en la conformación del suceso externo. Lo cual ni mucho menos ocurre en todos los casos. Si, por ejemplo, el ejecutor, A, y el que lo ha determinado, B, persiguen el resultado de igual manera, la mejor orientación de B acerca de la probabilidad de que se produzca el resultado carece de efectos sobre el desarrollo de la acción. Si A hubiera sabido lo que B sabe, el acontecer no se habría conformado de otra manera. Lo mismo ocurre cuando el sujeto de delante ciertamente no persigue el resultado delictivo, pero le es indiferente que se produzca, en la medida en que la magnitud del riesgo no tiene importancia para su decisión. Dicho brevemente: de entrada quedan descartados del ámbito de la autoría mediata todos los casos en que el sujeto de delante no habría obrado de modo distinto de haber tenido el mismo conocimiento que el sujeto de detrás.

En muchos casos de este género ocurrirá que al comportamiento del sujeto de detrás le falte toda relación causal con el resultado. Si en nuestro ejemplo de la granada también A quisiera producir la muerte de C, el engaño de B no habría surtido efecto en el acontecer global: la decisión del hecho la ha concebido el propio A, y ni siquiera se da complicidad psíquica, pues el hacer creer que existe menos probabilidad de resultado puede haber tenido en el comportamiento de A más bien una influencia inhibidora que favorecedora. Está claro que no cabe aquí la autoría mediata, porque ya falta el presupuesto mínimo para la dirección del acontecer por parte del sujeto de detrás, esto es, la causalidad.

En otras situaciones el no ejecutor ha aportado una condición del resultado; así, cuando es B quien suscita en A la idea de matar a C lanzándole una bomba, o cuando le proporciona el explosivo. Pero en tales casos se trata de típica causalidad de inducción y complicidad, que no fundamenta dirección del acontecer y, como es evidente, nada tiene que ver con el superior saber causal del no ejecutor. Así pues, tampoco existe causalidad del engaño en supuestos así.

Contra la postura que aquí se defiende, con arreglo a la cual en ningún caso cabe estimar autoría mediata cuando el autor no habría obrado de modo distinto de haber estimado la probabilidad del resultado en términos parecidos al sujeto de detrás, cabría objetar dos extremos: en primer lugar podría decirse que, atendiendo a lo que habría ocurrido si..., se está recurriendo a la idea de la "causalidad adelantada", de la que se subrayó expresamente *supra* [119] que carece de relevancia para la delimitación entre autoría mediata

[119] Cfr. pp. 197-201.

e inducción. Y en segundo lugar puede surgir la cuestión de por qué en los casos antes tratados hemos estimado *siempre* el dominio de la voluntad, sin examinar si el ejecutor, de haber conocido la situación, habría obrado igual.

Ninguna de estas objeciones es sólida. No obstante, hace falta tomar postura con respecto a ellas, porque se trata de malentendidos de contenido aparentemente evidente, cuya eliminación favorecerá el desarrollo de la idea del dominio de la voluntad exenta de contradicciones, con toda su capacidad de distinguir.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la consideración de la causalidad adelantada (esto es, de cursos causales hipotéticos), de tal sólo cabe hablar cuando el efecto causal de una circunstancia concreta está fuera de duda en el curso fáctico del suceso, pero se deja sin considerar esta circunstancia porque el resultado también se habría producido sin ella. Así ocurría en los supuestos, tratados en otro lugar, de influencia "inesencial" en el curso causal [119]; pero aquí no. En efecto, si A, de no haber sufrido error sobre el riesgo, habría obrado igual, falta la causalidad real del engaño, porque no ha sido éste, sino la voluntad de matar, el motivo del hecho. De todos modos, también para indagar el conjunto real de condiciones es necesaria la comparación con un curso causal hipotético, en la cual se elimina o añade mentalmente el factor que hay que verificar, pero ahí reside un elemento general de la teoría de la equivalencia, que no puede servir para fundamentar el reproche de que se está recurriendo aquí a cursos causales hipotéticos [120].

Con lo cual se aclara también la segunda cuestión. Si alguien no capta el contenido de desvalor jurídico de su conducta o ni siquiera el sentido concreto de la acción (tal como se acaba de describir), el problema de lo que habría hecho de haber conocido la situación no puede alcanzar trascendencia para la valoración jurídica, puesto que en todo caso *ha* obrado sobre la base de una motivación que no se ajustó al significado objetivo de su conducta y que, por tanto, permitió la supradeterminación por parte del sujeto de detrás. Cuando los supuestos de error sobre el riesgo han de enjuiciarse de otro modo, el motivo reside en que allí donde la estimación incorrecta de la probabilidad del resultado no ha influido sobre la decisión del agente, el contenido de injusto y de culpabilidad, así como el sentido concreto de la acción, no resultan modificados: si alguien pretende matar a otro de un disparo a gran distancia, carece de importancia —desde cualquier punto de vista— que enjuicie la perspectiva de resultado más o menos correctamente.

[120] Lo cual tampoco queda claro en la sentencia *BGHSt*, 13, pp. 13-15, pues habría tenido aquí que dilucidarse en primer lugar si fue el "cuento" del acusado —o más bien acaso su mera petición de dinero— lo que determinó la disposición patrimonial.

Así pues, la situación psíquica tiene aquí también un significado jurídico al menos en sentido negativo: faltando la causalidad del engaño o la relevancia psíquica del error no debido a engaño, no puede darse la supradeterminación configuradora del hecho ni, por tanto, la autoría mediata.

B. *La significación jurídica del error sobre el riesgo psíquicamente relevante*

Sin embargo, con lo dicho aún no está decidido que se conceptúen como de autoría mediata los casos en los que el engaño sobre la probabilidad de que se produzca el resultado surta efecto en la decisión de actuar del autor directo. Precisamente de este género es nuestro ejemplo de partida: si A hubiera sabido que la bomba iba a estallar con mayor probabilidad, habría omitido el hecho. Así pues, en virtud de su engaño B se ha servido de A (en el punto determinante para su decisión) como de un instrumento ciego. De este modo se dan los requisitos psicológicos del dominio del hecho de superior grado.

Pero ya hemos visto en ocasiones anteriores que esta circunstancia no basta por sí sola para fundamentar autoría mediata. Así, un engaño sobre la punibilidad por parte del ejecutor, conociendo plenamente el contenido de injusto y de culpabilidad, puede motivar, sin que por ello al sujeto de detrás se le atribuya el dominio de la voluntad [121]. Considerando las ideas obtenidas en este contexto, la solución al problema aquí planteado depende de la respuesta a las dos siguientes disyuntivas:

Un ejecutor que es consciente de la posibilidad concreta de realización del tipo, pero que no obstante se decide a actuar debido a una estimación incorrecta de su probabilidad, ¿ha captado el injusto, la culpabilidad y el sentido concreto de la acción de su conducta en la misma medida que el sujeto de detrás, que advierte acertadamente el riesgo o la probabilidad del resultado? ¿O es el no ejecutor el único que realiza dolosamente el pleno significado jurídico del hecho? En el primer caso se da inducción. Por el contrario, de responderse afirmativamente a la segunda cuestión, el superior saber causal de B permite, también según parámetros jurídicos, la supraformación con sentido del acontecer de la acción, que entraña apreciar la autoría mediata.

Es esta última postura la acertada, pues el error sobre el riesgo relevante para la decisión deja intactas la finalidad y la antijuridicidad, y no vela al autor la individualidad y la cualidad del objeto concreto de la acción, pero disminuye el contenido de culpabilidad de su conducta. Si alguien ha realizado un delito con su comportamiento, que habría omitido de haber enjuiciado

[121] Cfr. al respecto en concreto *supra*, pp. 224-226.

el riesgo sin haber sufrido error, obra menos culpablemente que si hubiera llevado a cabo el hecho conociendo correctamente la situación.

Lo cual es evidente para el sentimiento jurídico. Si alguien estima en el 10 por 100 la probabilidad de que con una acción temeraria podría infligir daños a otro y acto seguido se arriesga a emprenderla, su conducta ha de considerarse final, antijurídica y culpable, pero la reprochabilidad es decisivamente menor que si hubiera actuado estimando una probabilidad de lesión del 90 por 100.

En esta idea se basa que las teorías que distinguen dolo e imprudencia en función de la medida de la culpabilidad no puedan renunciar totalmente al criterio de la probabilidad. Allí donde la cuestión del riesgo es relevante para la decisión del autor, la culpabilidad disminuye en la misma proporción en la que la probabilidad de realización del tipo mengua en la mente del agente. Esto cabe ilustrarlo con la imagen de una escala variable, que por arriba linde con el dolo directo y por abajo con la imprudencia inconsciente. Dónde se sitúe la línea divisoria entre dolo e imprudencia (lo que siempre entraña un corte brusco en transiciones graduales) es irrelevante para nuestra consideración, pues tanto en el ámbito del dolo como en el de la imprudencia (se determine de un modo u otro) la culpabilidad se gradúa proporcionalmente a la probabilidad que el sujeto se representó.

Siendo esto así, el sujeto de detrás que provoca o aprovecha un error sobre el riesgo capta el sentido jurídico del hecho mejor que el ejecutor; conoce circunstancias relevantes para la culpabilidad que están ocultas para el agente. El sentido que imprime al acontecer mediante su aportación causal es, también según parámetros jurídicos, distinto a aquel que el hecho tiene a ojos del sujeto de delante. Y tanto si se le va a castigar por comportamiento doloso como imprudente, se da una supradeterminación configuradora de sentido que atribuye al sujeto de detrás el dominio del hecho.

Así pues, nuestro resultado puede resumirse así: donde el engaño sobre la probabilidad de que se produzca el resultado sea causal para la decisión del agente, o donde el conocimiento del riesgo real le habría hecho abstenerse del hecho, la creación o el aprovechamiento de ese error fundamenta la autoría mediata del no ejecutor. Los errores sobre el riesgo del agente que sean irrelevantes para su decisión hacen aparecer la cooperación del sujeto de detrás como participación. Otro tanto ocurre cuando ambos sufren el mismo error (aun cuando sea determinante para sus respectivos comportamientos).

VI. EL QUE YERRA OBRA ATÍPICA O LÍCITAMENTE

Aquí han de tratarse dos grupos de supuestos muy controvertidos: el problema de la autoría mediata a través de un instrumento que obra atí-

picamente, que se presenta principalmente en el suicidio provocado mediante error (1) y la utilización de un instrumento que obra de conformidad a Derecho, como en los clásicos ejemplos de la estafa procesal y de la provocación de una condena penal materialmente injustificada (2).

1. El ejecutor obra atípicamente [122]

Se discute vivamente la cuestión de si es autor de asesinato u homicidio aquel que determina dolosamente a otro, mediante engaño, al suicidio.

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, MAURACH [123] propugna estimar autoría mediata en todos los casos de «provocación, en el suicida, de error en el motivo»; como ejemplos menciona los de hacer creer en una enfermedad grave o afirmar que uno se va a suicidar junto a la víctima. También WELZEL [124] habla de que es autor aquel que tiene «el dominio final del hecho del suicidio..., por ejemplo, a consecuencia de engaño». Sobre la clase de engaño no realiza ulteriores precisiones.

Por el contrario, WIENERS y KAUN, autores ambos de monografías sobre la participación en el suicidio desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, llegan, con independencia uno de otro, al resultado de que en ningún caso se da autoría mediata del sujeto de detrás porque en el que ha sido determinado no se ha excluido «la capacidad de formar una resolución volitiva determinada por su personalidad» [125] y el engañado es capaz de «adoptar libremente la decisión sobre los pros y contras de seguir viviendo» [126].

Por lo demás, se han defendido asimismo soluciones muy distintas [127]. Desde el punto de vista de la teoría del ánimo, antes dominante, se tiende a afirmar la autoría mediata ya por la sencilla razón de que el sujeto de detrás que engaña tiene "voluntad de autor". Sin embargo, para la autoría mediata no se derivan de ahí puntos de partida aprovechables.

Para resolver los supuestos antes mencionados podemos partir del cuarto grado del dominio del hecho. No surgen divergencias fundamentales que excluyeran la aplicación correspondiente (que tuviera en cuenta las peculiaridades del suicidio) de las ideas allí desarrolladas. De donde se deduce:

Las consideraciones de WIENERS y KAUN en el sentido de que el suicida, a pesar del engaño, mantiene en sus manos la libre decisión sobre su vida,

[122] Los supuestos en los que la víctima se quita la vida no dolosamente se abordan en otro lugar *(supra,* pp. 192 ss.) ya en razón del contexto.

[123] *BT,* 3.ª ed., p. 17; en términos muy semejantes, *AT,* 2.ª ed., p. 504.

[124] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 245.

[125] WIENERS, *op. cit.,* pp. 66-67 (66).

[126] KAUN, *op. cit.,* pp. 51-55 (52).

[127] Cfr. la bibliografía en KAUN, p. 55, nota 1.

no obsta para la autoría mediata. Materialmente son correctas en lo esencial (si bien no siempre). Naturalmente, hay errores que colocan a la persona engañada en una situación de compulsión psíquica equivalente a la de los §§ 52 y 54 StGB: así, por ejemplo, cuando en plena guerra alguien hace creer a un militante de la oposición, para quitarle de enmedio, que la Gestapo está a punto de venir a detenerlo y que resulta preferible, para sustraerse a las torturas que cabe esperar, que se quite él mismo la vida. En tales casos ya no cabe considerar (con arreglo a las ideas valorativas del legislador, tal como se plasman en los §§ 52 y 54 StGB) "libre" la decisión de suicidarse del que yerra, y al menos aquí también WIENERS y KAUN tendrían que estimar autoría mediata.

No obstante, en los supuestos normales ocurre que el engañado sigue pudiendo decidir libremente sobre su vida. Si alguien propone a su amante, de la que está harto, quitarse la vida juntos, y luego, una vez que ella se ha matado, se alegra de haberse librado así de ella, la mujer pudo decidir con entera libertad si accedía o no a la propuesta engañosa del hombre. Y tampoco el hacer creer que se padece una grave enfermedad "compele" al engañado a cometer suicidio. Muchos hay que saben que van a morir pronto y sin embargo deciden libremente seguir viviendo.

Pero todo este modo de considerar no acierta en el núcleo de la materia. Reduce el ámbito del dominio del hecho a los supuestos de compulsión y pasa por alto que también el error de quien actúa libremente puede permitir al sujeto de detrás el dominio de la voluntad en forma de supradeterminación configuradora de sentido. No sólo aquí, sino en todos los casos de autoría mediata utilizando un instrumento que yerra, ocurre que el ejecutor obra libremente con respecto a lo que él quiere [128]. Así pues, la cuestión aquí sólo puede ser si un desconocimiento así existe en el "engaño relativo a la vida" [129]. Ciertamente el engañado tiene claro que comete un suicidio. Pero ya sabemos que para la autoría mediata no importa simplemente el conocimiento del resultado externo, sino la comprensión del concreto sentido de la acción.

Sin embargo, el suicida engañado no capta este sentido, lo cual es especialmente cierto si uno (según los argumentos con los que se suele fundamentar la falta de dominio del hecho del sujeto de detrás) considera a la resolución de suicidarse como una decisión "existencial" personalísima, intransferible, que afecta al núcleo íntimo de la personalidad. Efectivamente, concediendo esto, no cabe equiparar un suicidio con los demás, sino que cada uno constituye un acto de libertad único, irrepetible e inaccesible para la generalización racional, que sólo adquiere su sentido a partir de la situación

[128] Cfr. al respecto ya *supra,* p. 193.

[129] FELD, *Die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord,* tesis doctoral, 1909; citada por KAUN, p. 55, nota 1.

individual del agente y de su motivación. Pero entonces la acción aparecerá como absolutamente sin sentido si se basa en presupuestos que son producto del engaño. Piénsese en nuestros ejemplos: la amante engañada y el enfermo supuestamente incurable se sentirían burlados en cuanto al sentido de su muerte y aparecerían como víctimas ciegas de un taimado plan asesino, mientras que el sujeto de detrás habrá conseguido plenamente el fin de su maquinación: eliminar a una persona que le era molesta. Así pues, considerando que para el dominio de la voluntad basta (como ya se expuso *supra*) la supradeterminación dirigida a la configuración del sentido concreto de la acción, aquí se dará un caso de autoría mediata. Los ejemplos, pues, han de decidirse en el sentido de MAURACH.

A otra solución sólo podría llegarse de considerar que el ordenamiento jurídico no se preocupa de la significación que el suicidio tiene para el individuo. De acuerdo con baremos de enjuiciamiento jurídicos, cada suicidio sería como los demás. Quien se quita la vida ha sabido todo lo que es jurídicamente relevante en el hecho, sin importar bajo qué presupuestos lo haya realizado.

Aceptando esta tesis, habría que rechazar la autoría mediata. No cabe duda de que tal opinión capta en su razonamiento el quid de la cuestión y representa la única antítesis de la postura aquí mantenida. Las alternativas reales en la decisión de nuestro problema no residen (como suele estimarse) en los conceptos de "libertad" y "no libertad" psíquica, sino en los criterios de "igualdad de sentido" y "diferencia de sentido" jurídicas.

Pero también materialmente es bastante obvia la opinión contraria que hemos desarrollado. Incluso debe llegarse forzosamente a ella si se traslada sin reparos al problema del suicidio la solución válida para los tipos penales, como pone de manifiesto un sencillo ejemplo paralelo: si alguien hace creer a otro que padece una enfermedad incurable no para impulsarle a suicidiarse, sino en vez de ello aconsejándole que disfrute en abundancia de la vida que le queda, y que cometa una estafa millonaria para dar una vuelta al mundo con el botín, según la teoría aquí defendida sería una inducción a la estafa y no, por ejemplo, un caso de autoría mediata. ¿Por qué entonces, como muchos mantienen, en el suicidio tendría que ser de otro modo?

La respuesta surge de que en un caso se trata de un delito y en el otro de un hecho atípico. El sentido jurídicamente relevante de un hecho criminal (aquí, de la estafa) viene caracterizado exhaustivamente por el precepto penal con sus requisitos del injusto y de la culpabilidad, y finalmente por la identidad y cualidad del concreto objeto de la acción. Las circunstancias referidas solamente a la persona del agente no influyen en el significado del hecho. Aunque el delincuente sea un enfermo incurable y pretenda dar la vuelta al mundo, su comportamiento no es por ello menos constitutivo de estafa en un ápice. Así pues, en el ejecutor se da el clásico supuesto de

error en el motivo; el sujeto de detrás comete un engaño desencadenante de la acción que, sin embargo, no permite estimar una supraformación configuradora de sentido y por eso ha de conceptuarse como inducción.

En el suicidio, la situación es radicalmente distinta. Dado que no está captado en ningún tipo penal, ninguna norma abstracta establece su sentido. Ya por eso uno puede sentirse inclinado a hacer que se determine por la motivación del agente y a decir: lo que para el suicida, al que se ha privado de la vida con engaño, carece de sentido, para el legislador ha de recibir su significado objetivo a través del plan homicida del sujeto de detrás. Con todo, este resultado cabe fundamentarlo también positivamente a partir de la ética social y de la ley: para un enjuiciamiento que atienda a la contrariedad a la comunidad y que contemple objetivamente, el suicidio de un enfermo incurable ha de valorarse de manera absolutamente distinta que el comportamiento de un sujeto de detrás que mueve astutamente a una persona sana a cometer un suicidio basado en error. Pero ni siquiera hace falta otorgar importancia decisiva a lo expresado, pues ya el solo tratamiento legal del suicidio pone de manifiesto que existe una diferencia de sentido jurídico entre el hacer del suicida bajo error y el del sujeto de detrás vidente.

Así, al considerar el legislador atípico el suicidio (ya sea conforme a Derecho, antijurídico o no prohibido) [130] y dejar impune la participación en él, la razón sólo puede residir en que respeta la decisión personalísima del individuo. Ahora bien, si otro engaña al suicida sobre el sentido individual de su muerte, también debe desplazarse la base de enjuiciamiento jurídica. Lo que ocurre objetivamente no realiza los requisitos de los que partía el sujeto agente y sobre los que el legislador no quiere entrar a discutir. Es un acto ya no cubierto por la consciencia responsable del que se ha quitado la vida, que precisamente por eso presenta en el punto decisivo para la valoración jurídica del suicidio otro sentido distinto al de una muerte elegida libremente conociendo plenamente la situación. Por tal razón existe aquí, también según los baremos jurídicos, una supradeterminación configuradora de sentido que ineludiblemente entraña la autoría mediata del sujeto de detrás.

La distinción, necesaria para delimitar autoría y participación, entre delito y suicidio pone de manifiesto lo incorrecto que sería someter el concepto de dominio del hecho a un esquematismo abstracto y utilizarlo como mero patrón. Por el contrario, abordándolo correctamente, debe asumir todas las peculiaridades concretas de la materia sin perder nada de su validez general.

El resultado acabado de fundamentar tampoco cambia por reparar en que muchos suicidios se basan en una decisión más bien fruto del miedo, de una personalidad inadecuada, surgida de una situación conflictiva momen-

[130] Más bien parece correcta la última concepción, que recientemente ha fundamentado en profundidad GALLAS, *JZ*, 1960, pp. 652-655.

tánea, puesto que en tales casos se destaca la falta de sentido objetiva del suicidio dirigido por el sujeto de detrás con más nitidez aún porque el agente, ya subjetivamente, decide libremente sólo en sentido limitado.

Tampoco hay que temer que nuestra postura pueda conducir a una penalización excesivamente amplia de la participación en el suicidio. En efecto, dado que la decisión de acabar con la propia vida se encuentra entre las más graves que cabe adoptar, debe tratarse de un error que afecte radicalmente a la personalidad de la víctima. Además, el sujeto de detrás, ya en el instante del engaño debe abarcar el suicidio como consecuencia de su acción; si sólo después se da cuenta de que el otro, bajo la impresión de la mentira, va a quitarse la vida, todo lo más cabrá apreciar un delito omisivo, y no es éste entonces el lugar de tratarlo; en cualquier caso, sus presupuestos han de enjuiciarse de otro modo [131].

Como tampoco fuerza la solución aquí defendida a castigar por tentativa cuando el sujeto agente entrevé la mentira o, a pesar del engaño, no se decide a suicidarse. Ésta es simplemente una cuestión de delimitación entre actos preparatorios y tentativa; requiriendo aquí (como en general) la puesta en peligro directa de la víctima [132], habrá que dejar impunes estos casos.

Por último, esta solución tampoco fuerza a estimar homicidio imprudente cuando alguien provoca la muerte de otro mediante engaño de manera no querida, si bien previsible, ya que los criterios por los que se determina la autoría en los delitos imprudentes no quedan establecidos de ningún modo por el tratamiento de los dolosos [133].

De todos modos, también en la cooperación en el suicidio el mero auxilio conociendo el error ha de bastar para castigar el sujeto de detrás. Aquel que, en nuestro ejemplo, pone a disposición de la chica el revólver, aun sabiendo que su amante, al prometerle que se iban a suicidar juntos, sólo pretendía librarse de ella, es culpable de un delito, si bien quizá sólo como cómplice de asesinato [134].

Una última objeción vamos a plantearnos: podría aducirse que con arreglo a la teoría aquí defendida se trataría con más severidad a quien simplemente engaña que a aquel otro que va más allá, no sólo haciendo creer en la circunstancia que da pie al suicidio, sino realizándola efectivamente; en este segundo caso sólo se estimaría la autoría mediata por aplicación de los §§ 52 y 54 StGB.

Sin embargo, ello no supone una auténtica objeción, pues el tratamiento distinto está justificado. Cuando las circunstancias que desencadenan el suicidio concurren realmente, coincide el significado objetivo del hecho con la representación y la voluntad el agente. Siempre que se mantengan la imputabilidad y la libertad de formar la voluntad, el suicida lleva a cabo su decisión más personal, de responsabilidad suya. No de esta decisión, sino de la creación de sus presupuestos ha de hacérsele jurídicamente responsable al sujeto de detrás.

[131] Cfr. al respecto *infra*, pp. 510 ss.

[132] Así el BGH, *BGHSt*, 4, pp. 270-275 (273).

[133] Cfr. al respecto en concreto *infra*, pp. 567 ss.

[134] Acerca del problema, que aquí se añade, de la delimitación entre coautoría y complicidad en caso de dos sujetos de detrás, cfr. *infra*, pp. 303 ss.

2. El ejecutor obra lícitamente

También los casos de utilización de un instrumento que cree erróneamente actuar de conformidad a Derecho —antes muy controvertidos, hoy ya aclarados— [135] han de resolverse sin dificultad con ayuda de los criterios desarrollados *supra*.

Si partimos de los ejemplos principales de la estafa procesal [135a] y de la provocación de condena penal materialmente infundada, el juez engañado ciertamente obra de conformidad a Derecho y es "libre" al adoptar la resolución; no puede, pues, decirse que el juez (mucho menos el juez penal) haya sido "dominado" en sus resoluciones por las partes procesales. También conoce las consecuencias materiales y jurídicas de su actuar; sabe contra quién se dirige la sentencia y qué efectos surtirá. Pero yerra en cuanto al sentido concreto de su comportamiento: cree adoptar una sentencia justa, siendo así que materialmente falla de modo injusto, y en esa medida es un instrumento ciego en manos del sujeto de detrás, quien merced a la supradeterminación configuradora de sentido del acontecer se convierte en autor mediato [135b].

A partir de lo dicho se explica también fácilmente por qué han de resolverse de modo distinto los casos tan debatidos del "desvalor de actitud" trascendente: la esposa y su amigo se quitan de en medio al esposo denunciándole por un grave delito que verdaderamente ha cometido. O bien: el vecino sádico consigue que el padre de un joven travieso le propine a éste una paliza, idónea para educarle [136]. En tales situaciones, falta en el ejecutor

[135] Su problemática general, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ya se ha abordado *supra*, cfr. pp. 186-187.

[135a] Para este supuesto, en la actualidad discute JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, pp. 14 ss., que se dé autoría mediata; para JOHANNES, el juez no es instrumento, sino —en tanto que es engañado— víctima de la estafa. Pero ésta no es más que una discusión terminológica, pues la estafa requiere dos resultados: una provocación de error y un perjuicio. Ahí el juez es ciertamente víctima de engaño, pero al mismo tiempo instrumento ciego en el perjuicio patrimonial. Por eso no hay razón para tratar este problema de manera metodológicamente distinta que en la condena judicial penal determinada por engaño.

[135b] Esto no lo tiene en cuenta JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, pp. 40 ss., cuando señala que no cabe aquí fundamentar dominio del hecho y que "es decretado" por los partidarios de esta teoría «exactamente con la misma arbitrariedad que antes el *animus auctoris* por el RG».

[136] Acerca de estos ejemplos, cfr. WELZEL, *LB*, 7.ª ed., p. 94; *SJZ*, 1947, apdo. 648.

directo todo error relativo al sentido concreto de la acción. En ningún caso se pasa de una condena o castigo plenamente conformes a Derecho en lo formal y en lo material. Aun cuando el ejecutor sufra un error sobre los móviles del que le determina, esa idea errónea se encuentra fuera de la ejecución de la acción, careciendo de influencia sobre su significado [137].

VII. RESUMEN

También los múltiples supuestos de error cabe solucionarlos desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho con arreglo a una idea unitaria. Resumido en principios resulta lo siguiente:

1. Las situaciones de error han de separarse claramente de las situaciones coactivas de plurales matices. Mientras que en los casos de coacción la autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (orientado al principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor.
2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas, de la antijuridicidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo.
3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.
4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre el error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido.

Esta teoría presenta externamente cierta afinidad con la (ya varias veces citada) "teoría de la preponderancia" de HEGLER [138], al que en el ámbito de la autoría mediata ha de considerársele como precursor de la idea del

[137] En el mismo sentido, en definitiva, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho: WELZEL, *StZ*, 1947, apdo. 648; *LB*, 7.ª ed., p. 94; LESS, *JZ*, 1951, p. 551; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, h, p. 163; cuando LANGE señala aquí que WELZEL decide en sentido opuesto lo hace, según parece, por error. Como aquí, asimismo, *BGHSt*, 3, pp. 110-119 (114). En otro sentido, OLG BAMBERG, *DRZ*, 1950, pp. 302-303, con comentario discrepante de WELZEL (pp. 303 y 304).

[138] *RGR-Praxis*, t. v, 1929, pp. 305-321.

dominio del hecho [139]. Sin embargo, analizándola más detenidamente, la concepción de HEGLER presenta diferencias notables en la idea básica, en el desarrollo teórico y en los resultados prácticos. Efectivamente, en primer lugar aquí todas las soluciones individuales están referidas al principio del dominio del hecho, comprensivo de todas las formas de autoría, mientras que la idea de la preponderancia de HEGLER se yuxtapone, sin relación, con la teoría objetivo-formal que en lo demás mantiene; en segundo lugar, HEGLER distingue entre la preponderancia en el plano de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad, mientras que nuestra postura, al margen de tales cuestiones sistemáticas, se basa en el conocimiento más amplio del sujeto de detrás, que posibilita una superior medida de dirección con sentido; en tercer lugar, la mayor medida de culpabilidad, si no permite dirigir el acontecer, no puede fundamentar (con arreglo a nuestra teoría) la autoría mediata, como pone de manifiesto precisamente el tratamiento de la imprudencia consciente, y finalmente, en cuarto lugar, al margen de los supuestos no controvertidos, apenas se encuentran coincidencias entre ambas teorías en cuanto a los resultados materiales.

§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y MENORES

Entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En éstos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad (I, 1) y la imputabilidad disminuida (I, 2), entre niños (II) y adolescentes (II), entre autodaño y daño a otro (a y b, respectivamente). El tratamiento de la mayor parte de estos casos es controvertido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

I. IMPUTABILIDAD DEL EJECUTOR DIRECTO EXCLUIDA O MERMADA

1. El ejecutor es inimputable

Damos por supuesto que el sujeto de detrás responsable coopera en la realización de un delito por parte de un inimputable (a), enlazando con lo cual se debatirá la determinación de inimputables a dañarse a sí mismos, por ejemplo, a suicidarse (b).

[139] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 80.

a) *La comisión de delitos por inimputables*

aa) *Estado de la discusión*

En los casos de inimputabilidad GALLAS [1] estima autoría mediata con carácter general, a no ser que la necesidad de comisión de propia mano o la naturaleza del delito especial lo impida. Para fundamentarlo argumenta que el ejecutor «por falta de capacidad de comprender o de querer (no es) capaz de oponer a la tentación proveniente del sujeto de detrás la resistencia que en otro caso se le exigiría», encontrándose por tanto "en manos" de éste [2].

La mayoría de los demás autores llevan a cabo diversas distinciones. WELZEL [3] limita el dominio del hecho del sujeto de detrás a la utilización de «ciertos enfermos mentales sin voluntad que, si bien actúan finalmente, ejecutan sin querer la voluntad ajena»; en otros casos el enfermo mental puede "desplegar una voluntad propia", existiendo entonces participación. MAURACH [4] señala simplemente que también, dada la inimputabilidad del ejecutor directo, puede haber autoría mediata si el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho; no se manifiesta sobre cuándo es ése el caso. LANGE [5] afirma la autoría del sujeto de detrás cuando «quiso el hecho como propio». WIENERS [6] atiende a si el inimputable aún pudo adoptar una decisión volitiva personal o no.

Yendo más allá, HARDWIG [7], al parecer en contradicción con GALLAS, estima sólo participación en todos los casos, porque "en el delito doloso sólo importa la voluntad del hecho del autor", y ésta también la tiene claramente el inimputable. No obstante, que el dolo "natural" del agente por sí solo no puede excluir necesariamente la autoría mediata, ya se ha puesto de manifiesto en los supuestos de coacción y en muchos de error.

La imagen global de las opiniones, cuya multiplicidad induce a confusión, muestra que la cuestión dista de estar aclarada. La solución que vamos a desarrollar no coincide con ninguna de las posturas antecedentes. En principio, se va a distinguir en función de si el defecto reside en el elemento intelectual de la inimputabilidad o en el volitivo.

[1] *Gutachten*, p. 134; número especial Atenas, p. 15.
[2] *Gutachten, loc. cit.*
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92.
[4] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, D, 1, p. 503.
[5] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.
[6] *Op. cit.*, pp. 64 y 65.
[7] *Festgabe für Eb. Schmidt*, p. 480.

bb) *El defecto reside en el ámbito intelectivo*

Si el autor, en el instante del hecho, era incapaz de "comprender el carácter no permitido del hecho", el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación. Estos casos se solapan con los del error de prohibición [8]. Las reglas que allí se hallaron, relativas al dominio del hecho del sujeto de detrás, han de valer también aquí. Al respecto ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre, en el caso del § 51.1 StGB, al injusto material, o sea, a la desvaloración social de su conducta [9]. El que alguien sepa con exactitud que comete injusto, pero a pesar de ello, como consecuencia de un defecto mental, no esté en condiciones de advertir la antijuridicidad formal ocurrirá muy pocas veces. De producirse un caso así, el agente en todo caso no quedaría impune por el § 51.1 StGB, porque el legislador exige de todos que omitan cierta acción ya por el hecho de advertir su dañosidad social.

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

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

Curiosamente, la doctrina suele pasar por alto la forma de dominio del hecho correspondiente a los casos de error, aun siendo la que presenta menos problemas. Así, acierta WELZEL al decir que también los enfermos mentales pueden desplegar una voluntad propia; pero si el defecto reside en el plano

[8] Cfr. al respecto DREHER, *GA*, 1957, pp. 97 ss.
[9] Así también WELZEL, 7.ª ed., p. 133.

intelectual, la libertad de decidir no obsta para el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Aquí se ignora (como ocurre con tanta frecuencia) que la estructura del dominio de la voluntad en casos de defectos de comprensión del ejecutor directo es completamente distinta que allí donde reside en la dirección de la formación de voluntad del ejecutor.

cc) *El defecto reside en el ámbito volitivo*

Más difícil es responder la cuestión del dominio del hecho cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de "obrar con arreglo a esa comprensión". Aquí hay que estimar autoría mediata en principio cuando el sujeto de detrás ha sugerido el plan del delito al autor directo, esto es, cuando, de haber sido imputable, se habría dado inducción. En efecto, quien está disculpado por el § 51 StGB * obra aquí dolosamente y con plena comprensión del sentido; puede incluso proceder en la ejecución del delito independiente y cuidadosamente. Pero como le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien es no libre en esa medida y (dado que no ha podido resistir el impulso) ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el sujeto de detrás.

Tiene el dominio de la acción en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente. Así pues, el caso se encuentra en el mismo plano que las situaciones coactivas antes tratadas. A la eficacia desinhibidora de la situación coactiva le corresponde aquí la incapacidad de inhibición existente desde el principio en el inimputable. Tanto aquí como allí [10] el sujeto de detrás configura el acontecer, porque el agente no puede adoptar una resolución jurídicamente relevante. Por el contrario, no importa nada que el inimputable, al realizar la decisión una vez tomada, pueda conducirse muy final y resueltamente; también en las situaciones coactivas podía ocurrir así, sin que cupiera dudar del dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Por eso no es posible llevar a cabo aquí distinciones, como propugna la doctrina dominante. Más bien, el que determina es siempre autor mediato.

* § 51 StGB: «**Inimputabilidad.** No concurre acción punible cuando el autor, en el momento del hecho, debido a trastorno mental, a perturbación patológica de la actividad mental o a debilidad mental, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a tal comprensión.»

[10] Una excepción venía representada por el supuesto de la inducción al hecho en estado de necesidad del § 54 StGB, cuyos requisitos no fueron creados por el sujeto de detrás y cuya ejecución no dependía de éste, cfr. *supra*, pp. 173-175. Ahí residía la razón en que la situación coactiva previamente existente no es modificada por la instigación, esto es, en que el apremio motivacional no parte del sujeto de detrás, mientras que aquí precisamente la instigación tiene virtualidad de forzar al autor directo no capaz de inhibición.

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

En primer lugar, la cooperación puede ser de suerte que sin ella el hecho no sería posible. Por ejemplo, el enajenado va a volar una casa y otro le procura la bomba. Entonces el sujeto de detrás es autor mediato, pues como la realización del delito depende de él y entre su aportación al hecho y el resultado no existe ninguna otra voluntad responsable, únicamente él tiene el dominio de la voluntad y avanza, junto con el sujeto agente, al centro del acontecer delictivo. Tal solución coincide, en esta medida, con la hallada para el caso del § 54 StGB (estado de necesidad [11]).

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

b) *El autodaño de los inimputables*

Con arreglo a análogos criterios debe enjuiciarse la conducta de determinar a un inimputable a dañarse a sí mismo (en el ejemplo más importante en la práctica: ocasionar que se suicide). También aquí hay que distinguir entre los casos de falta de entendimiento y de falta de capacidad de inhibición.

Obviamente, no cabe atender a la "capacidad de comprender el carácter *no permitido* del hecho", pues el suicidio (sea o no antijurídico) de ninguna manera contiene injusto típico, sino que en consecuencia hay que atender a si el inimputable pudo apreciar el valor moral y social de conservar la propia vida [12]. Al respecto, hay que tener en cuenta que la falta de imputabilidad no se puede verificar sin más *in abstracto* para todas las acciones (ello sólo es posible en los auténticos enfermos mentales), debiendo referirse siempre al hecho concreto. Puede ocurrir que alguien, de haber cometido un delito contra bienes jurídicos ajenos, hubiera quedado impune, pero con respecto al suicidio haya de considerársele responsable (y viceversa). No

[11] Cfr. *supra*, pp. 173-175.

[12] En esto de acuerdo KAUN, p. 69.

obstante, esto rige también en general: así, la imputabilidad puede que haya que afirmarla en un hurto simple, mientras que falte en una falsificación documental vinculada a aquél [13]. Teniendo esto presente, cabe aseverar en general [14]: como autor mediato es punible todo aquel que posibilita que otro se autodañe o le determina a hacerlo, siempre que a éste le falte la comprensión del significado moral y social del hecho.

El supuesto en que un sujeto de detrás inimputable obre asimismo sin esta comprensión y por eso sea inductor (impune) apenas va a producirse, no requiriendo análisis más detallado.

Una diferenciación correlativa a las situaciones en que se afecta a bienes jurídicos ajenos ha de llevarse a cabo en los casos en que al sujeto le falta la capacidad de inhibición. Quien le sugiere a una persona así la idea del suicidio es autor mediato, aun cuando la víctima tenga claro el significado y el alcance de su comportamiento. Por el contrario, por lo general sólo se da participación (impune) cuando el agente, siendo plenamente consciente de las consecuencias, sufre una compulsión patológica, adopta él solo la decisión del hecho y el sujeto de detrás le auxilia de algún modo. La autoría mediata se produce en estos casos únicamente cuando el suicida sin ese auxilio no tendría ocasión de quitarse la vida, supuesto que puede darse, por ejemplo, en los hospitales psiquiátricos.

2. El ejecutor obra con imputabilidad mermada

Que yo sepa, nadie se ha pronunciado hasta la fecha sobre la cuestión de si el sujeto de detrás puede poseer el dominio del hecho porque la imputabilidad esté "notablemente mermada", en el sentido del § 51.2 StGB, en el ejecutor. Para proceder correctamente hay que distinguir:

Cuando ocurre que el ejecutor no es plenamente imputable porque su capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho ha sufrido una merma, el sujeto de detrás posee el dominio del hecho siempre que conozca con claridad el injusto material del hecho, puesto que sólo ha de atenderse a la capacidad del autor directo de comprender lo no permitido de su acción cuando éste no lo ha comprendido *in concreto*. Ahora bien, como lo "no permitido" en este contexto ha de entenderse en el sentido de la antijuricidad material, el sujeto con imputabilidad mermada es en tal situación señor del hecho de primer grado, pero no de segundo grado, de manera que el sujeto de detrás, por la vía de la supradeterminación "final", ha configurado con sentido el curso del suceso. En esa medida no hay diferencia con los supuestos anteriores, ya tratados con detalle, en los que al

[13] Cfr. MEZGER, *AT*, 9.ª ed., p. 157.

[14] Distinguiendo en este punto KAUN, pp. 66-72.

ejecutor le faltaba por otras razones la consciencia de la desvaloración social de su conducta [15], pudiéndonos remitir a ese lugar.

Por el contrario, se da mera participación cuando el autor directo ciertamente poseía la plena comprensión del significado de su conducta, pero su capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión estaba notablemente mermada. Aquí el sujeto de detrás únicamente podría tener el dominio del hecho si el agente no pudiera ya formar una decisión volitiva responsable en sentido jurídico, de manera que su hecho apareciera como obra de la voluntad de aquél. Sin embargo, este requisito no se realiza en la imputabilidad menguada. Por el contrario, la ley da por supuesto que en tales casos el autor puede determinar su voluntad con arreglo a su comprensión (en otro caso, se aplicaría el § 51.1 StGB), y esto solo basta para negar el dominio del hecho al sujeto de detrás. La circunstancia de que para el ejecutor resultaba más difícil la autodeterminación responsable puede, ciertamente, importar para la medida de su culpabilidad [16]; pero nada cambia en la estructura del dominio del suceso. Así pues, aquí siempre hay que apreciar mera participación.

II. EL EJECUTOR DIRECTO ES UN NIÑO O UN ADOLESCENTE

También aquí hay que distinguir en función de que el sujeto de detrás coopere en la comisión de un delito (a) o en un autodaño (b).

a) *El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes*

El problema del dominio del hecho en la participación en delitos de adolescentes sólo raramente lo aborda la doctrina. MAURACH y GALLAS no aluden a él. WELZEL [17] atribuye tales casos en general al ámbito de la participación, incluso cuando en el autor directo es un menor de catorce años. En su opinión, basta que el niño pueda "desplegar una voluntad propia"; sólo en la "utilización de niños pequeños..., que... ejecutan la voluntad ajena sin voluntad propia", se daría autoría mediata. Si el ejecutor directo es un adolescente, consiguientemente sólo son posibles complicidad o inducción. LANGE [18], por el contrario, considera la «determinación... de un niño o un inmaduro en sentido penal entre catorce y dieciocho años» como caso de autoría mediata, pero sólo si «el que determinó quiso el hecho como propio».

[15] Cfr. pp. 216-228.

[16] MEZGER, *StuB*, 9.ª ed., § 64 *in fine*, 160, habla incluso de mera circunstancia modificativa de la pena.

[17] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; en términos semejantes WIENERS, p. 64.

[18] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

En nuestra opinión, aquí sólo cabe una solución: en los hechos de niños menores de catorce años el sujeto de detrás *que determina* es en todo caso autor mediato; en los de adolescentes, siempre que (pero sólo cuando) el ejecutor no sea penalmente responsable con arreglo al § 3 JGG *. El mero *auxilio* fundamenta autoría mediata cuando la inmadurez penal del agente se basa en falta de capacidad de comprensión. Si al autor directo no le falta la capacidad de comprensión, sino la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión, únicamente se dará autoría mediata del que auxilia cuando posibilite el hecho al ejecutor.

Esta estimación se basa en presuponer que el legislador aquí prescinde de la sanción penal porque los niños (siempre) y los adolescentes (a determinar caso por caso, en función de su desarrollo moral e intelectual) no son suficientemente maduros para "comprender lo ilícito del hecho y obrar con arreglo a tal comprensión" (§ 3 JGG). Partiendo de esta base apenas discutible no puede importar, como señala WELZEL, que el niño esté o no en condiciones de "desplegar una voluntad propia". Pues, ¿de qué le sirve eso si no puede comprender lo ilícito de su hecho? Como suele ocurrir, también WELZEL apoya su argumentación en dar por sentado que la autoría mediata sólo es posible cuando el sujeto de detrás domina la voluntad del agente de manera semejante a la coactiva. En realidad, no se trata aquí en absoluto de eso, sino de un caso de dominio de la voluntad en virtud de supradeterminación con sentido, de una situación en la que el sujeto de detrás se encuentra en un grado de dominio del hecho superior al del ejecutor y en que únicamente él puede configurar el suceso en su sentido desvalorado socialmente, porque el agente no puede acceder a ese sentido y, por tanto, tampoco puede oponerle su voluntad. Así pues, el caso coincide con los tratados antes, en los que el sujeto de detrás se servía de un ejecutor al que le faltaba la consciencia de la antijuridicidad material; a la fundamentación que allí se indicaba hemos de remitirnos [19].

Naturalmente, también puede ocurrir que el niño o el adolescente inmaduro en sentido penal posean ya la comprensión del injusto, pero no puedan obrar con arreglo a esa comprensión. Habiendo determinado un hecho así el sujeto de detrás, o habiéndolo posibilitado, también tiene que ser autor mediato. Bien es cierto que éste no posee un mayor entendimiento del sentido; pero dado que el agente no puede resistir el impulso proveniente del sujeto de detrás, tiene que ser necesariamente no libre en la formación de su voluntad; entonces sólo existe realmente un supuesto (comparable a los de estado de necesidad) de dominio rector de la voluntad. Únicamente no es así cuando

* § 3 JGG (Ley de Tribunales Tutelares de Menores): «**Responsabilidad.** Los adolescentes son penalmente responsables cuando en el momento del hecho son suficientemente maduros, con arreglo a su desarrollo moral e intelectual, como para comprender lo ilícito del hecho y actuar con arreglo a tal comprensión...»

[19] Cfr. *supra*, pp. 216 ss., así como p. 263.

el menor de catorce años o inmaduro penalmente han adoptado la decisión por sí solos y otro les auxilia, sin llegar justamente a posibilitarles la ejecución del hecho. Aquí ha de estimarse mera complicidad, lo cual se basa en las mismas razones válidas para la cooperación en los hechos de inimputables, no siendo necesario repetirlas en este lugar [20].

Por consiguiente, existiendo un supuesto en que el sujeto de detrás tiene conscientemente "en sus manos" el acontecer en virtud de supradeterminación con sentido o de dominio rector de la voluntad, no cabe descartar su autoría porque no quiera el hecho "como propio", tal como LANGE aún estima, conectando con la jurisprudencia inicial del *Reichsgericht*, pues la autoría depende de relaciones de dominio reales y no de posturas del individuo con respecto a ellas.

Por otra parte, en todo caso hay que apreciar sólo participación cuando el adolescente ha advertido lo ilícito de su hecho y es penalmente responsable por completo de éste. En tal caso ni es no libre para formar su voluntad ni ve menoscabada su comprensión del suceso. Nada tiene que ver con las relaciones de dominio en el concreto acontecer que esté sometido a las sanciones especiales del Derecho penal juvenil.

b) *El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes*

La cooperación en un autodaño, en especial en el suicidio de menores de edad, tratada desde la perspectiva del dominio del hecho, ha dado lugar a soluciones bien divergentes.

LANGE [21], que atiende en los delitos de niños y penalmente inmaduros a la "voluntad de autor", opina que sólo habrá autoría mediata cuando el autor directo, como en el caso del suicidio, no obre típica ni antijurídicamente. Su fundamentación de esta postura es problemática, puesto que recurre al concepto "secundario" de autor, por lo demás combatido acertadamente por LANGE: se considera a alguien como autor porque no es posible la participación punible.

WIENERS [22] sólo atribuye al no ejecutor el dominio del hecho cuando se trata del suicidio de "niños pequeños que aún no tienen uso de razón". Piensa que esta cuestión ha de separarse estrictamente de la responsabilidad penal de niños y adolescentes. También los menores de catorce años y los penalmente inmaduros suelen ser señores de sus decisiones, de manera que la resolución «lleva la impronta de su personalidad (si bien aún no formada) y está sustentada por ésta» [23].

[20] Cfr. *supra*, pp. 260-261.

[21] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

[22] *Op. cit.*, p. 64.

[23] *Op. cit.*, p. 66.

También KAUN opina que la cuestión de si hay que negar a niños y adolescentes la posibilidad de decidir responsablemente sobre su propia vida es totalmente distinta de la cuestión de la responsabilidad penal [24]. Pero de ahí extrae la conclusión justamente contraria; la madurez penal "existe ya mucho antes" que la capacidad de comprender el significado del valor moral de la propia vida y de obrar con arreglo a esta comprensión. Hay que negarla sin más hasta los dieciocho años cumplidos, y "con dudas" entre los dieciocho y los veintiún años [25].

Me parece que ambas ideas son excesivas en direcciones opuestas y que la solución debe partir del criterio sobre cuyo rechazo ambas están de acuerdo: de la orientación al concepto de responsabilidad penal. Ciertamente alguien que puede entender lo ilícito del hurto y obrar con arreglo a ese entendimiento no tiene por qué poder adoptar por eso una decisión responsable sobre su propio suicidio. Las dos decisiones son de género demasiado distinto. Pero esto es válido también en general: un asesino adolescente puede quedar impune mientras que habría sido responsable de un hurto. Así pues, en la cooperación en el suicidio de un adolescente hay que dilucidar, correlativamente a como ocurre en la comisión de un delito, si el agente en el caso concreto, con arreglo a su desarrollo espiritual y moral, era suficientemente maduro para comprender el significado de un suicidio y obrar con arreglo a esta comprensión.

Por el contrario, en la cooperación en el suicidio de niños menores de catorce años siempre habrá que estimar dominio del hecho del sujeto de detrás. Responde a la idea básica del § 3 JGG, así como a la experiencia, que los niños de hasta trece años, teniendo en cuenta la falta de desarrollo de sus capacidades espirituales y morales, no pueden decidir sobre su muerte de una manera comparable a la decisión responsable de un adulto. Cuando WIENER [26] —probablemente en conexión con la postura de su maestro, WELZEL, en el caso de comisión de delitos por menores de catorce años— señala que también los niños pueden «ser capaces para formar su propia voluntad», este argumento se basa en el desconocimiento —ya varias veces [27] mencionado— de la estructura del dominio del hecho en tales casos.

Por otra parte, ya no es posible, en los suicidas que han cumplido los dieciocho años, la autoría mediata del no ejecutor que se basase en la minoría de edad del agente (frente a KAUN y MEISTER). Cuando alguien es plenamente responsable de la muerte de otro, con independencia de su estado de desarrollo espiritual y moral, según las ideas rectoras de la ley no puede ser de

[24] *Op. cit.*, p. 73.

[25] *Op. cit.*, pp. 73 y 74; más lejos va MEISTER, *GA*, 1953, p. 167, que presupone con carácter general los veintiún años cumplidos.

[26] *Op. cit.*, p. 64.

[27] Cfr., como última vez, p. 264.

otro modo en el suicidio. El supuesto paralelo del Derecho civil [28] no prueba nada en contra, puesto que allí se trata de la responsabilidad por negocios jurídicos, que ha de juzgarse conforme a puntos de vista completamente distintos a los del dominio del hecho [29].

Sobre la base de estas directrices han de resolverse *mutatis mutandis* los supuestos concretos que surjan, como ya se ha especificado *supra* [30], para el caso de la cooperación en los delitos de adolescentes.

III. RESUMEN

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y menores ha de resolverse, por tanto, con ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se ha producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas.

§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS

I. SUPUESTOS

El resultado al que hasta ahora ha llegado nuestra investigación pone de manifiesto que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás puede basarse en una coacción o en un error del ejecutor. A pesar de la multiplicidad y diversidad de los casos concretos posibles, estas dos estructuras básicas de la autoría mediata son siempre las mismas. Sin embargo, se plantea la cuestión de si con ellas quedan agotadas todas las posibilidades de autoría mediata. Los supuestos de los llamados instrumentos dolosos no cualificados o sin intención que la doctrina dominante encuadra aquí requieren una consideración muy diferenciadora, que se emprenderá más adelante [1].

[28] MEISTER, *GA*, 1953, p. 167.

[29] Por ejemplo, presenta aquí gran importancia la idea de la inexperiencia en los negocios y de la dependencia financiera de los jóvenes (a ello obedecen las normas divergentes de los §§ 110 y 112 BGB); si acaso, es en el Derecho civil donde habría que atender a la capacidad delictiva.

[30] Pp. 263-264.

[1] Cfr. *infra* pp. 278-286, 369-383 y 391-396.

En este lugar se va a tratar en primer lugar otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski [2], en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría.

Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual [3]. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global [4]. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales. Sólo este aspecto de la problemática va a tratarse en lo sucesivo en su significado para la doctrina de la autoría.

II. QUEDAN EXCLUIDOS EL DOMINIO POR COACCIÓN Y POR ERROR

Si uno se pregunta si las autoridades "competentes" para el exterminio de los judíos y el servicio secreto extranjero, en cuyas directivas se escudaba el agente Staschynski [5], son autores mediatos de los asesinatos perpetrados a órdenes suyas, se pone de manifiesto que no se da dominio de la voluntad en virtud de coacción o en virtud de error en estos casos ni en otros típicos

[2] Cfr., con respecto al caso Staschynskij, ya *supra*, p. 125, nota 52, pp. 151 ss.

[3] Cfr. al respecto las acertadas observaciones de JÄGER en sus «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess», *MSchrKrim*, 1962, pp. 73-83.

[4] Por eso intenta, por ejemplo, el legislador describir la intervención en tales delitos colectivos con conceptos no empleados en otros lugares, como "miembro", "inspirador" *(Hintermann)*, "cabecilla de la conspiración" (lit., "el que mueve los engranajes", *Rädelsführer*, n. de los t.); cfr., por ejemplo, §§ 128, 129 y 129a StGB (asociaciones secretas o delictivas). No es éste el lugar de analizar estos intentos interesantes, pero que no pasan de sus comienzos, ya que nuestro trabajo debe, por razón de su tema, circunscribirse a delitos individuales concretos.

[5] Quede sin discutir si es materialmente acertado admitirlo, pues no nos importa tanto el caso concreto, cuyas circunstancias pueden no apreciarse con total claridad, como el problema

de este género. Bien es verdad que se ha intentado una y otra vez resolver estos casos con ayuda de las categorías comunes, pero así sólo se ha conseguido velar la problemática.

Por lo que respecta a la coacción, se ha averiguado, investigando la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba "ni un solo caso" en que alguien «hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración» [6]. Igualmente, el agente Staschynski tuvo la posibilidad de sustraerse a las órdenes de asesinar entregándose a las autoridades alemanas.

Análogamente ocurre con el hipotético dominio en virtud de error por parte del sujeto de detrás. Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica. Pero, por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer, como ya se expuso pormenorizadamente más arriba [7].

III. LOS FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Pero, ¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción ni error? Esta cuestión hasta ahora apenas se ha planteado, porque con ayuda de la teoría del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor al sujeto de detrás, salvando así todas las dificultades. Pero ésa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata, por no hablar de que una construcción en tal sentido no sería compatible en ningún caso con la autoría del dominio del hecho. Y cuando se dice que en el marco de tales organizaciones el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita "dejar a criterio" de éste el suceso,

estructural, para cuyo tratamiento vamos a suponer que los hechos se cometieron, en efecto, únicamente por orden de un servicio secreto.

[6] En tal sentido JÄGER, *MSchrKrim*, 1962, p. 79, remitiéndose a Bauer, Fiscal General de Hesse.

[7] Cfr. pp. 214-228.

naturalmente es cierto. Sin embargo, su fundamento no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa.

Donde se pone de manifiesto que si se pretende verificar la diferencia estructural de estos casos con respecto a los de inducción, también aquí hay que recurrir a distinciones de naturaleza objetiva. Y tales diferencias no se encuentran de hecho. Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad "común".

¿A qué se debe? Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta un maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiable a voluntad.

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.

IV. EL ENJUICIAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES DE AUTORÍA EN EL PROCESO EICHMANN

El proceso Eichmann, en el que se ha revelado con especial cuidado una imbricación (en los demás casos difícil de dilucidar) de las partes del hecho individuales, resulta muy apropiado para hacer ver este tipo de dominio de la organización de la mano de un ejemplo concreto. Además, el Tribunal y la defensa mantuvieron aquí distintas posturas en la calificación de las cuestiones de autoría y participación. El análisis más preciso de las razones esgrimidas pone de manifiesto, sin embargo, que ambos captan y describen acertadamente determinados rasgos característicos del dominio de la organización en sus diferencias con respecto a los casos comunes de cooperación, pero que no son capaces de explicar dogmáticamente estos fenómenos de modo pleno.

Así, el defensor de Eichmann señalaba en favor de su cliente [8] que «de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaría de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...».

En estas palabras quedan expresadas perfectamente las circunstancias que fundamentan el dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann. Efectivamente, es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría. Pero la autoría de Eichmann, en tanto que también aparece en relación con las instancias que le son superiores

[8] SERVATIUS, *Verteidigung Adolf Eichmann, Plädoyer* (alegato en defensa de Adolf Eichmann), 1961, pp. 77 y 78.

únicamente como órgano ejecutor, no por ello resulta afectada. La idea del "sacrificio gratuito", por muy importante que sea para la doctrina de la autoría al enjuiciar a quien da las órdenes, con respecto al comportamiento personal del ejecutor desemboca en la vieja (y ya debatida) objeción de la "causalidad adelantada" [9], que carece de significado dogmático tanto en la doctrina de la autoría como en general [10]: quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido.

Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía órdenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso lo tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir [11] que «la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los "inductores", en la nomenclatura de nuestro legislador». El Tribunal, que subraya expresamente que hay que "considerar al inculpado, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible", advierte con toda razón que «en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones..., en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice». Los jueces aluden a la especial dificultad de "definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién", y para estimar autoría invocan en definitiva el carácter de estos delitos de "crímenes en masa", que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.

Véase cómo se caracterizan aquí con toda claridad los elementos materiales del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato [12]. Que esta diferencia estructural de los sujetos de detrás con respecto a los ejecutores ya no queda comprendida en la inducción (como sería el caso

[9] Cfr. *supra*, pp. 197-201 (199-200).

[10] Cfr. al respecto, asimismo, mi artículo en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 411 ss. (425-430).

[11] Sentencia contra Adolf Eichmann, *Strafakt* 40/61, versión oficiosa, núm. 197.

[12] Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, *MSchrKrim*, 1962, p. 79.

fuera de las específicas condiciones de tales aparatos) lo ha subrayado el Tribunal con buen criterio.

Sin embargo, cuando para fundamentar la autoría alude a que se trata de "delitos en masa, no sólo por lo que respecta al número de víctimas, sino también en relación con el número de coautores", ése ya no es un punto de vista del todo convincente, pues el solo número de cooperadores no puede transformar a los partícipes en autores. Si acaso, podría mermar la responsabilidad individual. En una situación concreta —por ejemplo, en una "orden del Führer" dada por teléfono a un comando o en el caso Staschynski— sólo hace falta que participen unas cuantas personas, sin que por ello se modifique nada en la autoría del sujeto de detrás debida al modo de funcionar del aparato.

Y la pluralidad de víctimas tampoco es decisiva para la autoría. Así, si en lugar de a todo un grupo de población sólo se persiguiera en cada caso a un individuo, sin embargo, los sujetos de detrás tendrían que ser condenados como autores. También esto se pone de manifiesto en el caso Staschynski: aquí, aunque se trataba de la muerte de sólo dos personas, hay que atribuir no obstante el dominio de la voluntad al servicio secreto extranjero, porque el agente encargado de ejecutar la orden, sin consideración a su comportamiento individual, en principio fue empleado como mera pieza en el plan delictivo concebido al margen de él. Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en organizaciones tales, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente. Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamante esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás.

V. PROBLEMAS CONCRETOS

1. Autoría y participación en el seno de organizaciones

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas [13] es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que

[13] Por esto tampoco puede excluir la autoría, por ejemplo, en el caso Eichmann, la indicación del defensor de que su defendido fue autónomo sólo en el trabajo rutinario y de que, como informante, simplemente firmó "por oden"; cfr. SERVATIUS, *Plädoyer*, p. 70.

le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Con buen criterio puntualiza JÄGER [14] que precisamente en estos casos queda claro «que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato (y ello también, según el Derecho alemán vigente con carácter absoluto y sin limitaciones)».

Así pues, el dominio del hecho puede afirmarse sin reparos, aun cuando, como subraya con razón, por ejemplo, SERVATIUS [15], en el caso Eichmann el inculpado no coopera "ni al principio ni al final del hecho" y su intervención se limita "al eslabón intermedio". Que de este modo en su caso pueda aparecer una larga cadena de "autores de detrás del autor" no se opone a esa afirmación, pues ya hemos visto en múltiples ocasiones que esta figura jurídica aparece también en otros lugares de la doctrina de la autoría. Y en las situaciones especiales que aquí se discuten precisamente el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación superior el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes.

Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar... son, por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos. Naturalmente, el modo de actuar de estos partícipes no tiene por qué ser *in concreto* menos reprobable que el de un autor. Pero ya se ha subrayado suficientes veces [16] que ahí no estriba punto de vista determinante alguno para delimitar las formas de participación.

2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen

[14] *MSchrKrim*, 1962, p. 80.
[15] *Plädoyer*, p. 69.
[16] Cfr. *supra*, pp. 47 ss.

del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos 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 detrás.

Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, "funciona" de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una "iniciativa particular" llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.

De donde se deduce que para el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas:

a) El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.

Con lo cual no se quiere decir aún que los titulares del poder en Estados totalitarios no estén sometidos igualmente al Derecho. Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en la realidad no surte el efecto de contener al poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.

b) La segunda forma básica de autoría mediata dentro de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar de dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas. Por expresarlo en forma de lema, debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", que se haya emancipado en general en determinadas relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad. Los delitos que aquí vienen en consideración serán los atentados políticos, asesinatos de asociaciones secretas o también (en las bandas de delincuentes comunes) delitos patrimoniales, extorsiones, etc.

Ciertamente tales grupos están expuestos a que la Administración de Justicia impida su labor (a diferencia de la maquinaria estatal que obra delictivamente). A pesar de ello, la estructura de la autoría no es distinta que en el primer caso, pues lo decisivo no es que a la realización de los delitos se puedan oponer resistencias situadas fuera de la estructura organizativa hasta el extremo de que un plan delictivo pueda fracasar *in concreto* por ello. Lo decisivo es más bien que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen.

Cuando un aparato está así estructurado, el criterio característico del dominio de la organización se pone también aquí de manifiesto: la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. Cuando el atentado intentado tres veces tiene éxito a la cuarta vez, el delito ha de imputarse al jefe del movimiento clandestino como hecho *suyo*, pues pudo planear desde el principio la repetición de los intentos tantas veces como fuera necesario, sin que entre su voluntad y el éxito del crimen se interpusiera la decisión determinante de un individuo. Éste podría sustraer al delito si acaso su parte, pero no detener la marcha del suceso.

Con todo, en tales agrupaciones intraestatales hay que ser cauteloso al estimar el dominio de la organización. Si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un "aparato de poder", pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad. La falta de espacio impide desarrollar en detalle la delimitación que aquí se requeriría e ilustrarla con ejemplos concretos, pero la diferencia básica ya habrá quedado clara.

VI. ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

La tercera manifestación de la autoría mediata, acabada de tratar, destaca con especial claridad que la estructura del dominio del hecho tratada antes [17] es un concepto "abierto". En efecto, no cabe formular un concepto de autor delimitado firmemente "mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables" [18], del que pudiera derivarse por deducción lógica la solución de estos casos. No son las consecuencias conceptuales a partir del sistema o de otras premisas supremas las que pueden llevar aquí a resultados útiles. Más bien, el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.

Estos puntos de vista generales hay que recordarlos brevemente para hacer frente al malentendido de que el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" consista en una construcción *ad hoc* que sólo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría. Ciertamente es correcto lo que se señala en el proceso Eichmann: que los "conceptos comunes" de autoría mediata e inducción no se ajustan a ese supuesto. Pero estimar autoría mediata no significa que en estos casos se cree una especie de "Derecho de excepción" para crímenes especialmente reprobables. Más bien ocurre que la forma estructural del dominio de la organización en la práctica apenas puede surgir en el marco de un Estado de Derecho internamente consolidado. Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría.

Para enfrentarse con éxito a tales formas extremas del actuar delictivo la praxis va a tener siempre que superar dificultades por su propia naturaleza, dado que es muy propensa a servirse de las categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos, el cual acto seguido demuestra su ini-

[17] *Supra*, p. 143.
[18] LARENZ, *Juristische Methodenlehre*, p. 343.

doneidad. Precisamente ahí se pone de manifiesto que sólo un concepto "abierto" de dominio del hecho en el sentido que expresábamos al comienzo puede dar cuenta cabalmente de los contenidos sustanciales dados de esta materia.

§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS?

Los supuestos de autoría mediata mediante empleo de un (así llamado) instrumento "doloso" siempre se han encontrado entre los más controvertidos para casi todas las teorías de la participación. La cuestión básica de si es posible estimar aquí autoría mediata ciertamente la ha decidido ya la praxis en sentido afirmativo; pero en la doctrina, como se va a poner de manifiesto en nuestra exposición, aún no se le ha dado una respuesta satisfactoria. También en la fundamentación de la punibilidad, casi siempre dada por sentada irreflexivamente, existe el mayor desacuerdo.

Con estas dudas, a las que se ve expuesto este ámbito de problemas desde siempre, también ha de medir sus fuerzas la teoría del dominio del hecho. Sólo con ella vamos a polemizar. Así pues, no nos vamos a ocupar de la cuestión general de si el sujeto de detrás, habiendo un *intraneus* que obre dolosamente, puede ser autor mediato —de eso nos ocuparemos después— [1]; más bien se trata en este contexto sólo de si cabe fundamentar tal resultado con el principio del dominio del hecho.

Al respecto distinguiremos en función de los tres grupos de casos que vienen en consideración: el instrumento doloso no cualificado (I), el instrumento doloso no intencional (II) y el instrumento partícipe doloso (III).

I. EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO

1. Estado de la cuestión

Partamos del ejemplo académico en que un funcionario del Registro de la Propiedad (o sea, un sujeto cualificado) determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta. La doctrina dominante considera que el *extraneus* en este caso es autor mediato de falsificación documental del § 348.1 StGB, castigando al ejecutor directo como cómplice. ¿Cómo se armoniza esta solución con la teoría del dominio del hecho?

[1] Cfr. pp. 391 ss.

La cuestión apenas la tratan los principales representantes de esta teoría. WELZEL [2] y MAURACH [3] estiman dominio del hecho, y por tanto autoría del sujeto cualificado, sin parar mientes en que aquí pueden surgir dificultades para la teoría del dominio del hecho.

El análisis más profundo de la problemática se encuentra en GALLAS [4], cuya postura ya se esbozó *supra* [5] en el marco de su concepción global. De entrada, establece que «el sujeto de detrás aquí no "domina" al ejecutor directo, no se sirve de él como "instrumento"... Más bien, considerando al que determina en sí, ocurre que el sujeto de detrás induce al ejecutor directo...» [6]. No obstante, llega a apreciar autoría mediata razonando que el sujeto de detrás, además, tiene en sus manos, a diferencia de en la inducción común, el que se llegue o no a un suceso delictivo. «El acto de inducción se convierte así en ejercicio de dominio del hecho y, por tanto, en equivalente a la ejecución de propia mano» [7]. WIENERS [8], que rechaza la fundamentación de GALLAS, llega materialmente, no obstante, al mismo resultado; también él se basa en la idea de que el comportamiento del sujeto de detrás es "equivalente a la ejecución personal de la acción final de autor".

Por el contrario, SCHRÖDER [9] subraya expresamente que la teoría del dominio del hecho no puede dar debida cuenta del fenómeno del instrumento doloso, con lo cual coincide KAUN [10] (que yo sepa, el único representante de la teoría del dominio del hecho que lo hace), quien rechaza tajantemente en tales casos la punición del sujeto de detrás como autor mediato.

2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho

Es cierto que a partir de los fundamentos de la teoría del dominio del hecho no cabe fundamentar la autoría del autor cualificado.

De las formas de posible dominio de la voluntad hasta ahora elaboradas no se da ninguna. El ejecutor directo es libre al formar su voluntad. No se encuentra bajo presión psíquica de ningún género. La decisión sobre si (por seguir con nuestro ejemplo) va a llevar a cabo la inscripción falsa la adopta él solo según su criterio propio y sin trabas. Tampoco cabe hablar de supradeterminación final con sentido sobre un comportamiento causal-cie-

[2] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 543 y 544. La interpretación de WIENERS, *op. cit.*, p. 69, sobre la teoría de WELZEL, carece de base en las consideraciones de éste.
[3] *Lehrb., AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 1, p. 499.
[4] *Gutachten*, pp. 135 y 136.
[5] *Vid.* p. 93.
[6] *Op. cit.*, p. 135.
[7] *Op. cit.*, p. 136.
[8] *Op. cit.*, p. 72.
[9] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.
[10] *Op. cit.*, pp. 33-35.

go con respecto al resultado: el *extraneus* ejecutor entrevé la situación objetiva y jurídica lo mismo que el propio funcionario. Tampoco existe, ni mucho menos, dominio de la organización en el sentido que *supra* le atribuíamos.

Y no cabe encontrar una cuarta forma de dominio de la voluntad, ni siquiera concebirla, en mi opinión. En efecto, el camino al dominio del hecho lleva a la autoría mediata sólo a través de la persona del sujeto agente. A la voluntad autónoma de éste el sujeto de detrás (al margen del dominio de la organización) le quita la posibilidad de decidir configurativamente, desplazándola a la periferia del acontecer. Así pues, el no ejecutor sólo puede ser señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor; pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que éste no abarque el sentido concreto de la acción. No es imaginable en absoluto otra posibilidad. Por eso, en el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho (dándose los demás requisitos), podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho. El requisito, que el propio WELZEL reclama en otro contexto, de que el instrumento «tiene que encontrarse en una posición subordinada con respecto al autor mediato» [11], evidentemente aquí no se realiza.

3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico?

La posibilidad, acabada de rechazar, de que exista otro género más de dominio de la voluntad, no obstante la intenta explicar GALLAS, pues su argumento de que el sujeto de detrás, en virtud de su cualificación, tiene "en sus manos" que el delito se realice, apunta al concepto de un dominio psíquico *sui generis*: si el sujeto de detrás deniega su participación, el delito no llega a realizarse y, así, depende de él en su existencia.

Contra esta idea básica ya ha objetado NOWAKOWSKI [12] que de ese modo se «confundirían entre sí los distintos aspectos valorativos». El hecho de que el sujeto de detrás infrinja deberes especiales le grava con un desvalor específico, pero no lo convierte en el centro de la acción, en señor del hecho. Lo cual es correcto materialmente. Contemplando desde distintas perspectivas la reflexión a la que recurre GALLAS, cabe objetarle los cuatro extremos siguientes:

a) En primer lugar, GALLAS da por supuesto lo que hay que demostrar. La cuestión es precisamente si desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho cabe fundamentar la punibilidad del sujeto de detrás. Al afirmarlo,

[11] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.

[12] *JZ*, 1956, p. 549.

GALLAS, indicando que depende de él que exista comportamiento punible, incurre en una *petitio principii* [13].

b) En segundo lugar, suponiendo que la existencia y la punibilidad del hecho requieran la intervención del sujeto de detrás, ni aun así estaría demostrada la autoría de éste, puesto que se estaría recurriendo a la vieja teoría del "cómplice principal" [14], esto es, a la que denominábamos "teoría de la necesidad", de la que ya [15] se indicó que en todo caso fracasa cuando el sujeto de detrás se limita a provocar la decisión del hecho sin cooperar en la ejecución.

c) En tercer lugar, una vez concebido el plan, debido a la falta de dominio sobre el agente (admitida también por GALLAS) por parte del sujeto cualificado, no depende de éste, sino únicamente de la libre decisión del ejecutor directo, que el plan se ejecute o no. Desde el punto de vista del dominio del hecho, pues, la decisión sobre si el hecho se va a cometer, y cómo, depende del ejecutor.

d) En cuarto y último lugar, ciertamente hay que admitir (dando por supuesta la punibilidad del sujeto de detrás que GALLAS deja sin fundamentar) que si cabe construir un comportamiento típico y, por tanto, un delito, es sólo por su persona. Pero ello estriba simplemente en que sólo el sujeto de detrás posee la cualificación especial requerida por el tipo, aspecto que nada tiene que ver con el dominio del hecho. Son dos cosas absolutamente distintas el que se sea o no funcionario y el que se domine o no el suceso de la acción en determinado proceso. La cualificación significa, desde luego, que el sujeto respectivo puede ser autor de un delito especial. Cuestión distinta es que tenga o no el dominio del hecho en un caso concreto.

El propio GALLAS ha debido advertir lo problemático de su fundamentación, pues le ha añadido la matización de que aquí se trata de «una forma comisiva *sui generis*, que se aproxima más a la coautoría que a la autoría mediata, al menos en su significado tradicional, que atiende al dominio sobre el ejecutor» [16].

Sin embargo, tampoco esta reflexión puede justificar que se estime autoría desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, puesto que la coautoría presupone (al margen de la falta de cualificación en el agente) al menos que el sujeto de detrás tome parte en el dominio del hecho. Pero éste no es el caso cuando se limita a una actividad que (como el propio GALLAS admite) representa "en sí" sólo un acto de inducción.

[13] En esto igualmente WIENERS, p. 72.

[14] Cfr. pp. 56-59.

[15] *Supra*, pp. 58-59.

[16] *Op. cit.*, p. 136; en términos semejantes WELZEL, 7.ª ed., p. 93, para el supuesto en esto semejante de los delitos de intención; cfr., asimismo, Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, p. 308.

4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio?

La razón más profunda de una concepción como ésta con la que GALLAS nos sale al paso reside en la específica "normatividad", mantenida por él, del concepto de dominio del hecho, también invocada especialmente por LANGE. Ambos parten de que en los delitos especiales sólo el sujeto cualificado puede ser señor del hecho porque sólo para él es accesible el especial contenido delictivo del tipo [17]. Por el contrario, por ejemplo, en WELZEL [18] encontramos una separación tajante entre el dominio del hecho y los especiales elementos de la autoría, que para él nada tienen que ver con aquél.

Esta diferencia, sobre la que se insistirá en otros contextos, sirve de guía en cuestiones capitales de la formación de conceptos penales. En definitiva, hay que dar la razón a WELZEL. Si en los delitos especiales, sobre la base de una consideración "referida al tipo", se considera a la cualificación como elemento fundamentador de dominio del hecho, se consigue así aclarar con una facilidad asombrosa la autoría mediata del funcionario que determinó. Pero tal proceder es inadmisible por varias razones:

a) En primer lugar, mediante este método la teoría del dominio del hecho incurre en una dinámica que anula su significado autónomo y que privó de su valor a la anterior teoría del *animus*. Ya no se hace depender a la autoría del dominio del hecho, sino que, por el contrario, se dispensa la denominación "dominio del hecho" a lo que se cree tener que considerar autoría. En los delitos de funcionarios es ante todo la necesidad de punir, la imposibilidad de captar como partícipe al no ejecutor cualificado, lo que fuerza a estimar la autoría.

Puede que tal punición esté justificada: en eso no vamos a entrar. Pero la autoría se derivaría entonces no del dominio del hecho, sino de otros puntos de vista. Si, no obstante, se habla de dominio del hecho en tal contexto, este concepto no es ya el baremo para determinar la autoría, sino una mera etiqueta tras la cual se ocultan criterios sumamente distintos en el aspecto material. De este modo pierde su carácter constitutivo y deviene superfluo.

b) Quizá se objete que se trata sólo de una modificación del contenido conceptual del dominio del hecho consiguiente al sentido de la norma de los delitos especiales. Desde luego no estaría vedado denominar "dominio del hecho" a la relación especial de cierto interviniente con el bien jurídico protegido, aun atribuyéndole así a este concepto un contenido distinto que en los delitos comunes.

[17] Cfr. GALLAS, *Gutachten,* p. 133; LANGE, KOHL-LANGE, 442.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 4, p. 160; cfr., asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzl. Haupttat,* pp. 36 ss.

[18] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 90; cfr. también *supra,* p. 86.

No es éste el lugar de tratar la cuestión general, derivada de esta objeción, de si (y en qué medida) las formaciones de conceptos y las denominaciones son "arbitrarias". Aquí simplemente cabe indicar qué ideas de "dominio del hecho" parecen tener sentido sobre la base de nuestras consideraciones fundamentales acerca del concepto de autor, de manera que resulta lo siguiente:

Bien es cierto que un concepto de autoría debidamente entendido presenta carácter normativo, pero esta normatividad se limita a dos aspectos: en primer lugar, depende de las ideas teleológicas del legislador elevar o no (y en qué casos) el concepto de dominio del hecho a criterio de la autoría [19]; de afirmarse su aplicabilidad, es cuestión de interpretación teleológica cómo ha de verificarse, en los ámbitos periféricos, el concepto de la mano de la idea rectora concebida en su momento [20]: así, más arriba solucionábamos (por mencionar sólo *un* ejemplo) el problema de cuándo la presión coactiva es suficientemente intensa como para atribuir al sujeto de detrás el dominio de la voluntad no según puntos de vista psicológico-fácticos, sino según las ideas valorativas de la ley [21].

Sin embargo, no es posible, además, colmar con cualquier contenido el núcleo de un concepto mediante un proceso valorativo [22]. Más bien, el concepto de dominio de la voluntad muestra una estructura básica inamovible que ha de respetarse una vez que uno se ha decidido por él. En esta medida el legislador no determina lo que es dominio, sino que, eligiendo este punto de vista, se refiere precisamente a un contenido de sentido dado en su esencia; de lo contrario, los términos conceptuales serían absolutamente arbitrarios y, por tanto, sin "sentido" (absurdos).

De este elemento básico, esencial e intuitivo, del concepto de dominio del hecho cabe deducir que únicamente cabe hablar con sentido de "dominio" sobre un "hecho" concreto cuando los criterios que lo fundamentan proporcionan al sujeto "dominante" una influencia más o menos intensa sobre el delito y, por tanto, sobre la configuración del suceso exterior de la acción. No siendo así, una circunstancia determinada no puede fundamentar dominio. Admitido lo cual, sin embargo, es inadmisible decir que alguien domina un suceso concreto únicamente porque posea la cualificación de autor, o que alguien no domina un proceso porque mediante su actuar no vulnere deber específico alguno, puesto que el dominio se refiere al acontecer real, y el deber, en cambio, a la norma, de manera que no es posible hacer depender a uno del otro.

[19] Cfr. al respecto, *supra,* pp. 36-38; asimismo *infra,* pp. 365 ss.

[20] Cfr. al respecto, *supra,* p. 38 y *passim*.

[21] Pp. 166 ss. y *passim*.

[22] Cfr. al respecto ya *supra,* pp. 41-43.

Y tampoco cabe soslayar esta realidad mediante una consideración valorativa. De lo contrario, se vuelve a incurrir en el fallido método de la determinación "secundaria" de la autoría [23], esto es, en el intento de fundamentar la autoría "valorativamente" sólo porque no resulte posible acomodar en el ámbito de la participación un comportamiento que se siente como merecedor de punición [24].

Con todo lo cual no se quiere decir que la autoría y, por tanto, la captación penal del sujeto de detrás estén descartadas. Pero entonces no pueden derivarse del criterio del dominio del hecho. Los problemas relacionados con esto se tratarán más adelante, para lo cual tendremos que enlazar con las ideas acabadas de desarrollar.

Todo lo expresado no representa tampoco una ociosa controversia terminológica, sino que tiene relevante importancia práctica. En efecto, al someter irreflexivamente estos casos al concepto de dominio del hecho, en la delimitación de autoría y participación se van a extraer resultados que no darán debida cuenta de la naturaleza especial de estos delitos. En la determinación de las formas de participación y en las cuestiones de accesoriedad ello conduce a diversos defectos materiales, que se analizarán pormenorizadamente mas abajo [25].

II. EL INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

De modo análogo que en los delitos especiales ocurre en los casos en que el sujeto de detrás determina al hecho a una persona que la doctrina dominante denomina "instrumento doloso sin intención". El ejemplo académico consiste en un tipo de hurto: «Con ánimo de apropiación, un labrador hace que un peón suyo, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su establo» [26]. Si aquí, con WELZEL y la doctrina dominante, se niega que el peón tenga ánimo de apropiación, debido a numerosas razones, ya esgrimidas al tratar los delitos especiales, no se da dominio del hecho por parte del labrador. La mera intención de apropiarse, esto es, una tendencia interna trascendente que no surte efecto objetivamente, no puede procurarle a quien da las órdenes el dominio sobre el curso de la acción.

Esta postura la representa aquí (a diferencia de *supra*), en contra de WELZEL y GALLAS, también MAURACH [27]; opina, con razón, que «bien es verdad que la posibilidad de autoría mediata del sujeto de detrás no está absolutamente excluida, pero sí reducida a los casos de dominio del hecho verificable en concreto, que no [puede] deducirse de la falta de naturaleza plenamente delictiva del hecho principal».

[23] Al respecto *supra*, pp. 43-45.
[24] Cfr. al respecto, asimismo, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 24, nota 21.
[25] Cfr. pp. 383 ss.
[26] WELZEL, *LB*, 7.ª ed., p. 93.
[27] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, B, p. 500.

Sin embargo, la cuestión de si el principio de dominio del hecho en los delitos de intención admite una captación penal satisfactoria del sujeto de detrás, depende esencialmente de la interpretación de los distintos tipos. Así, por ejemplo, atribuyéndole el ánimo de apropiación al peón de nuestro supuesto de partida, puede indudablemente castigarse al labrador como inductor, según la teoría del dominio del hecho. Otro tanto rige para los demás delitos que vienen en consideración. En esta medida, en la solución no importa, pues, el concepto de dominio del hecho, sino el sentido y significado de los concretos elementos subjetivos. Sobre ello se volverá más adelante [28].

En todo caso, aquí cabe establecer como resultado que no es posible armonizar con la teoría del dominio del hecho la autoría mediata basada en el empleo de un "instrumento doloso sin intención" que no actúe coaccionado.

III. EL INSTRUMENTO COOPERADOR DOLOSO

En este grupo de casos se trata de utilizar a personas que se denominaban, de acuerdo con la teoría subjetiva antes determinante, "instrumentos cooperadores dolosos", quedando en este contexto sin examinar la cuestión de si aquel que ejecuta el hecho de propia mano con "voluntad de cooperador" es autor o partícipe, pues este problema ya se discutió *supra* [29]. Aquí se trata sólo de si el sujeto de detrás es autor, posibilidad que, frente a una opinión muy extendida, no puede excluirse ya por el mero hecho de que se le reconozca al ejecutor director la cualidad de autor, pues el "autor de detrás del autor" no es esencialmente inconcebible (como ya se ha señalado varias veces) con arreglo a la teoría del dominio del hecho.

Entre los autores próximos a la teoría del dominio del hecho son LANGE y NOWAKOWSKI quienes propugnan considerar al sujeto de detrás como autor incluso cuando otro ejecuta el hecho libremente y sin coacción [30]. Así, LANGE [31], al enjuiciar el caso de la bañera (RGSt 74, 84), pretende atribuir el dominio del hecho a la hermana ejecutora, pero al mismo tiempo considerar autora mediata a la madre instigadora, y NOWAKOWSKI [32], allí donde un sujeto contrata a otro para cometer un delito, hace responder a ambos como autores, incluso como coautores.

[28] Cfr. pp. 369 ss.
[29] Cfr. pp. 149-153.
[30] Junto a ellos han de señalarse v. WEBER, *Grundriß*, 2.ª ed., pp. 65 y 67, y BUSCH, *Moderne Wandlungen*, p. 18. Cfr. al respecto *supra*, p. 100.
[31] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, B, 2, f, p. 162.
[32] *JZ*, 1956, p. 549.

Ya de nuestras consideraciones precedentes relativas al concepto de dominio de la voluntad se deduce el rechazo de tal postura, pues no habría hecho falta la delimitación de dominio de la voluntad e influjo de la voluntad [33], esto es, la fijación más exacta de la presión volitiva necesaria para fundamentar el dominio del hecho en los supuestos coactivos, si ya una acción voluntaria en interés del sujeto de detrás convirtiese a éste en autor. Así pues, sólo hace falta aquí completar brevemente la idea básica expuesta en otro lugar [34].

El punto de vista del "actuar por otro" hace retornar a la teoría del interés, estando sometida a todas las objeciones ya expuestas; no tiene nada que ver con el dominio del hecho, pues éste se basa, en la autoría mediata, en que el ejecutor realiza con su comportamiento una decisión volitiva ajena de modo no libre o sin saberlo. Pero aquí no ocurre así, puesto que si el agente se decide al hecho de manera no coaccionada (aunque sea mediando recompensa), es una decisión *suya* la que se manifiesta en el acontecer externo. Aun cuando hace suya la voluntad de otro, sigue siendo señor de sus resoluciones y de las acciones llevadas a cabo para materializarlas, pudiendo, a su albedrío, ejecutarlas o abandonarlas. Y en tanto que esto es posible, el agente no se encuentra bajo dominio ajeno.

Postura distinta no cabe compatibilizarla con el sentido previo, dado, del concepto de dominio y se expone al reproche, esgrimido *supra*, de incurrir en deformación unilateralmente normativista [35], ¡como si el contenido de lo que hay que entender por dominio fuera libremente disponible! Al decir LANGE [36] que el dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad, la observación de WELZEL [37] de que LANGE mantiene una teoría subjetiva no está tan "descaminada", al menos en este punto, como cree el propio LANGE [38]. La dirección de voluntad, como "toma de posición" interna, que no se materializa en la dirección del proceso de la acción, presenta tan poca importancia para averiguar el dominio, en tanto que fenómeno objetivo, como ciertos "deberes" o "intenciones".

Así pues, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, estos casos han de quedar absolutamente descartados del ámbito de la autoría mediata.

§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA

Un tema predilecto de la doctrina de la participación es el error sobre los requisitos de la autoría. ¿Qué ocurrirá cuando alguien supone circunstancias con cuya concurrencia efectiva su acción se calificaría de participación, presentándose objetivamente el supuesto de hecho de manera que la aportación al delito le procura el dominio del hecho o al menos se lo procuraría, de haber conocido la situación? Y viceversa: ¿qué ocurre cuando alguien considera existentes todos los requisitos del dominio del hecho, pero en realidad el supuesto instrumento tiene el suceso en sus manos?

[33] Al respecto *supra*, pp. 165-166.
[34] Cfr. especialmente pp. 178-180.
[35] Cfr. pp. 282-284 y las remisiones que ahí se señalan.
[36] Como nota 31.
[37] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.
[38] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 1, p. 159.

Estas cuestiones hasta la fecha vienen siendo irremisiblemente objeto de controversia, incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho. La exposición medianamente exhaustiva de las soluciones posibles y de todos los pros y contras requeriría una auténtica monografía. Aquí nos vamos a limitar a desarrollar nuestra propia opinión, teniendo en cuenta opiniones discrepantes sólo en la medida en que sean esenciales para la comprensión del concepto de dominio del hecho.

I. EL DESCONOCIMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS FUNDAMENTADORAS DEL DOMINIO DEL HECHO

Los casos menos aclarados son aquellos en los que el sujeto de detrás supone erróneamente que el ejecutor obra con dolo. Hay diversos ejemplos académicos: A exhorta a B para que presente una denuncia a la policía, creyendo erróneamente que B conoce la falsedad de lo denunciado [1]. O bien: el arrendatario de la caza A, que cree estar induciendo al asesinato, no sabe que el instigado B ha tomado al común enemigo por una pieza de caza [2].

Sin embargo, no tiene por qué basarse siempre en la falta de dolo del ejecutor el que el sujeto de detrás no capte los requisitos, objetivamente dados, del dominio del hecho propio. Asimismo puede ocurrir que A determine a cometer delito a B, a quien ha tomado erróneamente por imputable [3], o que éste no capte la antijuridicidad material o el sentido concreto de la acción, frente a lo que cree A. Dicho brevemente: no hay manifestación de la autoría mediata que no ofrezca la posibilidad de error sobre factores fundamentadores del dominio. Naturalmente tales errores son concebibles no sólo allí donde el sujeto de detrás pretende inducir, ya que pueden igualmente aparecer cuando imagina circunstancias que fundamentarían la complicidad.

Para la valoración jurídica de estas categorías de supuestos se ofrecen tres soluciones: en primer lugar, cabe atribuir a A, a pesar de su error, el dominio del hecho y con ello la autoría mediata; en segundo lugar, puede

[1] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 50, III, B, 3, 1, p. 520; BAUMANN, *JZ*, 1958, p. 233.
[2] BAUMANN, *JZ*, 1958, p. 233; WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 49, nota 37; p. 96, nota 40.
[3] Al respecto GALLAS, *Gutachten*, p. 139.

estimarse inducción consumada, y en tercer lugar, intentada. Estas tres soluciones han hallado defensores entre los representantes de la teoría del dominio del hecho.

1. ¿Autoría mediata?

a) *Fundamentación del dominio del hecho en la doctrina*

MAURACH [4] invoca en favor de su postura de que A, en los supuestos antes descritos, con independencia de su errónea apreciación de la realidad, es autor mediato, que "existe un dominio objetivo del hecho" que el sujeto de detrás ha ejercido en los dos casos. Para fundamentarlo señala: «El que no haya apreciado su posición como tal, sino que se haya considerado más bien como simple partícipe sin dominio del hecho, no puede exonerarle, porque la finalidad de su actuar tanto en uno como en otro caso habría sido la misma.»

También Hellmuth MAYER [5] considera a A autor mediato, «puesto que el dolo de inductor contiene en todo caso el dolo de autor. Únicamente contiene además la voluntad de involucrar a otro en la culpabilidad». Lo mismo valdría para los supuestos de complicidad únicamente imaginada [6]: «Sólo en relación con un autor real la formación de voluntad dependiente degrada al copartícipe a mero cómplice. El que el cómplice aparente crea que auxilia a un sujeto responsable representa un error sobre el curso causal totalmente irrelevante, pues en su contenido el dolo de cómplice es igual al dolo de autor.»

Por último, hay que mencionar a v. UTHMANN [7], que en favor de la autoría mediata en los casos de inducción putativa invoca que A mantiene el acontecer objetivamente en sus manos, obrando con dolo de autor. Contrariamente a MAURACH y MAYER, sin embargo, entiende que en la complicidad sólo imaginada no se debe atribuir el dominio del hecho al sujeto de detrás, debiéndosele punir a lo sumo por delito imprudente [8].

b) *El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de dominio como factor de dirección necesario*

Las fundamentaciones aducidas se basan, a pesar de su heterogeneidad, en un presupuesto común: en estimar que el dominio del hecho, en el aspecto

[4] *AT*, 2.ª ed., § 50, III, B, 3, a, p. 529; para el supuesto de inimputabilidad, asimismo, KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., I, B, 2, a, ante § 47, p. 163; también WELZEL antes consideraba una solución igual en definitiva en la inducción putativa; cfr. *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

[5] *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

[6] *Op. cit.*, p. 330.

[7] *NJW*, 1961, p. 1909.

[8] Sobre el tratamiento divergente de la complicidad putativa, cfr. también WELZEL, *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

subjetivo, no exige nada más que el dolo; que, por tanto, en cuanto a contenido mental no existe diferencia alguna entre autores y partícipes.

Sin embargo, esta tesis no es correcta. La consciencia de la causalidad de uno mismo, que también caracteriza al inductor y al cómplice, aún no posibilita la dirección del curso de la acción. Más bien ésta estriba, como ya se fundamentó con detalle *supra*, en la supradeterminación del acontecer, cuya esencia es la conexión vidente y configuradora de sentido de factores condicionantes humanos y no humanos. Cuando el sujeto de delante obra con dolo, pero sin consciencia de lo ilícito, el sujeto de detrás llega a ser autor mediato no por su dolo circunscrito al conocimiento de las circunstancias fácticas, sino únicamente por su conocimiento trascendente de la prohibición. Su aportación objetiva al hecho, la exhortación al hecho, es absolutamente la misma aun cuando, por falta de supradeterminación con sentido, sólo responda como inductor. O piénsese en los casos del cuarto grado de dominio del hecho, los de aprovechamiento de *error in persona*: no es el dolo y ni siquiera el conocimiento del injusto y de todos los elementos de la culpabilidad, ni mucho menos el alcance de la aportación al hecho externa, "objetiva", lo que fundamenta aquí la autoría mediata, sino sólo la comprensión del sentido concreto de la acción.

Con lo cual al menos queda demostrado que en la autoría mediata no es el dolo, sino el conocimiento y el aprovechamiento consciente de todos los factores objetivamente fundamentadores de dominio lo que impele al interviniente al centro del acontecer. Sin embargo, también la cualidad de instrumento del ejecutor es una circunstancia fundamentadora de dominio en tal sentido. Razón por la cual no se comprende por qué en la determinación de la autoría mediata habría que prescindir del conocimiento de este criterio decisivo para el sentido objetivo de la intervención. Y es que el dominio no es algo estático, ni un estado fijo, sino algo que se realiza mediante su ejercicio en la acción concreta. Pero ¿cómo va a poderse *ejercer* un dominio que uno ignora tener?

Lo correcto de este planteamiento teórico se revela también en los resultados prácticos. Si, con la opinión contraria, se quisiera considerar autor a aquel que, sobre la base de su contenido mental, enjuiciándolo objetivamente, sería inductor o cómplice, sólo porque el ejecutor obra, frente a lo que aquél supone, sin dolo, sin consciencia del injusto o inimputablemente, la gravedad de la pena y en muchos casos la punición misma dependerían de una circunstancia que no conocía y en relación con la cual nada pudo hacer. Aquel que, según cree, habría realizado complicidad (impune) en una contravención, ¡sería autor punible! Si el hecho no se produjera, la complicidad intentada en (o la inducción intentada a) un delito menos grave, ambas impunes, se convertirían en un caso punible de autoría intentada. La supuesta inducción intentada a un delito grave o la complicidad consumada

se conminarían con el grave marco penal de la autoría consumada. En todos estos casos existiría, pues, una especie de responsabilidad por el resultado, que inadmisiblemente vulneraría el principio de culpabilidad. Es absurdo imputar a alguien, como fundamentadora o agravante de la pena, una condición que, como ocurre con el defecto en el sujeto de delante, ni ha conocido ni siquiera ha realizado objetivamente.

No cabe sustraerse a esa aporía estableciendo una excepción para la suposición errónea de los criterios de la complicidad; en primer lugar, porque por esa vía los resultados injustos sólo se evitan en parte, dado que también en el castigo de la inducción y de la autoría (en la tentativa) existen diferencias, y en segundo lugar, si se hace bastar el dolo de inductor para fundamentar el dominio del hecho, no existe ningún argumento que explique por qué en la complicidad putativa no puede atenderse a la situación objetiva.

Tampoco debe creerse que los resultados que se han mencionado *supra* son la consecuencia lógica de un concepto objetivo de autor [9]. Una teoría del dominio del hecho así concebida sería incorrecta, pues la "objetividad" del elemento del dominio no reside en que se pueda prescindir del pleno conocimiento del supuesto de hecho, sino que supone sencillamente que para la delimitación carece de importancia una toma de posición interna sin efectos para la dirección del acontecer con sentido, que una "voluntad de autor" trascendente, sin correlato en la situación externa, no puede determinar la articulación de las formas de participación [10]. En realidad, la doctrina criticada no constituye un concepto objetivo de dominio del hecho, sino el regreso vergonzante de la teoría extensiva, con arreglo a la cual se puede llegar a ser autor ya por causar conscientemente el resultado típico.

Así pues, podemos establecer que aquel para quien permanece oculta la cualidad de instrumento de un sujeto al que ha exhortado o auxiliado, no tiene el dominio del hecho y no es autor mediato.

2. Participación consumada

a) *Posiciones doctrinales*

La cuestión siguiente, la de si el sujeto de detrás en estos casos es inductor o cómplice o si acaso puede responder por inducción intentada, queda fuera de la problemática de la autoría que nos ocupa ahora; no obstante, es preciso que se analice debido a que el género y la posibilidad de la punición generan importantes repercusiones sobre la delimitación entre autoría y participación.

[9] Así, sin embargo, BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445, que se sirve de este argumento para rebatir la teoría del dominio del hecho.

[10] Cfr. con respecto a estas cuestiones con más profundidad *infra*, pp. 345-347.

GALLAS [11], DAHM [12], SAX [13], BAUMANN [14], MEZGER [15], SCHRÖDER [16] e incluso el BGH [17] aprecian, con fundamentaciones muy distintas, inducción o complicidad consumadas. WELZEL [18], BOCKELMANN [19], HEINITZ [20] y TRÖNDLE [21], en cambio, estiman tentativa de participación, sólo punible de darse los requisitos del § 49a StGB *.

Al enjuiciar estos supuestos resulta conveniente, en primer lugar, abordar la distinción entre los casos en que el ejecutor obra sin dolo y todos los demás, en los que el desconocimiento de la posibilidad de dominio por el sujeto de detrás se basa en otras circunstancias.

b) *El ejecutor obra dolosamente*

Las situaciones del segundo género, en las que el agente posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad, pero no el conocimiento de la antijuridicidad material, de las circunstancias fundamentadoras de la culpabilidad o del sentido concreto de la acción, admiten sin duda la punición por participación consumada, pues el ejecutor es autor (si bien a lo mejor inculpable), y que esté excluido un dominio del hecho de superior grado deja intactos la inducción o auxilio que desde luego se dan en el grado inmediatamente inferior.

Por ilustrarlo con un ejemplo: si el sujeto activo A sufre un *error in persona* y el sujeto de detrás, B, conociendo el error, exhorta a A a disparar, para así matar a su enemigo C (mientras que A había puesto sus miras en D), B es autor mediato de asesinato [22], puesto que posee el dominio del hecho de cuarto grado. Pero al mismo tiempo A es también autor y titular de dominio del hecho de tercer grado, con respecto al cual B es meramente inductor. En tanto que no se trata de la muerte de una persona

[11] *Gutachten*, pp. 139 y 140.

[12] *NJW*, 1949, p. 810.

[13] *MDR*, 1954, pp. 65-71.

[14] *JZ*, 1958, pp. 230-235; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 450 y 451.

[15] *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 449.

[16] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 6, b, pp. 251 ss.

[17] *BGHSt*, 8, pp. 137-139.

[18] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 109 ss.

[19] *Untersuchungen*, p. 49, nota 37; pp. 95 ss., 125.

[20] *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, p. 106.

[21] *GA*, 1956, pp. 143 y 144.

* § 49a StGB: «**Inducción fracasada.** I. Será castigado con arreglo a los preceptos reguladores de la tentativa de delito grave (§§ 44 y 45) aquel que intentare determinar a otro a cometer una acción conminada con pena de delito grave.

II. Asimismo será castigado aquel que acuerde una acción conminada con pena de delito grave, acepte el ofrecimiento de otro de cometer tal acción o se manifieste dispuesto a cometer un delito grave.»

[22] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 237-241.

concreta, sino de la mera cualidad humana de la víctima, A asume la posición central en el suceso, y la aportación de B se limita a provocar la decisión del hecho. Esta inducción queda desplazada normalmente por la autoría. Sin embargo, si la autoría decae porque el sujeto de detrás no es consciente de la posibilidad de dominio (así, si B no advierte la confusión que A ha sufrido), queda la inducción consumada, no existiendo el menor motivo para hablar de mera tentativa de participación.

Otro tanto es aplicable en los demás casos de este género. Si el sujeto de detrás no advierte que el ejecutor directo desconoce la situación jurídica, no puede ser autor mediato, pero al menos ha determinado o favorecido una acción dolosa cometida con dominio del hecho, pudiendo responder por ello como partícipe. Igualmente ocurre en las situaciones tan debatidas en que alguien coopera en delitos de enfermos mentales cuya inimputabilidad desconoce.

Los múltiples rodeos que la doctrina ha ensayado para posibilitar el castigo por participación son, pues, todos superfluos. No es necesario renunciar por estos casos al concepto objetivo de dominio del hecho y basar la delimitación, subjetivamente, en la voluntad de autor o de partícipe; asimismo es innecesario, para fundamentar la participación, recurrir al concepto de autor-inspirador *(Urheber)* o considerar al sujeto de detrás sólo "como" partícipe. Más bien se da una auténtica participación consumada, cuya aprehensión, incluso mediante principios de accesoriedad, no se ve impedida con arreglo a ninguna de las teorías actualmente mantenidas.

c) *El ejecutor obra sin dolo*

El supuesto en que el agente directo, frente a lo que cree el sujeto de detrás, realiza el hecho sin dolo, no cabe solucionarlo sin más conforme a los criterios desarrollados *supra*. En todo caso, esto rige sólo para la imprudencia inconsciente y la acción inconscientemente inculpable. Si el ejecutor ha cometido el delito al menos con imprudencia consciente, existe una realización típica final que posibilita la punición por participación incluso con arreglo a los principios hasta ahora expuestos. Por eso hay que examinar esta variante en primer lugar.

aa) *El ejecutor obra con imprudencia consciente*

Aquí son imaginables dos situaciones de error distintas:

En primer lugar, puede ocurrir que el saber causal del sujeto de delante y el del sujeto de detrás sean iguales, pero que el sujeto de detrás que obra con dolo desconozca la disposición del ejecutor con respecto al hecho;

por ejemplo, cree que éste persigue el resultado (y, por tanto, obra dolosamente), mientras que el otro en realidad confía temerariamente en que no se produzca (de manera que sólo cabe reprocharle imprudencia). Aquí estamos ante un caso claro de participación consumada. En efecto, aun cuando el sujeto de detrás conociera la disposición interna del ejecutor con respecto al hecho y supiera que éste obra sólo con imprudencia consciente, a pesar de su dolo no tendría el dominio del hecho y sería sólo partícipe [23]. Entonces, como es obvio, no puede ser de otro modo cuando erróneamente atribuye incluso dolo al ejecutor.

La segunda posibilidad consiste en que el sujeto de detrás, B, desconoce el error sobre el riesgo [24] del agente A: por ejemplo, cree que éste evalúa correctamente la probabilidad de producción del resultado en el 80 por 100, mientras que A en realidad sólo ha incluido en el cálculo un riesgo del 20 por 100. Éste es un supuesto paralelo al analizado *supra* [*b*)]; B, de haberse dado cuenta del error de A, sería autor mediato [24], tanto si B responde por delito doloso como imprudente. Pero si B desconoce la incorrecta estimación de A, le falta el dominio del hecho. Sin embargo, también aquí existe participación, puesto que en todo caso B ha cooperado en una realización típica final de A, y más no se requiere. A, no obstante su error, es señor del hecho, porque es consciente de la concreta probabilidad del resultado; la participación, que en esa medida existe, de B, que de existir una supradeterminación rectora de sentido en un grado superior de dominio quedaría desplazada por la autoría, despliega ahora su significado independiente. Suponiendo que A, pese a su error sobre el riesgo, haya obrado dolosamente, la compatibilidad de esta solución con los principios de la accesoriedad está fuera de duda. Sin embargo, no ocurre de otro modo cuando su actuar se califica de imprudente consciente. En efecto, siempre que, como es adecuado y reconocido por la doctrina dominante, se atribuya a ambas modalidades de conducta la misma estructura final, la diferencia entre ellas estriba únicamente en la magnitud de la culpabilidad y carece de importancia para la posibilidad de participación por lo que respecta a la limitación de la accesoriedad.

bb) *El ejecutor obra sin ser consciente de la posible realización del tipo*

Este caso es el más difícil y el menos tratado. Si el sujeto de detrás, A, cree cooperar en un delito doloso, pero el ejecutor directo, B, ni siquiera se representa las circunstancias del hecho (así ocurría en nuestros ejemplos de partida, de la denuncia falsa y del asesinato), entonces B no es autor en el sentido de los §§ 164 y 211 StGB; le falta el dominio del hecho de

[23] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 202-214.
[24] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 245-249.

cualquier grado, y A sólo puede ser inductor o cómplice si se considera posible la participación sin autoría.

No es éste el lugar de tratar ampliamente el problema de la participación en un hecho principal no final. En particular, vamos a examinar con más detalle las cuestiones de accesoriedad que se trataron más arriba a grandes rasgos [25]. Aquí debe bastar *una* observación: el legislador, al limitar la accesoriedad, simplemente ha establecido con carácter vinculante que no hace falta que el hecho principal haya sido cometido culpablemente. En cambio, no cabe deducir de la ley qué requisitos ha de reunir por lo demás una acción conminada con pena y si, por ejemplo, es imprescindible que concurra una realización de tipo final.

Concedido esto —y ¿cómo discutirlo?—, la cuestión de si es posible la participación en un hecho principal no final sólo cabe contestarla desde la esencia de la participación. Al respecto afirmo aquí —y lo demostraré más pormenorizadamente *infra*— [26] que la participación es un concepto "secundario" [27]. Se determine como se determine la autoría, el concepto de participación cambia junto con ella, como su reflejo especular. Si, por ejemplo, se exige para la autoría el *animus auctoris*, únicamente cabe definir la participación como cooperación sin voluntad de autor; si se caracteriza la autoría como realización del tipo de propia mano, inducción y complicidad se convierten en intervención no de propia mano. En una palabra: la participación es un comportamiento que aporta algo al hecho y que no cumple los requisitos del respectivo concepto de autoría.

De donde se deduce para el problema que nos ocupa que *la participación es cooperación sin dominio del hecho*. Así pues, si alguien cree intervenir en un hecho doloso, pero el ejecutor en realidad obra sin finalidad típica, esto nada cambia en que el sujeto de detrás coopera sin dominio del hecho a la realización el tipo. Por tanto, es partícipe, y para ser exactos, inductor si ha provocado la decisión del comportamiento sometido a error y cómplice si ha apoyado de otro modo la acción.

De donde se deduce que la participación consumada no presupone necesariamente un hecho principal final. La fundamentación aquí apenas esbozada se aplica al mismo tiempo a los supuestos de error (antes tratados), dado un hecho principal doloso o imprudente consciente. Así, quien quisiera rechazar las soluciones allí desarrolladas sobre la base de la doctrina dominante no obstante tendría que acabar afirmando la participación consumada.

Sin embargo, en otro grupo de problemas, no pertenecientes a los supuestos de error, los puntos de vista expuestos no sirven de ayuda, como se

[25] Cfr. al respecto pp. 396 ss.

[26] Cfr. pp. 396 ss.

[27] Con respecto al concepto primario de partícipe y secundario de autor de BOCKELMANN, cfr. *supra*, pp. 43-45.

hizo constar anticipadamente a fin de evitar malentendidos; se trata de las situaciones, de gran trascendencia práctica, en las que un sujeto de detrás no cualificado emplea conscientemente a un *intraneus* que no obra finalmente para realizar el tipo de un delito especial. Aquí, a partir de la teoría del dominio del hecho, la participación no es posible fundamentarla, dado que el *extraneus* no coopera precisamente sin dominio del hecho. Ciertamente dirige conscientemente el acontecer y si no puede ser autor es simplemente por faltarle la cualificación. Por tanto, las cuestiones que aquí surgen, que se abordarán concretamente más adelante, sólo pueden explicarse con ayuda de consideraciones totalmente distintas [28].

La solución acabada de desarrollar, que en cuanto al resultado (si bien no en la fundamentación) coincide con la postura de SAX [29] [30], pone claramente de manifiesto que la teoría del dominio del hecho en estos casos puede llegar, sin deformación constructiva, a estimar genuina participación consumada; no hace falta ni subjetivizar el concepto de autor recurriendo a la voluntad de dominio del hecho [31] ni ampliar la participación a la causación o inspiración *(Urheberschaft)* no prevista en la ley [32]. Según lo cual, también el § 32 del Proyecto de 1962 *, que establece para estos casos expresamente la participación —sin entrar ahora a tomar postura con respecto a las "consecuencias científicas" [33] de este precepto—, habría sido inútil en sí. Como obviamente el Proyecto, por lo demás, con arreglo a los §§ 30 y 31, sólo admite la participación en un hecho principal doloso [34], la limitación establecida en el § 32 es correcta y pertinente.

3. ¿Participación intentada y autoría imprudente?

Debe rechazarse, consiguientemente y al mismo tiempo, la postura mantenida, por ejemplo, por BOCKELMANN y WELZEL en el sentido de que sólo concurre participación intentada. No sólo es que desconozca la esencia de la participación, sino que además sus resultados prácticos son sumamente injustos e incompatibles con las ideas valorativas de la ley. En efecto, como la inducción intentada sólo está castigada en los delitos graves y la complicidad

[28] Al respecto *infra*, pp. 399 ss.

[29] *MDR*, 1954, pp. 65-71.

[30] Obviamente, aquí se tratan de modo distinto las lagunas en los delitos especiales y en los de propia mano; cfr. al respecto pp. 399 ss. y 420 ss.

[31] Así BAUMANN, *JZ*, 1958, pp. 230-235; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 444 ss., así como SAX, *op. cit.*, p. 69.

[32] Cfr., por ejemplo, SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 6, b, p. 251.

* § 32 del Proyecto de 1962: «**Error sobre el dolo del autor.** I. Se castigará como inductor a aquel que determinare a otro a cometer un hecho antijurídico, haciéndole suponer a éste erróneamente que el autor va a obrar con dolo.

II. El mismo principio regirá para la complicidad.»

[33] Cfr. Exposición de Motivos, p. 151.

[34] Al respecto *infra*, pp. 407 ss.

intentada siempre es impune, el sujeto de detrás tendría que quedar impune la mayoría de las veces, aunque haya alcanzado el resultado delictivo y su influjo haya sido objetivamente más grande que lo que él había pensado.

No resulta nada obvio lo que BOCKELMANN puntualiza [35]: que «lo que consuma el partícipe con sentido queda por detrás de lo que pretendía consumar». Y tampoco convence la invocación de que el § 49a StGB con buen criterio ha limitado la participación intentada, lo que no se puede sortear construyendo una participación consumada [36], puesto que, en primer lugar, presupone (lo que no es correcto) que materialmente existe participación intentada, y en segundo lugar difícilmente cabe negar que los reparos del legislador ante el castigo de la tentativa de participación únicamente tienen sentido suponiendo que el ámbito de aplicación del § 49a StGB ha de limitarse a los casos en los que no se produce la realización del tipo y sólo es objeto de enjuiciamiento penal la voluntad delictiva puesta de manifiesto que ha quedado sin consecuencias. La *ratio* del § 49a StGB no habla, pues, en favor de subsumir nuestros supuestos de error en este precepto, sino en contra.

Tampoco resulta posible señalar que el sujeto de detrás, cuya responsabilidad no se puede abarcar por otra vía, podría ser castigado, en su caso, como autor imprudente [37]. Ya la propia construcción es apenas defendible, pues el sujeto conoce todos los elementos del tipo específico y persigue conscientemente su realización. Cuando WELZEL [38] atribuye dolo de homicidio sólo a aquel que pretende cometer el delito como señor del hecho, entonces todos los partícipes tendrían que obrar sin dolo, mientras que, con buen criterio, se considera el conocimiento de los requisitos de la autoría o de la participación como un elemento subjetivo del injusto suplementario al dolo [39].

Similarmente problemática es la postura de BOCKELMANN [40], que ciertamente atribuye al sujeto de detrás el dolo de homicidio, pero propugna imponer la pena de la imprudencia debido al error sobre el curso causal. En efecto, en primer lugar el error sobre el tipo del ejecutor directo no suele influir en el curso causal: la finalidad, y no la causalidad, es lo que cambia como consecuencia de la representación errónea. Y en segundo lugar se trataría probablemente de un desvío causal irrelevante [41]. Desde luego sería un resultado curioso que la posibilidad de punir tuviera que depender de la magnitud del desvío causal; el error insignificante disculparía, mientras que el error craso estaría castigado.

[35] *Untersuchungen,* p. 96.
[36] *Untersuchungen,* pp. 96 y 97.
[37] BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 125; WELZEL, *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 110; HEINITZ, *Festgabe zum 41. Dtsch. Juristentag,* p. 106; v. UTHMANN, *NJW,* 1961, p. 1909.
[38] Como nota 37.
[39] Cfr. al respecto *infra,* pp. 359 ss.
[40] Como nota 37.
[41] En esto de acuerdo Hellmuth MAYER, *Lehrb.,* p. 329.

Sin embargo, al margen de las objeciones desde el punto de vista constructivo, estas soluciones sólo serían de utilidad en los pocos tipos en que la imprudencia está conminada con pena; e incluso en ellos el ínfimo marco penal, que se halla incluso por debajo del § 49a StGB, no daría cuenta de la cualidad delictiva de la conducta.

II. LA SUPOSICIÓN ERRÓNEA DE CIRCUNSTANCIAS FUNDAMENTADORAS DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Posiciones doctrinales

Menos difícil y controvertido es el tratamiento de la situación inversa, esto es, del caso en que el sujeto de detrás, A, se imagina erróneamente circunstancias que le harían señor del hecho, mientras que el ejecutor, B, en realidad ha entrevisto completamente la situación. Nuestros ejemplos de partida se modificarían entonces así: A cree que B, al que ha determinado a presentar una denuncia falsa, no conoce la falsedad, mientras que éste en realidad sí la conoce y con todo actúa; en el caso del arrendatario de la caza, A creería que B, al que ha exhortado a disparar, toma al objeto por una pieza de caza, siendo así que éste se da cuenta de que se trata del enemigo C y lo mata conscientemente.

Hay dos posturas acerca de la calificación de estos casos. Una, en la delimitación de las formas de participación, al margen de los datos objetivos, atiende a la "voluntad de autor" o "de partícipe", llegando consecuentemente a estimar autoría mediata [42]. La otra, que considera descartada la autoría de A debido al dominio del hecho de B, estima inducción o complicidad. Aquí no surgen problemas de accesoriedad, porque el autor obra con dolo. La dificultad de que el sujeto de detrás no conozca esta circunstancia, esto es, que no tenga "dolo de partícipe", se suele eludir con razonamientos bastante similares. Dice MAURACH [43]: «La falta de consciencia de cooperar, sin dominio del hecho, en el hecho ajeno, queda compensada con la suposición errónea, más amplia, del dominio del hecho (la autoría es más que la participación).» GALLAS [44] aborda sólo el ocasionamiento del hecho, señalando que dejando de lado, con la doctrina dominante, la teoría de la corrupción, «no existirían objeciones en contra de considerar que el dolo de inductor está incluido, como un *minus*, en el dolo de autor, apreciando en consecuencia inducción». De manera análoga indica WELZEL [45]: «La voluntad de ocasionar

[42] Cfr. simplemente BAUMANN, *JZ,* 1958, p. 233; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., IX, 6, a, ante § 47, p. 251.
[43] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., § 50, III, B, 3, b, pp. 529 y 530.
[44] *Gutachten,* p. 139.
[45] *Lehrb.,* 3.ª ed., 1954, p. 91; las ediciones siguientes no se pronuncian.

no queda aquí por detrás de la realidad, sino que va más allá que ésta, abarcando, pues, también al *minus* de la inducción.» En cambio, v. UTHMANN [46] considera determinante únicamente a la situación objetiva, afirmando sin más la participación, debido a que lo que imagine el sujeto de detrás ya de entrada es para él irrelevante.

2. Participación consumada

Debe preferirse la segunda postura. Existe, como en los supuestos de error inversos, participación consumada, puesto que, al igual que allí, se trata de una "cooperación sin dominio del hecho". Mientras que allí la autoría queda excluida por la falta de conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del dominio, sus presupuestos faltan aquí ya objetivamente. En la participación que con ello se da nada cambia la suposición errónea de una situación de dominio. Lo cual se deduce de la siguiente reflexión:

En primer lugar, puede ocurrir que el sujeto de detrás conozca el dolo del agente directo, pero crea no obstante ser autor por suponer erróneamente que al otro le falta la consciencia de la antijuricidad, que es inimputable o que concurre cualquier otra circunstancia que en general posibilita la autoría del sujeto de detrás. Entonces nada se opone a castigar por participación, ya porque, en tanto que importa el suceso exterior en su cualidad de hecho doloso, el sujeto de detrás no sólo persigue objetivamente un resultado de participación, sino que también lo sabe subjetivamente. Ciertamente pretende provocar una decisión dirigida a la realización dolosa de todas las circunstancias del hecho. Y si le proporciona a una mujer un abortivo suponiendo erróneamente que ella no está advirtiendo la antijuridicidad material del hecho, pretende prestarle conscientemente complicidad en el primer grado del dominio del hecho. La circunstancia de que quiera supradeterminar con configuración de sentido la actuación de ella en un grado superior de dominio del hecho y de que fracase en este plan tampoco obsta para la complicidad. En supuestos de esta índole no ocurre, pues, que, como se suele decir global e inexactamente, el *minus* del dolo de partícipe esté contenido en el dolo de autor, sino que ante nosotros tenemos una estructura de relación análoga: bajo el grado superior de dominio del hecho (aquí sólo pretendido) existe, objetiva y subjetivamente, en grado inferior de dominio, una participación consumada que admite indudablemente la punición.

Así no cabe argumentar, obviamente, cuando, como en nuestros ejemplos de partida, el sujeto de detrás ni siquiera cree que el ejecutor realice el tipo finalmente. Aquí ocurre en realidad que existe objetivamente una "cooperación sin dominio del hecho", esto es, una participación, si bien no conocida por el no ejecutor. No obstante, existe participación consumada, pues la "voluntad de inducir" o la "voluntad de auxiliar" no son requisitos de la participación. Aquí no ocurre como en el dominio, que sólo cabe ejercerlo si se conocen sus presupuestos. El motivo de tal divergencia reside en que la participación no es un concepto "primario", sino "secundario" [47]. Consiguientemente, en tanto que no se trata del conocimiento de las circunstancias del hecho, la participación tampoco tiene presupuestos "positivos", sino que se determina en su contenido negativamente por la falta de criterios de la autoría, esto es, de elementos fundamentadores del dominio. Quien coopera conscientemente en la realización de un resultado, cuando otro ejecuta el hecho libremente y dándose cuenta de todo, queda desplazado a la zona periférica del acontecer, quiéralo o no. Que se imagine ser la figura central nada importa. Tal es la consecuencia necesaria de la delimitación objetiva propia de la esencia de la teoría del dominio del hecho aquí desarrollada.

Una solución en tales términos, como subraya con buen criterio GALLAS, estaría descartada en la inducción si se pretendiera convertir en elemento esencial de ésta el implicar en la culpabilidad al instigado. Las razones que hablan en contra de la teoría de la participación en la culpabilidad (al menos tras la limitación de la accesoriedad) las ha esgrimido BOCKELMANN [48] últimamente con gran poder de convicción, razón por la cual huelga repetirlas aquí. Entendiendo las relaciones entre autoría y participación como hemos expuesto *supra*, en la inducción ya desde el principio no puede importar la corrupción. Este punto de vista, que por lo demás, como hemos puesto ya de manifiesto, puede importar igualmente en la autoría mediata, en el marco de las formas de participación únicamente tiene el papel de factor de determinación de la pena.

Además, podría plantearse si junto a la participación consumada, merced a la ignorancia del sujeto de detrás, se da autoría intentada. Ésta es una cuestión que aquí no interesa directamente, pero que hay que contestar negativamente, puesto que, en primer lugar, si desde el principio el agente directo lo entrevé todo, falta el comienzo de la ejecución *a título de autor*, y en segundo lugar, lo que tiene eficacia fundamentadora de la pena es sólo la suposición errónea de circunstancias del hecho y no los demás criterios de autor o de partícipe; en otro caso, la inducción intentada a un delito grave tendría que ser, ya sin el § 49a StGB, una tentativa (punible) de delito grave.

[46] *NJW*, 1961, p. 1909.

[47] Cfr. al respecto *supra*, p. 294.

[48] *Untersuchungen*, pp. 91-95.

3. ¿Autoría mediata?

La postura contraria, que en todos los casos de error de este género atribuye al sujeto de detrás la autoría mediata, no es compatible con la teoría del dominio del hecho. Donde no se da ni la supraformación con sentido del curso del acontecer ni la presión psíquica que excluya la responsabilidad del ejecutor directo, queda descartada la posibilidad de dominio de la voluntad. Naturalmente, las concepciones discrepantes tampoco se basan en la teoría del dominio del hecho, sino en una variante de la teoría del dolo cercana a ella. Contra ésta ya se tomó posición *supra* [49], de manera que huelga entrar otra vez a discutirla.

Sin embargo, ha de abordarse, siquiera brevemente, la cuestión de si la solución que propugnamos entraña resultados injustos, como intenta mostrar BAUMANN [50] desde el punto de vista de la teoría subjetiva. Si el hecho del sujeto de delante, B, queda en tentativa o si éste ya estaba previamente decidido al hecho, de acuerdo con nuestra teoría al instigador A hay que castigarlo por inducción a la tentativa, y en el segundo supuesto, en su caso por inducción intentada con arreglo al § 49a StGB. Señala BAUMANN al respecto: «Mientras que delimitando subjetivamente en ambos casos, tanto si no se produce el resultado como si se trata con un *omni modo facturus*, el que ocasiona con voluntad de autor es punible por tentativa del hecho principal, el sujeto de detrás, delimitando objetivamente, queda cada vez más lejos del hecho punible, aunque en todos los casos objetivamente haga lo mismo y subjetivamente tenga la misma voluntad delictiva.»

Sin embargo, no se puede argumentar así, pues según eso tampoco existiría diferencia entre una inducción con éxito y la situación del § 49a, párrafo 1, StGB (tentativa de inducción): en ambos casos el *extraneus* hace lo mismo (instigar) y tiene también la misma voluntad delictiva. El defecto de este razonamiento estriba en que el contenido de injusto de la participación lo determina aisladamente en función del acto de cooperación (por sí solo casi nunca punible), mientras que en realidad importan decisivamente las consecuencias realizadas mediante la acción de participación. Por eso, de acuerdo con las ideas valorativas de la ley es absolutamente correcto que en caso de total falta de eficacia de una exhortación (caso del *omni modo facturus*) se dé la punición por el § 49a StGB, y que en caso de fracasar el hecho principal sólo se dé inducción a la tentativa es evidente y no habla en absoluto en favor de estimar autoría.

Por el contrario, la teoría subjetiva lleva a soluciones difícilmente tolerables, pues según ésta en el instante de la instigación de A a B ya se

[49] Cfr. pp. 69-73 y *passim*; al respecto, asimismo, *infra*, pp. 343 ss.
[50] *JZ*, 1958, p. 233.

habría incurrido en la pena por autoría mediata intentada; ello lo da por supuesto BAUMANN, como demuestra su solución del caso del *omni modo facturus*. Ahora bien, si el instigado en seguida se da cuenta de todo y no piensa ni por un instante en ser instrumento de A y se lo dice en el acto, no obstante habría que castigar a A (¡sin posibilidad de desistimiento!) por tentativa fracasada, aunque no quepa desde luego hablar de una puesta en peligro inmediata (!) del bien jurídico lesionado. Recurrir al § 49a StGB [51], que ya por su parte subraya sospechosamente el elemento de la actitud, sería lo máximo de subjetivización compatible con un Derecho penal de un Estado de Derecho.

Tampoco los tipos de contravenciones demuestran la necesidad de delimitación subjetiva. Si A auxilia a B, de quien ha creído que actuaba de buena fe, en un hurto famélico [52], queda impune, según nuestra teoría. Pero esto no es injusto, puesto que el legislador, con buen criterio, no ha conminado con pena el auxilio a tales lesiones insignificantes de bienes jurídicos. BAUMANN, que estima autoría mediata consumada, hace depender únicamente del error de A la cuestión de si se le puede imputar la realización punible de un desvalor de resultado. Lo cual a su vez va demasiado lejos en la subjetivización, pues si alguien, por sufrir un error sobre hechos, considera dadas circunstancias que, de concurrir, harían punible un comportamiento objetivamente impune, ello no es un hecho consumado, sino como mucho una tentativa que, sin embargo, aquí, por otras razones [53], no se da y tampoco sería punible.

Resumiendo, cabe establecer que el error sobre circunstancias fundamentadoras del dominio (tanto si el no ejecutor, erróneamente, desconoce su concurrencia como si la supone) conduce siempre a calificar el comportamiento como participación consumada.

[51] Cfr. al respecto KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 49a, I-III, p. 182 y 183.
[52] BAUMANN, *op. cit.*, p. 233, nota 27.
[53] *Vid. supra*, pp. 298-299.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL

Los supuestos hasta ahora tratados de dominio de la acción y de la voluntad no han agotado todo el ámbito posible de la autoría. Sabemos ya que autor es, por una parte, aquel que lleva a cabo la acción típica; por otra parte, quien se sirve de un ejecutor forzando su voluntad (1), o de manera que dirige, configurando el hecho, la acción, en virtud de conocimiento más amplio, pasando por encima de la mente del otro (2), o que el ejecutor, en virtud de su fungibilidad, aparece en el marco de maquinarias de poder dominadoras como instrumento del sujeto de detrás (3).

Pasando revista al campo empírico de las formas de cooperación, se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro.

Aquí cabe distinguir dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva y la cooperación en la fase de preparación. Ambos requieren de enjuiciamiento separado.

§ 27. LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA

I. POSIBILIDAD Y ESTRUCTURA DEL DOMINIO CONJUNTO DEL HECHO

Hay aquí formas de intervención de múltiples clases. La cooperación puede formar un componente decisivo de la realización del delito: uno sujeta a la víctima, mientras que otro le asesta la puñalada mortal, o uno amenaza con una pistola al morador, mientras que su compinche desvalija la vivienda.

No obstante, la aportación al hecho puede ser también insignificante, consistiendo en un mero entregar algo o aconsejar, concomitantes al hecho. Entre unas modalidades de conducta y otras existen muchas otras cuyo significado en el marco del plan global admite múltiples graduaciones. ¿Puede hablarse en tales casos de dominio del hecho por parte del que coopera? Y si es así, ¿qué requisitos deben reunir y cómo cabe fundamentarlo?

Punto de partida para determinar la autoría sólo puede serlo aquí la figura, prevista expresamente en la ley, de la coautoría (§ 47 StGB) *. La primera cuestión se refiere a si puede darse debida cuenta de esta forma de intervención con el criterio del dominio del hecho. SCHRÖDER [1] lo niega, sosteniendo que la teoría del dominio del hecho fracasa aquí porque uno sólo puede tener dominio de su parte, pero no del hecho global.

En lo cual es en principio correcto al menos que no se da un dominio del hecho de ninguna de las clases tratadas hasta ahora. Aun cuando concibamos la participación del modo más intenso posible, en el caso del atracador de un banco que mantiene a raya a los empleados con su pistola, no obstante, tenemos que señalar que el dominio de la acción no lo tiene porque no sustrae el dinero, y el dominio de la voluntad tampoco, porque el compinche que realiza las circunstancias típicas no actúa ni "no libre" ni "ciegamente".

Por eso tampoco cabe resolver la problemática desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho entendiendo, como hacen LANGE [2] y SAX [3], la coautoría como una autoría parcialmente mediata. LANGE aprecia, en conexión con el RG [4] y BINDING [5], una "clarificación absolutamente decisiva" en la idea de que el coautor "hace trabajar para él" a sus compañeros y por eso aparece como autor mediato por cuanto respecta a las partes del hecho no realizadas de propia mano.

Aceptado esto, la coautoría no plantea dificultad alguna a la teoría del dominio del hecho. Se trata entonces de un caso común de autoría mediata en el que la propia aportación al hecho se presenta únicamente como un "suplemento" en sí superfluo. Pero el punto de partida es incorrecto, porque no concurre un poder volitivo configurador del curso del hecho del que se encuentra junto a la acción típica cuando el que la ejecuta actúa libremente en el grado superior de dominio del hecho. Ello se ha expuesto ya *supra* [6], no siendo necesario repetirlo ahora.

---

* § 47 StGB: «**Coautoría.** Si varios ejecutan una acción punible en común se castigará a cada uno como autor.»

[1] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.

[2] *Mod. Täterbegriff*, p. 55; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, C, p. 163.

[3] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 434 ss.

[4] *RGSt*, 66, pp. 236-244 (240).

[5] *Abhandlungen*, I, p. 300.

[6] Pp. 165-166, 178-180 y 285-286.

Tampoco conducen a la meta otras dos vías que cabría emplear para rebatir la tesis de SCHRÖDER:

En principio, cabría limitar el dominio del hecho del coautor al llevar a cabo la acción ejecutiva típica, o sea, por ejemplo, en el caso del hurto; sólo cabría hablar de coautoría en aquellos que efectivamente hayan sustraído cosas. Entonces el dominio del hecho de todo interviniente estaría fuera de duda. Pero tal proceder nos remitiría (si no en la autoría mediata, sí aquí) a la teoría objetivo-formal, de la que ya hemos puesto de manifiesto *supra* [7] que precisamente en la actuación conjunta de varios no acierta con la solución correcta.

Por otra parte, se podría suscribir la postura de SCHRÖDER de que todo coautor sólo tiene dominio sobre su propia aportación, sin reconocer su consecuencia de que ahí se ponga de manifiesto el fracaso de la teoría del dominio del hecho. Más bien el § 47 StGB sería posible concebirlo como un precepto legal que estableciera una excepción, en virtud de la cual un dominio limitado a una determinada parte desencadena la responsabilidad penal por el hecho en su conjunto [8]. Pero mediante ese quiebro hacia la voluntad omnipotente del legislador no es posible resolver el problema. En efecto, en primer lugar sería una excepción curiosa, difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, el que hubiera que castigar a alguien por algo que otro ha hecho responsablemente. Y en segundo lugar, de todos modos no se podría explicar tal posibilidad a partir del principio del dominio del hecho, pues según éste el autor ha de tener el dominio sobre el hecho global; su parte la tiene desde luego el propio partícipe "en sus manos", sin ser por eso autor.

Sin embargo, con ello parece imponerse la objeción de SCHRÖDER, con la que no ha polemizado hasta ahora ningún defensor de la teoría del dominio del hecho, puesto que si la coautoría no se limita al ámbito de la teoría objetivo-formal y para la autoría por una parte se requiere el dominio del hecho global, y por otra parte se admite que el coautor no domina la voluntad de sus copartícipes, parece entonces que es imposible armonizar estos tres aspectos entre sí.

No obstante, esta exigencia no contiene contradicción alguna. Más bien, lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como se señala en las posturas de LANGE y SAX; pero tampoco ejerce un dominio parcial, como opina SCHRÖDER, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo

---

[7] Pp. 55-56.

[8] Cfr. al respecto, asimismo, WELZEL, *ZStW*, t. 58, 1939, p. 549, nota 79; LANGE, *Mod. Täterbegriff*, p. 50.

así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. En este sentido, también WELZEL dice, con buen criterio: «Cada uno no es mero autor de una parte» [9] y «la coautoría no es una forma especial de la autoría simple» [10]; más bien cada uno es «co-autor del todo» [9].

II. LA COAUTORÍA COMO DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL

La solución acabada de formular en teoría suena como algo muy obvio. Pero ¿cómo hay que representarse en la práctica una coautoría en tales términos, como un todo, que no es ni dominio único ni parcial? Al responder a esta pregunta se tornan inseguros incluso aquellos que expresa o tácitamente parten del planteamiento correcto.

Así, WELZEL [11] entiende que «la coparticipación en el dominio final del hecho» estriba en «que cada uno, al llevar a cabo su acto parcial, no sólo ejecuta su voluntad del hecho, sino al mismo tiempo también la de los demás» [12]. Ciertamente es correcto que el coautor casi siempre (no siempre) también actúa por los otros. Pero ¿por qué va a procurarle esto el dominio, si entonces los otros agentes son libres en su hacer? Con tal fundamentación, también cabría considerar coautor al inductor si el ejecutor también ejecuta a la vez la voluntad de aquél. Ahí reside un giro hacia lo subjetivo que consecuentemente debería remitir a la teoría de LANGE, rechazada por WELZEL, en el sentido de que el coautor en parte es autor mediato.

Análogas objeciones cabe esgrimir cuando GALLAS [13] fundamenta el dominio del coautor en que «el agente..., más allá de su porción psíquica en el hecho, refuerza la disposición y la energía para el hecho de los demás intervinientes en la ejecución». En efecto, si la "porción psíquica" sólo fundamenta un dominio parcial en lugar de un dominio conjunto, ¿cómo va a surgir de repente el dominio sobre el todo, mediante el reforzamiento de la disposición al hecho que, aisladamente considerada, sólo representa complicidad psíquica? Ello desembocaría en la ecuación "dominio parcial + complicidad psíquica = dominio sobre el hecho completo", cuenta que no cuadra porque es difícil de comprender cómo una acción parcial típica, como la complicidad psíquica, puede tener efecto fundamentador de dominio.

Me parece que sólo cabe resolver el problema si (al margen de "valoraciones" generales, que con demasiada facilidad desembocan en consideraciones sobre merecimiento de pena) se aborda de entrada la estructura

[9] *ZStW, op. cit.*, p. 549.
[10] *ZStW, op. cit.*, p. 550.
[11] *Op. cit.*, p. 552.
[12] *Op. cit.*, p. 551.
[13] *Gutachten*, p. 137; *DRZ*, 1950, p. 67.

de la cooperación en los supuestos característicos de coautoría. Si partimos de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni el de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros decisivo, de ser la "figura central del suceso de la acción" y si pensamos, por ejemplo, en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta a la víctima, la situación es la siguiente:

El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera "funciona" el plan. Pero también el otro se ve igualmente "desamparado"; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos.

Este género de "posición clave" de cada interviniente describe con exactitud la estructura de la coautoría, algo que no se pone de manifiesto en su sentido previo dado. Si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la cooperación del otro. El reverso de este proceder consiste necesariamente en que cada uno, denegando su intervención, determina que la medida fracase. Incluso el legislador del Derecho civil se sirve de este modelo estructural en forma de obligación mancomunada cuando quiere expresar especialmente la comunidad en el dominio de una masa patrimonial (cfr., por ejemplo, § 709.1 BGB).

Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros. Además, se pone de manifiesto que los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en la fundamentación teórica de la coautoría, por lo general aún están demasiado influenciados por la idea básica de la teoría subjetiva.

Por eso es absolutamente irrelevante que el colaborador en el asesinato que sujeta a la víctima, o el pistolero del asalto al banco, se subordinen internamente al otro, en el sentido de la teoría del dolo, y "dejen a su criterio" la ejecución del hecho. Aun cuando tal fuera el caso, sin embargo, siempre que obren libremente y sin coacción, dominan en la misma medida que los demás, siendo por tanto coautores. La postura de BOCKELMANN [14], que todavía en la actualidad emplea estos criterios desde el punto de vista

[14] *Untersuchungen*, pp. 118 y 122; en términos muy semejantes en esto Hellmuth MAYER, *Lehrbuch*, pp. 314-315, que por lo demás está orientado objetivamente.

de la teoría del dominio del hecho, no debe, pues, suscribirse. En todo caso, propugna ahora, como ya se mencionó *supra* [15], hacer una sola excepción: quien realiza el tipo personalmente no debe poder escudarse en la subordinación de la voluntad. Pero precisamente en esto se evidencia que el principio es erróneo, pues si con respecto a aquel que asesta la puñalada no importa que se haya subordinado o no a la decisión de voluntad del otro, no cabe explicar por qué hay que enjuiciar a su compañero con arreglo a otros puntos de vista, no obstante procurarle su aportación justo la misma medida de dominio sobre el curso del hecho.

Aun cuando WELZEL y GALLAS invocan que el coautor no ejecuta sólo su voluntad, sino simultáneamente la de los otros, o que su energía se ve reforzada por la influencia de los otros, en realidad hacen depender la delimitación de las formas de participación de relaciones de motivación psíquicas internas, cuya afinidad con la idea del *animus* no puede ignorarse.

Por el contrario, aciertan cuando se remiten a los puntos de vista de la división de papeles y de la necesaria imbricación de los actos parciales [16]. También la idea de MAURACH [17] de que el coautor puede, «según su voluntad, impedir o hacer concluir la realización del resultado global» expresa correctamente este principio, siempre que se entienda la fórmula en el sentido de que para el hacer concluir se requiere la cooperación de todos, pero que para impedir el desenlace basta uno solo [18].

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta 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.

Con esta idea básica, no obstante, aún no se ha encontrado una solución aplicable sin más en todo caso concreto para las formas de configuración infinitamente diversas de posible actuación conjunta. Con todo, de ella cabe deducir consecuencias generalizables muy determinadas para multitud de sictuaciones típicas.

Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer.

[15] Pp. 73 y 104.

[16] Cfr. WELZEL, *op. cit.*, p. 552; GALLAS, *Gutachten*, pp. 137 ss.

[17] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, p. 517.

[18] Cfr. con respecto al criterio de MAURACH *infra*, pp. 340 ss.

Y mucho menos se requiere que "ponga manos a la obra" en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho. El «jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los concretos grupos operativos», mencionado por MAURACH [19], es coautor también según la postura que aquí se defiende; naturalmente, no porque sea tan "merecedor de pena" como el autor de propia mano —ésta es la problemática fundamentación [20] de que se sirve MAURACH—, sino porque toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la "central de mando" se viniera abajo de repente.

A la inversa, no cabe hablar en ningún caso de coautoría si a la aportación que se ha prestado en el marco del plan del hecho no le corresponde función independiente alguna, como ocurre en el ejemplo de aquel que procura al falsificador el tintero o el papel secante, pues aquí se trata de una cooperación fortuita, no incluida en el plan, indiferente para el desarrollo del suceso. Aun cuando aquel a quien el autor le pide colaboración la niegue, la falsificación documental va a tomar el curso previsto. Así pues, falta el criterio determinante de la coautoría: que ambos sólo puedan obrar conjuntamente. Lo mismo es aplicable para todos los servicios decididamente auxiliares que carecen de importancia en la estructura global del plan.

Tampoco importa nada en estos casos la motivación del interviniente. Aun cuando el falsificador de nuestro ejemplo quiera actuar no sólo para sí, sino también para el otro y se sienta reforzado por la asistencia de éste en su decisión de realizar el hecho, el sujeto de detrás no pasa de ser cómplice. Tampoco es autor en ningún caso aquel cuya intervención en el hecho (por ejemplo, en una paliza) se limita a jalear o aconsejar. 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 hagan depende exclusivamente de ellos, no pudiendo hablarse de coautoría del no ejecutor.

Esto hay que subrayarlo especialmente, porque el BGH mantiene expresamente la postura opuesta, con arreglo a la cual en el caso del § 176, número 1 («el que con violencia lleve a cabo acciones lúbricas con una mujer»), quien esté presente en el lugar del hecho puede ser coautor ya cuando, sin ninguna función autónoma en la ejecución del comportamiento de los otros, simplemente profiera frases de aliento. Dice el BGH [20a]: «St.

[19] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.

[20] Acerca de la inutilidad de introducir consideraciones sobre merecimiento de pena en la doctrina de la autoría cfr. *supra*, pp. 47 ss.

[20a] Sentencia de la Sala IV de 28 de octubre de 1954, en *MDR*, 1955, p. 244: cfr. al respecto, en relación con la problemática de la comisión de propia mano, *infra*, pp. 450 ss. (451-452).

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 inculpado 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. Esto lo ha deducido la Sala, ante todo, de sus voces de aliento.»

Es fácil darse cuenta de que tal postura trabaja con ficciones formales y en realidad ni siquiera satisface los requisitos de la teoría del dolo. En efecto, no cabe deducir del supuesto ni la "decisión conjunta del hecho", que exige con carácter general la propia jurisprudencia, ni siquiera sabemos si los tres intervinientes de propia mano, al perpetrar las acciones lúbricas, hicieron caso de las voces de aliento del inculpado. Y ¿qué otra cosa pudo hacer el acusado en la situación dada que "dejar a criterio" de los que ejercían las violencias la comisión del hecho? De querer seguir la fundamentación empleada por el BGH cabría elevar sin dificultad toda complicidad psíquica a coautoría. De ese modo se dejaría la delimitación de la formas de participación a criterio del sentimiento judicial, lo que excluiría la posibilidad de controlar dogmáticamente las sentencias [20b].

Por el contrario, la idea, aquí desarrollada, del dominio del hecho "funcional" conduce a resultados precisos, tipificables, si bien divergentes de las soluciones de los demás defensores de la teoría del dominio del hecho.

III. EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL COMO CONCEPTO ABIERTO

Sin embargo, con estas consideraciones aún no ha quedado resuelta definitivamente la problemática, pues hay una zona límite que se sustrae a la generalización. Sirva como introducción el desde siempre controvertido ejemplo del quedarse vigilando.

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho le han prestado especial atención GALLAS y MAURACH. El que se queda vigilando es coautor, dice GALLAS [21], «si fue co-titular de la decisión del hecho y su aportación al hecho aparece, por una parte, como resultado de una división del trabajo funcional en el marco del programa del hecho conjunto, y por otra, para todos los intervinientes como expresión de "cooperación" responsable». MAURACH [22] señala que ha de atenderse siempre a las circunstancias concretas: «el jefe de la banda que, según la organización amplia del asalto, se limita a la mera supervisión y cobertura no va a sustraerse a la pena por coautoría».

[20b] Las mismas objeciones cabe esgrimir contra la sentencia de la Sala V de 10 de enero de 1958, *MDR*, 1958, p. 139; cfr. al respecto ya *supra*, pp. 119-120, núm. XIII.

[21] *DRZ*, 1950, p. 67, así como *Gutachten*, p. 137.

[22] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.

Sí son correctas ahí la diferenciación y la alusión a la "división del trabajo funcional". La "cooperación responsable" carece en nuestra solución de significado autónomo junto al dominio conjunto del hecho que viene dado por el ámbito de tareas asignado en el marco del plan global. Sólo en su necesidad para la realización del programa del hecho y no en la disposición anímica, independiente de ella, se muestra si alguien "coopera responsablemente". Otro tanto cabe replicar a MAURACH: quien organiza (y cubre o protege) la ejecución del hecho cumple una función imprescindible en el marco del plan. El que además, como jefe de la banda, obre de manera especialmente reprobable o culpable, carece de importancia para la cuestión de la autoría.

Según esto (podríamos decir, salvedad hecha de lo que se dirá más adelante) es coautor el que se queda vigilando si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo. Por el contrario, sólo se da participación si, por ejemplo, una banda de atracadores lleva consigo por primera vez a un "aprendiz" a fin de irle fogueando en el ejercicio de la "profesión" y lo deja vigilando en un lugar poco importante, pues aquí la realización del plan no depende de su aportación al hecho. Los demás podrían actuar sin él, y lo harían, mientras que no se atreverían a hacerlo si no quedara alguien vigilando en un lugar en que les amenaza un peligro serio. Así pues, que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual.

Así nos topamos con un problema que nos fuerza a volver a conectar con las consideraciones básicas relativas a cómo llenar de contenido el concepto de dominio del hecho [23], puesto que resulta que hay casos en los que el principio de interdependencia funcional, en teoría tan claro, no admite ya una verificación mediante criterios generales. La razón estriba tanto en la esencia del concepto de dominio funcional (1) como en la materia de regulación abarcada por el ámbito de la coautoría (2).

1. La idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás, no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico-cognitivos y psicológicos.

Así, sería incorrecto recurrir al punto de partida causal de la teoría de la necesidad tratada *supra*, pues en el plano lógico todas las condiciones son igualmente necesarias para un resultado concreto. Y si se quisiera averiguar *ex post*, mediante un juicio de verificación, si para una observación natural se ha "dependido" *in concreto* de una aportación individual, tampoco

[23] *Supra*, pp. 128 ss. y 143 ss.

esto sirve de ayuda en todos los casos. En efecto, no se puede hacer depender la autoría de un vigilante de que, durante la ejecución, debido al peligro de ser descubiertos, tuvo que entrar en acción. Más bien, ya desempeña una función necesaria en el sentido de nuestra teoría cuando hubiera tenido que intervenir de producirse las circunstancias pertinentes; pero esto no es ya verificación de hechos, sino una estimación judicial obtenida de la contemplación de la individualidad del caso.

Ciertamente tampoco ha de concebirse el principio del dominio del hecho funcional en el sentido de que sólo podría ser coautor aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado. Y es que con posterioridad nunca se puede —por ejemplo, en nuestro ejemplo de partida— averiguar a ciencia cierta si uno habría podido apuñalar a la víctima sin la cooperación del otro. Pues entonces se habría dado un hecho totalmente distinto. No obstante, a su vez qué constituye un "hecho distinto" en este sentido no cabe determinarlo con carácter general: a tal efecto en los casos límite hace falta una valoración judicial formada de la mano de las circunstancias concretas.

También tendría simplemente un valor condicionado la consideración psicológica retrospectiva de qué efecto habría producido la falta de un interviniente concreto, de si, por ejemplo, sin vigilante no habrían ejecutado el hecho, pues tales consideraciones no dejan de ser hipotéticas. Por eso no se trata —a semejanza de la interpretación integradora de los contratos con arreglo al § 157 del Código Civil (BGB)— en realidad de verificaciones psicológicas, sino de comprender el significado objetivo de una función mediante un acto de comprensión de sentido.

Así pues, por muchas vueltas que se le den al problema, todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado para el caso típico. Pero siempre queda una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. Aquí el juez debe en cierto modo continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma. Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un "principio regulativo" [24]: el concepto de la "importancia esencial" carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto. El concepto de dominio del hecho funcional no permite mayor gado de fijación.

[24] Cfr. al respecto *supra*, pp. 146-147.

2. Tal modo de proceder no significa que sea deficiente la formación conceptual. Más bien, refleja la circunstancia, ya dada en la materia de regulación, de que en el ámbito de la coautoría ciertamente son posibles verificaciones con carácter general, pero que junto a ellas quedan supuestos no tipificables que sólo pueden enjuiciarse contemplando la concreta situación real. En el caso de la autoría mediata era posible mayor tipificación porque allí la cualidad de instrumento aparece limitada a determinados (si bien nítidamente separados) grupos de casos de superioridad psíquica o intelectual, y además cada vez sólo concurren dos personas. Pero donde puede cooperar un número ilimitado de intervinientes que obran libremente el número de supuestos imaginables es tan inabarcablemente amplio que habría que violentar lo múliple de la realidad para ajustarlo a una fijación demasiado rígida. El ámbito de regulación legal obliga aquí, pues, a construir un principio regulativo. No hace falta extenderse más sobre este punto, dado que también aquí se trata de llevar a la práctica un método para llenar de contenido el concepto de dominio del hecho, ya fundamentado más pormenorizadamente *supra* [25].

Pues bien, retomando las ideas allí desarrolladas, la del dominio del hecho funcional, que sirve para determinar la coautoría, se presenta como un "concepto abierto" en el sentido ya explicado. 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.

No resulta posible ejemplificar estos principios en poco espacio mediante una casuística más amplia. Sin embargo, al contrastar más adelante los criterios empleados en la jurisprudencia del BGH, los casos resueltos en ella se tratarán con más detalle, lo que permitirá aplicar en la práctica las ideas aquí desarrolladas.

[25] Pp. 143 ss.

IV. CUESTIONES PARTICULARES

1. El carácter común de la decisión del hecho

El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría.

Sin embargo, ello no ha de entenderse en el sentido de WELZEL, con arreglo a cuya teoría «el *minus* en cooperación objetiva [debe] quedar compensado por el *plus* de co-intervención en la decisión del delito» [26], pues si alguien no tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho sobre el acontecer, tampoco puede alcanzarlo por medio de su intervención en el planeamiento.

Pero el carácter común de la resolución delictiva es necesario por otro motivo. Como, de acuerdo con los principios desarrollados *supra*, los coautores son 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.

Estos principios brindan el punto de partida para resolver varias cuestiones controvertidas:

a) *El conocimiento unilateral de la colaboración*

Si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aun cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conocedor es autor mediato.

Un ejemplo en tal sentido (un tanto artificioso) lo forma MAURACH [27]: A pretende envenenar a B; llega a saber que también C persigue el mismo fin, pero con una dosis en sí insuficiente; acto seguido añade su propia dosis de veneno, de manera que la muerte sólo se produce por el efecto conjunto de ambas cantidades.

Aquí MAURACH, con buen criterio, rechaza la coautoría. No obstante, niega también la autoría mediata, porque «a A [no le corresponde] dominio del hecho con respecto a las acciones de C». Al afirmarlo pasa por alto (lo que suele suceder) que sí concurre dominio de la voluntad en virtud

[26] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 98.

[27] *AT*, 2.ª ed., § 49, I, B, 3, a, p. 508.

de supradeterminación configuradora de sentido; C debe responder por asesinato intentado y A por asesinato consumado en autoría mediata.

El ejemplo se encuadra en el contexto de los supuestos, tratados *supra*, del cuarto grado de dominio del hecho [28], que por los mismos motivos han de excluirse globalmente del ámbito del dominio del hecho conjunto: quien aprovecha el *error in persona* de otro es autor mediato, no coautor.

b) *El exceso del coautor*

Por análogas razones, tampoco es imaginable la coautoría en el exceso consciente de un copartícipe, puesto que quien va más allá de lo acordado sin que los demás "cooperen" se desliga de la dependencia funcional. Obra como autor único directo [29] o, si se sirve de un compañero que nada sabe, como autor mediato.

c) *El* error in persona *de un coautor*

Una sentencia del BGH [30] brinda un excelente ejemplo al respecto: de tres delincuentes que huían uno (según lo acordado) había pretendido disparar a un perseguidor, pero en lugar de ello, por confusión, hizo blanco en un compañero.

Supongamos que los tres atracadores, de haberse tratado realmente de un perseguidor, hubieran sido coautores [31]. ¿Cambia algo porque se dé un *error in persona*? ¿Es este error para los otros dos igual de irrelevante que para el tirador? El BGH no ha visto inconveniente alguno en afirmarlo, condenando como coautores a los compinches a punto de ser abatidos. Tampoco, por lo demás, ha apreciado la sentencia en este punto contradicción alguna [32].

No obstante, es más correcto rechazar la coautoría en tales casos, lo que se deduce de que los intervinientes estaban de acuerdo en que tendrían que asumir, en caso necesario, la muerte de una persona. Pero esta persona tenía que ser un perseguidor y no alguien no involucrado, mucho menos un compañero. La cuestión, pues, sólo puede ser la de si el acuerdo de voluntades ha de referirse a la cualidad abstracta de persona de la víctima o al concreto objeto de la acción "perseguidor" tenido en cuenta.

[28] Cfr. pp. 211 ss.

[29] En definitiva, y en parte coincidiendo en la fundamentación, *BGHSt*, 6, pp. 248-251 (249).

[30] *BGHSt*, 11, pp. 268-272; cfr. *supra*, pp. 120-121 ss., núm. XIV.

[31] Al respecto, con más detalle, *infra*, pp. 340 ss.

[32] SCHRÖDER, *JR*, 58, pp. 427 y 428, dice lacónicamente en su agudo comentario que «el error del coautor también carece de relevancia, como *error in obiecto*, para el otro coautor" (p. 427); sólo DREHER tilda de "dudosa" a la sentencia, DREHER-MAASSEN, § 47; SCHWARZ-DREHER, § 47, 3.

Más acertada es la segunda estimación, como ya se deduce de que nadie apreciaría coautoría si uno de los atracadores disparara intencionadamente a alguien no involucrado o a un compañero. La circunstancia de que, según lo acordado, hubiera que abatir a una persona y efectivamente se la abatiera nada cambia en lo afirmado. Luego no puede ser de otro modo en caso de confusión inintencionada (exceso imprudente). De un modo u otro, el resultado llevado a cabo estaba al margen de la función que le correspondía al tirador en el plan global. Consiguientemente, tampoco podían los otros participar de él. La suposición errónea del tirador no puede suplir la relación que objetivamente falta. Y es que el coautor no responde por lo que el otro ha hecho, sino por su propio dominio del hecho. Pero éste no se extiende a tal acción fallida ajena a la tarea asignada.

Al margen de estas consideraciones estructurales, tampoco el sentimiento jurídico habla en favor de la solución del BGH. Si varios conjurados acechan en distintos lugares para matar a determinado oponente político y uno de ellos, por una serie de confusiones consecutivas, abate a cinco personas sucesivamente antes de acertar con la adecuada, ¿por qué tienen que responder los otros por séxtuple asesinato doloso si sólo han asumido la muerte de *una* persona? En esta medida ocurre como en la autoría mediata, la inducción y la complicidad, que también, frente a la doctrina dominante, requieren una consideración concreta [33]. Y retomando la sentencia del BGH también es una idea extraña la de que (como supone el BGH), alguien, sin ser suicida, haya cometido una tentativa de asesinato doloso sobre sí mismo y además haya tenido que co-dominar este suceso que le es absolutamente desagradable y desde luego no deseado. Me parece que la postura aquí mantenida se ajusta mejor a la concepción natural.

Distinto es, naturalmente, cuando varios coautores sufren el mismo *error in persona* y como consecuencia del error común cometen su acción contra persona distinta a la pretendida. Pero entonces cada cual responde por su propia conducta y no por el error de los demás.

d) *Coautoría en virtud de la "operatividad ulterior causal"*

Incompatible con el principio básico del dominio del hecho conjunto es una sentencia del BGH [34] que considera coautor a un sujeto que no conoció circunstancias "fundamentadoras del dominio conjunto". El supuesto es el siguiente: un hombre pretendía matar a un niño de pecho estrangulándolo y golpeándole en la cabeza. Cuando creyó haber alcanzado su objetivo llevó el niño supuestamente muerto a su mujer y se marchó "presa de la consternación y el horror". "En seguida" advirtió la mujer que el niño vivía y lo mató mediante una acción independiente.

[33] Al respecto *supra*, pp. 235-240.

[34] *BGHSt*, 9, pp. 180-184.

El BGH decide castigar al hombre como coautor del hecho de su mujer, fundamentándolo en que el hacer de la mujer se ha sumado a la acción de él; en esa medida su comportamiento ha seguido contribuyendo a surtir efecto en el homicidio realizado por la mujer, siendo causal de éste. Por eso no dejaría de haber coautoría si en este momento ya hubiera abandonado el dolo de matar, pues la coautoría ha de afirmarse siempre que «el interviniente que quiere el hecho como propio haya cooperado de cualquier manera en la ejecución, aunque sólo sea espiritualmente» [35].

Esto es imposible de mantener tanto en sus resultados como en su fundamentación. Al margen de que la trivial teoría del *animus*, a la que en definitiva se remite la sentencia, desde luego se opone a la idea del dominio del hecho, falta aquí hasta esa voluntad de autor tan vaga, puesto que es imposible que uno pueda "contribuir espiritualmente" a una ejecución y "querer el hecho como propio" ¡si no sabe que está teniendo lugar! No cabe hablar de acuerdo de voluntades con respecto al último acto parcial, ni de un plan global que pudiera hacer aparecer el proceder posterior de la mujer como pieza final de una cooperación en forma de división del trabajo. Por eso sólo cabe condenar por asesinato intentado.

También DREHER [36] formula dudas contra la sentencia, propugnando atender a si el hombre, «de haber llegado a saber que el hecho no estaba aún terminado, hubiera querido su terminación». Pero tampoco puede aceptarse este planteamiento, pues tal consideración hipotética no puede suplir a la falta efectiva del carácter común de la resolución del hecho. Tampoco la circunstancia de que al hombre el desarrollo posterior quizá le pareció deseable puede atribuirle el dominio conjunto del suceso.

e) *Coautoría en casos en que está excluida o mermada la culpabilidad de un interviniente*

El problema tan controvertido de si puede darse coautoría cuando alguien actúa conjuntamente [37] con un menor, un inimputable, una persona que obra en error de prohibición o en general con alguien disculpado, no encierra ningún nuevo punto de vista: en tanto que, de acuerdo con los criterios desarrollados *supra*, haya que estimar un caso de autoría mediata, ésta no puede servir para fundamentar coautoría. Pero a la vez puede darse coautoría si el autor mediato toma parte en la ejecución ejerciendo una función esencial

[35] *Loc. cit.*, p. 182.

[36] *MDR*, 1956, p. 499.

[37] MAURACH, 2.ª ed., § 49, I, B, 4, p. 509; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 47, III, p. 174; GALLAS, *Gutachten*, pp. 138 y 139.

en la realización del delito junto al otro. La falta de culpabilidad del coejecutor no impide, a la vista del § 50.1 StGB, la coautoría.

f) *Coautoría en casos de realización de tipos heterogéneos*

La cuestión de si es concebible una coautoría en la que los intervinientes respondan por distintos preceptos [38] no puede responderse unitariamente. Contra esta posibilidad no existe objeción alguna si las diferencias entre los tipos consisten en circunstancias residentes fuera de la concreta ejecución de la acción: así, uno puede cometer un robo con fuerza *(Einbruchsdiebstahl)* y otro un hurto famélico si éste, a diferencia de su compañero, va a destinar el alimento sustraído a su consumo inmediato; uno puede ser asesino y otro homicida si los móviles viles sólo concurren en uno de los copartícipes. En casos así la dependencia funcional en la realización del delito no resulta afectada por la distinta motivación de cada interviniente.

Distinta es la cuestión cuando las *acciones* típicas divergen entre sí, como, por ejemplo, en la relación entre el hurto y el robo violento. Aquí, por cuanto respecta a la sustracción de cosas ajenas, puede darse coautoría; pero en cuanto al empleo de violencia, hay dos posibilidades: o existía a ese respecto cooperación acordada, y entonces ambos han de responder por el § 249 StGB, aun cuando sólo uno de los copartícipes haya empleado violencia, o uno de los intervinientes ha empleado la violencia por su cuenta, y entonces él es en este punto autor único, debiendo estimarse coautoría circunscrita sólo a la sustracción.

2. Coautoría sucesiva

Obviamente es posible la coautoría sucesiva, aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros. No obstante, frente a la teoría hasta ahora casi unánime [39], al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias cualificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención.

Esto se deduce forzosamente de la idea básica de la teoría del dominio del hecho, con arreglo a la cual uno es coautor cuando (y en tanto que) domina junto con otros el curso del acontecer. Ello presupone una interdependencia recíproca en la que cada uno sólo puede actuar junto con los

[38] Cfr. MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 49, I, B, 3, b, p. 509; MEZGER, *LK*, § 47, 3, pp. 252 y 253, con más bibliografía.

[39] Representa una excepción Hellmuth MAYER, *Lehrbuch*, 1953, p. 313, que, sin embargo, aún no tiene en cuenta la sentencia *BGHSt*, 2, pp. 344-348; como aquí ahora, asimismo, SAX, *Festschrift für Nottarp*, 1961, pp. 136 y 137.

demás, pero, en virtud de la función que desempeña en el marco del plan global, tiene su realización en sus manos. Nada de esto se da cuando alguien, sólo después de realizar circunstancias cualificantes, encuentra un compañero que hasta entonces ha carecido de influencia en la marcha de los acontecimientos.

En la conocida sentencia del BGH [40] que, frente a la jurisprudencia del RG [41] y la doctrina hasta entonces dominante, supuso un cambio completo en el parecer general, el supuesto de hecho se presentaba así: 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 quien 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.

El BGH apoya su postura entonces también en otro motivo: entiende que la ley hace responder al individuo «también por aquello que ha hecho el otro coautor»; cuando alguien se suma como coautor, la conformidad con lo hasta entonces sucedido tiene «la virtualidad de que se le impute penalmente también el delito unitario como tal» [42]. En esta argumentación se trasluce la idea, ya antes [43] rechazada, de que al coautor se le castiga por el comportamiento de otros en lugar de por el suyo propio. Además, la coautoría en el robo con fuerza se deriva incorrectamente de la "conformidad" del que se suma; este punto de vista es inidóneo porque también inductores y cómplices están conformes con el suceso, sin por ello llegar a ser coautores.

Con todo, sugestiona 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 estar justificado [44]. Pero precisamente ahí se muestra 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) [44a]. En cambio, el coautor

[40] *BGHSt*, 2, pp. 344-348.

[41] Con respecto al § 243: *RGRspr*, 8, pp. 80-82 (82); RG, *JW*, 1923, p. 756; 1924, 1436.

[42] Loc. cit., p. 346.

[43] *Supra*, pp. 376-377.

[44] *Loc. cit.*, pp. 345 y 346.

[44a] Discrepa en esto SAX, *op. cit.*, p. 137, nota 11, que propugna castigar al cooperador que se suma después sólo como cómplice en hurto simple.

es autor y debe responder por lo que él mismo, en cooperación con otros, ha cometido, y el empleo de fuerza en las cosas (fractura) no forma parte de ello. En tanto que al sumarse apoya un comportamiento no sometido a su co-dominio, únicamente puede ser cómplice.

Por eso, como curiosamente en ningún lugar se ha destacado, en estos supuestos sólo cabe estimar, junto a la coautoría de N en el hurto simple, su complicidad en el tipo del § 243.1, número 2 StGB (hurto —agravado— con escalamiento o fractura), por cuanto que N ha ayudado a P a aprovecharse del producto de un robo con fuerza cometido por éste sólo, pero materialmente aún no consumado. Si no le hubiera acompañado, sino que, por ejemplo, se hubiera limitado a prestarle una carretilla para acabar de transportar el botín, también se le habría castigado ciertamente por complicidad en el robo con fractura.

Teniendo esto en cuenta, desaparecen todas las injusticias en la determinación de la pena que suele gustar de invocar la opinión contraria [45]. Por el contrario, la postura del BGH conduce a resultados sumamente extraños. Con arreglo a ella, como subraya la sentencia expresamente [46], no puede hacerse responder a N por hurto cualificado si P sólo sobre la base de un nuevo dolo ha resuelto llevarse también el género restante. Entonces, sólo se daría coautoría respecto al § 242 StGB (hurto simple). Aquí se plantea la siguiente pregunta: ¿por qué tiene N que saberlo? Y ¿cómo es que su coautoría va a depender de los procesos del fuero interno de P, totalmente indiferentes para él e irrelevantes para el curso de la acción? Desde luego con la idea del dominio del hecho ya nada tienen que ver tales construcciones.

No obstante, la sentencia del BGH ha encontrado aprobación casi por doquier [47]. También la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho se han pronunciado en sentido aprobatorio [48]; entre ellos, MAURACH y NIESE han dedicado al problema análisis pormenorizados.

MAURACH entiende que sólo la postura del BGH «satisface el concepto de dolo... Dolo quiere decir no sólo "querer", sino también "saber". Se imputan también al autor único las circunstancias del hecho en que basa su plan de trabajo cuando uno se las encuentra y articula su plan ajustándose a ellas».

Pero esta fundamentación no se sostiene: ciertamente forma parte del dolo el saber, pero eso nada demuestra en favor de la coautoría, porque también el partícipe tiene este saber. Para el dominio del hecho el conocimiento de las circunstancias del hecho sólo es requisito de la configuración del suceso consciente del fin, sin que pueda llegar a suplir a la dirección real del curso del hecho, lo cual rige con más razón para el saber posterior. Y no se entiende bien la alusión al autor único. ¿Cómo es que puede "encontrarse circunstancias del hecho"? O él realiza robo con fractura, y entonces realiza (no se encuentra) las circunstancias, o encuentra la casa abierta, y entonces no comete robo con fractura, no pudiéndosele atribuir nada de ese género. ¿En qué sentido pueden extraerse de ahí conclusiones relativas al tratamiento de la coautoría sucesiva?

[45] Cfr. p. ej. NIESE, *NJW*, p. 1952, p. 1147; FURTNER, *JR*, 1960, p. 367.

[46] *Op. cit.*, p. 347.

[47] Cfr., al margen de tratados y comentarios, MARTIN, *NJW*, 1953, pp. 288-290; FURTNER, *JR*, 1960, pp. 367-369.

[48] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 49, III, 1, p. 518; WELZEL, 7.ª ed., p. 96; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 47, I, p. 174; NIESE, *NJW*, 1952, pp. 1146-1147.

Para fundamentar la coautoría, NIESE parte con buen criterio de la idea de la división del trabajo, pero después argumenta con la reflexión de que uno tiene que "hacerse atribuir" el trabajo del otro [49]. No obstante, así se desliga, como se mostró *supra*, del principio del dominio del hecho, con arreglo al cual precisamente sólo puede atribuirse a la coautoría aquello que el individuo haya co-dominado.

En conclusión, un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas.

§ 28. LA COOPERACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Al ocuparnos de la cooperación en la fase preparatoria no podemos comenzar directamente por considerar qué requisitos deben reunirse aquí para el dominio del hecho. La problemática exige más bien un planteamiento esencialmente más radical: hay que indagar si en este ámbito es posible en absoluto la coautoría o si quizá cabe decir en general que quien sólo toma parte en actos preparatorios debe estar excluido de la posesión del dominio del hecho en todos los casos.

Al respecto, según nuestras ideas precedentes, hay que partir obviamente de que la coautoría y la autoría mediata han de separarse estrictamente entre sí frente a la tan difundida mezcla de ambos conceptos. El dominio del hecho funcional y el dominio de la voluntad se basan en principios totalmente distintos. Por eso, no cabe recurrir al dominio de la voluntad, cuyos requisitos se han descrito *supra* pormenorizadamente y que de ninguna manera exige cooperar en la ejecución para fundamentar coautoría. Lo cual ha de subrayarse de entrada, porque los partidarios de la teoría del dominio del hecho —incluso los que no consideran la coautoría como una "autoría parcialmente mediata"— suelen invocar, ya en caso de cooperación en la

[49] *Op. cit.*, p. 1147.

fase preparatoria, para explicar la coautoría, la influencia volitiva del interviniente, difuminando así la diferencia estructural entre dominio del hecho funcional y dominio de la voluntad.

La cuestión de si la actividad preparatoria puede surtir efecto fundamentador de coautoría ha quedado hasta ahora casi completamente sin explicar en la teoría del dominio del hecho. Contra la posibilidad de autoría se pronuncia GALLAS [1], quien señala: «No basta una intervención en el planeamiento o en la preparación del hecho. Más bien, el coautor tiene que tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. El que se limita a espiar sobre la oportunidad del hecho o a proporcionar los instrumentos necesarios no actúa como co-señor del hecho, sino sólo como cómplice, aun cuando haya participado en el acuerdo sobre el hecho.»

Muy semejante es la solución de MAURACH [2], que desde luego no aborda expresamente el planteamiento. Está de acuerdo con GALLAS en que quien meramente explora la oportunidad del delito sólo es cómplice o inductor, al margen de la porción del botín que pueda esperar. No obstante, la controvertida cuestión de si la coautoría requiere siempre presencia personal en el lugar del hecho o si la ausencia del cooperador en cuestión excluye estimar coautoría, la plantea incorrectamente de esta forma: el jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos individuales es tan merecedor de pena en calidad de autor como el conductor que personalmente pasa por la aduana con el alijo.

Por el contrario, leemos en WELZEL [3]: «... también el que objetivamente sólo prepara o auxilia es coautor si es co-titular de la resolución conjunta del hecho». Hasta un comportamiento que externamente se limite a exhortar al hecho conducirá a la coautoría si el que objetivamente sólo instiga obra "con decisión del hecho propia" [4].

Igualmente dice BOCKELMANN [5], en la polémica contra GALLAS, que «también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría, de cometerse sobre la base de una resolución del hecho conjunta y de representar la ejecución del papel que le ha correspondido al ejecutor en la decisión adoptada... El empleado del banco que acuerda con el ladrón profesional el hurto de la caja fuerte de manera que él debe enterarse de cuándo la caja está repleta y en qué momentos no hay que contar con que aparezca el guarda, mientras que el otro debe ejecutar la sustracción, desde luego no comete sólo inducción o complicidad con el hurto, sino que es coautor...».

[1] *Gutachten*, p. 137; igualmente Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, p. 314.
[2] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98; en el mismo sentido *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 551 y 552; *SJZ*, 1947, apdo. 650.
[4] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109.
[5] *Untersuchungen*, p. 101, y nota 54 en esa misma página.

No es difícil darse cuenta de que en esta cuestión controvertida se reflejan los distintos puntos de partida de cada uno de los teóricos del dominio del hecho. Mientras que MAURACH y, sobre todo, GALLAS parten de una teoría objetiva de la participación y por eso requieren para la autoría una mayor proximidad al tipo, las posturas de WELZEL y BOCKELMANN representan evoluciones ulteriores de una teoría del dolo estrictamente subjetiva y en esa medida concuerdan con la jurisprudencia constante del RG, con arreglo a la cual ya la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría con tal de que se den los requisitos subjetivos [6].

También la jurisprudencia del BGH, con todas sus concesiones a la teoría del dominio del hecho, se ha mantenido siempre firme en este principio central de la teoría subjetiva. Así, se dice en una Sentencia de 3 de febrero de 1960 [7]: «La coautoría requiere un actuar que contribuya a realizar el tipo. Al respecto basta, según el "principio de la división del trabajo", reconocido en general, con que el coautor limite su actividad personal a acciones preparatorias de apoyo.» Más decididamente dice la misma Sala (la IV) el 10 de marzo de 1961 [8] —con todo, negando al mismo tiempo el dominio del hecho— que basta una "cooperación espiritual" preparatoria; coautor puede serlo ya aquel que ha reforzado "en cualquier momento" la voluntad del que ejecuta, él solo, el hecho.

II. EL QUE PREPARA NO ES COAUTOR

Sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho, lo que se deduce (basándonos en las directrices elaboradas *supra* para la determinación del concepto de autor) de varias consideraciones:

1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.

2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente "dominar" el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación

[6] Cfr. al respecto *supra*, p. 75-76, con bibliografía.
[7] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (128 y 129); cfr. *supra*, pp. 122-123, núm. XVI.
[8] *BGHSt*, 16, pp. 12-15 (14); cfr. *supra*, pp. 124-125, núm. XVIII.

conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que "dejar de su mano" el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.

Lo cual lo ilustra precisamente el ejemplo ideado por BOCKELMANN en apoyo de la postura contraria: el empleado del banco puede dar el soplo al ladrón profesional de cuándo está repleta la caja y 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.

En la polémica con las posturas discrepantes resultará una serie de otros argumentos en apoyo de la opinión aquí defendida.

III. POLÉMICA CON WELZEL

La cuestión de si es posible el dominio del hecho del que sólo prepara no ha encontrado hasta ahora en la doctrina la atención que merece por su extraordinaria importancia. Sólo en WELZEL hallamos una toma de posición pormenorizada sobre toda esta problemática. Sus tesis tienen para nosotros especial importancia, por intentar justificar precisamente la opinión contraria mediante el principio del dominio del hecho. Por eso hemos de ocuparnos de su teoría incluso con detalle.

No basta para que concurra coautoría, entiende WELZEL [9], que el que objetivamente sólo apoya simpatice con la ejecución del hecho, que esté de acuerdo con ella. Más bien, la "voluntad de autor" debe tener significación objetiva en el hecho global. «Y la tiene», dice WELZEL, «cuando el hecho global también en las aportaciones de los demás intervinientes está conducido por la decisión del hecho adoptada conjuntamente, de manera que no es sólo que llevar a cabo la acción de apoyo sea para el que interviene en ella una ejecución parcial de la decisión del hecho conjunta, sino que también llevar a cabo las acciones ejecutivas es para los ejecutores al mismo tiempo la correalización de la decisión del hecho en cuya adopción ha participado el que apoya».

Así pues, WELZEL no considera a la disposición volitiva del que prepara suficiente por sí sola para fundamentar la coautoría. Además, exige que también el ejecutor mismo, en la ejecución del hecho, se sienta "llevado"

[9] *ZStW*, t. 58, p. 551.

por la resolución común, que obre en la consciencia de correalizar también la decisión del otro. Sin embargo, contra esta argumentación cabe objetar varios extremos:

En primer lugar, ni el sentimiento de solidaridad más sincero en el ejecutor directo cambia nada en el hecho de que está exclusivamente en su poder cómo se configurará el curso del hecho *in concreto* y si concede a la decisión común del hecho el dominio sobre sus ideas y actos. La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el ejecutor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrío del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego WELZEL niega el dominio del hecho.

Por lo demás, esta reflexión conduce a una consecuencia sumamente curiosa de la argumentación welzeliana. Puesto que, con toda razón (y en contra de la teoría del *animus*), advierte que la mera voluntad o deseo del que prepara, que simpatice o esté conforme con el suceso, no le convierten en señor del hecho, se ve forzado a hacer depender la autoría del que objetivamente sólo prepara o apoya de la disposición anímica del otro, del que obra directamente. Ha de atenderse a si el hacer de éste «está llevado por la decisión del hecho adoptada en común». Sin embargo, tal delimitación entre autoría y participación no resulta factible, pues dado que, como hemos visto, el agente es libre al ejecutar, su voluntad y obrar serían determinantes de si el otro es autor o partícipe. Lo cual no puede ser correcto, porque uno sólo puede ser castigado por sus propios actos y no por las sensaciones anímicas de otro, independientes de lo que él haga.

A lo que se añade que la distinción propuesta por WELZEL es inviable en la práctica. Él mismo señala [10]: «La verificación en el concreto acontecer en cada caso puede ser bastante difícil.» Piénsese simplemente en el ejemplo de BOCKELMANN del empleado del banco: su preparación, su participación en el botín, su deseo ferviente de que ojalá salga bien el plan..., todo esto no puede hacerle cotitular del dominio del hecho, en opinión de WELZEL. Más bien ha de verificarse si para el ladrón profesional el robo «está conducido por la decisión del hecho adoptada conjuntamente», si para él «es al mismo tiempo la correalización de la decisión del hecho en cuya adopción ha participado el que apoya».

Pero ¿cómo se determina esto? No es sólo que tales procesos puramente psíquicos, que no se manifiestan externamente, apenas sean susceptibles de verificación judical y de demostrarse, es que ni siquiera cabe suponer que un delincuente reflexione sobre si el hecho que ejecuta él solo a la vez

[10] *ZStW*, t. 58, p. 552.

realiza la decisión de otro. Aun cuando se objete que no se trata aquí de procesos de la consciencia de naturaleza reflexiva, sino de la disposición anímica del ejecutor, que se siente "llevado" por la decisión común, su "función objetiva" [11], que WELZEL subraya, no deja de ser inaprehensible, pues carece absolutamente de influencia en la realización externa del hecho. Por seguir con el ejemplo de BOCKELMANN: si el ladrón se frota las manos ante la información del empleado del banco y pone entonces en marcha el robo, ¿cómo cabe pensar una realización del delito en la que el estar sustentado por la decisión común del hecho adquiera trascendencia objetiva?

Al margen de esta falta de trascendencia objetiva, tal disposición anímica difícilmente va a concurrir en la práctica, pues la consciencia del ladrón de obrar a la vez en provecho del empleado del banco obviamente no puede bastar, ya que tampoco el inductor al que se le ha prometido una parte del botín se convierte por eso en coautor. Una idea así del estar sustentado por la decisión común es una ficción, y en el plano psíquico, tan irreal como la famosa "voluntad de autor" de la anterior jurisprudencia del RG.

Lo que resta es la decisión común del hecho, de la que WELZEL también en su *Tratado* hace depender en lo esencial la existencia de coautoría cuando menciona a la "participación en la decisión del delito" como criterio que convierte al que meramente realiza actos preparatorios en coautor [12]. Se puede pensar sobre la determinación de la coautoría de un modo o de otro, pero sobre la base de la teoría del dominio del hecho difícilmente cabe discutir que el dominio sobre la realización del hecho no puede originarse exclusivamente por la intervención en el acuerdo del delito. En particular, así casi se abandona también en la teoría la exigencia de la "trascendencia objetiva" de la voluntad de autor en la ejecución del hecho, consecuencia prácticamente forzosa de la condición ficticia de este requisito objetivo.

Otro extremo me parece aún más dudoso: estimar coautoría en tales casos privaría de valor todo el trabajo realizado en la delimitación de autoría mediata e inducción, degradándolo a mera discusión terminológica. Lo cual se pone de manifiesto especialmente en la teoría de WELZEL, quien idea el caso en que dos amigos, A y B, yendo de caza, se encuentran con su común enemigo X. Pues bien, si A no hace otra cosa que exhortar a B a que dispare, y si en ésas B, él solo, por propia decisión, mata a X, sin embargo A es coautor según la opinión de WELZEL con tal que haya gritado las palabras "vamos, dispara" con "decisión del hecho propia" [13].

Al margen de que esta solución renuncia a todo criterio objetivo de dominio y sitúa la circunstancia fundamentadora de la autoría exclusivamente en la mente del no ejecutor, se opone diametralmente al punto de vista

[11] *ZStW, op. cit.*, p. 551.
[12] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98.
[13] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109.

que WELZEL asume en la relación entre autoría mediata e inducción. En esa sede llama "absurda" a la figura del autor de detrás del autor, subrayando: «El que determina a un autor al hecho es siempre inductor sólo, y ninguna voluntad de autor puede convertirlo en autor» [14]. Como no puede negarse que en nuestro ejemplo A ha determinado al hecho a un autor (B), consiguientemente sólo puede ser inductor, y la "decisión del hecho propia", que no se distingue materialmente (que se aprecie) de la voluntad de autor, no podría convertirlo en ningún caso en autor.

WELZEL intenta superar esta quiebra en su sistema rechazando ciertamente la autoría mediata pero estimando en su lugar coautoría. Es evidente que ésta es una insostenible solución aparente, pues ¿qué sentido tendría rechazar de plano la autoría mediata si, dando un rodeo por la coautoría, al final se llega al mismo resultado? Lo que importa no es la denominación, sino los datos reales, y éstos son indiscutiblemente de tal índole que A, como instigador, está detrás de B, y si se le atribuye la coautoría, se le convierte así en autor de detrás del autor.

Con lo cual se revela todo el alcance de la postura criticada: quien se conforma para el dominio del hecho con una intervención preparatoria no sólo yerra en la delimitación entre coautoría y complicidad, sino que socava el principio del dominio del hecho en su totalidad, y para mantener la coherencia con el punto de partida tiene que renunciar a la distinción objetiva entre autoría mediata e inducción. Por eso, no es viable una teoría que en unos casos pretende diferenciar de manera puramente subjetiva, en otros estrictamente objetiva y además justificar ese híbrido unitariamente por medio de la idea del dominio del hecho.

Desde el punto de vista histórico, suponer que la cooperación en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una secuela de la teoría subjetiva. El afán de WELZEL por superarla mediante el principio del dominio del hecho salió bien en esencia en la relación entre inducción y autoría mediata [15], pero en la delimitación entre coautoría y complicidad tuvo que quedarse en conato por no atreverse, superando la jurisprudencia del RG, a dar el paso decisivo que habría significado la limitación de la coautoría a la fase ejecutiva. Como no consiguió demostrar la pretendida "trascendencia objetiva" de la voluntad de autor, apenas pudo evitar que aquí se produjera una recaída en la teoría subjetiva, que amenaza con hacer retroceder toda la teoría a su punto de partida.

[14] *SJZ*, 1947, apdo. 650; por lo demás *supra*, pp. 87-88.
[15] En este contexto no hace falta ocuparse de los matices que se derivan de la distinción de varios grados de dominio del hecho y que conducen a la reintroducción (parcial) del "autor de detrás del autor".

IV. EL PROBLEMA DE LOS JEFES DE BANDA

Nuestra postura, con arreglo a la cual la coautoría requiere una intervención en la ejecución, entraña la consecuencia de que, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, el cabecilla de una banda de ladrones o el jefe de unos gángsteres no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución. Este caso merece que nos ocupemos brevemente de él, ya que se le suele traer a colación como ejemplo clásico de coautoría a pesar de faltar la cooperación externa. Sin embargo, no es idóneo para refutar la postura que aquí se mantiene.

El jefe de una banda puede ser autor *mediato*. Tal caso concurre cuando cabe afirmar que están presentes los requisitos —descritos pormenorizadamente *supra*— [15a] del dominio de la organización. Por otra parte, puede existir un dominio coactivo si el jefe tiene tan en sus manos a cada uno de sus hombres que éstos se jugarían el cuello si no le obedecieran. Finalmente, el cabecilla es *coautor* cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos [15b] (aunque sea desde lejos). Pero más allá de estos grupos de casos tratados en otros lugares, que abarcan una parte considerable de los casos aquí en cuestión, no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda.

Quien afirme algo distinto debe hacer ver en qué consistiría el dominio del sujeto de detrás cuando deja a sus muchachos la ejecución del hecho. Sin embargo, nadie ha sido capaz de hacerlo. Cuando la mayoría de la doctrina, dado que la autoría *mediata* no es demostrable, se desvía hacia la *coautoría*, hace lo mismo que ya se ha criticado *supra* polemizando con WELZEL: utiliza la figura jurídica de la coautoría para recoger los casos en los que no concurren los requisitos de la autoría mediata, a fin de no dejar de incluirlos en la autoría. Lo cual es inadmisible, pues tal proceder desconoce y difumina la diferencia de principio entre ambas categorías de autoría, degrada la coautoría a una especie de forma raquítica de la autoría mediata y debería conducir, de ser consecuentes, a anular toda distinción objetiva en la doctrina de la autoría.

En la opinión contraria entran en juego también algunas reflexiones que habría que descartar. En primer lugar, que en ella vuelve a ser operativa la idea de que el cabecilla de la banda es el principal responsable y, por tanto, el más peligroso criminalmente. A esta idea ha de replicarse —como ya se ha indicado varias veces en otro contexto— que no es a eso a lo que ha de atenderse, sino a la posición central en la realización del acontecer típico. Pero en ésta no toma parte el jefe, siéndole de aplicación todo lo que se dijo *supra* acerca de la posición del que sólo prepara.

[15a] Pp. 242 ss. (275-276).
[15b] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 308.

Asimismo, la tendencia a castigar como autor al jefe de la banda obedece ante todo a que se valora la actividad criminal íntegra del grupo como complejo cerrado, considerando al cabecilla como dirigente de esa realización unitaria. Sin embargo, tal consideración no es adecuada. La actividad como cabecilla de una organización criminal está ya abarcada por el § 129.2 StGB y castigada con prisión. Lo que aquí representa la función de un tipo específico no puede mezclarse además con la delimitación entre autoría y participación. Más bien, en el marco del Derecho penal del hecho sólo cabe enjuiciar la posición de cada individuo, entre varios intervinientes, con arreglo a su papel en la respectiva realización de tipo específica; pero así la intervención del cabecilla puede desvanecerse, de puro insignificante (p. ej., limitarse a la mera aprobación); en cualquier caso, no alcanza la medida de proximidad al tipo que, según nuestra investigación precedente, ha de exigirse para la posesión de dominio del hecho.

Por último, hay que reparar en que si una banda, cambiando sus miembros, comete, por ejemplo, 500 delitos, su cabecilla habrá incurrido en pena quinientas veces y por eso habrá de responder con más intensidad que aquel miembro que ha colaborado sólo en algunos delitos. Tampoco esta circunstancia tiene nada que ver con la delimitación entre autoría y participación en el delito concreto, por no hablar de que la inducción, en la que incurrirá el jefe la mayoría de las veces, está castigada con la misma pena que la autoría.

De donde se deduce que si ya en este caso extremo no existen motivos para apartarse, en el marco de la teoría del dominio del hecho, de la mera cualidad de partícipe del que prepara, en otros tipos de supuestos de hecho distintos, menos críticos, no todos los cuales pueden tratarse aquí pormenorizadamente, con más razón el resultado no puede ser otro. Sólo el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como coautor.

V. DIVISIÓN DEL TRABAJO Y COAUTORÍA

Aún hemos de abordar una objeción que ya se adivina en la argumentación de BOCKELMANN reproducida *supra* [16] y que también emplea el BGH [17]: podría fundamentarse la posibilidad de coautoría del que realiza actos preparatorios por medio de la idea de la división del trabajo, del desempeñar conjuntamente distintos papeles en el marco del plan unitario. Cabría indicar que a menudo dependerá del azar que en la concreta realización de delito la porción del hecho del individuo sea mayor o menor, que afecte a la ejecución o a la preparación, y que la delimitación de las formas de participación no debería fundamentarse en tales minucias. Al mismo tiempo, con una postura así

[16] Cfr. p. 322.
[17] *BGHSt*, 14, pp. 128 y 129; *vid. supra*, p. 323.

sería posible sustraerse a la crítica de que se esté retrocediendo a la teoría del *animus*, pues el principio de la división del trabajo es de naturaleza objetiva, al menos si se considera autor a aquel que desempeña el papel de realizar actos preparatorios, con independencia de su disposición con respecto al hecho.

Sin embargo, a tal teoría cabe oponer lo siguiente:

1. No es posible compatibilizarla con la idea del dominio del hecho, como ya se ha expuesto *supra*: incluso aquel que realiza los actos preparatorios más importantes, si no hace nada más que eso, necesariamente deja el hecho de su mano. Planificar y preparar no es realizar el hecho que está castigado y con arreglo al cual se determina la posición del interviniente. Por eso el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho.

Bien es cierto que los papeles son en buena medida intercambiables y que su distribución puede depender del azar. Pero ésta no es una objeción acertada, puesto que fundamento de la calificación penal sólo puede ser el hecho tal como se ha desarrollado *in concreto*. Las consideraciones hipotéticas en el sentido de que los intervinientes habrían podido proceder de otro modo son irrelevantes; no importa el que alguien hubiera podido dominar la realización del tipo en otras circunstancias, sino el que la haya dominado o no realmente. El inductor no se convierte en autor porque quizá hubiera podido cometer personalmente el hecho si su instigación hubiera fracasado. Por lo demás, es evidente que tales reflexiones en definitiva retrotraen a los criterios subjetivos ya rechazados *supra* por infinidad de razones: la "decisión del hecho" propia welzeliana y la antiquísima teoría del dolo, ya mantenida por TJABEN y v. BAR, con arreglo a la cual autor es «aquel que, de ser necesario, llevaría a cabo personalmente la acción típica» [18]. No es éste, pues, un planteamiento nuevo.

Naturalmente se podría intentar conectar con la idea del dominio del hecho determinadas formas concretas de preparación en el marco de la división del trabajo: así, por ejemplo, si un hábil técnico ensambla el artefacto diabólico con el que otro después ejecuta el atentado, puede ocurrir que sin la cooperación preparatoria del técnico el hecho habría sido inviable desde el principio, esto es, que el hecho dependa de él y esté en sus manos. Resulta fácil darse cuenta de que este género de principio ilimitado de división del trabajo resulta idéntico a la teoría del "partícipe principal" del Derecho común, o sea, a la teoría de la necesidad [19], ya tratada pormenorizadamente, que fue antes refutada con diversos argumentos que huelga repetir ahora.

Por lo que respecta especialmente al concepto de dominio del hecho, sus requisitos concurren sólo aparentemente en el partícipe principal: aquel

[18] Cfr. ya *supra*, p. 70, con bibliografía.
[19] Cfr. *supra*, pp. 56-59.

que hace posible un hecho, esto es, que tiene la ejecución en sus manos en este sentido, no posee ya por eso el dominio del hecho. De lo contrario, quien le entrega 50 peniques al ladrón de objetos de arte, a su ruego, de manera que éste pueda ya pagar la entrada al museo para sustraer el valioso Rembrandt de manera refinada, tendría que ser coautor. Lo cual supondría un entendimiento absolutamente trastocado del dominio del hecho, pues el hurto, que conforma el hecho en sentido penal, lo realiza el ejecutor libremente y en solitario.

No importa que su ejecución, como todo acontecer en la realidad, dependa de infinidad de requisitos. Si se quisiera mantener otra opinión, en buena lógica habría que remontarse en todo delito cada vez más en la cadena causal hasta abarcar en el ámbito del dominio del hecho incluso las condiciones más alejadas. Pero ése sería un resultado absurdo y contradiría frontalmente nuestro principio metodológico rector de que el autor tiene que ser la figura central del suceso de la acción.

Por consiguiente, la idea de la división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Sólo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico.

2. Con lo cual sólo queda demostrado, en principio, que los actos preparatorios no pueden procurar dominio del hecho. El principio de la división del trabajo como criterio determinante de la coautoría en cada fase de la realización del delito no quedaría así refutado aún si merced a él se quisiera tildar de incorrecta la teoría del dominio del hecho.

Pero no hay una fundamentación razonable de que toda colaboración en el marco de la división del trabajo, por alejada e insignificante que sea, independiente de todo dominio sobre el suceso, tenga que entrañar coautoría. Los resultados serían intolerables y limitarían el ámbito de la participación de manera aún más ostensible que en la jurisprudencia del RG: según ésta —como todavía mantiene el BGH— [20] incluso la cooperación preparatoria menos importante bastaría para la autoría, pero por lo menos debería añadírsele la "voluntad de autor". Si ahora se prescinde de ese requisito, para la complicidad no quedaría prácticamente nada, porque cualquier auxilio, con tal de que le facilitara al autor su tarea, puede entenderse como manifestación de colaboración en división del trabajo.

Y sobre todo una posición en tal sentido también vulneraría palmariamente la ley, pues según el § 49 StGB es *cómplice* aquel que «ha prestado auxilio [al autor] con hechos o consejos». Así pues, se podría aquí intentar reclamar para la coautoría sólo hechos de preparación en el marco de la división del trabajo que destacaran por especiales circunstancias. Pero así

[20] Cfr. las referencias en p. 323.

se habría abandonado ya el principio, por no hablar de que hasta ahora no se ha inventado un método para distinguir entre actos preparatorios importantes y no importantes. La única teoría de esta índole hasta ahora mantenida en la historia de la dogmática, esto es: la teoría de la necesidad, como se ha expuesto varias veces, no proporciona resultados útiles fuera de la fase ejecutiva.

VI. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUCIÓN

De acuerdo con la solución a la que nuestra investigación ha llegado, es de importancia decisiva para la teoría del dominio del hecho delimitar las fases preparatoria y ejecutiva. En los supuestos comunes no es difícil darse cuenta de que se trata de cooperación en la fase ejecutiva: cuando uno de los ladrones mantiene a raya con la pistola al morador, mientras que el otro desvalija la vivienda de objetos de valor; cuando en las lesiones uno inmoviliza contra el suelo a la víctima mientras el otro la golpea, nos encontramos ante una intervención que sin duda se lleva a cabo al mismo tiempo que la acción típica y, según los criterios que mantenemos, fundamenta coautoría.

Sin embargo, hay situaciones en las que una consideración orientada al decurso temporal nos sumiría en la duda: cuando un bandolero conduce con alevosía a la víctima a un bosque, donde acecha su compinche detrás de un árbol para derribarla a golpes; cuando un incendiario enciende el combustible en el lugar del hecho, combustible que su compinche acaba de esparcir por el pajar del labrador, podría decirse que en estos casos la cooperación ha dado fin justo antes de la realización del tipo, esto es, antes del empleo de violencia y antes de incendiar, debiéndose por tanto estimar una intervención anterior y no simultánea a la ejecución.

Tal calificación, sin embargo, no sería adecuada. Una delimitación exacta en términos matemáticos, que en nuestro casos en cierta medida habría que llevar a cabo con el cronómetro en la mano, contradice la esencia de las relaciones de sentido jurídicas. Los procesos que, como guiar a la víctima al lugar del hecho o esparcir el combustible, se encuentran en vinculación inescindible y que se enlazan sin solución de continuidad al último acto del acontecer, se presentan para la valoración jurídica como unidad de significado cerrada, cuya escisión surtiría un efecto arbitrario y destructor de sentido y por eso han de atribuirse a la fase ejecutiva.

El segmento de la realización, y con ello el ámbito de posible coautoría, ha de extenderse, pues, más allá de la realización formal del tipo, a todas las formas de conducta que junto con ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable. Cuándo se dan estos requisitos en concreto

no puede establecerse mediante una fórmula susceptible de medida científico-natural. Lo cual no constituye un defecto, sino que reside en la naturaleza de las figuras de sentido jurídicas que se resisten a la cuantificación y cuyos límites siempre son cambiantes. Donde el Derecho trabaja con números y medidas exactos, como al fijar el límite de la mayoría de edad o la edad hasta la que alcanza la tutela penal ante los abusos sexuales (§ 176, párrafo 1, núm. 3 StGB), siempre se incurre, desde la perspectiva de la justicia material, en cesuras arbitrarias, cuya necesidad únicamente se deriva del mandato de seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando los puntos de vista de ordenación no fuerzan a un esquematismo que no tenga en cuenta el significado de los fenómenos concretos de la realidad —y tal necesidad sólo existe en el marco del tráfico jurídico-negocial y en el ámbito del principio de *nulla poena*— las delimitaciones "tajantes" conducen necesariamente a resultados no razonables. No es éste el menor motivo de la inadmisibilidad de la teoría objetivo-formal y de las distintas teorías causales en su aplicación a las formas de participación. Además, no ocurre que la clasificación en fase ejecutiva y preparatoria con arreglo a la unidad de sentido del proceso concreto de la realidad pudiera conducir a confusiones que pondrían en peligro la nítida separación entre autoría y participación. Más bien podemos apoyarnos en criterios auxiliares metodológicos y objetivos, resultando entonces lo siguiente:

En principio, es cierto que en el espacio previo al amplio ámbito de la simultaneidad, inequívocamente mensurable, hay que dejar abierta una estrecha zona marginal para casos de posible coautoría. De nuestras consideraciones precedentes sobre los requisitos de la formación jurídica de conceptos cabe deducir que en tales ámbitos fronterizos la solución correcta la ofrece el empleo de un concepto indeterminado, en la modalidad de principio regulativo [21]. En este caso conviene decir que para el dominio del hecho ha de producirse, si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata* con ésta.

Esta ampliación a la relación inmediata deja espacio suficiente para la valoración judicial de supuestos-límite concretos. El concepto de la inmediatez no remite a datos previos con forma fija (lo que precisamente se persigue en este ámbito), pero sí pone de manifiesto, por otra parte, que el ámbito de lo que integra la fase ejecutiva no puede extenderse a voluntad, sino que debe mantenerse en la proximidad inmediata de lo simultáneo en sentido mensurable.

Un ejemplo paralelo del procedimiento que aquí se propone lo representa la forma de delimitar actos preparatorios y tentativa manejada por doctrina

[21] Cfr. al respecto *supra*, pp. 135-136 y 137-138.

y jurisprudencia. También aquí se ha revelado demasiado rígido adoptar una regulación, con ayuda de la cual antes se intentó establecer el comienzo de la ejecución, de manera conceptual abstracta, en la realización de algún elemento del tipo [22]. La famosa fórmula de FRANK, que amplió el comienzo de la ejecución a los actos que «en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen, para una concepción natural, como parte de ésta» [23] y la teoría objetivo-individual [24], de igual significado en este contexto, que emplea el comienzo inmediato de la acción típica como elemento de la delimitación [25], han resuelto el problema aquí planteado de manera metodológicamente ejemplar: alrededor del núcleo de la realización del tipo describible de manera conceptualmente exacta, trazan una estrecha zona marginal que, aplicando un principio regulativo —como el inherente a los criterios de la "inmediatez" y de la "conexión para una concepción natural"—, conceden a la valoración judicial del caso concreto el espacio necesario, pero (con toda razón) de reducidas dimensiones. En cambio, habría sido metodológicamente incorrecto situar a un concepto indeterminado, como, por ejemplo, el de la "puesta en peligro" en el centro de la delimitación. Lo cual habría representado una abdicación del legislador, que habría dejado sin orientación al juez y sumida toda la materia en una amplia inseguridad. Como, según el modelo de FRANK, en este ámbito afortunadamente se ha evitado tal equivocación, también en esta difícil cuestión se ha alcanzado hoy un acuerdo amplio que por desgracia no existe ni de lejos en la delimitación entre autoría y participación.

En todo caso, podemos aprovecharnos de los puntos de vista elaborados a lo largo de decenios en la delimitación entre actos preparatorios y tentativa para establecer que lo que para la concepción natural aparece como conectado inseparablemente a la acción típica, lo que forma una parte necesaria del acto de realización, lo que está unido a éste directamente, pertenece también en el sentido de la teoría del dominio del hecho a la fase ejecutiva y no puede ya ser considerado como actividad preparatoria. Así pues, aquí se da siempre coautoría cuando la aportación al hecho se revela funcionalmente trascendente en el marco del complejo unitario de la acción.

De este modo la delimitación entre coautoría y complicidad se apoya en un principio claro que pone a disposición del juez criterios aplicables y tipificados, sin forzar el sentido de los procesos concretos de la realidad mediante fórmulas abstractas ni constreñir indebidamente al juez en la valoración del caso concreto.

[22] Cfr. al respecto HENKEL, *Recht und Individualität,* pp. 61 ss.
[23] FRANK, 18.ª ed., § 43, II, 2, b.
[24] WELZEL, *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 169.
[25] *BGHSt,* 7, pp. 291 ss., utiliza ambas formulaciones, yuxtaponiéndolas.

CAPÍTULO OCTAVO

DOMINIO DEL HECHO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A estas alturas ya sabemos lo que es dominio del hecho. Un sujeto es autor:

a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).

También hemos realizado completamente la descripción de la que resultaban las directrices, resumidas *supra*, de nuestro concepto de dominio del hecho. Se obtienen así todos los requisitos necesarios para evaluar críticamente el estado actual de la teoría del dominio del hecho. Esta tarea, asumida al principio [1], está incluso resuelta en buena parte, pues hemos desarrollado nuestros resultados en continua controversia con las demás posiciones divergentes. Por eso ya no hace falta abordar más los pormenores y podremos limitarnos a tomar postura con respecto al concepto de dominio del hecho como un todo, tal como se presenta en sus distintas manifestaciones en la doctrina moderna.

Controvertidos y dudosos son en esencia cuatro extremos:

1. La determinación del contenido del concepto de dominio del hecho (al respecto *infra* § 29).
2. La estructura ontológica del dominio del hecho, esto es, la cuestión de si se trata de un concepto ontológico o teleológico, descriptivo o normativo (al respecto *infra* § 30).

[1] Pp. 127-128.

3. La posición de la teoría del dominio del hecho en la historia doctrinal. Aquí interesa principalmente la cuestión de si se trata de una variante de posturas ya antes mantenidas (¿cuáles?) o si, en cambio, representa algo autónomo y nuevo y en qué consiste (al respecto *infra* § 31).

4. El significado dogmático del dominio del hecho. En este extremo vuelve a haber varios problemas que esclarecer: ¿Es el dominio del hecho un elemento del tipo, un elemento del injusto situado fuera del tipo o un componente de la culpabilidad? ¿Pertenece quizá en alguna medida al ámbito del tipo, del injusto y de la culpabilidad? ¿O nos encontramos ante una "especial manifestación del delito", colateral al sistema articulado del Derecho penal? (al respecto *infra* § 32).

Todas estas cuestiones ya han desempeñado algún papel a lo largo de nuestra investigación. Por eso podemos partir sin más fundamentación de las soluciones que allí se elaboraron, conformándonos con cotejar con ellas las distintas posturas doctrinales.

§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

Dado que las cuestiones particulares ya han sido discutidas exhaustivamente, sólo hace falta evaluar críticamente las fórmulas del dominio del hecho que aparecen en doctrina y jurisprudencia en la medida en que sirven para delimitar el contenido global del concepto.

Los más importantes de entre estos criterios son: el "dominio" del autor en el sentido de que «transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente también de su voluntad» (I); el punto de vista semejante, pero no idéntico, de que el autor "tiene en sus manos" el hecho y podría "dejar suceder, impedir o interrumpir" la realización del tipo "dependiendo de su comportamiento" (II); el criterio, algo distinto con respecto al anterior, de que el autor puede, "interviniendo, dar el giro decisivo" a la situación (III); el concepto, introducido por NIESE, del poder del hecho (IV); el elemento, modificado objetivamente, de la subordinación de la voluntad, de BOCKELMANN (V), y por último el concepto de la "voluntad de autor" o del "sentimiento de autoría", tan utilizado y orientado a lo subjetivo (VI).

I. LA INFLUENCIA DETERMINANTE SOBRE EL TRANSCURSO Y EL RESULTADO DEL HECHO

Se trata aquí de un criterio de delimitación que desempeña el papel protagonista en la jurisprudencia del BGH que aplica la idea del dominio del hecho. Esta fórmula se encuentra por vez primera en la sentencia de

la Sala V de 15 de junio de 1954 [1], en la que se señala: «Coautor es sólo aquel que tiene una relación interna con el transcurso y el resultado del hecho tan intensa que ambos dependen decisivamente de su voluntad.» Ligeramente modificada vuelve a aparecer esta idea en una sentencia de la misma Sala de 17 de mayo de 1955 [2], donde se establece que para determinar la autoría es «un dato esencial hasta qué punto el interviniente contribuye a dominar el curso del acontecer, dependiendo decisivamente también de su voluntad el transcurso y el resultado del hecho». La "relación interna" con el hecho, de la que se hablaba en el primer supuesto, ha sido reemplazada ahora por el "dominio conjunto del curso del acontecer". En esta variante se repite casi literalmente la idea que se emplea posteriormente en las importantes sentencias de la Sala V de 10 de enero de 1956 [3] y 5 de julio de 1960 [4], de la Sala II de 6 de julio de 1956 [5] y de la Sala IV de 3 de febrero de 1960 [6].

La fórmula sirve ante todo para determinar la coautoría (*supra,* núms. 5, 6, 10 y 16), pero se emplea también para caracterizar el concepto general de autoría (*supra,* núms. 12 y 17). Sobre las dos últimas sentencias, que tratan el problema de la accesoriedad y la autoría por omisión, sólo es posible pronunciarse más adelante [7]. El *BGH* pretende en todos los casos aplicar el mencionado criterio sólo como indicio para determinar la "dirección de voluntad interna" que considera determinante; sin embargo, cabe entenderlo, sin ese rodeo, como criterio autónomo de delimitación.

De hecho, esta postura tiene mucho de acertado. Ante todo, presta servicios sumamente útiles para explicar la coautoría. Formulando la idea de forma ligeramente distinta, diciendo, por ejemplo, que un sujeto es coautor cuando el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente también de su comportamiento, coincidiría exactamente con la concepción, desarrollada *supra*, de la dependencia funcional de los intervinientes. No necesariamente es incorrecto que el BGH, en su afán de apoyarse en la teoría subjetiva, hable de la dependencia de la voluntad en lugar de la dependencia del comportamiento, puesto que como el comportamiento está dirigido por la voluntad, la voluntad del interviniente concreto influye aquí decisivamente. Pero la voluntad es lo secundario: únicamente se torna influyente porque el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo; sin ésta, la influencia de la voluntad no bastaría para fundamentar la coautoría, como ya se señaló *supra*.

---

[1] Reseña de HERLAN, *MDR*, 1954, pp. 529 y 530; cfr. en concreto *supra*, p. 112, núm. 5.
[2] *JR*, 1955, pp. 304 y 305; en detalle *supra*, p. 113, núm. 6.
[3] *BGHSt*, 8, pp. 393-39 (396); cfr. *supra*, p. 116, núm. 10.
[4] BGH, *MDR*, 1960 pp. 939 y 940; cfr. *supra*, p. 123, núm. 17.
[5] *BGHSt*, 9, pp. 370-385 (380); cfr. *supra*, p. 119, núm. 12.
[6] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (129); cfr. *supra*, p. 122, núm. 16.
[7] Cfr. pp. 397 ss. y 548 ss.

Dejando de atender a este contexto, la fórmula del BGH puede conducir a resultados incorrectos. Entonces le sería aplicable la objeción de NOWAKOWSKI, que considera "no muy afortunado" [8] el criterio, oponiéndole [9]: «Aquel que pone a disposición del ejecutor un instrumento imprescindible y que guía el hecho mediante consejos de experto, sin embargo sigue siendo cómplice...» Lo cual es correcto, puesto que el agente en este caso ya no depende del sujeto de detrás. También del inductor puede decirse a menudo, cuando el autor se oriente por él, que el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad. Una aplicación en tal sentido tendría que conducir *ad absurdum* al elemento distintivo elegido por el BGH. Por eso la formulación modificada propuesta más arriba, que no está expuesta a tales malentendidos, sería más adecuada a la materia.

El propio BGH, en la primera de las cuatro sentencias, se ha servido del mencionado criterio para fundamentar la coautoría (*supra,* núm. 5), pero tampoco se ha sustraído al peligro de desplazar las pautas de enjuiciamiento hacia lo subjetivo. Acerca del transcurso del hecho sólo se refleja allí que el acusado «había robado ganado, junto con su patrón, y lo había llevado al matadero de éste». La sentencia no aclara qué papel había desempeñado concretamente en la ejecución, aunque eso habría resultado determinante. En lugar de ello, el BGH querría que el tribunal inferior hubiera considerado probado si el patrón había «dejado la decisión por completo» al inculpado, si éste poseía «el interés principal en el hecho» y si «la superioridad social, la mayor edad y la disposición criminal del patrón tuvieron importancia determinante». Todas éstas son circunstancias muy importantes para la determinación de la pena, pero para la coautoría del patrón carecen de relevancia. Si el acusado (como cabe aquí suponer) poseía ánimo de apropiación y si, además, sin estar coaccionado, sustrajo ganado o desempeñó una función indispensable al efecto, en todo caso fue cotitular del dominio del hecho. Su merecimiento de pena quizá inferior no cambia nada en esa realidad [10].

Otra sentencia relativa a coautoría que trabaja con esta fórmula es incorrecta (*supra,* núm. 16), pero por razones opuestas. En el supuesto de hecho, con todo, sólo está claro que se castiga al acusado como coautor por una acción preparatoria. Ya se expuso *supra* por qué esta calificación (aun antes de conocer los detalles del suceso) ha de rechazarse. El que sólo realiza actos preparatorios puede que ejerza influencia sobre la voluntad del agente, de manera que quepa decir, en un sentido muy genérico, que la ejecución del hecho ha dependido "también de su voluntad". Pero ello no basta para la coautoría. También en esta importante cuestión el criterio del BGH se revela, pues, como subjetivo en demasía e impreciso.

[8] *JZ,* 1956, p. 547.

[9] *Loc. cit.,* p. 548.

[10] Acerca de cómo el principio del merecimiento de pena induce a confusión en la delimitación entre autoría y participación, en profundidad, *supra,* pp. 47-48.

Las otras dos sentencias decisivas alcanzan la solución correcta. Pero también en ellas el tinte subjetivo de la fórmula suscita malentendidos. En el caso objeto de la segunda sentencia (*supra,* núm. 6) los acusados habían vendido plomo a un cliente, que consiguió (como habían previsto) trasladar el metal sin autorización al sector soviético de Berlín. El BGH rechazó considerar a los acusados como coautores de exportación ilegal, fundamentándolo con toda razón en que tras la venta ya no tuvieron «influencia en el curso posterior de los acontecimientos». Éste es el caso típico de cooperación en la fase preparatoria. Pero cuando el BGH continúa señalando que no se ha demostrado que los acusados estuvieran interesados en la venta en el sector soviético o tuvieron ideas más precisas sobre el negocio, son éstas circunstancias subjetivas irrelevantes con arreglo a la concepción que aquí se mantiene. Aun cuando hubieran conocido el negocio y hubiesen incluso instigado, con ánimo de lucro, al cliente al efecto, con respecto a la exportación no autorizada del metal únicamente podrían ser considerados inductores, pues por esa circunstancia no alcanzarían el dominio sobre el suceso.

Por último, en el conocido caso del amigo esclavizado (*supra,* núm. 10), cuando menos llama a engaño que el BGH invoque en seguida que un sujeto sea autor cuando el hecho depende «decisivamente también de su voluntad». De entenderlo, por ejemplo, en el sentido de la teoría del dolo, como parece lógico dado el punto de partida subjetivo de la sentencia, no se habría podido considerar autor al acusado, que se había sometido completamente a la mujer. Pretendiendo evitar ese resultado el BGH, al final de la sentencia, abandonando tácitamente el planteamiento subjetivo, vuelve a recurrir a los criterios determinantes para el dominio del hecho: invoca que el inculpado ha «matado de propia mano» a la víctima y que sin él el hecho «no habría podido suceder de la forma prevista» [11], describiendo así correctamente los requisitos del dominio de la acción y del dominio del hecho funcional, requisitos que concurren ambos. Cuando entonces añade que el acusado, como consecuencia de estas circunstancias, «tuvo conscientemente una influencia decisiva» en el hecho, no hay nada que objetarle en este contexto [12].

La fórmula del BGH cabe aplicarla, más allá del ámbito de la coautoría, asimismo para caracterizar a la autoría simple. Pero aquí (como no podía ser de otro modo en una expresión tan en forma de lema) es demasiado imprecisa. En efecto, el que obra en solitario es autor menos por su voluntad que por su hacer, y en el autor mediato ocurre que el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad; pero cuándo sea ése el caso no puede aprehenderse de manera suficiente por medio de una fórmula así, sino sólo a través del análisis y descripción de las manifestaciones de la autoría mediata.

[11] Cfr. *BGHSt,* 8, p. 398.

[12] Acerca de la significación de esta sentencia, cfr. también ya *supra,* pp. 116-117.

II. LA CAPACIDAD DE HACER CONTINUAR Y DE IMPEDIR

La idea de que quien domina el hecho puede, a su voluntad, hacer continuar el suceso o impedirlo se encuentra sólo en MAURACH, no habiendo sido asumida por ningún otro partidario de la teoría del dominio del hecho. MAURACH se sirve de esta fórmula para caracterizar el concepto de dominio del hecho en general [13] y para determinar con más precisión la coautoría en particular [14].

Limitándonos, en principio, a esta última manifestación de la autoría, el criterio de MAURACH está estrechamente emparentado con el elemento, desarrollado *supra*, del "dominio del hecho funcional" [15]. Cuando añade, aclarando, que la coautoría es un «perseguir un resultado en división del trabajo, de manera que cada uno de los que cooperan, sin rebajarse a ser mero instrumento del otro..., sigue siendo titular del dominio del hecho», y subraya expresamente que se trata de un «requisito de naturaleza objetiva» [14] —si bien guiado por el dolo—, coincide absolutamente con la postura aquí defendida.

De todos modos, este giro también requiere interpretación en algunos puntos no destacados por MAURACH. No cada individuo puede hacer continuar el hecho "a su voluntad" —esta idea podía entrañar la transformación de la coautoría en autoría mediata—, sino que sólo pueden hacerlo todos juntos en virtud de su voluntad común.

Y también la muy acertada idea del poder de impedir, de que todo coautor puede evitar la ralización del resultado global, es fácil entenderla incorrectamente, como en seguida vamos a mostrar con un ejemplo. No significa, al menos si se la entiende en el sentido del concepto de autor que aquí se supone, ninguno de estos extremos:

En primer lugar, no ha de entenderse en el sentido de que un coautor tiene dominio sobre la voluntad del otro, pudiendo ordenarle en cualquier momento la interrupción del hecho; esto volvería a conducir a la autoría mediata y tampoco daría debida cuenta de la relación mutua entre los intervinientes. Y en segundo lugar no se quiere decir que cada coautor podría hacer fracasar el hecho mediante su intervención activa para impedir, pues esto también pueden hacerlo el inductor o el cómplice, por ejemplo, avisando a la policía.

El sentido de este concepto, debidamente entendido, más bien sólo puede ser el de que la función del coautor en la acción le atribuye un papel necesario en la ejecución, de manera que retirándose (al margen de todo poder de

[13] *AT*, 2.ª ed., § 47, III, B, 2, p. 492.
[14] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.
[15] *Vid.* ya *supra*, p. 308.

voluntad sobre los demás y sin actividad de evitación alguna) puede hacer fracasar el plan.

En los malentendidos reseñados ha incurrido el BGH la única vez en que, para determinar el dominio del hecho, ha invocado la fundamentación de MAURACH. Se trata del supuesto ya varias veces mencionado en el que de tres ladrones que huyen, uno, como habían acordado, había disparado a quien supuso perseguidor y en realidad era su compinche [16]. Cuando aquí el BGH atribuye al compañero de huida que por poco resulta muerto el dominio del hecho sobre la tentativa de asesinato, considerando que éste, dada la proximidad espacial de los otros dos, pudo haber dirigido el obrar de éstos y exhortarles a que esa vez, contra lo acordado, no dispararan a los perseguidores, esa idea no da debida cuenta de un concepto de dominio debidamente entendido [17].

En efecto, tal exhortación no le habría procurado ningún poder sobre las decisiones de los demás. Es muy dudoso que éstos, en su situación, hubieran obedecido una conminación así, contraria a lo acordado, y si lo hubieran hecho, en cualquier caso ello habría ocurrido basándose en su libre decisión. Además, no es razonable hacer depender la estimación de coautoría de si aún quedaba o no tiempo para detener a otro de una voz; por no hablar de que en el caso concreto, según la representación de la víctima que huía, no se daba motivo para ello, porque en realidad no existía perseguidor alguno y el compañero de cuadrilla no podía saber que su compinche, habiéndose confundido, iba a dispararle a él. Y si el BGH quisiera derivar su "poder de dirigir en cualquier momento" de que cada uno de ellos, por su "proximidad espacial", pudo haber impedido el obrar de los otros, tal posibilidad —de haberse dado— no habría podido fundamentar la estimación de dominio del hecho, porque lo mismo cabría decir también de cualquier transeúnte que pasara por allí, sin que por eso se convirtiera en coautor.

Con todo, en el caso objeto de esta sentencia —prescindiendo del problema específico añadido del *error in persona*— [18] se habría dado verdaderamente coautoría; pero sólo porque el plan del hecho estaba trazado de manera que cada uno cubriría a los demás y en su caso repelería cualquier peligro que les amenazara desde su posición al huir. La seguridad de todos se basaba, pues, en que cada uno cumpliría la función que le correspondiera según la respectiva situación. Por eso, sólo en un sentido totalmente distinto del BGH cabe aplicar aquí la idea de la capacidad de impedir: en el sentido de que cada uno, de no haber cumplido su parte, no disparando en caso de ser perseguidos, "infringiendo su deber", habría anulado todo el plan de defensa, haciendo fracasar la fuga. Quede por decidir si esta concepción

[16] *Supra*, pp. 120-121 ss., núm. 14; *BGHSt*, 11, 268, 272.
[17] SCHRÖDER, *JA*, 1958, p. 428, tilda de "absurda" a la fundamentación del BGH.
[18] Cfr. al respecto *supra*, pp. 315-316.

también se ajusta a las intenciones de MAURACH o si se trata de una reinterpretación de su fórmula en el sentido del concepto de dominio del hecho funcional aquí mantenido.

La fórmula de MAURACH no se acomoda tan bien al que obra en solitario y al autor mediato, pues en el autor único la realización del tipo se halla en primer plano, lo que el propio MAURACH reconoce al introducir un dominio del hecho "formal" [19] (que corresponde a nuestro dominio de la acción), y en el autor mediato no hace falta en absoluto que éste, según su voluntad, pueda impedir o hacer continuar el hecho; piénsese simplemente en el instrumento bajo error al que el sujeto de detrás deja de su mano y que a partir de entonces se ha sustraído ya a su esfera de influencia. Aquí MAURACH está necesitado de la única descripción que puede ajustarse a la esencia del concepto de dominio del hecho. En qué medida coincide ésta con la postura aquí mantenida se ha puesto de manifiesto más arriba caso por caso.

III. LA POSIBILIDAD DE DAR AL SUCESO EL GIRO DECISIVO

El criterio de la posibilidad de dar un giro o de intervenir en persona, como podría decirse sintéticamente, lo ha utilizado el BGH hasta ahora sólo en los delitos de omisión.

Así, se señala ya en su primera sentencia [20] que el obligado a auxiliar suele tener el dominio sobre la situación y puede "darle, interviniendo, el giro decisivo". Entonces, si entiendo debidamente al BGH, tal posibilidad constituiría el criterio decisivo del dominio del hecho; en cualquier caso, no se indica ningún otro. Y una sentencia más reciente [21] dice, de manera análoga, acerca del acusado, que dependía de su voluntad si la víctima, «como consecuencia de permanecer él inactivo, moriría o, interviniendo, se evitaría su muerte. Este acontecer típico lo dominó él solo».

La problemática de los delitos de omisión de momento no va a abordarse aquí. En cualquier caso, a los delitos de comisión no es aplicable el punto de vista formulado en ambas sentencias. Para fundamentarlo puedo remitirme a lo que se dijo *supra* con respecto a la fórmula de MAURACH de la posibilidad de impedir en cualquier momento y a la sentencia del BGH que se basaba en él: no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciera inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando o lo ha modificado decisivamente.

[19] Cfr. *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, a, p. 516.

[20] *BGHSt*, 2, p. 156; *supra*, p. 111, núm. 3.

[21] *MDR*, 1960, pp. 939 y 940; *supra*, p. 123, núm. 17.

IV. EL PODER SOBRE EL HECHO

La idea del poder sobre el hecho, de la que se sirve NIESE [22] para explicar el dominio del hecho, atiende a las capacidades físicas o habilidades técnicas del individuo. La madre que «debido al parto por el que acaba de pasar» no tiene fuerzas para ahogar al niño con sus propias manos y por eso le pide a su hermana que lo haga, y el hombre que pretende romper los cristales del vecino y pide a otro que lo haga «porque él mismo, desde la valla, no alcanza», no pueden, según NIESE, ser autores, porque no dominan «la dirección final del curso causal en la realidad».

Esta consideración, sin embargo, no acierta en el núcleo de la materia. Bien es verdad que ambos casos se enjuiciaron correctamente [23]. Pero a los inductores no les falta el dominio sobre el suceso debido a su incapacidad física para cometer el delito de propia mano. Aun cuando la madre ya hubiera recobrado las fuerzas y el instigador del apedreo fuera un tirador certero, ambos podrían ser sólo inductores en tanto que se limitaron a provocar en otros la decisión el hecho.

Y viceversa, la incapacidad para realizar el tipo de propia mano en modo alguno excluye el dominio del hecho. Lo cual es así tanto para la autoría mediata como para la coautoría. Si un sujeto no está en condiciones de montar adecuadamente una bomba con temporizador en un automóvil y por eso obliga, apuntándole con una pistola, a un montador para que lo haga por él, tiene desde luego el dominio del hecho. Y si en un robo a un banco organizado entre varios al final quien abre la caja es, de entre ellos, el único especialista con capacidad para hacerlo, no obstante los demás son coautores.

Con todo, es acertada la idea a la que en el fondo se refiere NIESE: que hay que atribuirle al dominio un amplio "carácter objetivo" y que la mera voluntad de autor o de dominio del hecho, la "disposición interna", no basta para fundamentar la autoría.

V. LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD

Los criterios del "dejar al arbitrio", de la "subordinación interna", como elementos de la delimitación entre autoría y participación, ya se han tratado en distintos contextos [24]. Desde luego siguen desempeñando un importante

[22] *DRiZ*, 1952, p. 23; asimismo, *supra*, pp. 97-98.

[23] Naturalmente, LANGE estimaría incluso aquí, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, autoría mediata del *extraneus;* cfr. KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, B, 2, f, p. 162; *supra*, pp. 95-97.

[24] Cfr. especialmente pp. 69-73.

papel en jurisprudencia [25] y doctrina [26], porque funden la idea del dominio del hecho con la teoría del dolo, permitiendo así una conexión factible, sin quiebras externas, de la teoría subjetiva con las modernas corrientes de la doctrina de la autoría [27].

No hace falta repetir las observaciones pormenorizadas relativas a esta concepción. Baste ahora realizar el balance sobre la base del concepto de dominio del hecho que aquí se ha desarrollado. Resulta lo siguiente:

La teoría del dolo es acertada también como teoría del dominio del hecho, en el medida en que capta que el partícipe tiene que hacer depender el suceso de la voluntad del autor, dejándolo a su criterio. Pero presenta del revés las condiciones reales: un sujeto no es partícipe porque haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho, sino que, inversamente, tiene que dejar a criterio del otro la ejecución del hecho porque éste tiene el dominio sobre el suceso. La subordinación de la voluntad no es, pues, sino el reflejo psíquico de las relaciones de dominio objetivas. Cuando alguien posee el dominio conjunto en el sentido antes caracterizado, la circunstancia de que haya dejado a criterio de otro que el hecho vaya o no a ejecutarse no puede liberarlo de su posición de autor, así como, viceversa, que le falte la voluntad de subordinación tampoco puede suplir al dominio objetivamente no existente.

De desconocer el carácter secundario de la subordinación de voluntad se derivan las dificultades de que adolece esta teoría en su aplicación práctica por parte del BGH, y que se revelan en que el BGH una y otra vez subraye la circunstancia de que la dirección de voluntad determinante para la delimitación no es un hecho interno, sino que requiere un enjuiciamiento valorativo, para el cual representa un punto de apoyo esencial en qué medida el interviniente dominaba conjuntamente el curso del suceso [28]. Aquí el BGH, percatándose correctamente de que hay que atender ante todo a las condiciones objetivas de dominio, vuelve a poner del derecho, inadvertidamente, su teoría "invertida". Su error reside sólo en señalar al respecto que se trata de una delimitación subjetiva.

VI. "VOLUNTAD DE DOMINIO DEL HECHO" Y "SENTIMIENTO DE AUTORÍA"

En tanto que en estos dos conceptos subyacen elementos de la teoría del dolo debemos remitirnos a consideraciones precedentes. Por lo demás, ha de señalarse lo siguiente:

[25] Al respecto, con más detalle, la panorámica de pp. 109 ss., núms. 1, 2, 4, 5, 7, 12, 15, 17 y 18.

[26] El principal representante es BOCKELMANN, cfr. *supra,* pp. 102-104.

[27] La evolución se ha expuesto en detalle *supra,* pp. 109 ss.

[28] Cfr. panorámica, pp. 111 ss.; en primer lugar, núm. 3, y luego claramente núms. 6, 9, 10 y 17.

1. La "voluntad de dominio del hecho"

Este concepto se empleaba profusamente en la jurisprudencia del BGH como elemento para delimitar autoría y participación [29]; materialmente corresponde a los criterios de la "voluntad de autor" o de la "disposición interna" determinante, que también aplica el BGH de manera externamente similar, pero con distinto contenido.

En la doctrina aparece esta formulación ya en los inicios de la teoría del dominio del hecho en VON WEBER [30]; en la actualidad la ha retomado, por ejemplo, BAUMANN [31], pero también la utiliza SCHRÖDER [32].

A partir de lo antes dicho cabe precisar al respecto lo siguiente:

a) Cabe hablar con razón de la necesidad de voluntad de dominio del hecho en tanto que el dominio objetivo sobre el acontecer está vinculado a determinados requisitos subjetivos. El autor —al menos en el ámbito de los casos aquí tratados— tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso. Estos elementos subjetivos, el último de los cuales sobrepasa el ámbito del dolo, no se añaden posteriormente al dominio del hecho, al igual que la "voluntad de subordinación" antes tratada simplemente refleja las condiciones de dominio independientes de ella; más bien ellos mismos son componentes inseparables del dominio. De todos modos, en tanto que no se trata simplemente de dolo, se debería hablar de "conocimiento fundamentador de dominio" mejor que de "voluntad de dominio".

En cualquier caso, si se quisiera negar la cualidad de autor a aquel que ha determinado al hecho a otro que obra sólo supuestamente con dolo, con la fundamentación de que le ha faltado la "voluntad de dominio del hecho", ello sería materialmente acertado de entenderla en este sentido [33].

Sin embargo, es incorrecto, como hace BAUMANN [34], pretender abandonar todo el concepto de dominio del hecho en favor de una delimitación subjetiva debido a este componente psíquico. BAUMANN señala que es injusto «considerar autor a aquel que simplemente quiere favorecer un delito ajeno,

[29] Panorámica, *supra,* p. 119, núm. 7; p. 114, núm. 13; asimismo, como "voluntad de dominio del hecho" *ibidem,* p. 121, núm. 15, y la Sentencia de 29 de mayo de 1953, 1 *StR* 196-53, mencionada en SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., ante § 47, 1, A.

[30] *Zum Aufbau des Strafrechtssystems,* 1935, p 26; en términos muy semejantes, Eb. SCHMIDT, *Die militärische Straftat und ihr Täter,* 1936, p. 10.

[31] *Lehrb.,* 2.ª ed., p. 445; *JZ,* 1958, p. 232; aquí se alude materialmente a la teoría del dolo, cfr. *JZ, loc. cit.; Lehrb., loc. cit.;* al respecto es aplicable lo dicho *supra,* v.

[32] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, VIII, 5, c, p. 247; así, no obstante, también ya SCHÖNKE, 6.ª ed., 1952, § 47, II, p. 172.

[33] Cfr. al respecto en detalle *supra,* pp. 286 ss. (288-290).

[34] *Lehrb.,* 2.ª ed., p. 445.

pero al que por azar le sobreviene el dominio del hecho». Como ejemplo aduce el caso en que un sujeto, G, aconseja con respecto a la ejecución del hecho a otro, del que no sabe que, debido a una grave enfermedad mental, es incapaz de formar su propia voluntad. A su juicio, «con arreglo a la delimitación objetiva, tendría que castigarse a G como autor, aunque sólo quisiera ser cómplice».

BAUMANN pasa por alto que el dominio, incluso como dato objetivo, presupone el conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan. El sujeto de detrás del ejemplo, en virtud de su desconocimiento, precisamente no tiene el dominio sobre el suceso. La posición contraria se basa en un entendimiento equivocado del principio del dominio del hecho [35].

b) Al margen de este significado limitado, sin embargo, no es necesaria voluntad de dominio del hecho alguna en el sentido de una "tendencia interna trascendente" que no surta efectos objetivamente. Se formule como se formule, un sujeto que realiza en su persona los criterios objetivos y subjetivos del dominio no tiene que tener además la voluntad de dominio; no hace falta que obre por interés personal; tampoco tiene que querer el hecho como propio, ni mostrar ningún género de "disposición interna" al acontecer. Todos estos elementos representan vestigios de la jurisprudencia del RG, a los que no les corresponde significado autónomo alguno en una teoría del dominio del hecho desarrollada consecuentemente.

BAUMANN [36] vuelve a fundamentar recientemente su defensa de la "voluntad de dominio del hecho" entendida en este sentido, a la que sigue vinculando con la teoría del interés, con el argumento de que «merced a la equivalencia de todas las condiciones, sólo una delimitación subjetiva presenta perspectivas de éxito». Pero así retrocede a los inicios de la moderna teoría de la participación en v. BURI, ignorando todo el desarrollo posterior [37], pues de la circunstancia de que todas las condiciones, consideradas sólo en tanto que factores causales, son equivalentes, desde luego no se deduce que no haya otros criterios de distinción objetivos.

c) También la idea, que se va abriendo paso en la jurisprudencia, de que la voluntad de dominio del hecho ha de determinarse con ayuda de criterios objetivos, por mucho que merezcan aprobación los resultados perseguidos [38], supone una formulación teórica desacertada.

En efecto, o bien ocurre que las circunstancias objetivas indicadas por el BGH, entre las que el "dominio del curso del hecho" desempeña un papel destacado, bastan para fundamentar la autoría, y entonces la voluntad de dominio del hecho o la voluntad de autor es un etiqueta sin importancia

[35] Cfr. ya *supra*, p. 290.
[36] *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 444 y 445.
[37] Cfr. al respecto con detalle *supra*, pp. 21 ss.
[38] Cfr. al respecto *supra*, pp. 343-344.

que se le coloca a quien, según se ha averiguado por otra vía, es autor; además, la denominación es adecuada para llamar a engaño, puesto que en realidad no se trata de una realidad psíquica o —como el propio BGH se ve obligado a confesar— un "hecho interno", sino de un término que designa una relación objetiva de dominio.

O bien cabría concebir los criterios objetivos en el fondo como meros indicios de una voluntad de dominio del hecho entendida psicológicamente, al igual que el dolo se deduce de los datos objetivos de la situación fáctica. Y entonces la voluntad de dominio del hecho sería un elemento inadecuado que conduciría a resultados incorrectos, puesto que el juez, aunque se dieran todos los requisitos del dominio del hecho, tendría no obstante que negar la autoría si no fuera capaz de extraer la conclusión indubitada de la exigida disposición volitiva específica en el sujeto actuante.

Por el contrario, si para evitar este resultado se entiende a la dirección configuradora del suceso como indicio irrefutable de la voluntad de dominar el hecho y, por ejemplo, en la realización del tipo de propia mano se cierra el paso con carácter general a que el ejecutor se escude en que no tenía voluntad de dominio, ciertamente ello es correcto como resultado, pero en cuanto a su contrucción teórica —a pesar de lo común del procedimiento— sumamente desafortunado, pues ni siquiera para presunciones refutables queda lugar en Derecho penal [39] e incluso una presunción irrefutable apenas vela el carácter ficticio de tal concepción "subjetiva".

2. El sentimiento de autoría

Otro tanto cabe afirmar contra la teoría del "sentimiento de autor" de NOWAKOWSKI. Ya se ha señalado *supra* cómo NOWAKOWSKI, a pesar de su punto de partida "puramente subjetivo", al final sin embargo no atiende a si el agente se ha sentido "señor del hecho" en términos psicológicos concretos, sino que hace depender la decisión de «si ha querido el hecho con un contenido mental con arreglo al cual tuvo que sentirlo como propio» [40].

Siendo esto correcto, ya no se atiende verdaderamente al sentimiento de autoría, sino a si el autor, de acuerdo con el orden valorativo de la comunidad jurídica, ha de ser considerado "señor del hecho". De ese modo, como acertadamente hace notar BOCKELMANN [41], «en realidad se ha abandonado» la delimitación subjetiva. El sentimiento de autoría contiene sólo los componentes subjetivos que también son exigibles para el dominio entendido en términos objetivos [42]. Por eso, con arreglo a la postura que aquí

[39] Cfr. al respecto ahora HENKEL, *Festschrift für Eb. Schmidt*, pp. 578 ss.
[40] *JZ*, 1959, p. 547; cfr. en detalle *supra*, pp. 104-106.
[41] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 118, nota 13.
[42] *Vid. supra*, VI, 1, a, p. 316; también NOWAKOWSKI considera irrelevante la diferencia práctica, cfr. *JZ*, *op. cit.*, p. 549, 3, *in fine*.

se mantiene, sólo puede aplicarse el concepto del sentimiento de autoría con el mismo alcance que el que corresponde a la "voluntad de dominio del hecho".

No se trata de preguntar por la "disposición" o actitud del autor, puesto que de ellas no podría hacerse depender el dominio del hecho. El que esto rija o no en general para la autoría se tratará más adelante [43].

§ 30. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

¿Cómo cabe caracterizar el concepto de dominio del hecho, cuyos elementos integrantes ya conocemos? No es preciso abordar esta cuestión en profundidad. La propia exposición de la evolución histórica ha puesto de manifiesto hasta qué punto los planteamientos ontológicos y teleológicos se hallan sometidos a división de opiniones y en qué distinta medida ha de recurrirse a elementos normativos y descriptivos. También nuestra propia opinión se deduce claramente de lo acabado de decir, pues nuestro desarrollo del concepto de dominio del hecho en sus cambiantes manifestaciones es sólo la aplicación práctica de lo que se dijo antes acerca de los principios metodológicos que debían regir la adecuada dotación de contenido a la fórmula de la autoría. Por eso es superfluo volver a escoger después, a partir del concepto de autor desarrollado, el programa con arreglo al cual hemos procedido.

Sin embargo, hace falta destacar algunos puntos que desempeñan cierto papel en la teoría del dominio del hecho:

I. El del dominio del hecho no consiste en un concepto de autor ontológico (esto es, captable a partir del sentido previo dado), ni tampoco en un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino en el producto de una síntesis poliédrica de modos de considerar ontológicos y teleológicos [1]. De donde se deduce lo siguiente:

1. El concepto de acción final, del que WELZEL en su momento derivó la teoría del dominio del hecho "final" [2], ofrece para la doctrina de la autoría un punto de partida, pero nada más. Lo cual se muestra en tres aspectos:

a) Toda categoría de dominio del hecho requiere un actuar final. Así pues, los comportamientos no finales quedan descartados desde el principio. En esta medida cabe hablar de una cualidad dada del concepto de autor. Pero el concepto de finalidad requiere, a su vez, interpretación teleológica, pues como en el ámbito del dominio del hecho no hay "finalidad en sí" [3],

[43] Cfr. *infra*, pp. 470 ss.

[1] Sobre los principios básicos *supra*, pp. 36-42.

[2] Cfr. *supra*, pp. 32-34 y 85-86 ss.

[3] Cfr. al respecto, asimismo, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 31.

la voluntad de realización interesa sólo en tanto que se dirige a los elementos objetivos del tipo; la finalidad siempre lleva ya una impronta normativa.

El que exista o no un comportamiento final (= doloso) en el sentido de tipos concretos, por ejemplo una acción de injurias, de abusos sexuales o de receptación, sólo es posible averiguarlo teniendo en cuenta las ideas teleológicas y valorativas del legislador. Por eso ni siquiera cabe renunciar a la contemplación teleológica con respecto al elemento final del dominio del hecho.

b) Además, en el caso de cooperación de varios que obran finalmente, de la estructura final no se pueden obtener puntos de apoyo para delimitar las formas de participación, puesto que el elemento específico del dominio no es posible captarlo a través del atributo de la finalidad, que también lo posee la participación.

c) De todos modos, el concepto de finalidad adquiere significado fundamentador de dominio allí donde el error del ejecutor directo posibilita la autoría mediata del sujeto de detrás. Pero precisamente la supradeterminación final, que constituye aquí la esencia del dominio del hecho, tiene a su vez un marcado suplemento teleológico. En efecto, los cuatro grados de dominio del hecho, de los cuales el superior en cada caso posibilita a quien lo posee la dirección del curso del suceso, debido a su referencia al tipo, a la antijuricidad material, a los requisitos de la culpabilidad y al sentido concreto de la acción, no han de captarse, como datos ónticos, sin relación con las valoraciones rectoras del legislador.

2. También al margen de la estructura de la acción el concepto de dominio del hecho emplea por doquier un material óntico, articulado prejurídicamente y con significado. Lo cual rige tanto para la imbricación oportuna de las porciones del hecho en el dominio conjunto como en el ámbito del dominio de la voluntad en virtud de coacción, donde los principios empíricos psicológicos relativos a cuándo está excluida la decisión volitiva libre son determinantes para delimitar en las zonas fronterizas participación y autoría mediata. Y también el concepto genérico de "dominio" contiene un núcleo de significado inamovible, preformado socialmente, que impregna el concepto jurídico de dominio del hecho.

Sin embargo, todos estos elementos conceptuales resultan precisados y modificados mediante valoraciones específicamente jurídicas del legislador y del juez. La importancia de una función en la acción en su conjunto ha de medirse por su relevancia para la realización del tipo y, consiguientemente, por una norma. El dominio de la voluntad en los casos de coacción no se basa exclusivamente en un dato psíquico simplemente agregable, sino que depende, a través de su conexión con el principio de responsabilidad, de las exigencias del legislador. Y por cuanto respecta al contenido de significado social general del "dominio", éste es indiferenciado, de tal manera

que sólo podría asumirse, a lo sumo, en un concepto "indeterminado" de dominio del hecho; una descripción detallada, como sería necesaria para dotar de contenido adecuadamente a la fórmula de cláusula general, puede conducir a resultados seguros en cuestiones concretas sólo teniendo presente el fin de la ley.

3. Se pone, pues, de manifiesto que el concepto de acción por sí solo, al que aún hoy esta teoría debe que muchos de sus partidarios la denominen teoría del dominio del hecho "final", ofrece una base muy reducida como para que quepa construir sobre ella toda una doctrina de la autoría, así como un método que atienda a estructuras materiales previas ontológico-sociales no agota el contenido del concepto de dominio del hecho.

Por otra parte, sin embargo, también es cuestionable que, por ejemplo, la jurisprudencia pretenda determinar el concepto de dominio del hecho mediante valoraciones judiciales, demasiado unilateralmente, desligándose de cualquier descripción fija y sin vinculación a la ley. La fórmula, recurrente en las últimas sentencias, de que la autoría ha de «indagarse valorativamente por parte del tribunal sobre la base de todas las circunstancias» [4], no supone avance alguno, porque exactamente al igual que la poco clara "consideración global" judicial, de la que se solía hablar en las deliberaciones de la Comisión [5], conduce en la práctica a renunciar a la articulación ordenada razonablemente del ámbito de la participación y consiguientemente a consideraciones judiciales sobre merecimiento de pena que degradan el dominio del hecho a un lema huero [6]. Tan sólo el procedimiento descriptivo aquí desarrollado, que deja abiertos algunos huecos, estrictamente limitados, para la decisión valorativa del caso concreto, puede preservar al concepto de dominio del hecho de la difuminación de contornos propia de la inicial fórmula del *animus*.

En cambio, en principio es correcto que GALLAS califique al dominio del hecho como «el resultado de una contemplación a la vez final y valorativa» [7], porque sus valoraciones apuntan a captar elementos de articulación objetivos. Pero también GALLAS sobreestima el alcance del procedimiento teleológico al creer poder juzgar como dominio del hecho (como ocurre en el supuesto del "instrumento" no cualificado) la mera determinación al hecho ajeno merced a la equivalencia delictiva derivada de la especial infracción de deber [8].

II. ¿Es el dominio del hecho, tal como se nos presenta, un concepto descriptivo o normativo? Si se delimitan los elementos normativos con respecto a los descriptivos sobre la base de que aquéllos se refieren a datos

[4] Cfr. la sentencia básica *BGHSt*, 8, p. 396; por lo demás, la panorámica *supra*, pp. 109 ss.
[5] Cfr. al respecto *supra*, pp. 130-131.
[6] Al respecto, en profundidad, pp. 128-139.
[7] *Gutachten*, p. 128.
[8] Al respecto *supra*, pp. 278-284.

«a los que sólo cabe concebir presuponiendo lógicamente una norma» [9], se trata entonces de un fenómeno que coincide ampliamente con lo que hemos designado mediante el concepto de lo teleológico. En esa medida podemos remitirnos a lo dicho *supra*.

Por el contrario, si se comprende en lo descriptivo aquello que es perceptible sensorialmente, mientras que en lo normativo lo sólo inteligible espiritualmente [10], el dominio del hecho sigue siendo un concepto normativo en una medida sensible. La verificación de la autoría mediata y de la coautoría, que se basan respectivamente en la dirección configuradora de sentido del curso causal y en la dependencia funcional, requieren un acto de intelección espiritual. E incluso en la autoría simple sólo es posible hablar de un criterio descriptivo en la medida en que los tipos se compongan de elementos perceptibles sensorialmente.

En resumen, cabe hacer constar que aquí, y en general en el desarrollo del concepto de dominio del hecho, hemos sustituido la "unilinealidad" metodológica por un procedimiento que deja a los distintos puntos de vista su justo valor relativo, y frente a la unilateralidad abstracta de todo punto de vista tomado con carácter absoluto hace valer la concreta plétora de significado de la autoría. Este principio, cuyos efectos se mostrarán también en lo sucesivo al abordar el encuadramiento del dominio del hecho en la historia doctrinal, frente a la tendencia aún prevalente a separar antitéticamente aspectos parciales, se ha visto hasta ahora muy descuidado. Sólo los esfuerzos de GALLAS por lograr una síntesis de modos de considerar finales y valorativos han conducido en este ámbito a resultados fructíferos.

Recientemente también Arthur KAUFMANN [11] señala que en el tratamiento de la doctrina de la autoría «el error [estriba] en la exclusividad con la que se ponen en circulación aspectos parciales de un todo» [12]. Sólo cabría llamar correcta a aquella teoría que procurara reunir puntos de vista causales, finales, psicológicos y normativos. Lo cual es absolutamente acertado. En cambio, no puedo estar de acuerdo con él cuando aprueba la sentencia BGHSt 8, 393 ss. [13], «precisamente porque esta sentencia no sigue unilateralmente ninguna de las opiniones defendidas en la doctrina» [14]. A mi juicio, en este caso, como en general suele ocurrir en la jurisprudencia del BGH, se trata del método erróneo consistente en fundir distintas concepciones

[9] ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, p. 147.
[10] WELZEL, *Strafrecht*, 7.ª ed., pp. 68 ss.; sobre otros significados de esta pareja de conceptos, ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 127 ss.; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*.
[11] *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 82.
[12] Aquí acaso haya que entender asimismo: como el todo.
[13] Cfr. simplemente *supra*, pp. 116-118.
[14] *Op. cit.*, p. 82, nota 176. Que en cuanto al resultado la sentencia sea correcta es cuestión distinta.

de manera que, según se quiera, tan pronto se emplea este procedimiento como aquél, sin delimitar entre sí el alcance de los distintos planteamientos. Por esa vía todo queda en el fondo abierto y no se llega a un concepto con contenido, sino a un concepto indeterminado en el sentido descrito *supra* [15], que deja la doctrina de la autoría a merced de la inseguridad jurídica y de los juicios de sentimiento arbitrarios.

La teoría aquí mantenida, pues, no tiene que malinterpretarse: el apartarse de la unilateralidad metodológica no significa incurrir en lo genérico y en lo que no compromete, ni tampoco preconizar puntos de vista cambiantes para cada caso. Más bien requiere una minuciosa elaboración en profundidad de toda la materia jurídica y la determinación exacta de en qué modo se imbrican las distintas formas de considerar, cuándo y cómo han de emplearse y dónde hallan sus límites.

§ 31. POSICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA HISTORIA DOCTRINAL

También aquí tenemos ya realizadas las labores previas: conocemos las teorías de la autoría iniciales en tanto que siguen brindando puntos de partida útiles para el estado actual de la problemática y podemos calibrarlas por los resultados del concepto de dominio del hecho descrito pormenorizadamente.

La teoría del dominio del hecho, en la medida en que ha buscado apoyo en anteriores teorías sobre la participación, ha sido desarrollada desde puntos de partida contrapuestos. LANGE, WELZEL, BOCKELMANN, BUSCH, VON WEBER y asimismo la jurisprudencia del BGH que opera con el concepto de dominio del hecho, proceden de la teoría subjetiva, mientras que, por ejemplo, GALLAS y SAX han obtenido su concepción partiendo de una ampliación de la teoría objetivo-formal [1]. Todas las demás concepciones mantenidas a los comienzos, relativas a la delimitación entre autoría y participación, no han ejercido influencia demostrable en el estado actual de la problemática.

Por consiguiente, la teoría del dominio del hecho parece presentarse en la historia doctrinal como una síntesis de las teorías subjetiva y objetivo-formal. Sin embargo, con este planteamiento la imagen se simplifica indebidamente, pues bien es verdad que el dominio del hecho presupone en realidad, alternativamente, los elementos subjetivos y objetivos más heterogéneos; pero las ideas básicas de ambas teorías, que no pueden armonizarse sin más mezclándolas meramente, sólo se manifiestan en el principio del

[15] Pp. 128-139.

[1] Sobre la tesis de BAUMANN, *JZ*, 58, p. 231, y *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444, que en WELZEL habla de teoría "puramente objetiva" y en GALLAS de "delimitación subjetiva"; *cfr.* ya *supra*, p. 88.

dominio del hecho de una manera sumamente limitada, mientras que, por otra parte, para averiguar el dominio del hecho suelen ser determinantes consideraciones que no cabe explicar desde puntos de vista subjetivos u objetivo-formales, sino que están prefigurados de un modo u otro en teorías más antiguas. A la vista de lo cual resulta, en síntesis, el siguiente panorama:

1. *La teoría subjetiva de la participación,* en su variante de la teoría del dolo, aporta en principio a la idea del dominio del hecho la necesidad de dolo: no es concebible una voluntad de autor sin dolo, y no es posible una subordinación a una voluntad a la que le falte la referencia al resultado. Asimismo, mediante la fórmula del "dejar a criterio" esta teoría capta acertadamente la dependencia del partícipe con respecto al autor, si bien sólo en su reflejo subjetivo [2]. Por el contrario, nada puede aportar para fundamentar positivamente el concepto del dominio del hecho: ni el dominio de la acción ni el de la voluntad, ni el principio del dominio del hecho funcional cabe plasmarlos con alguna exactitud mediante los criterios de la teoría del dolo. Para los pormenores podemos remitirnos a anteriores reflexiones [3].

II. *La teoría objetivo-formal* escoge un punto de partida ya desligado de la consideración causal estrictamente objetiva, si bien material y metodológicamente acertado desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho [4]; con tal de resaltar nítidamente el principio final que subyace en ella sin estar desarrollado, esta teoría se ajusta plenamente a la idea del dominio de la acción.

Sin embargo, ahí reside su limitación: para entender el dominio del hecho funcional y la autoría mediata no aporta nada [5]. Antes bien, si la peculiaridad de estas formas de autoría se impone es contra la unilateralidad de la teoría objetivo-formal que, frente a la realidad, restringe el ámbito de la autoría.

III. *La teoría de la necesidad* contiene, bajo ropaje causal, el elemento decisivo para el dominio conjunto del hecho: la idea de que la aportación al hecho de cada coautor tiene que ser necesaria para la ejecución, de manera que su retirada anula la estructura de la acción que surge de la imbricación de todas las acciones individuales.

El punto flaco de esta concepción estriba en que la necesidad y la importancia de una función dentro de la concreta ejecución de la acción no pueden captarse mediante una pura consideración causal, sino que más bien hace falta el entendimiento del sentido de todos los rasgos esenciales y un enjuiciamiento judicial valorativo del caso concreto que surja de esa base [6].

[2] Cfr. al respecto *supra*, pp. 343-344.

[3] Pp. 149 ss., 163 ss. y 303 ss.

[4] Al respecto, con más detalle, *supra*, pp. 52-56.

[5] Cfr. ya *supra*, pp. 54-56.

[6] Cfr. en concreto pp. 310-313 (311).

IV. *La teoría de la simultaneidad* pone de relieve acertadamente la idea, también válida para la teoría del dominio del hecho, de que la ejecución conjunta, la coautoría en la realización del tipo, sólo es posible allí donde se ha aportado una acción, no en la fase preparatoria, sino en la ejecutiva. Bien es verdad que el principio de la interdependencia funcional de todas las partes del hecho no está contenido en el concepto de simultaneidad. Pero como el éxito de un plan requiere la sintonía cuidadosa de las distintas aportaciones individuales, en general cabrá decir que para la propia ejecución no suele recurrirse a fuerzas superfluas. Por eso, dada la cooperación activa en el instante de la realización del tipo, normalmente habrá que afirmar la coautoría.

No obstante, aquí reside, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, la falla de esta teoría. La idea de la simultaneidad es, comparándola con el concepto de dominio del hecho funcional, demasiado inespecífica. Descompone los actos individuales en acciones cronológicamente paralelas más de lo que pondría de manifiesto su relación recíproca. Consiguientemente, tiene que conducir a soluciones incorrectas allí donde a una de las acciones aportadas en la fase ejecutiva en el caso concreto no le corresponda función relevante alguna [7].

V. *La teoría de la causalidad física y psíquica* comprende, asimismo, un factor esencial para el concepto de dominio del hecho que aquí se mantiene, factor que se puede expresar señalando que no cabe hablar de dominio donde la realización última del tipo dependa aún de la decisión única y responsable de otro. Por esta circunstancia no llega a darse la coautoría de quien interviene sólo en la fase preparatoria, así como tampoco la autoría mediata del sujeto de detrás cuyo influjo volitivo no anula la responsabilidad del sujeto interpuesto y de aquel que no puede eludir la libre decisión de éste desde un superior grado de dominio del hecho.

De todos modos, la valiosa idea fundamental de esta teoría queda bastante oscurecida por su deficiente formulación "causal", puesto que la libertad y la responsabilidad de una decisión de voluntad, a la que aquí se atiende, no puede expresarse adecuadamente a través de gradaciones del concepto causal. Cuando, por ejemplo, FRANK, tan pronto como la presión volitiva del sujeto de detrás ha alcanzado el límite del estado de necesidad coactivo, convierte de repente la causalidad psíquica en causalidad física [8], evidencia que lo que aquí resulta no es una modificación de la causalidad, sino únicamente una diferencia para el enjuiciamiento de las condiciones de dominio que capte el sentido. Y el concepto del dominio del hecho funcional se sustrae completamente a los criterios de lo psíquico y de lo físico [9].

[7] Cfr. *supra*, pp. 63 y 308-310.
[8] 18.ª ed., ante § 47, II, p. 104.
[9] Lo cual puede colegirse fácilmente de los supuestos tratados *supra*; cfr. pp 66-67.

VI. Las doctrinas de DAHM y RICHTER, calificadas más arriba como *"teoría de la supremacía"*, con arreglo a las cuales las partes de los coautores individuales son equivalentes entre sí, mientras que las aportaciones al hecho de los partícipes se presentan como limitadas y subordinadas, contienen un punto de vista determinante también para la teoría del dominio del hecho. En efecto, debido a la dependencia funcional de las partes del hecho cada uno de los coautores tiene el curso del hecho en sus manos y en esa medida es equivalente en su importancia para el acontecer global; la mera complicidad, en cambio, contribuye a surtir efecto sólo en la preparación o desempeña una función de segundo orden, de manera que su participación aparece de hecho como subordinada.

El punto flaco de esta concepción, frente a un cabal concepto de dominio del hecho, reside en que no avanza, más allá del punto de vista puramente normativo y formal de la equivalencia, hacia criterios de enjuiciamiento determinados [10], no advirtiendo que el concepto del dominio del hecho es adecuado para proporcionar contornos precisos a la amplitud, propia de cláusula general, de un concepto valorativo tan indeterminado. La teoría de la supremacía se detiene precisamente allí donde comienza la verdadera labor de la teoría de la participación.

VII. Entendiendo el concepto de dominio del hecho tal como se expone aquí, con el trasfondo de su evolución histórica global, se advierte que no cabe concebirlo ni como derivado de la doctrina final de la acción ni como desarrollo ulterior de una concreta teoría de la participación. Todos los intentos de derivación limitados en este sentido sitúan la teoría del dominio del hecho sobre una base demasiado reducida. En realidad, todas las teorías aquí expuestas, en algunos casos resucitadas del olvido, aportan elementos concretos a la idea del dominio del hecho. Lo cual no ha de sorprender, pues lo que sería bastante extraño es que hubieran sido en gran parte estériles los esfuerzos desplegados a lo largo de más de un siglo por entender el concepto de autoría.

Si, a tenor de lo señalado, el concepto de dominio del hecho puede volver la vista atrás hacia precursores en casi todos sus rasgos concretos, se plantea la cuestión de dónde reside en realidad el significado autónomo de esta teoría. ¿No ocurrirá, como dice BAUMANN [11] acerca de las teorías subjetiva y objetivo-formal, que precisamente la idea del dominio del hecho no representa, con respecto a ellas, ningún hallazgo original? ¿Y no habrá que darle la razón a ENGISCH [12] cuando indica que el concepto de dominio del hecho no lleva "en lo esencial más allá de otras ideas afines, más antiguas»?

[10] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 68-69.
[11] *JZ*, 1958, p. 232.
[12] *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383.

A mi juicio, el significado de esta teoría estriba en algo distinto y más trascendental que toda la originalidad de sus rasgos particulares: el principio del dominio del hecho forma el justo medio antes oculto, la idea básica oscuramente perseguida por todos los esfuerzos que la precedieron; significa el núcleo en el que convergen las líneas aparentemente enmarañadas de la evolución histórica doctrinal, el centro de sentido que precisamente hace destacar el contenido que queda en las posturas contradictorias entre sí.

Así pues, no se trata de un ensamblaje sincrético de teorías: el concepto de dominio del hecho no está compuesto *a posteriori* de fragmentos de teorías anteriores, sino que los heterogéneos puntos de partida de los intentos precedentes sólo reciben su significado por su referencia a la idea del dominio del hecho. En este sentido cabe hablar sin duda de un "descubrimiento jurídico", pues su esencia reside precisamente en el ámbito de la ciencia jurídica, no en que, habiendo quebrado bruscamente la evolución histórica doctrinal, haya conducido a resultados inesperados y fuera del marco de dicha evolución. El "descubrimiento" consiste más bien en la comprensión y formulación afortunada de una idea básica, concebida de modo sólo parcial en multitud de conatos, que en cierto modo "estaba en el aire" y que sólo al final fue puesta con claridad de manifiesto, coronando y cerrando así una larga evolución. A partir de esta circunstancia se explica también que desde el origen de la teoría del dominio del hecho todas las demás teorías hayan ido pasando a un segundo término o hayan intentado aproximarse a ella mediante toda clase de modificaciones.

Con lo cual no quiere decirse que la idea del dominio del hecho haya esclarecido definitivamente toda la problemática de la autoría, pues, por una parte, su configuración aún es sumamente controvertida en los detalles y, por otra, las propuestas de solución que aquí se desarrollan pueden ser aún mejorables; además, tampoco ha significado el descubrimiento de una panacea con la que deducir a voluntad resultados para cada situación que surja; más bien cada nuevo grupo de casos que aparezca va a requerir un análisis autónomo de las estructuras de dominio en que se base. Pero, ante todo, lo que requiere investigación pormenorizada es el alcance del principio del dominio del hecho. Hay que verificar si en los delitos omisivos y en los imprudentes no habrá que enjuiciar la autoría con arreglo a criterios totalmente distintos. Y asimismo hace falta examinar si en los delitos dolosos de comisión, mediante el punto de vista del dominio del hecho, está acertadamente determinada en todos los casos la figura central del suceso de la acción. Éste es precisamente el problema que vamos a abordar en el capítulo siguiente.

§ 32. POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

¿Es la autoría un problema del tipo objetivo o del subjetivo, del injusto o de la culpabilidad? ¿O se encuentra, como "manifestación especial del delito", fuera del sistema articulado del delito?

I. EL DOMINIO DEL HECHO COMO ELEMENTO DEL SISTEMA

El que domina el hecho es un componente necesario del sistema del delito. Si se quisiera, como propugna la doctrina tradicional, desligar al autor de la estructura del delito, el sujeto del delito aparecería sistemáticamente como aquel que meramente causa, antijurídica y culpablemente (y así, en la mayoría de los delitos, obrando dolosamente), un resultado típico. Autoría, inducción y complicidad, pues, se derivarían con posterioridad de un concepto superior de sujeto del delito que se extendería como una nube sobre las formas de participación.

Pero ésa es una postura incorrecta que no satisface el concepto de tipo ni el de autor.

1. Los tipos legales no son abstracciones descoloridas, sino que representan el intento de plasmar gráficamente, con todos los rasgos personales, a la figura central del suceso de la acción [1]. Cuando el legislador, en el § 243, párrafo 1, número 2, describe los requisitos del robo con fuerza, a buen seguro que como sujeto de este delito no se representa —por volver al antiguo ejemplo de WEGNER— [2] a la «abuela ciega del dueño del garito» que «anudó la escalera de cuerda para la ejecución del robo». Y sin embargo, ésta ha sido dolosamente causal del resultado típico, de manera que para la concepción que aquí se rechaza, la diferencia entre ella y los que han escalado por la fachada e irrumpido en el domicilio no tendría trascendencia en el tipo.

Si esto fuera correcto, llevar a cabo de propia mano la acción típica no tendría el efecto fundamentador de dominio del hecho que aquí, coincidiendo con la doctrina dominante, se le atribuye, pues si inductor y cómplice se ajustan exactamente de la misma manera a lo descrito en los tipos, de tal descripción niveladora de las formas de participación no pueden resultar puntos de apoyo para el concepto de autor. Por eso, tal concepción tiene que tender a desplazar las diferencias a lo subjetivo. Su refutación no se deduce sólo de lo dicho *supra* en general con respecto al concepto de autor, sino también a partir del sentido de los tipos, que no permite decir del

[1] Cfr. pp. 42 ss. y *passim*.
[2] *Strafrecht*, p. 249.

que simplemente ha causado con dolo (por ejemplo, de la mencionada abuela ciega) que ha sustraído cosas ajenas con fuerza en las cosas y que por tanto su acción coincide con la típica.

Así pues, el autor es ya un componente de la descripción del hecho y no algo que se añada sólo con posterioridad. De donde se deduce que la teoría del dominio del hecho constituye un concepto restrictivo de autor. La calificación de restrictivo no se entiende en este contexto en el sentido de la teoría objetivo-formal, sino en el de que sólo actúa típicamente de modo primario aquel que aparece como señor del hecho de la realización delictiva. La inducción y la complicidad se presentan así como causas de extensión de la pena.

2. Sin embargo, la postura de que la distinción entre autoría, inducción y complicidad no puede añadirse con posterioridad a la verificación de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad resulta también de la necesidad, fundamentada *supra*, de un concepto de autor "primario" [3]. En efecto, la opinión contraria ciertamente no obtiene la figura del autor secundariamente, tras negar la participación; pero las tres formas de intervención son, según ella, derivaciones, simplemente especificadoras, del concepto general del sujeto del delito. Lo cual contradice el sentido de la división trimembre, pues el legislador no quiere conminar con pena en general toda causación culpable de resultado, sino que sólo quiere abarcarlas desde el principio en tanto que concurra una de las tres formas de intervención. En otro caso sería posible que un sujeto obrara típica, antijurídica y culpablemente y, sin embargo, no fuera castigado porque al final resultara que no se daban los requisitos de la autoría, ni de la inducción ni de la complicidad; caso que, por ejemplo, en los delitos de propia mano, que se tratarán *infra*, tiene gran importancia práctica. Las formas de intervención se manifestarían, pues, como causas de restricción de la pena [4], o, por expresarlo exageradamente, como instrumentos para la creación *a posteriori* de lagunas de punibilidad, cuando son las que verdaderamente constituyen la punibilidad.

II. EL DOMINIO DEL HECHO EN RELACIÓN CON EL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD

Mientras que la opinión de que al concepto de autor le corresponde una "significación central" en la estructura de la teoría del delito, en conexión con WELZEL [5] ha triunfado entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, queda por aclarar la cuestión de cómo hay que estructurar sistemáticamente en concreto los elementos del dominio del hecho.

[3] Cfr. pp. 43-45.

[4] Ya *supra*, pp. 46-48; en polémica con LANGE se ha expuesto que la teoría extensiva representa un concepto de autor secundario socapado.

[5] Cfr. simplemente *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 89.

1. Rechazo de la "autoría indiciaria"

Ha de rechazarse la limitación del concepto de autor a un tipo indiciario que no abarque la ausencia de los requisitos de la justificación. El que abate a otro en legítima defensa putativa no es autor de un homicidio del § 212 StGB. Debido a su desconocimiento de la situación le falta el dominio del hecho, de manera que sólo cabe castigarlo a lo sumo por homicidio imprudente [6]. Ésta es una consecuencia del concepto de dolo y sólo mediatamente un problema de la doctrina de la participación [7].

2. La autoría como manifestación del injusto

La autoría es más bien la forma de injusto típico correspondiente a la descripción del delito, a la que, en virtud de las normas especiales de los §§ 48 y 49 StGB, se conectan inducción y complicidad como ampliaciones de la pena. En este lugar tiene que encontrar su puesto en la teoría del delito, y al verificar los casos concretos [7a], y ello tras haber constatado los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo de injusto. Es un residuo de la concepción, rechazada *supra*, de la desvinculación sistemática de las formas de intervención, que el "centro de acción personal del injusto", al que el propio WELZEL asigna "importancia central" para el injusto, no aparezca en su estructura del delito proyectada para la resolución de casos prácticos [8]. Más bien resulta la siguiente imagen de la teoría del injusto:

<table>
<tr><td colspan="4">EL INJUSTO TÍPICO</td></tr>
<tr><td colspan="2">EL HECHO</td><td colspan="2">LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN</td></tr>
<tr><td>objetivamente</td><td>subjetivamente</td><td>objetivamente</td><td>subjetivamente</td></tr>
<tr><td rowspan="2">TIPO INDICIARIO</td><td rowspan="2"></td><td>I. AUTORÍA</td><td>las circunstancias objetivamente fundamentadoras de la autoría</td><td>el conocimiento de esas circunstancias</td></tr>
<tr><td>II. INDUCCIÓN</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>CONTRATIPOS (Causas de justificación)</td><td></td><td>III. COMPLICIDAD</td><td></td><td></td></tr>
</table>

[6] En sentido distinto para el concepto de autor expresamente GALLAS, *Gutachten*, p. 132.

[7] Cfr. al respecto *supra*, p. 228, y con respecto a las cuestiones de error mi obra *Offene Tatbestände*, pp. 111 ss.

[7a] Completamente de acuerdo ahora STRATENWERTH, *Juristenjahrbuch*, 1961-1962, pp. 208-209.

[8] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 478 ss.

Así pues, han de comprobarse en primer lugar los requisitos objetivos del injusto; después, el dolo, y a continuación se investiga si concurren autoría, inducción o complicidad. Al dilucidar las formas de intervención, a su vez, ha de verificarse al principio si se dan los requisitos objetivos de la autoría, esto es, la circunstancia de si, por ejemplo, el sujeto ha determinado el hecho por medio de un ejecutor no doloso; después ha de averiguarse si el que ha determinado conocía esta circunstancia, esto es, si, por ejemplo, sabía que había instigado a alguien que sufría error. Habiéndose afirmado todo esto, el agente es autor del injusto típico y ha de verificarse entonces la culpabilidad.

Esta panorámica muestra que el concepto de dominio del hecho no cabe comprenderlo mediante una división entre elementos objetivos y subjetivos desligada de los demás requisitos del injusto. La realización externa de los elementos del tipo y la ejecución final de este resultado son las que, más bien, vuelven a formar, en su unidad, la base "objetiva" sobre la que puede plantearse la cuestión del dominio del hecho. Éste, a su vez, requiere tanto los requisitos externos fundamentadores del dominio como su conocimiento subjetivo. Al respecto hay que tener en cuenta que estos dos últimos elementos sólo forman una unidad dialéctica separada. De no producirse el conocimiento tampoco cabe hablar ya de dominio del hecho "objetivo".

3. La indiferencia del concepto de autor con respecto a la culpabilidad

Representa un difícil problema la relación del concepto de autor con la culpabilidad. Los autores próximos a la teoría del dominio del hecho suelen considerar al "autor" como elemento integrante de la teoría del injusto, pero en ocasiones también se le conecta con el concepto de culpabilidad [9]. A mi juicio, la situación es la siguiente:

La ausencia de culpabilidad, por ejemplo, la concurrencia de una situación coactiva, no excluye la autoría, siempre que se hayan realizado sus requisitos, ya descritos antes individualizadamente. Cuando WELZEL [10] en tales casos convierte de buenas a primeras la autoría en "complicidad inculpable", no sólo incurre en contradicción sistemática con su teoría de la autoría orientada sólo al injusto, sino también en desconocimiento del concepto de dominio del hecho [11]. Del mismo modo, el que coacciona sigue siendo autor mediato (si bien inculpable) aunque sea un enfermo mental. Así pues, en esta medida el concepto de autor es indiferente con respecto la culpabilidad, debiendo

[9] Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *SchwZStr,* 1956, pp. 235 ss.; H. MAYER, *Lehrb.,* pp. 303 ss.

[10] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 91, como aquí en este punto GALLAS, *Gutachten,* p. 133; Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* p. 165, nota 187.

[11] Lo cual ya se expuso *supra* con detalle en la fundamentación del dominio de la acción, cfr. p. 156.

rechazarse la postura de Hellmuth MAYER de que autor es «quien de modo plenamente responsable realiza el tipo en sus aspectos volitivo y fáctico».

Otras dos cuestiones conectadas con el problema de la culpabilidad se tratarán específicamente en los dos apartados siguientes.

4. La doctrina del dominio del hecho como argumento en favor de la pertenencia del dolo al tipo

Desde la perspectiva del concepto de dominio del hecho apenas es posible sistemáticamente incardinar en la culpabilidad el dolo y otros requisitos psíquicos, desmembrando así el concepto unitario y dejando en el plano del injusto sólo un componente "objetivo" [12].

Haciendo abstracción de las formas de participación, la teoría objetiva del injusto no deja de ser una concepción razonable desde sus premisas e incluso, con algunas limitaciones [13], viable en coherencia sistemática, puesto que el efecto producido —por ejemplo, la muerte de una persona— no se ve alterado en su calidad de resultado porque el agente la haya causado dolosa, imprudente o inculpablemente.

Pero ante todo, en el dominio del hecho, a diferencia de en el binomio "resultado-dolo", es imposible someter sus componentes objetivos y subjetivos a valoración sistemática separada. No quedarían entonces unidades de sentido de índole externa o psíquica entendibles aisladamente, recíprocamente complementarias y reunibles como se quiera, sino que el concepto entero se diluiría en la nada, como es fácil demostrar:

Si un médico ruega a su colega, que nada sospecha, que le inyecte a un paciente con una jeringuilla envenenada, no es posible decir que el colega ejecutor tenga "objetivamente" el dominio del hecho y que no sepa nada simplemente porque le falta el dolo. Lo que ocurre es sencillamente que no tiene el dominio del hecho. La idea de un dominio del hecho "objetivo" entendido en estos términos sería una *contradictio in adiecto*; sería tan absurdo como si en un delito imprudente cupiera hablar de una acción "objetivamente dolosa". Si se quisiera extraer el dolo del tipo de injusto ya no sería dable hallar lo que habría que examinar en este ámbito desde la perspectiva del dominio del hecho.

A la inversa, tampoco existe un dominio del hecho "subjetivo" que haga abstracción de las posibilidades objetivas de dominio. El dolo, en sí mismo, no se encuentra en relación más estrecha con la autoría que con la inducción o la complicidad. Y todas las demás ideas e impulsos volitivos internos sólo

[12] Así, no obstante, NOWAKOWSKI, *JZ,* 1956, p. 545.

[13] Al respecto, diferenciando sutilmente, ENGISCH, *Festschrift für Rittler,* pp. 165 ss.

tienen trascendencia para el dominio del hecho en tanto que surten efecto en el curso externo del suceso. Desvinculándolos de éste, no se obtiene un dominio del hecho "subjetivo", sino reflexiones e impulsos emocionales no aptos para configurar, y absolutamente irrelevantes para, el dominio del hecho. A fin de evaluarlos podemos remitirnos a lo que indicábamos *supra* con respecto a la "voluntad de dominio del hecho" y al "sentimiento de autor" [14].

Siendo, por consiguiente, inviable la separación sistemática entre elementos del injusto y de la culpabilidad —como la que hubo que llevar a cabo, con arreglo a la estructura del delito legada por la doctrina causal de la acción— sólo queda ya una posibilidad de salvar para la culpabilidad el dolo y el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del dominio: habría que tratar como problema de culpabilidad todo el concepto de dominio del hecho y, por tanto, la delimitación de las formas de participación.

Pero ya a primera vista se revela que esta vía está descartada. A través de ella no sólo se vaciaría por completo el concepto de tipo, reduciéndolo a meros cursos causales. También se desconocería que la delimitación de las formas de intervención no tiene nada que ver con la reprochabilidad. El inductor que se queda en segundo plano y el cómplice pueden actuar en ciertos casos tan reprochablemente como el autor. También desde el punto de vista del Derecho positivo esta postura contradiría el principio de la accesoriedad limitada.

De cuanto antecede resulta que partiendo de la teoría del dominio del hecho cabe obtener un argumento autónomo en favor de la pertenencia del dolo al tipo [14a]. Así pues, no habría sido necesaria, como ocurrió en la evolución histórico-doctrinal determinada en este punto por WELZEL, la teoría de la acción para que esta idea se abriera paso. Es posible mantener otra doctrina de la acción y deducir una posición del dolo coincidente con la doctrina final de la acción únicamente a partir de la idea del dominio del hecho (al margen de otros puntos de vista, no abordables aquí). Lo cual se ajusta a una consideración que ya sugeríamos al principio, al analizar la teoría objetivo-formal [15]: también esta teoría, en la que ya se encuentra prefigurada la idea del dominio de la acción, de haber sido examinada en profundidad desde puntos de vista sistemáticos, habría tenido que conducir a superar la concepción objetivo-causal del tipo.

[14] Cfr. pp. 345-347.

[14a] Para adelantarme a posibles malentendidos: en lo expuesto únicamente se alude al dolo en tanto que es idéntico a la finalidad. Si ha de ostentar elementos de la culpabilidad que la trasciendan —la cuestión se dejó abierta *supra*, pp. 202-214 (213 s.)— obviamente no se prejuzga su ordenación sistemática.

[15] Cfr. *supra*, pp. 52-56.

5. Elementos de la culpabilidad fundamentadores de autoría

Aun cuando se trate el dolo en el ámbito del injusto, no cabe negar que para fundamentar el dominio del hecho hasta ahora hay que recurrir a elementos que, con arreglo a la opinión dominante en la actualidad, han de atribuirse indudablemente a la culpabilidad. Piénsese simplemente en el caso en que un sujeto aprovecha a conciencia el error de prohibición de otro, convirtiéndose así en autor mediato [16]. Si aquí ambos sufrieran el mismo error, el que instiga sólo podría ser inductor. Por tanto, es innegable que la consciencia del injusto material de un comportamiento hace posible que el sujeto de detrás tenga el dominio del suceso. Así pues, si se quiere practicar la distinción de las formas de cooperación en el ámbito del injusto no es posible evitar el tener en cuenta ya aquí la consciencia de la dañosidad social en tales casos. Un grupo de casos más raro resulta cuando un sujeto que entrevé por completo la situación sustancial y jurídica se sirve, para realizar sus planes, de otra persona que supone erróneamente los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, por ejemplo, del estado de necesidad (§ 54 StGB) [17]. Si aquí, como ya hacíamos *supra*, para fundamentar el dominio del sujeto de detrás no atendemos en primer lugar a la situación de constreñimiento psíquico del agente, sino a su error, la posibilidad de dirección por parte del no ejecutor se basa en su conocimiento de todos los presupuestos de la culpabilidad que en él, a diferencia de en el autor directo, sí concurre.

Tales casos no son encuadrables fácilmente en las categorías de la sistemática tradicional; lo que no debe extrañar si se repara en que en la estructura del delito clásica no se tenía previsto ningún espacio para las formas de participación, que incluso entre los finalistas están en buena medida por aclarar los elementos del concepto de autor, que van vagando sin lugar fijo en el sistema y que, por último, la articulación de la teoría del delito hasta ahora nunca se ha analizado a fondo autónomamente desde esta perspectiva. No es éste el lugar de proyectar un nuevo sistema del delito a la vista de la teoría de participación, puesto que a tal efecto sería necesario (para evitar desembocar en insatisfactorias construcciones *ad hoc*) incorporar todas las cuestiones de la Parte General, necesidad cuya satisfacción sobrepasaría el espacio de esta monografía; cuanto más que, como lo que aquí nos ocupa ante todo es un problema material (los requisitos de la autoría), las cuestiones sistemáticas presentan una importancia relativamente secundaria.

Si, por tanto, en este lugar no hacemos tambalearse los pilares en los que se sustentan la estructura sistemática "clásica" y "final", resulta lo siguiente: al indagar la autoría puede ser necesario en el caso concreto, en el contexto

[16] Cfr. al respecto, en profundidad, *supra*, pp. 216 ss.

[17] Al respecto con más detalle *supra*, pp. 231 ss.

de la comprobación del injusto, adelantarse al ámbito de la culpabilidad y tener ya ahí en cuenta determinados elementos pertenecientes sistemáticamente a ella. Lo cual no significa difuminar los límites entre injusto y culpabilidad. Aun cuando algunos elementos de la culpabilidad cofundamenten su dominio del hecho, el autor puede obrar no culpablemente debido a otras circunstancias, por ejemplo, porque es un enfermo mental, o no es mayor de edad o está coaccionado.

Pero ante todo tales criterios, por ejemplo la consciencia de la antijuricidad material, de ningún modo se presentan a la comprobación de la autoría como aspectos de la culpabilidad. Cuando un sujeto entrevé la situación jurídica y aprovecha el error de prohibición de otro, no es señor del hecho porque su comportamiento sea más culpable que el del otro, debido a que, por ejemplo, merezca un reproche especialmente grave; donde esto tiene que examinarse es en el ámbito de la culpabilidad. Más bien es autor mediato por la sola razón de que su conocimiento más amplio le hizo posible la dirección con sentido del curso del suceso, cuestión que no tiene que ver en absoluto con la reprochabilidad. El "ensamblaje" de injusto y culpabilidad se refiere, pues, sólo al sustrato del enjuiciamiento; un dato empírico único desempeña su papel desde ambos puntos de vista; pero no es que resulten mezclados los ámbitos porque la especificidad del injusto se viera influida por la reprochabilidad individual.

Vista la realidad a esta luz, las mencionadas peculiaridades del concepto de dominio del hecho constituyen un fenómeno que por lo demás no es poco común en el pensamiento sistémico moderno. Así, difícilmente podrá discutirse que el dolo, aunque se le considere como elemento subjetivo del tipo o incluso como elemento de la acción, a la vez adquiere un significado esencial como especial grado de culpabilidad [18]. Por consideraciones análogas, si bien parcialmente en otros contextos, HARDWIG [19] ha llegado a aventurar que la culpabilidad [20] forma parte «en todo su alcance del injusto». Sea como fuere, en cualquier caso es equivocado entender que una circunstancia que tiene importancia para el tipo o la culpabilidad ya por eso haya de estar "agotada" para, en cada caso, la otra categoría de la estructura del delito.

Baste con lo dicho, que será suficiente si se ha hecho ver que la autoría, incluso en estos supuestos especiales, sigue siendo un problema del injusto. Asimismo, ojalá pongan de manifiesto estas indicaciones en qué dirección hay que continuar reflexionando para superar sistemáticamente, resolviéndolas, las cuestiones que surjan en este ámbito.

[18] Cfr. al respecto mi *Offene Tatbestände*, pp. 112 ss. Enlazando con ello ahora WIETHOLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, pp. 61 ss.

[19] *ZStW*, t. 68, 1956, p. 31, nota 25.

[20] Se quiere decir: su sustrato material.

CAPÍTULO NOVENO

EL CONCEPTO DE AUTOR DE LOS DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN

§ 33. ALCANCE DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

I. EL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO GENERAL DE AUTOR

Ahora ya conocemos la índole del concepto del dominio del hecho. Pero ¿cómo cabe demostrar que el legislador no considera autor de los delitos dolosos sino al que domina el hecho? Dado que la ley no brinda ninguna definición del concepto de autor y que los trabajos preparatorios del Código penal no dejan entrever puntos de partida aprovechables, sólo hay dos vías para evidenciar una solución en tal sentido: una "positiva" y otra "negativa".

1. La fundamentación "positiva" de la teoría del dominio del hecho requiere que se ponga de manifiesto que el concepto de autor es correcto en cuanto a su punto de partida y en cuanto a su aplicación, así como que se ajusta a los fundamentos legales. Ello se ha intentado en capítulos anteriores, donde se ha mostrado que el autor ha de contemplarse como la "figura central del suceso de la acción". En la tarea de dotar de contenido a este concepto de cláusula general y en principio formal nos hemos encontrado con los criterios del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio del hecho funcional, todos los cuales se presentan como manifestaciones del principio general de dominio del hecho.

Así pues, no es que partiéramos de un concepto preconcebido de dominio del hecho, que requiriese legimitación *a posteriori*. Más bien hemos estado buscando, y gradualmente construyendo, un concepto general de autor para cuya calificación sintética se reveló como especialmente apto el elemento del dominio del hecho.

A lo largo de la investigación se ha ido poniendo de manifiesto que lo que consideramos como concepto general de autor, asignándole la deno-

minación de "dominio del hecho", no coincide plenamente con ninguna de las teorías existentes de ese nombre, lo cual se refiere tanto a los resultados concretos como a los fundamentos teóricos o al origen histórico-doctrinal. Por eso podría preguntarse si no es adecuado optar por una denominación nueva en lugar de enriquecer el concepto de dominio del hecho, ya pleno de matices, con una impronta distinta más. Y sin embargo, está vedado hacerlo por dos razones:

En principio se ajusta a la continuidad de la historia doctrinal incluir en este contexto el concepto de autor que se ha descrito en detalle en constante polémica con todas las manifestaciones de la moderna evolución, poniendo de manifesto la afinidad existente pese a todas las diferencias. Las consideraciones antes expuestas pretenden (vistas desde el resultado) ser entendidas no tanto como una "nueva teoría", sino como elaboración adecuada de la idea de dominio del hecho debidamente captada.

Pero ante todo la denominación "dominio del hecho" es la que mejor satisface el concepto general de autor que aquí se mantiene. Ahora, como ya sabemos lo que hay que entender en detalle por "dominio", es fácil explicar, a través de una panorámica sintética, por qué este criterio acierta, por qué se ajusta, como casi cabría decir, a la "naturaleza de las cosas". Para ello sólo hace falta poner en relación el norte metodológico-formal (desarrollado por nosotros) de la "figura central", de la "figura clave", con la materia de regulación a considerar desde esta perspectiva: las descripciones de los tipos legales. Dado que los preceptos penales sirven en principio para proteger los bienes jurídicos y dado que el menoscabo de estos bienes tiene lugar mediante acciones humanas, los tipos describen directamente acciones lesivas de bienes jurídicos. Ahora bien, al preguntar por la figura central de un suceso así, la contestación de que en el centro del suceso se encuentra aquel que domina el hecho posee una evidencia inmediata. En efecto, ¿quién va a estar en el centro de un desarrollo de una acción sino aquel que la dirige y determina decisivamente? Naturalmente esta respuesta sólo va más allá de la mera tautología si se entiende el concepto de dominio no como una fórmula hueca, necesitada de integración valorativa, sino como síntesis de las soluciones desarrolladas *supra* en concreto. En todo caso, tampoco desde este punto de vista parece razonable renunciar al *terminus*, absolutamente adecuado, de "dominio del hecho".

2. La fundamentación "negativa" de la teoría del dominio del hecho, la contraprueba (en cierta medida), cabe llevarla a cabo demostrando que ninguna de las demás teorías mantenidas antes ha conseguido plenamente la delimitación correcta de las formas de participación, de manera que al final sea la idea de dominio del hecho la que quede como la única perspectiva para articular los distintos modos de cooperar.

También este proceder se ha practicado en el curso de esta investigación. Se ha mostrado que todas las demás teorías en uno u otro aspecto son

unilaterales y presentan lagunas y que quedan notablemente por detrás de la teoría del dominio del hecho en cuanto a pureza de su ejecución metodológica, así como en adecuación, claridad y viabilidad de los resultados. Tampoco es concebible que algún otro concepto de autor, aún por descubrir, de índole absolutamente distinta, pudiera ajustarse a las relaciones de sentido de la ley mejor que el principio del dominio del hecho, puesto que su configuración descriptiva se ha formado desde el principio de manera que satisfaga en la medida de lo posible los fundamentos hasta ahora elaborados.

Así pues, podemos decir que la teoría del dominio del hecho contiene, por lo que se refiere a los delitos dolosos de comisión hasta ahora tratados, la determinación acertada del concepto legal general de autor.

3. Pero con cuanto antecede aún no es seguro que el concepto de dominio del hecho forme la sola base, sin excepción, de los delitos dolosos comisivos. Podría ocurrir que el legislador no quisiera caracterizar en todos los casos la figura central del suceso de la acción a través del dominio del hecho, sino a veces mediante otros criterios. En todo caso, no está justificado aplicar un concepto de autor (que ha demostrado su utilidad en los delitos de primer plano) sólo por eso indiscriminadamente y sin reparos a todo género de actividad delictiva, como suele ocurrir. El concepto de autor ha de extraerse de la materia jurídica, no imponérsele a ésta.

La cuestión del alcance de la idea del dominio del hecho ha de contestarse taxativamente sólo analizando los tipos concretos. Y sin embargo, cabe ya establecer, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora, dónde el concepto del dominio del hecho ya no puede ser adecuado para delimitar las formas de intervención. Se trata, a mi juicio, de dos grupos de casos:

a) En primer lugar, el dominio del hecho sólo puede caracterizar a la figura central del acontecer delictivo allí donde el comportamiento estimado punible por el legislador es dominable. Dominables son todos los sucesos cuyos efectos prohibidos residen en el plano material o psíquico. Homicidios, lesiones, daños, incendios, hurtos, etc., tienen consecuencias externas susceptibles de configuración rectora en el sentido descrito *supra*. Asimismo las actuaciones psíquicas, como pueden ser las coacciones, engaños, amenazas y ofensas al sentimiento moral o religioso, pueden someterse a un dominio rector externo. En esta sola circunstancia se basa, por ejemplo, la autoría mediata en el caso del § 52 StGB.

En los ámbitos de la realidad físico-social y psíquica, pues, que comprenden, como es sabido, la mayoría de los delitos, el concepto de dominio es aplicable sin más. En cambio, es asimismo claro que en el ámbito de la realidad espiritual y, por tanto —en la medida en que interviene el Derecho penal—, de los "valores", falta la dominabilidad externa. Por ejemplo, un abuso de confianza o un acto de inmoralidad específica no puede ejecutarse directivamente mediante violencia o engaño u otro influjo externo de pareja

importancia. Cuando un sujeto fuerza a otro con violencia a un comportamiento de esta índole, o le determina mediante engaño, la acción obtenida por medio de violencia o engaño no presenta el desvalor específico que singulariza a la deslealtad o la infracción moral.

De donde se deduce que si hubiera que demostrar que el legislador, sin consideración a consecuencias físico-sociales o psíquicas, vinculadas a la acción, conmina con pena marcadas acciones contrarias a valores por sí mismas, fracasaría en estos casos el concepto de dominio del hecho como criterio para individualizar la figura central. Sobre esta idea habrá que profundizar más adelante.

b) Asimismo, es evidente que no puede atenderse al dominio allí donde el propio legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos de entre los intervinientes. De lo cual, pese a sonar perogrullesco, hasta ahora no se han percatado los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

Está fuera de duda que el legislador puede proceder de ese modo, esto es, que en ciertos grupos de delitos puede determinar la figura central mediante otros criterios ajustados a la específica materia de regulación. Pero ¿cómo determinar cuándo puede ser ése el caso?

Cabe responder también a esta cuestión a partir de los fundamentos elaborados hasta ahora, pero naturalmente de una manera genérica y sólo provisional. En efecto, cuando encontramos directamente especificada la figura central del suceso de la acción, el autor, en las descripciones de los tipos concretos, mientras que el inductor y el cómplice no resultan abarcados directamente por éstas, entonces tiene que surtir efecto inmediato en el concepto de autor que el legislador caracterice al sujeto de la acción mediante elementos distintos al mero "quien", expresión que, según nuestra postura, significa el que domina el hecho.

Por ejemplo, cuando el legislador habla, como sujeto del delito, de un "funcionario" o de un "médico", esto es algo distinto a un señor del hecho. Un funcionario no necesita tener dominio del hecho, y quien domina el hecho no necesita ser funcionario. Por tanto, es evidente que allí donde la ley asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de la figura central resulta dotado de contenido mediante otros criterios. Pero entonces tiene que entrañar errores y falseamientos conceptuales que se trate de hacer encajar por la fuerza a estos delitos en el lecho de Procusto del concepto de dominio del hecho. Así se explican, por ejemplo, las fricciones irresolubles que ya surgían *supra* en el intento de resolver la problemática del llamado instrumento doloso no cualificado con ayuda del concepto de dominio del hecho [1].

[1] Cfr. al respecto pp. 278-284.

El que en los casos de esta índole quepa encontrar o no otros criterios unitariamente estructurados para determinar la autoría, en qué consisten y cómo se relacionan con el concepto de dominio del hecho, se tratará más adelante [2]. A continuación vamos a examinar en primer lugar un grupo de delitos que sólo aparentemente se sustrae al ámbito de validez del principio del dominio del hecho.

II. EL DOMINIO DEL HECHO, LOS DELITOS DE APROPIACIÓN Y EL PROBLEMA DEL INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

Desde siempre ha presentado dificultades la delimitación entre autoría y participación en los delitos de apropiación. Tampoco la teoría del dominio del hecho se ajusta con facilidad a este grupo de delitos, de seguir a la doctrina dominante. Los principales ejemplos vienen constituidos por el hurto, la apropiación indebida, la receptación y el furtivismo.

1. El hurto y el instrumento doloso sin intención

El problema aparece con la mayor claridad en el tipo de hurto. Si A ve en un jardín ajeno cómo se contonea un rollizo ganso y su amigo B sustrae para él, a su instancia, el ave de corral, se estima en general que A es autor mediato del hurto y B su cómplice, como (así se denomina) "instrumento doloso sin intención". Pero ¿cómo armonizarlo con la teoría del dominio del hecho? La acción típica —la sustracción— sólo la realiza B. También es solo él quien domina el suceso. Como A no tiene poder sobre él, B puede, a su albedrío, dejar que el ganso se escape corriendo, sujetarlo o dárselo a A. Así pues, el caso no presenta estructura distinta que si B, a instancia de A, hubiera apedreado los cristales de una ventana, situación en la que, con arreglo a lo antes expuesto, habría que considerar indudablemente a B como autor y a A como inductor.

Si, no obstante, en el ejemplo de partida comúnmente incluso los partidarios de la teoría del dominio del hecho llegan a otra solución, ello se debe, evidentemente, a la especial concepción del tipo del § 242 StGB, a la intención de apropiación que en él se requiere, que según opinión general sólo está presente en A, pero no en B. Es un problema totalmente por resolver cómo cabe armonizar la consideración de este elemento típico subjetivo con el principio del dominio del hecho.

[2] *Infra* § 34, pp. 383 ss.

a) *Estado de la cuestión*

Así, WELZEL, que propugna castigar al sujeto de detrás como autor mediato y al sujeto agente como cómplice, intenta salvar la idea del dominio del hecho con la siguiente observación [3]: «Se trata de casos que constituirían coautoría si al ejecutor directo no le faltara la intención propia del autor.» Lo cual no es convincente, pues, en primer lugar, según las propias palabras de WELZEL, se transforma una "cuasi-coautoría" en autoría mediata, aun cuando el propio WELZEL ha subrayado, con toda razón, la heterogeneidad estructural básica de estas dos manifestaciones del actuar a título de autor [4]. Y en segundo lugar ni siquiera es acertado, conforme a las propias premisas de WELZEL, que se diera coautoría si el agente hubiera tenido ánimo de apropiación, puesto que si el ejecutor mismo fuera autor, el que instiga sería a lo sumo inductor.

GALLAS opera aquí, al igual que en el instrumento doloso no cualificado, con la idea de que el "acto de inducción" se convierte en "ejercicio de dominio del hecho", porque el sujeto de detrás, en virtud de su intención, tiene en sus manos si va a ejecutarse el delito [5]. En contra cabe esgrimir todas las objeciones expuestas *supra* [6]. No es A, sino B, quien tiene en sus manos que se ejecute o no el hurto. A no tiene al respecto mayor influencia que cualquier otro inductor; si ni siquiera poseyera la intención de apropiación, sólo se daría una inducción a la sustracción de una cosa.

Únicamente MAURACH [7] da debida cuenta de la idea del dominio del hecho al señalar que el agente, por ser el único que lleva a cabo la sustracción y dado que el hurto no es un delito que requiera ánimo de lucro personal, es siempre autor, no cómplice. Por esa vía no se excluye en absoluto la posibilidad de autoría mediata del sujeto de detrás, pero se reduce a los casos de dominio del hecho verificable en concreto, lo que aquí no puede deducirse partiendo de que el hecho principal no tenga naturaleza plenamente delictiva. De todos modos, MAURACH no llega a explicar si (y con qué razones) entiende que debe atribuirse el ánimo de apropiación al ejecutor o si pretende renunciar a dicho ánimo como requisito de la autoría.

Por lo demás, también se han mantenido todas las soluciones concebibles. Así, MEZGER [8] propugnaba estimar coautoría sobre la base de la teoría objetivo-formal defendida por él al principio: «pues uno realiza la aportación al hecho típica subjetiva, el otro la objetiva y a ambos, mediando un acuerdo

[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 93.
[4] Cfr. al respecto *supra*, p. 306.
[5] *Gutachten*, p. 136.
[6] Pp. 280-281.
[7] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 2, a, p. 500.
[8] *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 428.

mutuo conforme al § 47 StGB, se les atribuye recíprocamente la aportación ajena respectiva». Pero esta argumentación no es sólida. O bien el ánimo de apropiación constituye un auténtico elemento de la autoría, y entonces tiene que concurrir en ambos, y el que no lo tenga no puede ser autor, al igual que el particular en los genuinos delitos de funcionario. O no constituye un elemento de la autoría, y entonces el sujeto de detrás sólo puede ser inductor.

Muchos autores renuncian resignadamente a toda pena por hurto. Así, FLEGENHEIMER, al que se debe el más minucioso estudio sobre el tema [9], se conforma con hacer responder al sujeto de detrás como autor de apropiación indebida y al ejecutor como cómplice de dicho delito, resultado que ya había mantenido, por ejemplo, BELING [10] anteriormente. Sin embargo, esta solución es absolutamente instisfactoria y a buen seguro no concorde con la voluntad del legislador, pues resulta evidente que aquí existe una apropiación mediante ruptura de la posesión ajena, a la que el legislador quiere castigar como hurto [11]. Si pensamos en el caso de un robo con fuerza conminado con diez años de prisión, la diferencia entre los marcos penales es tan llamativa que un reparto de tareas en tal sentido entre los ladrones sería un buen negocio, que excluiría en gran parte la aplicación del § 243 StGB.

b) *Solución*

Lo único acertado es estimar que, fieles al principio del dominio del hecho, al igual que cualquier tipo común, el ejecutor directo es autor y el sujeto de detrás inductor [12]. Y al afirmarlo no se está dejando de considerar al ánimo de apropiación; lo que ocurre es que ese ánimo se da también, en el ejemplo de partida, en quien sustrae, de manera que realiza el tipo por entero personalmente. Esta solución, que contradice a la de la doctrina dominante, se apoya en varios argumentos:

aa) Tampoco la postura contraria afirma que para el ánimo de apropiación sea necesario el motivo del lucro personal, de la consecución de la ventaja o del interés propio. San Crispín, que hurta bienes para dárselos acto seguido a los pobres, incurre en responsabilidad por el § 242 StGB [13], y a título de autor. La diferencia de este caso con respecto al ejemplo de

[9] «Das Problem des "dolosen Werkzeugs"», 1913, *Strafr. Abh.*, núm. 164, pp. 52 y 53.
[10] *ZStW*, t. 28, 1908, pp. 602 y 603.
[11] Cfr. al respecto, asimismo, GALLAS, *Gutachten*, pp. 135 y 136.
[12] Así, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, e incidentalmente también, KAUN, *Beteiligung am Selbstmord*, p. 35; en fechas anteriores, por ejemplo, KOHLER, *Studien*, I, p. 129; más bibliografía en FLEGENHEIMER, p. 49.
[13] Contradictoriamente FLEGENHEIMER, que aprecia aquí punibilidad, pero por otra parte requiere para el hurto "actuar en interés propio" (p. 52).

partida residiría únicamente en que en el santo la transmisión se presenta como "expresión de poder de señorío arrogado", mientras que nuestro ladrón de gansos, B, no quería arrogarse poder de señorío, sino que meramente pretendía "transmitirle la cosa a otro" [14].

Por aceptable que parezca esta distinción y por mucho aplauso que haya encontrado, en la práctica no es factible, pues ¿qué significa arrogarse poder de señorío? Como no procede la adquisición de la propiedad en términos jurídico-civiles, sólo puede significar *se ut dominum gerere*, esto es, comportarse como dueño legitimado para disponer. Esto lo hacen los dos mediante la sustracción arbitraria y la transmisión. ¿O no se daría en B una disposición autónoma porque él, frente a A, no aparece como legitimado? Eso sería muy extraño, puesto que entonces ya no cabría castigar a San Crispín por hurto si al transmitir los bienes a los pobres les participara su origen. Y si éstos le pidieran que más adelante les procurara algunos bienes más, tendrían que ser autores mediatos del nuevo hurto, y el santo quedaría degradado a instrumento sin intención, aunque la acción delictiva, así como los conocimientos y motivos, son exactamente los mismos que en el primer hurto.

Por el contrario, sólo puede ser determinante que el que se apropia determine sin coacción y autónomamente si va a quitarle la cosa definitivamente a su dueño, si la va a transmitir y quién va a recibirla. Pero este requisito se realiza tanto en uno como en otro caso. Bien es verdad que B obra por A y a deseo de éste; pero toma el ganso y se lo da por poder propio pleno, adoptando asimismo una "disposición autónoma" sobre el bien, lo que cumple el concepto de apropiación.

Todas las demás diferencias son tan sutiles que ya no se corresponden con ninguna realidad psíquica y conducirán necesariamente a resultados del todo arbitrarios. Piénsese simplemente en que a B, antes o después de la sustracción, se le pasa por la cabeza la idea de si no sería mejor quedarse con el ganso, pero que después se decide a dárselo a A. Aquí no es fácil discutir que lleva a cabo una disposición autónoma y que, por tanto, debe ser autor de hurto. Pero ¿tiene que materializarse el ánimo de apropiación mediante una reflexión en la que el agente sencillamente piense en las posibilidades que ofrece su libertad de decisión, que le es conocida? Eso sería poco razonable; al margen de que la doctrina dominante, en caso de decisión de mantener la cosa posterior a la sustracción, no podría castigar ya al ladrón como autor de un hurto, porque con arreglo al tenor de la ley el ánimo de apropiación debe concurrir en el instante de la sustracción.

El que sustrae tiene, pues, en tanto que obra libremente, ánimo de apropiación, y el motivo de su obrar es indiferente. Lo cual es válido también

[14] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 291.

para el ejemplo académico, a menudo aducido por la doctrina, del labrador que instiga a un peón suyo para que guíe los gansos del vecino al corral propio. Aquí estimar autoría mediata resulta menos sorprendente debido a la posición social subordinada del ejecutor. Y no obstante hay que decir que o bien existe una relación de mando (como podía haber sido en tiempos pasados) similar a las relaciones militares entre superior y subordinado, y entonces se trata, según los principios generales, de un caso de autoría mediata; o bien se estima, como MAURACH (y aún más ampliamente LANGE), dada una dependencia social intensa, que hay autoría mediata del sujeto de detrás incluso cuando el ejecutor procede dolosa y culpablemente, y entonces hay que admitir de nuevo autoría mediata, sin que fuera necesario recurrir a la figura del instrumento doloso sin intención; o bien se excluye, como aquí se propugna, el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, en tanto que el ejecutor directo no se ve amparado por ninguna causa de exculpación, y entonces hay que atribuir el ánimo de apropiación también al peón, pues realiza la sustracción de propia mano y dispone del botín, sin coacción, en favor de su amo. Si se quisiera decidir en otro sentido habría que negar la autoría también a los ladrones dependientes económicamente del perista, que a orden suya se hacen con nuevos botines, solución en la que las ideas del legislador quedarían puestas del revés y que tampoco es mantenida por la doctrina dominante.

bb) En favor de estimar que también el hurto está sometido a la teoría del dominio del hecho habla asimismo decisivamente la consideración de que la redacción del tipo no ofrece puntos de apoyo de ninguna clase para una delimitación entre autoría y participación en otro sentido.

En primer lugar, cabe decir con certeza que el legislador ha introducido el ánimo de apropiación en el tipo no con vistas a la teoría de la participación, sino por otros fines. La razón estriba en la necesidad de delimitar el hurto con respecto a la mera desposesión ilegal y al *furtum usus*. Una sustracción que no esté sustentada por la voluntad de quitarle la cosa definitivamente a la persona legitimada y de disponer de ella económicamente como dueño no constituye hurto. El ánimo de apropiación es, como acertadamente dice WELZEL [15], la «tendencia que inspira el sentido de la sustracción». A un elemento que tiene que delimitar así al tipo de otras conductas impunes difícilmente puede achacársele la función de poner del revés toda la doctrina de la participación.

cc) Además, los principios generales (expuestos más arriba) de la doctrina de la autoría se oponen a una distinción específica de las formas de participación en el tipo del hurto, pues se trata aquí de un suceso de la realidad que es dominable del mismo modo que, por ejemplo, un homicidio

[15] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 296.

o un incendio. Por eso no se explica por qué lo que allí se juzga acertado aquí no va a serlo.

Lo cual es válido no sólo para los casos de autoría mediata hasta ahora tratados, sino también para la coautoría. Si varios sujetos, cooperando en división del trabajo, hurtan una cosa, en virtud de su dominio del hecho funcional sobre el objeto también disponen del objeto de un modo que satisface el concepto de apropiación cuando el botín sólo va a reportar provecho económico a uno de ellos. Si se quisiera considerar al "adquirente" como autor y a los demás como cómplices, como tiene que hacer consecuentemente la doctrina dominante [16], se acaba desembocando (al igual que en el ejemplo de partida: el hurto del ganso perpetrado por B) en la teoría del interés. Y esta teoría es incorrecta, como huelga ya volver a explicar aquí. No sólo no acierta en el concepto general de autor, sino que en particular está descartado que en ella se base, excepcionalmente, el § 242, puesto que precisamente aquí está fuera de duda que el autor del hurto no necesita tener interés propio en el botín, como demuestra nítidamente el caso de San Crispín.

Todo el dilema de la jurisprudencia queda evidenciado en la última sentencia del BGH [16a] relativa a la coautoría en el hurto. Aquí un camarero, junto con el dueño del local, había robado a unos clientes, cooperando en "desplumar con violencia" a un parroquiano y claramente sustrayendo de propia mano algunos billetes, que "en seguida había cedido" al "poder de disposición" del dueño. Así pues, se trataba de un supuesto clásico de dominio del hecho conjunto, que también surte efecto fundamentador de la coautoría, según la teoría que aquí se mantiene, en el hurto (o robo). No falta el ánimo de apropiación porque precisamente en el ejercicio del dominio del hecho y en la "cesión de la cosa al otro" posibilitada por el dominio, se manifiesta el poder de disposición cuasi-real que caracteriza a la apropiación.

La doctrina dominante estimaría aquí, como es natural, parejamente al "caso del ganso" mencionado *supra*, un mero "transmitir" y, por tanto, ausencia de ánimo de apropiación y simple complicidad, como también hace SCHRÖDER [16b] en su comentario a esta sentencia. El BGH parece partir de los mismos presupuestos, pero considera, con razón, más adecuado afirmar la coautoría, llegando por eso al siguiente principio: «Quien sustrae con violencia una cosa mueble ajena en cooperación con otro también se la apropia cuando la cede inmediatamente al poder de disposición del otro, porque tenga en ello un interés económico propio o porque quiera cumplir un deber moral. Es coautor.» En el texto de la sentencia se fundamenta el estimar apropiación

[16] Cfr. asimismo BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 120, nota 19, que habla aquí de una insuficiencia «del § 242 o de su interpretación», esto es, que no puede acallar ciertas dudas sobre la concepción mantenida en general; en favor de la complicidad, SCHRÖDER, *JR*, 1962, p. 348.

[16a] *BGHSt*, 17, pp. 87-94 (88, 92 ss.).

[16b] *JR*, 1962, p. 348.

en estos casos en que el autor ha llevado a «su patrimonio el valor económico de la cosa (total o parcialmente)» y en que ha utilizado «el valor económico del billete... para sí», porque de lo contrario habría tenido que temer que el dueño del local le llamara a capítulo.

Por correcto que sea el resultado, la fundamentación es defectuosa, pues, en primer lugar, el hurto, tal como se reconoce, no es un delito de enriquecimiento, de manera que la consecución de beneficio económico es irrelevante para la realización del tipo. En segundo lugar, asimismo supone un extensión intolerable de la teoría del valor que se presenten como apropiación del valor económico de una cosa beneficios indirectos, no derivados del objeto hurtado; si acaso, la teoría del valor sólo puede emplearse allí donde el propio valor económico de la cosa se ve mermado; de otro modo, se borraría completamente la divisoria entre hurto, *furtum usus* y estafa. Y en tercer lugar, ni siquiera desde el desacertado punto de partida del BGH se entiende cómo puede fundamentar la apropiación el cumplimiento de un deber moral (punto de vista que se encuentra al margen de la cosa).

Está claro que todos estos rodeos únicamente sirven para evitar los resultados inadecuados que la figura del "instrumento doloso sin intención" impone a la jurisprudencia. El error ya existente en el punto de partida sólo puede remediarse mediante nuevos errores.

dd) De donde se deduce que la construcción del "instrumento doloso sin intención", por cuanto respecta al tipo de hurto, es un vestigio de la jurisprudencia del RG que incluso desde el punto de vista de la teoría subjetiva, tal como hoy se mantiene, ya no tiene razón de ser. En efecto, el ejecutor realiza el tipo completo de propia mano o al menos tiene dominio conjunto, pudiendo ser considerado, desde los principios del "caso de la bañera", ya abandonados en la jurisprudencia, a lo sumo como partícipe.

A la misma solución que aquí se mantiene parece llegar el Proyecto de 1962, cuando en el § 235 habla del ánimo de «apropiarse de la cosa para sí o para un tercero». Sólo en la fundamentación existe diferencia, en tanto que nosotros consideramos a la disposición autónoma en favor de un tercero como "apropiarse", de manera que el añadido extensivo sería superfluo. Pero al margen de esto, lo que antecede merece tenerse en cuenta también *de lege ferenda*, pues se trata aquí de un problema material de la teoría de la participación que no es posible resolver definitivamente mediante un cambio cualquiera en la redacción del tipo. Quien, por ejemplo (como parece hacer la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho), considerase correcta la solución del ejemplo académico del peón que guía los gansos hacia el corral de su amo, sobre la base de consideraciones relativas al concepto de autor, no necesitaría decidir de otro modo porque se modificase el tenor literal del tipo. En efecto, si se le niega al peón ya el poder propio de disposición no se le va a conceder a las meras labores auxiliares

(lo único que concurre, según esta postura) la cualidad de acto de disposición autónomo (aunque sea en favor de un tercero), ni a distinguir ulteriormente entre la apropiación para otro y la mera transmisión. Por eso es necesario remitirnos a la imposibilidad sustancial de mantener la teoría dominante (por incurrir en este punto en un subjetivismo extremo), imposibilidad independiente de las contingentes formulaciones típicas.

c) *El problema del "instrumento doloso sin intención" en general*

Si el § 242 StGB representa un problema para la doctrina de la participación la dificultad reside en el concepto de apropiación, no en la intención o ánimo que hiciera abstracción de ésta. Extrayéndolo del tipo (conforme a una interpretación extendida) y leyendo el precepto en el sentido de que la "apropiación mediante sustracción" forma el objeto de la conminación penal, entonces ello no significa para la teoría de la participación la menor diferencia.

Esta circunstancia conduce a la cuestión de si es que existe la figura jurídica, hoy reconocida casi en general, del instumento "sin intención" en el sentido de un grupo de casos caracterizado por elementos homogéneos. Por anticipar el resultado: ha de contestarse negativamente a la pregunta.

Así, por ejemplo, los supuestos aquí aducidos por MAURACH [17] en que un sujeto hace que una camarera, que nada sospecha, sustraiga "su" reloj (en realidad ajeno), o en que un médico, por móviles sexuales, hace llevar a cabo "intervenciones curativas" en pacientes femeninas a una auxiliar que nada sabe, constituyen manifestaciones típicas del instrumento no doloso que no requieren otro encuadramiento. Donde, como en el "ánimo de lucro" del § 133.2 StGB, en que elementos consistentes en actitudes recubren la realización objetiva del tipo, está descartado asimismo el efecto sobre la doctrina de la participación que modifique el principio del dominio del hecho. Si A, con ánimo de lucro, induce a B, que no obra con ese ánimo, a un delito del § 133 StGB (deterioro o destrucción de documentos bajo custodia oficial) no se convierte en un autor mediato que actúe a través de B, "instrumento sin intención". Lo cual es válido aun cuando no se recurra al § 50, párrafo 2, StGB (aplicabilidad de los elementos personales exclusivamente a aquellos en quienes concurran) para la relación entre ambos, puesto que sería absurdo estimar que el legislador haya querido invertir la delimitación entre autoría y participación válida para el § 133, párrafo 1, StGB, mediante la cualificación del § 133, párrafo 2 (realización del tipo básico con ánimo de lucro).

[17] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 2, a, pp. 499-500.

Tampoco los demás casos tratados en la doctrina determinan que haya que reconocer necesidad alguna de introducir la figura del instrumento "sin intención". FLEGENHEIMER [18] aduce el ejemplo en que un expendedor de moneda falsa encarga su fabricación a una persona que ciertamente conoce la intención delictiva del cliente, pero que «obra por otros motivos, quizá por afición, para demostrar su destreza». FLEGENHEIMER cree que, por falta del ánimo exigido en el tipo, no se puede castigar al fabricante como autor del § 146 StGB (falsificación de moneda), sino, en tanto que instrumento sin intención, por complicidad en el § 147, 2.ª posibilidad (procurarse moneda falsa para expenderla o importarla). Lo que ocurre es que si el falsificador aficionado, excepcionalmente, acepta el encargo de un delincuente, tiene ya *in concreto* la intención de expender exigida en el § 146 —pues no hay que atender al móvil u objetivo final— [19] y con razón responde, debido al dominio del hecho que se manifiesta en la fabricación, como autor del § 146 StGB. Y por lo que se refiere al § 147 StGB, el fabricante es de todos modos cómplice, pero no porque le falte la intención, sino únicamente porque no posee dominio del hecho con respecto a los actos de disposición que lleve a cabo su cliente con el dinero.

Pero ¿qué ocurre con el § 257 StGB (encubrimiento)? ¿Es el criado que ayuda a escapar a los amigos de su amo, por orden de éste, instrumento doloso sin intención, mientras que el amo es autor mediato de favorecimiento de evasión? Tampoco aquí lleva más allá esta construcción, pues el amo ciertamente es autor, pero directo, porque en el mandar al criado ya se da un auxilio autónomo [20]. El criado es asimismo autor, tanto si se comprende dentro de la intención de favorecer la fuga sólo el dolo directo como si —con interpretación extensiva— él ha hecho propio el objetivo de auxiliar de su amo. Suponiendo que le faltase la intención, no puede ser autor, pero entonces tampoco ha llevado a cabo ninguna acción de favorecimiento en el sentido requerido por la ley, porque estaría ausente la tendencia de favorecer la evasión que sustente el comportamiento externo, exigida por la ley.

No resulta necesario que abordemos más ejemplos. Ya la selección que antecede pone claramente de manifiesto que los supuestos aducidos en pro de la existencia de un grupo de "instrumentos dolosos sin intención" muestran una estructura absolutamente heterogénea, no pudiéndose reducir a un común denominador. De donde se deduce asimismo que en realidad no existe esta manifestación de la autoría mediata cuyo reconocimiento al final se había impuesto tras decenios de polémica con la teoría objetivo-formal y que se había introducido incluso en la formulación legal del Proyecto

[18] *Op. cit.*, pp. 58-59.

[19] Cfr. simplemente SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 146, IV.

[20] Cfr. al respecto, asimismo, FLEGENHEIMER, p. 60.

de 1958 (§ 28.2) y en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962 [21]. Con lo cual no sólo se quiere decir que haya que negar con carácter absoluto la construcción de la autoría mediata con auxilio de instrumento doloso sin intención, debido a su contradicción con el principio del dominio del hecho, sino ante todo que de entrada no constituye un grupo de casos unitario, necesitado de un tratamiento específico. Así pues, todas las demás teorías podrían renunciar a esta figura y resolver los casos que se suelen encuadrar en ella mediante sus criterios generales de enjuiciamiento. En todo caso, la teoría del dominio del hecho no encuentra aquí límite alguno de su ámbito de aplicación.

2. La apropiación indebida

También el tipo de la apropiación indebida presenta algunos problemas en la delimitación entre autoría y participación que hacen aparecer dudosa la aplicabilidad del principio del dominio del hecho.

a) En primer lugar, al igual que en el hurto, presenta dificultades de interpretación el concepto del "apropiarse". Así ROSENFELD [22] ideó algunos casos que consideró irresolubles desde la perspectiva de la teoría objetivo-formal que él mantenía: un sujeto niega ser poseedor de una cosa prestada, ante su propietario, en interés del tercero que se la prestó sin estar legitimado para ello. El arrendador desmiente la posesión de su subarrendatario sobre una cosa ajena. Aquí es inviable una delimitación objetiva, entiende ROSENFELD. Más bien, la autoría se fundamentaría mediante el "apropiarse" y consiguientemente con un "móvil egoísta". Como éste le falta a los sujetos actuantes de los ejemplos, no podrían ser autores de apropiación indebida. La objeción, de ser acertada, afectaría también al principio del dominio del hecho, pues el suceso exterior lo dirige el que niega en cada caso. Pero las consideraciones de ROSENFELD no dan en el blanco. Bien es verdad que en los casos señalados ha de negarse la apropiación indebida. Pero la razón no estriba en que haya que suponer un móvil egoísta, puesto que éste importa aquí tan poco como en el hurto; quien regala a los pobres una cosa prestada comete apropiación indebida, aunque no obre por ningún móvil egoísta. Más bien falta un acto de apropiación porque no se da la voluntad de sustraer la cosa definitivamente a su dueño, en tanto que los agentes, al mentir, sólo quieren mantener la posibilidad de apropiación para los titulares de la posesión posiblemente honrados. Lo cual no contradice el concepto general de autor, pues la autoría presupone en primer lugar un "delito", que aquí de entrada no existe. Si, por otra parte, el prestatario y el arrendador obran por indicación del prestamista o del subarrendatario, ya por eso han cometido

[21] P. 149.

[22] *Frank-Festgabe*, t. II, p. 173.

sendas apropiaciones indebidas consumadas y la posterior negativa puede valorarse a lo sumo desde el punto de vista del encubrimiento o de la estafa de aseguramiento.

A análogas objeciones están expuestas otras sentencias del BGH. El supuesto, no raro en la práctica, en que un empleado regala ilegítimamente a un tercero objetos a su cargo lo soluciona en los siguientes términos: el empleado es autor de apropiación indebida cuando «obtiene al hacerlo un beneficio o ventaja en el más amplio sentido, aunque sea sólo indirectamente, [o] al menos dispone de la cosa en nombre propio» [23], y en otro caso sólo el receptor sería evidentemente autor de apropiación indebida, mientras que el disponente respondería como cómplice [24].

Lo cual no cabe armonizarlo con el principio del dominio del hecho, pues la figura central del curso de la acción es desde luego el disponente, el único que decide sobre si la cosa se le va a sustraer al propietario y quién la obtendrá. Pero la concepción del BGH tampoco es correcta. Dado que la apropiación indebida, como se reconoce, no es un delito de enriquecimiento, la autoría no puede depender de si el agente obtiene un beneficio de la disposición, sobre todo teniendo en cuenta que la propia sentencia en seguida vuelve a relativizar este requisito con notables limitaciones ("en el sentido más amplio", "aun cuando sólo sea indirectamente"), y en la disposición en nombre propio prescinde de él absolutamente. La posterior consideración del BGH, en el sentido de que el agente, mediante la adquisición de un beneficio así se apropia la cosa "en el sentido más amplio, en su valor económico", es una consecuencia insostenible (huelga detallarlo aquí) de la cuestionable teoría del valor, en la que queda por aclarar cómo se imagina el tribunal el proceso de apropiación en la disposición sin beneficio y en nombre propio. Al margen de ello, el sentimiento jurídico no acaba de ver que la estimación de una apropiación indebida o la delimitación entre autoría y participación deba regirse por la circunstancia fortuita de si el empleado ha llevado a cabo la disposición ilegítima en nombre propio o fingiendo un poder de representación.

Todo lo cual, a mi juicio, parece demostrar con claridad que el empleado que regala ilegítimamente caudales u objetos de la empresa puestos a su cargo es siempre autor de apropiación indebida, tanto si lo hace con ánimo de lucro como sin él, en nombre propio o ajeno, puesto que en la propia disposición arbitraria se da la definitiva sustracción con respecto a un patrimonio ajeno y la arrogación de la capacidad económica de disponer, que supone la esencia del "apropiarse". Sólo esta solución evita resultados arbi-

[23] *BGHSt*, 4, pp. 236-244 (238); asimismo, BGH, *NJW*, 54, p. 1295; cfr. ahora también *BGHSt*, 17, pp. 87-89 (88, 92 ss.), y *supra*, pp. 374-375.

[24] Si el receptor obra de buena fe tendría sencillamente que decaer la punición por apropiación indebida, resultado sumamente insatisfactorio.

trarios o no ajustados al carácter de la apropiación indebida y encaja plenamente con el principio del dominio del hecho y con la concepción a la que llegábamos aquí, al analizar el ánimo de apropiación requerido en el § 242 StGB (hurto), a partir de otra serie de consideraciones pertinentes.

b) Otra cuestión relativa a la autoría, fuera del contexto del concepto de apropiación, surge de que el tenor literal del § 246 StGB requiere del agente la apropiación de una cosa "que tenga en posesión o tenencia". Un caso sentenciado por el BGH ilustra la dificultad [25]. Un trabajador E tenía que suministrar rollos de papel a una empresa, pero se quedó con algunos y los vendió por cuenta propia. Los empleados M y B de la empresa a la que había que suministrarlos lo hicieron posible confirmando falsamente la recepción de la partida de papel completa, recibiendo una parte de las ganancias.

Aquí, según la teoría del dominio del hecho, se da un caso típico de coautoría. Los intervinientes han llevado a cabo en la fase ejecutiva, mediante acciones imbricadas funcionalmente, la sustracción de la cosa, ejerciendo así cada uno el dominio del hecho funcional. No obstante, el BGH cree poder considerar sólo como cómplices, de contrariedad a los principios generales de la autoría, a los dos empleados de la empresa por no haber alcanzado la tenencia de la cosa.

Pero tampoco esta solución es acertada. El problema se resuelve sin más con los partidarios de la interpretación llamada "correctora", dominante en la doctrina, extrayendo hermenéuticamente del tipo el requisito de la tenencia. Entonces resulta obvio apreciar apropiación indebida.

Sin embargo, aun cuando se entienda, con la postura mantenida por el BGH y recientemente de manera especialmente gráfica por BOCKELMANN [26], que el legislador, para no extender indebidamente la punibilidad, ha presupuesto conscientemente una relación de tenencia, sin embargo con ello aún no está dicho que esta relación tenga que darse en todo coautor. Tal tesis no se justificaría a partir de la idea básica, pues si, como aquí, se da por sentada de entrada la punibilidad de M y B, el legislador no puede tener interés en que se sustraigan al círculo de autores. La estructura del tipo de apropiación indebida, como en otro contexto se expondrá más pormenorizadamente [27], no proporciona ningún punto de apoyo en favor de que el legislador haya querido introducir aquí otro concepto distinto de autor. Precisamente en el ámbito de la doctrina de la participación es un error metodológico que se produce con frecuencia el de que, a partir de una formulación que claramente debe su redacción a otras intenciones del legislador (aquí, a saber, la limitación del ámbito de la apropiación indebida

[25] *BGHSt*, 2, 317, 320.
[26] Ahora *Untersuchungen*, pp. 216 ss.
[27] Cfr. *infra*, pp. 418-419.

punible), se extraen de buenas a primeras conclusiones sobre la delimitación entre autoría y participación, aunque este ámbito en absoluto fuera tenido presente por el legislador.

BOCKELMANN, que (sin razón) cree tener que seguir al BGH en la negación de la coautoría, como no acierta a captar ningún sentido en esta consecuencia que él extrae, habla incluso de "serias dificultades" [28] en la teoría de la participación. En efecto, ¿cómo van a ser cómplices los dos empleados si falta la subordinación de voluntad en el sentido que BOCKELMANN propugna? Lo remedia considerando que se da «objetivamente sólo complicidad, pero subjetivamente incluso culpabilidad de autoría» [29] y que por eso es posible castigar por complicidad. Pero esta fundamentación lo único que revela es que aquí no estamos ante una solución útil. En efecto, queda por aclarar en qué consiste la "complicidad objetiva" si su único criterio reside en la subordinación de la voluntad y ésa no se da en ningún sentido imaginable (ni subjetiva ni objetivamente). Además, la distinción entre "complicidad objetiva" y "culpabilidad subjetiva de autoría" no es viable porque hecho "externo" y culpabilidad "interna" coinciden, no encontrándose por ningún lado una incongruencia que pudiera entrañar un contenido mental trascendente.

Así pues, también aquí resulta que ha de estimarse coautoría, no dándose divergencia alguna con respecto al principio del dominio del hecho.

3. Receptación y caza furtiva

De los demás tipos afectados van a abordarse aquí sólo los §§ 259 y 292 StGB, delitos cuya problemática, a pesar de la distinta redacción de los tipos, vuelve a estar relacionada con el concepto de apropiación y que asimismo han de incluirse en el ámbito de validez de la teoría del dominio del hecho.

a) En el tipo de receptación se produce continuamente el caso en que el dependiente le procura a su principal bienes robados, con o sin conocimiento de éste. ¿Puede responder como autor de una receptación, o es sólo cómplice, o incluso —faltando el conocimiento del principal— no responde, porque no realiza el elemento del adquirir?

El empleado domina el hecho si (y en tanto que) lleva a cabo por sí mismo la adquisición. El jefe, de ser conocedor, pero no tomando parte en la adquisición, conforme a los principios generales de autoría es sólo inductor o cómplice, pero comete una receptación independiente al recibir la cosa de su empleado.

[28] *Op. cit.*, pp. 227 ss.
[29] *Op. cit.*, p. 228.

El tenor literal del tipo no opone aquí obstáculo alguno a la delimitación de las formas de participación ajustada a la teoría del dominio del hecho. Ya en 1935 escribió HENKEL [30]: «No cabe explicar por qué cualquier obtención del poder de disposición no va a constituir un adquirir; para una consideración natural también la adquisición para otro se presenta como un adquirir, como un acceso a la cosa.»

Al requerir, no obstante, el RG [31] en jurisprudencia reiterada que el adquirente tuviera la voluntad de disponer de la cosa como propia o para fines propios, confluían ahí dos errores: en primer lugar, se aplicaba el criterio del poder de disposición (que sólo puede tener la función de delimitar a la receptación con respecto a conductas como el préstamo y el alquiler de cosas adquiridas por medios delictivos) irreflexivamente a la adquisición para otro, aun cuando aquí se da con certeza la transmisión definitiva del botín delictivo que constituye la esencia de la receptación. En segundo lugar, se seguía sintonizando este criterio con la teoría del *animus*, al no conformarse con el poder de disposición que realmente tiene el empleado, sino exigir además la voluntad de disponer de la cosa "como propia".

Por fortuna, también el BGH, conectando con HENKEL, ha abandonado esa corriente jurisprudencial [32], quedando así restablecida la concordancia con la teoría del dominio del hecho: el que adquiere para otro dirigiendo la adquisición autónomamente es autor, y no meramente cómplice, de receptación.

Naturalmente esta solución no es adecuada si el adquirente no obra "en provecho propio". Pero entonces aún no se da una receptación como la que exige la ley, de manera que tampoco el principal es autor al margen del dominio del hecho. En este caso su receptación estriba más bien en que recibe la cosa de manos del empleado, a sabiendas de su origen delictivo.

b) En el tipo del § 292 StGB (caza furtiva) surge la cuestión de si los batidores son coautores o cómplices. ROSENFELD [33] propugna hacer aquí una excepción con respecto a una delimitación en los demás casos objetiva; opina que autor de furtivismo sólo puede ser aquel cuya acción esté sustentada en el ánimo de apropiación. Esta postura la mantienen aún hoy el *Leipziger Kommentar* [34] y SCHWARZ-DREHER [35]; ambos parten de que "en caso de duda" y "por lo general" el batidor es sólo cómplice. Esta postura se remonta

[30] *DJ*, 1935, pp. 1737 y 1738 (1738).

[31] Cfr. *RGSt*, 55, pp. 220-221 (220); 56, pp. 335-336 (335); 57, pp. 73-75 (74); 64, pp. 21-23 (21).

[32] *BGHSt*, 2, pp. 262-269 y 355-338; sin embargo, en otro sentido aún ahora SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 259, VI, 1, a.

[33] *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 174-176; la considera la "doctrina acaso dominante"; entonces, cfr. p. 175, nota 1.

[34] 8.ª ed., § 292, 8, p. 596 (JAGUSCH); asimismo, NAGLER-SCHINNERER en el prefacio.

[35] 23.ª ed., § 292, 6.

a la sentencia del RG [36] en que se establece que «el que se limita a ser batidor por lo general sólo [puede calificarse] de cómplice», a no ser que su intención esté «dirigida a abatir la caza en común».

Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, cuyos partidarios no se han manifestado al respecto, ha de rechazarse tal subjetivización del tipo de furtivismo. No estamos aquí, por ejemplo, ante una manifestación de la cuestionable figura del "instrumento doloso sin intención", pues el batidor, sea cual sea la postura que se mantenga con respecto al concepto del apropiarse, al menos ha realizado en su propia persona el elemento del "perseguir o acechar" y sólo desde el punto de vista de una teoría del *animus* extrema podría uno sentirse inclinado a reclamar aquí adicionalmente una "voluntad de autor".

En realidad se da un caso clásico de coautoría: el cazador y el batidor cooperan, dividiéndose el trabajo, para alcanzar el mismo resultado, y ambos efectúan funciones igualmente necesarias. De todos modos, aquí se pone de manifiesto especialmente que la idea del dominio del hecho funcional no puede entenderse en sentido causal. Aun cuando posteriormente se averiguara que *in concreto* no ha sido necesario un batidor individual, éste tenía sin embargo una misión tan importante como la de cualquier otro en el plan global, lo cual basta para la coautoría.

§ 34. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

I. INTRODUCCIÓN

En los supuestos examinados hasta ahora siempre eran dificultades simplemente aparentes las que obstaculizaban el despliegue de la idea del dominio del hecho. Sin embargo, hay preceptos penales que excluyen su aplicación.

Si, por ejemplo, alguien determina, dados los requisitos del § 52, a un funcionario a realizar torturas (§ 343 StGB), tiene, tal como hemos visto *supra*, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del § 343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito.

Naturalmente esto no es del todo evidente. Cabría imaginar que el legislador pudiera hacer bastar la cualificación del instrumento para castigar como autor mediato al sujeto de detrás con dominio del hecho [1]. Ésta sería incluso la solución consecuente, de haberse querido caracterizar al autor en todos los casos por la posesión del dominio del hecho. Entonces habría que considerar a la condición de funcionario no como criterio autónomo de la autoría,

[36] *GA*, t. 54, 1907, pp. 480 y 481.

[1] Cfr. asimismo NOWAKOWSKI, *JZ*, 56, p. 550, nota 83.

sino como elemento típico ordinario, que, como todas las demás circunstancias del hecho, no requeriría la realización de propia mano por parte del autor directo [2].

La refutación de tal postura no se deriva del concepto del dominio del hecho, sino de la significación del tipo (desarrollada *supra*) para la determinación de la autoría. Si los tipos describen acción y persona del autor, y los preceptos sobre participación, con respecto a aquéllos, se presentan como causas de extensión de la pena, al requerir un tipo la tortura por parte de funcionario, a la vez está nombrando un requisito imprescindible de la autoría. Dicho de otra manera: llevar a cabo de cierto modo una investigación por parte de un funcionario constituye, en el § 343 StGB, la autoría, mientras que en los partícipes esta condición falta o puede faltar. Por lo demás, esta postura coincide con la doctrina absolutamente dominante, incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

La opinión contraria conduciría a consecuencias impensables: acciones de particulares en las que desempeña algún papel el engaño o la coacción a funcionarios se verían ascendidas a delitos de funcionarios en autoría mediata, siendo así que la la rúbrica del título XXVIII StGB deja claro que el legislador está presuponiendo delitos graves o menos graves "en ejercicio de cargo".

Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un *intraneus* puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos de funcionarios y delitos especiales: por ejemplo, el § 340 (lesiones en ejercicio de cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el § 300 StGB (violación de secreto profesional), que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo.

De donde se deduce, asimismo, que tampoco la categoría de los "delitos especiales" [3] comprende el elemento aquí determinante para la autoría. Tam-

[2] En este sentido recientemente, por ejemplo, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 38; cfr. también ROEDER, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 239 y 240, con bibliografía antigua; además el artículo suizo de BERTSCHI-RIEMER, *Die Anstiftung gemäß Art. 24 StGB*, 1961, pp. 78 ss., con bibliografía.

[3] Cfr., con respecto al acotamiento, por todos, NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 1-3; MEZGER, *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 451.

bién allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición surge el mismo fenómeno. Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal del § 266 StGB aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe. Otro tanto cabe afirmar de la distracción de fondos del § 246 StGB, del quebrantamiento del deber de alimentos del § 170 b StGB y de toda una serie de delitos que se examinarán más adelante.

En todos estos casos el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber, cuya naturaleza aún requiere aclararse. Para lo cual de todos modos en este contexto no es necesario abordar en profundidad la teoría de los deberes en Derecho penal, desde antiguo controvertida [4]. Baste aquí lo siguiente:

No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy casi indiscutida [5]. El propio NAGLER, que propugnaba considerar en principio como destinataria de la norma penal sólo a la persona cualificada, se vio forzado a incluir al *extraneus* partícipe, a efectos prácticos, en el ámbito de la norma penal mediante la construcción posterior del "deber de obediencia secundario" [6]. No se va a abordar aquí todo este ámbito de problemas, que nada tiene que ver directamente con la delimitación entre autoría y participación.

Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho

[4] Cfr. al respecto, en tiempos recientes, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, y LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untauglichen Täters - ein Problem der stafrechtlichen Pflichtlehre*, tesis doctoral, Hamburgo, 1960.

[5] En sentido distinto antes, por ejemplo, KOHLER, *Studien*, I, pp. 134 ss., y recientemente, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, 1963, p. 54, nota 151.

[6] *Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 113-14. Cfr. al respecto, asimismo, MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 451, nota 1.

y por que el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.

Los efectos que de ahí se derivan se expondrán a continuación. En todo caso, se trata aquí de un punto de vista que ha de separarse de la teoría del dominio del hecho y que conduce a delimitaciones esencialmente distintas. A fin de calificar sintéticamente los tipos que se van a tratar en su significado para la doctrina de la autoría cabría hablar de "delitos de infracción de deber". Los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deber especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como "delitos de dominio".

Mientras que el concepto de dominio lo hemos investigado pormenorizadamente, el autor de los delitos de infracción de deber requiere aún mayor esclarecimiento. Lo cual es más necesario si se tiene en cuenta que estos tipos aún no han sido examinados conjuntamente en su significado para la doctrina de la autoría. Bien es verdad que los partidarios de la teoría del dominio del hecho se han percatado de que determinados "elementos especiales de la autoría" desempeñan un papel especial, pero su relación con el dominio del hecho no se ha discutido y, a mi juicio, hasta ahora no se ha advertido correctamente.

Antes de abordar esta polémica resulta necesario desarrollar algo más profundamente el propio hilo argumental. Como la autoría simple no hace resaltar con tanta nitidez las diferencias específicas de las distintas concepciones sobre la autoría, nos vamos a ocupar en primer lugar de la intervención de varios en el marco de los delitos de infracción de deber.

II. LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Con arreglo a lo dicho está claro que el que, cooperando en división del trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor. El particular que en el delito de tortura en ejercicio de cargo (§ 343 StGB) apunta a la víctima con la pistola, sólo es cómplice, aunque sea co-sustentador del dominio del hecho. Lo cual coincide en cuanto al resultado con la doctrina dominante, si bien no encaja con la teoría del dominio del hecho.

Si así se afirma que el dominio del hecho no basta en los delitos de infracción de deber para fundamentar coautoría, la cuestión hay que plantearla de modo más radical: ¿Resulta necesario el dominio conjunto del curso del hecho al menos junto a la infracción del deber, o no hace falta?

A mi juicio, hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho. Piénsese en que dos sujetos han de administrar conjuntamente un patrimonio. Ambos conciben el plan de embolsarse los caudales a su cargo.

En la ejecución, sin embargo, la transacción decisiva la lleva a cabo uno solo de los administradores, mientras que el otro sólo llega a actuar en la fase preparatoria o a favorecer el plan. Aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. No obstante, ambos tienen que ser autores de administración desleal, pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el «deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos» que le incumbe, infligiéndole «así un perjuicio a aquel por cuyos intereses tenía que velar». Siendo ésta la circunstancia que le hace avanzar al centro de la realización del delito, no se comprende por qué va a ser necesario además para ello el dominio del hecho. La administración desleal no experimenta cambio cualitativo alguno por la falta de carácter común de la ejecución externa de la acción, pues el sentido de la acción, la coloración personal de la conducta de cooperar, en la que se basa la distinción de las formas de participación, resulta únicamente de la vulneración del vínculo de lealtad.

Lo correcto de la solución propuesta se deriva forzosamente de una consideración práctica: si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del hecho, los partícipes se dividirían en dos grupos completamente heterogéneos: en señores del hecho con deber de lealtad y en obligados a lealtad sin dominio del hecho. Lo cual no sólo eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber, sino que también forzaría a la consecuencia intolerable de que no habría autor si el ejecutor obró sin incumbirle deber de lealtad y el obligado permaneció en un segundo plano. En nuestro ejemplo, si pensamos en un administrador único que, por ejemplo, desde América le pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero, el sujeto agente no podría ser autor de administración desleal por falta de deber de lealtad, mientras que el administrador tampoco podría responder por falta de dominio del hecho.

Naturalmente no puede haber sido ésta la voluntad del legislador. Más bien el administrador del patrimonio es autor de deslealtad. Pero para que sea así hay que eliminar por completo el criterio del dominio del hecho y atenerse para delimitar autoría y participación únicamente a si el cooperador ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo.

Esta idea, que no se deriva de ninguna de las doctrinas de la autoría actualmente mantenidas, ni siquiera de la teoría del dominio del hecho, tiene sin embargo tal grado de evidencia que en cuanto surge un caso en la práctica acaba por imponerse aun en contra de la propia concepción. Así se pone de manifiesto en una sentencia del BGH [6a] que ha pasado casi inadvertida, pero que coincide plenamente en el fondo con la teoría aquí defendida y que emplea las fórmulas extensibles y vacuas de la teoría subjetiva simplemente para ocultar una solución puramente objetiva.

[6a] *BGHSt*, 9, pp. 203-222 (217-218).

Se trataba de un caso de abuso de confianza en los términos del § 81 a GmbHG (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), en el que un miembro del Consejo de Administración, un tal K, había hecho posible el delito al gerente desleal mediante su aprobación y extendiendo un recibo. Partamos de que K no tenía el dominio del hecho y de que, como subraya expresamente el BGH, «a él sólo le importaba apoyar al gerente H». La cuestión era si había que considerar a K, no obstante, como autor. Según el principio del dominio del hecho y la teoría subjetiva había que rechazarlo de plano.

Pero en vez de hacerlo, el BGH señaló: «El precepto penal del § 81 a GmbHG se singulariza porque el autor pertenece a determinado círculo de personas a las que está confiado el patrimonio societario. Esta configuración del tipo tiene por consecuencia que el *extraneus* no puede ser autor en el sentido del precepto especial, sino sólo inductor o cómplice. Sin embargo, por otra parte, de la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurran los demás elementos del tipo, por lo general responden como autores, ya que (aun cuando se limiten a permitir o favorecer que otro perjudique directamente a la corporación mediante su conducta) quebrantan un deber de velar por un patrimonio que se les impone personalmente a ellos; como su culpabilidad estriba en eso precisamente, en tales casos, desde la perspectiva de la administración desleal de Derecho societario, tienen necesariamente voluntad de autor al menos por lo general... No sería armonizable con la... posición de los miembros del Consejo de Administración castigar sólo como cómplice a un autor así cuando, en interés de un gerente, apoya la administración desleal de éste.»

Todo esto es absolutamente correcto en cuanto al resultado, pero no sostenible en su fundamentación, pues no se entiende en qué ha de consistir la "voluntad de autor" si al cooperador sólo le importa apoyar al otro y objetivamente no lleva a cabo más que acciones de apoyo. La formulación de que un sujeto, al quebrantar un deber de salvaguardia que le incumbe "por lo general necesariamente" tiene la voluntad de autor, es de todo punto paradójica. ¿Tiene la voluntad "necesariamente" o sólo "por lo general"? En el primer caso se daría una ficción, y en el segundo una presunción que aquí —en lo que no repara el BGH— quedaría destruida por la realidad del supuesto; ambas posibilidades serían inadmisibles, porque la autoría no puede ser objeto de ficción ni de presunción, sino sólo de prueba.

En realidad ocurre aquí sencillamente que un acertado entendimiento de la materia desplaza al punto de partida teórico equivocado. Llegando a tener esto claro, se impondrá pronto (incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho) la opinión de que en un delito de este género es determinante un concepto de autor distinto y que es el quebrantamiento

del deber especial extrapenal, productor del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho.

La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber. Así pues, la coautoría decae allí donde la obligación se limita, por su naturaleza, a aquel individuo que, por ejemplo, en el pago de alimentos, está sujeto a ella. Si dos personas deben satisfacer alimentos al mismo niño y ambas se sustraen al cumplimiento de dicha obligación, es preferible considerarles como autores accesorios del § 170 b, puesto que cada una quebranta una obligación personal e individual. También puede ocurrir así en los delitos de funcionarios: si para emitir determinadas certificaciones en el sentido del § 348.1 StGB es competente un determinado funcionario individual, sólo él viene en consideración como autor de este delito, mientras que otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de cómplices, pues no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general, sino la vulneración de un específico deber de certificar verídicamente lo que aquí convierte en autor a uno de los implicados.

En cambio, siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así, por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones (§ 347 StGB) y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiada a multitud de funcionarios de correos (§ 354 StGB). En estos casos, según la opinión que aquí se mantiene, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas.

Lo correcto de esta postura, además, lo confirma expresamente el tenor literal de la ley. Así, cuando el § 347 StGB, junto a la "causación" de una evasión de presos tipifica autónomamente su "favorecimiento" y el § 354 StGB habla de funcionarios de correos que, o bien abren o hacen desaparecer cartas, o bien permiten "tal acción a otro", o le prestan "ayuda al efecto", esto sólo cabe interpretarlo correctamente en el sentido de que también el favorecer y el prestar ayuda tienen eficacia fundamentadora de autoría, a diferencia de en otros tipos.

Y es que no cabe duda de que también el legislador considera a estos sujetos como autores. De lo contrario, sería incomprensible por qué acciones de complicidad que habría que tratar con arreglo al § 49 StGB se recogen en las descripciones típicas superfluamente y contra la técnica legislativa

ordinaria; además, es evidente que el legislador quiere decir precisamente que un funcionario que auxilia a un tercero a hacer desaparecer cartas tiene que ser autor y no quedar impune por este precepto.

Así, el empleo de conceptos como "favorecer" o "prestar ayuda", que aluden a mera participación, desvela (de lo que probablemente no fue consciente el legislador histórico) cómo en estas descripciones típicas se delimitan entre sí la imagen de autor de los delitos de dominio y la de los delitos de infracción de deber y que una sirve para aclarar la otra. Interpretada desde la concepción aquí desarrollada, en la formulación legal se encuentra la siguiente idea: el "favorecer" una evasión de presos causada por otro y el "prestar ayuda" en la violación de correspondencia se presentan, con arreglo al concepto general de autor, al que el legislador se refiere con estas expresiones, como típicas acciones de participación; pero lo que, desde la perspectiva del dominio del hecho, sería simplemente complicidad, en los delitos de infracción de deber, de darse el criterio de la autoría válido para ellos, es autoría. Sólo esta conexión con el concepto general de autor, del que, para los delitos de infracción de deber, se suprimiría el centro personal de la acción, puede esclarecer lo que de otro modo constituiría una paradoja ininteligible: que el tenor literal estima autoría donde a la vez está hablando de mero auxilio.

Lo que en este y otros preceptos se desprende de la redacción de los tipos para el observador atento, de todos modos se deriva de la esencia de los delitos de infracción de deber y, aun sin esta aclaración, sería correcto. Por eso sería para ellos válido en general, y además lo es del mismo modo, como pone de manifiesto el ejemplo de la administración desleal, asimismo allí donde el tipo está redactado sin una interpretación así de circunstanciada del concepto de autor en que se basa.

Un caso típico de esta especie fue objeto de sentencia del BGH [7]: un empleado de correos (B) había hurtado, junto con un tercero ajeno al servicio (W), paquetes "confiados a correos". Ambos vendieron el contenido de los paquetes y se repartieron el producto. Ambos fueron coautores del hurto; a B le condenó la Sala, además, por el § 354 StGB (violación del secreto postal), mientras que dejó sin considerar este tipo en el enjuiciamiento de W. La revisión por parte de la Fiscalía lo aprobó, entendiendo que nadie puede ser a la vez autor y partícipe en la misma acción. HOFFMANN, que ha dedicado un artículo a este supuesto, asimismo considera correcta la solución, señalando que la autoría en el hurto excluye la complicidad en el § 354 StGB: «La complicidad sólo puede prestarse a un hecho ajeno, pero no a un delito cuya autoría, ya sea la simple o la ejercida conjuntamente con otros, se le imputa a aquel que ha prestado la ayuda...» En cambio,

[7] Sentencia reseñada por HOFFMANN, *NJW*, 1952, p. 963; reproducida en *BGHSt*, 1, pp. 182-183, sin las consideraciones que aquí interesan.

el BGH delega en el tribunal inferior la verificación de complicidad con el tipo del § 354 StGB. Para fundamentarlo indica sencillamente que decae la autoría de W por faltarle la condición de funcionario.

La postura del BGH es correcta. Sin embargo, sólo se entiende considerando que aquí, en una acción, ha de recurrirse a dos conceptos distintos de autor y, por tanto, de partícipe. Si se parte, unilateralmente, de que la participación ha de caracterizarse como una cooperación sin dominio del hecho o sin voluntad de autor, sigue sin comprenderse cómo un sujeto va a dominar un hecho y, a la vez, a no dominarlo, cómo va a subordinar su voluntad a la del otro y a la vez va a hacer lo contrario. En esta medida las objeciones contra tal construcción son absolutamente fundadas.

Teniendo claro que el legislador enjuicia a la figura central del suceso de la acción en los §§ 242 (hurto) y 354 StGB con arreglo a criterios distintos, es evidente que W, por poseer el dominio del hecho, responde como coautor del tipo del § 242 pero, al no quebrantar ningún deber especial extrapenal, con respecto al § 354 StGB sólo puede ser castigado como cómplice. El ejemplo evidencia además el carácter "primario" de la posición del autor y la naturaleza "secundaria" del concepto de partícipe: con la autoría se modifica *eo ipso* la esencia de la participación: de la cooperación sin dominio del hecho, propia del concepto general de autor, se llega a una intervención sin quebrantamiento de deber que no necesariamente excluye el dominio del hecho.

III. LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Lo que vale para la coautoría no puede, en principio, ser de otro modo para la autoría mediata. También aquí hay que atender sólo a la infracción del deber especial extrapenal y no al dominio del hecho.

Ya más arriba formábamos un ejemplo determinante proveniente del ámbito de la administración desleal. El administrador que se encuentra en América le pide a un tercero *extraneus* que saque el capital al extranjero, donde ambos se lo reparten. Ciertamente, el administrador con deber de lealtad no tiene el dominio del hecho: el dinero está en el banco alemán a buen recaudo; depende del amigo el que éste quiera llevar a cabo o no las falsificaciones y engaños necesarios para las transacciones patrimoniales. En particular, la ejecución del complicado plan del hecho está exclusivamente en sus manos. El administrador de América no puede cooperar, sino que debe confiar por completo en él. Por eso, en las falsificaciones y engaños necesarios para la realización del delito a lo sumo puede ser inductor.

No obstante, en el delito de administración desleal, que también está presente, la situación es distinta: el amigo de Alemania no puede ser autor.

Bien es verdad que tiene en exclusiva el dominio del hecho. Pero eso es irrelevante en el marco de este precepto. El criterio fundamentador de la autoría —la infracción del deber de velar por un patrimonio— está ausente. En cambio, el administrador de América no tiene parte en el dominio del hecho. Y no obstante, por la infracción del deber de lealtad jurídico-civil que le incumbe, se convierte en figura central del suceso de la acción. Esta circunstancia le convierte en autor, por más señas en autor mediato.

Lo cual conduce a la siguiente idea: en los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber —de nuevo en contraposición a los delitos de dominio— sólo en que en el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo *intraneus* y *extraneus*. También las distintas manifestaciones de la autoría adquieren así una estructura notablemente modificada.

Resulta difícil rebatir la corrección de los resultados que se mantienen en el caso de la administración desleal. En efecto, de permanecer en la idea del dominio del hecho, estaría excluido castigar desde la perspectiva de la administración desleal a todos los implicados. Es imposible que eso lo haya querido el legislador, pues bastaría que todo obligado a lealtad, al poner en práctica sus maquinaciones fraudulentas, se mantuviera en un segundo plano, para privar de eficacia al § 266 StGB.

Pero con ello, para el problema del llamado instrumento doloso no cualificado (lo que desde siempre ha sido muy controvertido en los delitos de funcionarios) resulta con toda facilidad una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo, por ejemplo, la certificación falsa (§ 348.1 StGB). En cambio, el falsificador *extraneus*, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice.

Hasta aquí este resultado —no su fundamentación— coincide con la doctrina dominante. Pero esta circunstancia demuestra sólo que la tan mentada "naturaleza de las cosas" se impone con el tiempo incluso frente a construcciones dogmáticas erróneas, pues en realidad, de no tener en cuenta en la doctrina de la autoría la idiosincrasia de los delitos de infracción de deber, no cabe fundamentar de ninguna manera la autoría mediata del cualificado no ejecutor [8]. La historia doctrinal del instrumento no cualificado aporta al respecto elocuente testimonio. No obstante, huelga repetirla para demostrar mi afirmación, pues ya sin ella es evidente.

Para el concepto extensivo de autor necesariamente es incomprensible por qué únicamente el sujeto cualificado puede ser autor, pues tanto el *intraneus* como el *extraneus* son igualmente causales. MEZGER [9] reconoce también abiertamente que estos "casos raros" constituyen excepciones no integrables dogmáticamente. Conectando el enfoque extensivo con la teoría subjetiva no cabe explicar cómo es que el sujeto de detrás cualificado ha de ser autor a pesar de subordinarse al ejecutor directo, no teniendo, por eso, voluntad de autor. Si se parte del antiguo concepto restrictivo de autor (que limita la autoría en lo fundamental a la realización de la acción típica), en los supuestos de error y de coacción, donde entre impulso y resultado no se interpone la decisión de otro, ciertamente cabe extender la autoría por fuerza a la persona del sujeto de detrás; pero en los delitos de infracción de deber esta vía está cerrada, por lo que la teoría antigua aquí solía negar la punición [10]. Finalmente, por lo que se refiere a la teoría del dominio del hecho, como ya se ha detallado *supra* [11], desde la perspectiva de esta teoría es imposible captar al sujeto de detrás cualificado y todos los implicados tendrían que quedar impunes [12]. El intento de GALLAS por dar cuenta de estos casos mediante el criterio del dominio del hecho hay que considerarlo frustrado.

A la vista de todo lo cual no cabe negar el significado autónomo del concepto de autor de los delitos consistentes en la infracción de un deber. Su papel es determinante en la explicación dogmática de un fenómeno no aprehensible de otra manera. Además, desarrollándolo consecuentemente en algunos puntos conduce también a resultados prácticos que discrepan de los de la doctrina actualmente dominante.

Así, al margen del § 50.2 StGB (que establece la aplicabilidad de las circunstancias personales exclusivamente a aquellos intervinientes en quienes concurran), el concepto de autor de los delitos de infracción de deber despliega sus consecuencias también en los delitos impropios de funcionarios. Si, por ejemplo, un funcionario determina que un tercero *extraneus* destruya o falsifique un documento al que aquél tiene acceso, el funcionario es autor mediato del § 348.2 StGB, aunque el tercero ejecutor sea autor directo del

[8] Cfr. al respecto, asimismo, las indicaciones de NOWAKOWSKI, *JZ*, 56, p. 550. Aquí se ha "modificado del modo habitual" la relación entre "autoría y participación"; los preceptos sobre participación adquieren así "un sentido especial".

[9] Cfr. simplemente *Lehrbuch*, 3.ª ed., pp. 416-420.

[10] Cfr., por ejemplo, FRANK, III, ante § 47.

[11] Pp. 267 ss.

[12] Como admite KAUN, *op. cit.*, p. 35 (el único en proceder consecuentemente), tratando de subsanarlo con otras posibilidades de punición.

§ 274, número 1 (ocultación o destrucción de documentos), o del § 267 StGB (falsificación común). Y no es que haya que considerar al funcionario sólo inductor del respectivo delito básico y simplemente pudiera condenársele, con auxilio del § 50.2 StGB, por el marco penal del § 348.2 StGB. Una solución en tal sentido se ajustaría ciertamente al principio del dominio del hecho, pero éste no es determinante para los delitos de infracción de deber, y recurrir al § 50.2 StGB no resulta necesario, en tanto que el concepto de autor entraña aplicar directamente el tipo cualificado.

También en supuestos de esta índole ha dado en muchos casos el legislador indicaciones para la solución correcta. Por ejemplo, si un funcionario, en el marco de sus funciones, determina a un *extraneus* a maltratar a un ciudadano, aun cuando no mueva un dedo, según la postura que aquí se mantiene, es sin más autor mediato del § 340 StGB (lesiones en ejercicio de cargo). El que no se da inducción se deduce ya del tenor literal de este precepto, que habla de un funcionario que "comete o hace cometer unas lesiones". El hacer cometer —aunque sea por medio de un *extraneus*— es, pues, al lado de la lesión de propia mano, una forma absolutamente equivalente de autoría.

Lo cual no se tiene presente cuando, por ejemplo, SCHWARZ-DREHER [13] señalan en este contexto que se trata de casos de inducción y complicidad, «castigándose al partícipe igual que al autor». Por el contrario, la formulación lo único que pone de manifiesto es algo que de todos modos sería así, esto es, que aquí se da autoría. Donde el legislador se ha expresado de otra forma, como en los §§ 348.2 ó 350 StGB (malversación), la cuestión de la autoría ha de decidirse del mismo modo.

Tampoco ha de suscribirse la postura de WELZEL [14] cuando soluciona estimando coautoría el caso, ideado por él, en que un policía determina a un no funcionario a maltratar a un preso. En efecto, desde la perspectiva del dominio del hecho no cabe fundamentar coautoría, como también advierte GALLAS [15], cuando el sujeto de detrás «se limita a llevar a cabo un acto de inducción». Sin embargo, con arreglo al concepto de autor de los delitos de infracción de deber sólo viene en consideración la autoría mediata, como el propio WELZEL aprecia, si bien inconsecuentemente, en los delitos propios de funcionario. Cuando aquí, a su vez, GALLAS [16], desde el enfoque de la teoría del dominio del hecho, considera que se da «una forma comisiva *sui generis*, más afín a la coautoría que a la autoría mediata», se revela con claridad cómo los delitos de infracción de deber sitúan al concepto general de autor ante un enigma irresoluble [17].

[13] 23.ª ed., § 340, 2.
[14] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 93; en definitiva, asimismo, H. MAYER, *Lehrb.*, p. 308.
[15] *Gutachten*, p. 135.
[16] *Gutachten*, p. 136.
[17] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 281-282.

Cuestión distinta es si el § 50.2 StGB ha de aplicarse, en los delitos impropios de funcionario, al partícipe, esto es, si un *extraneus* que coopere en las lesiones en ejercicio de cargo o en la malversación ha de responder por el marco penal de los §§ 223 (lesiones peligrosas) o 246 StGB (apropiación indebida). Así lo entiende la doctrina dominante, pero no está fuera de controversia [18]. La problemática es, a diferencia de en los supuestos inversos antes tratados, independiente del concepto de autor aquí mantenido: la circunstancia de que alguien se encuentre fuera de la situación de deber específica relevante para el tipo sólo tiene primariamente el efecto de que, al margen de la intensidad de su auxilio, no pasa de ser partícipe (del delito de funcionario). Cuando se quiere someter esta participación al marco penal del delito base, ello se deriva únicamente del § 50.2 StGB (incomunicabilidad de los elementos personales a los partícipes), careciendo de toda influencia sobre la delimitación de las formas de cooperación. La condena más leve para el *extraneus* obedece a meras consideraciones de merecimiento de pena que, como sabemos, en absoluto tienen que ver con la autoría.

Al igual que en la delimitación entre coautoría y complicidad, también aquí la naturaleza netamente divergente de la autoría mediata con respecto a los casos de delitos de dominio del hecho origina una modificación notable del concepto de inducción. Lo cual se pone de manifiesto en el ejemplo de partida de este capítulo, en el que un *extraneus* fuerza a un funcionario, dados los requisitos del § 52 StGB (coacción mediante violencia irresistible o amenaza relativa a la vida o integridad física, propias o de persona allegada), a perpetrar tortura (§ 343 StGB). Más arriba hemos comprobado sólo que el sujeto de detrás no puede ser autor del § 343. Pero no queda impune, sino que responde, pese a tener el dominio del hecho, como inductor; ésta es la única solución que da cumplida cuenta de la situación material, pero que para los partidarios de la teoría del dominio del hecho tiene que ser inexplicable. A partir de lo cual vuelve a quedar claro que, inversamente a las tesis de BOCKELMANN, no es un concepto primario de participación (la surbordinación de la voluntad), lo que secundariamente crea el concepto de autoría, sino que, más bien, al concepto de autor de los delitos de infracción de deber, obtenido primariamente del análisis del tipo, le sigue secundariamente una concepción de la participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho: partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría.

Y de la delimitación entre inducción y autoría mediata en los delitos de infracción de deber se deduce una idea más: que el principio de la accesoriedad limitada, que en el marco del concepto del dominio del hecho

[18] En otro sentido, por distintas razones, HARDWIG, *GA*, pp. 65 ss.; LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untaugl. Täters*, tesis doctoral, Hamburgo, pp. 76 ss.

lleva una existencia en la sombra, es aquí donde adquiere su verdadero significado, pues el desarrollo del concepto de dominio del hecho ha mostrado que —al margen de excepciones insignificantes— siempre se da autoría mediata cuando el ejecutor obra sin dolo o sin consciencia del injusto, cuando es inimputable, menor de edad, ha sido coaccionado o está disculpado de cualquier otro modo. Por eso no va descaminado MAURACH [19] cuando, desde el punto de vista de una teoría del dominio del hecho llevada a sus últimas consecuencias, dice sobre la accesoriedad limitada que no tiene en cuenta «la esencia de la autoría mediata», y cuando SCHRÖDER, sobre la base de la teoría subjetiva, señala que «aquí se han dado palos al aire, y además con los ojos cerrados» [20]. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber el reconocimiento de la accesoriedad limitada es importante e imprescindible: la accesoriedad extrema dejaría impunes casos de auténtica participación, debido a un dogma infundado.

IV. EL PROBLEMA DE LA PARTICIPACIÓN EN HECHOS PRINCIPALES NO DOLOSOS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La idea de que el concepto de la "figura central" ha de llenarse de contenido en los delitos de infracción de deber mediante otro criterio distinto al del dominio del hecho también arroja nueva luz sobre uno de los temas más controvertidos de la moderna dogmática penal: la cuestión de la posibilidad de participación en hechos principales no dolosos.

El problema no puede examinarse aquí en toda su amplitud, pues lo que está en discusión ante todo es el concepto de partícipe. Tampoco es necesario repetir todos los argumentos que se han esgrimido a lo largo de los años. Esta discusión, que había tocado fondo, quizá pueda revitalizarse con la idea de que la polémica, tal como tiene hoy lugar, en parte se basa en presupuestos no del todo correctos.

La tesis principal de la doctrina aún dominante, aducida por WELZEL y BOCKELMANN y que ha penetrado en la jurisprudencia [21] y en el Proyecto de 1962 (§§ 30 y 31), se basa en que reconociendo inducción o complicidad en hechos principales no dolosos no se acierta con la "esencia" [22] o "la estructura inmutable de la participación" [23], o se contradicen las estructuras "lógico-objetivas" previas o la "naturaleza de las cosas" [24]. La opinión contraria, que ha sido expuesta últimamente de manera especialmente penetrante por LANGE [25], DAHM [26] y ENGISCH [27], habla en este contexto [28] precisamente de una «tendencia [29] exagerada a ponerse en manos de la naturaleza de las cosas, a la consideración de las esencias», y LANGE [30] entiende que es una «misión principal de nuestros días la de captar en su heterogeneidad y en sus límites aquello que le está dado al Derecho y aquello que es hecho, y poner ambas cosas en la adecuada relación».

A mi juicio, el acierto y el desacierto están repartidos bastante por igual en esta polémica. Así, ha de distinguirse:

1. La accesoriedad en los delitos de dominio

A los partidarios de la doctrina dominante, que consideran absurdo admitir la participación en un hecho principal no doloso, ha de dárseles la razón en un punto: estableciendo de entrada que la autoría presupone el dominio del hecho y que, consiguientemente, la participación es cooperación sin dominio del hecho; entonces, si el sujeto de detrás entrevé el hecho [30a], no es posible imaginar la inducción a un delito no doloso [31], puesto que en este caso nos encontramos ante un autor que, por falta de dominio final del curso del suceso, precisamente no puede ser autor, según se desprende de la definición; junto a él está un partícipe que es señor del hecho, y por tanto, a partir de los principios de esta teoría en ningún caso puede ser partícipe. Lo inadmisible de una construcción en tal sentido no se deduce, pues, de la "naturaleza de las cosas", sino de la lógica de la formación razonable de conceptos. En contra de lo cual de nada sirve que DAHM [32] señale que «el temor a la impureza del concepto no debe preterir excesivamente el temor al resultado injusto», pues un concepto que en su apli-

[19] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., p. 503.
[20] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 3, b, p. 249.
[21] Desde *BGHSt,* 9, pp. 370 ss.
[22] Así *BGHSt,* 9, p. 379.
[23] BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 74.
[24] Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre,* pp. 4, 7 ss.; STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache,* pp. 15 ss.

[25] *JZ,* 1959, pp. 560-64.
[26] *MDR,* 1959, pp. 508-510.
[27] *Festschrift für Eb. Schmidt,* pp. 107-121.
[28] En estrecha conexión con DAHM y LANGE, asimismo, LANG-HINRICHSEN, *Gutachten für den 43. Dtsch. Juristentag,* pp. 21-25.
[29] *Op. cit.,* p. 510.
[30] *Op. cit.,* p. 564.
[30a] El caso en que el *extraneus* supone erróneamente el dolo del sujeto agente ya se ha analizado *supra* (pp. 286 ss.), pudiendo, pues, dejarse ahora sin considerar. Cuando en lo sucesivo se hable de que en los delitos de dominio está excluida la participación en el hecho no doloso, se entiende que siempre al margen de esta situación especial.
[31] Para ser más exacto, no final, entendiendo "final" en el sentido de la finalidad típica. Acerca de la estructura normativa del concepto de finalidad cfr. mi artículo en *ZStW,* t. 74, pp. 515 ss. En adelante no se va a referir en detalle la diferencia entre finalidad y dolo porque el problema carece de importancia en los delitos de infracción de deber. Sobre la cuestión de si (y hasta qué punto) en los delitos de dominio es posible la participación en hechos imprudentes conscientes, cfr. pormenorizadamente *supra,* pp. 202-214 (212 ss.), 245-249; así como *infra,* pp. 592 ss. y 600 ss.
[32] *Op. cit.,* p. 510.

cación práctica se trastoca inmediatamente en su contrario no es sólo "impuro", sino absurdo.

Pues bien, a partir de este dilema cabe deducir que sea incorrecta la idea del dominio del hecho. Sin embargo, no lo es, como han puesto de relieve todas las consideraciones precedentes. Esta teoría no se deriva directamente de datos previos ontológicos, de la "esencia de la acción" o de cualquier "estructura lógico-objetiva" independiente de las metas del legislador [33]; pero a nuestro juicio significa, tal como la hemos definido, una concepción del concepto general de autor materialmente ajustada y, por tanto, "correcta". Por eso son inevitables las conclusiones que a partir de ella fuerzan a rechazar la participación en el hecho no doloso. Así pues, que en el marco del concepto general de autor la participación en el hecho no final está descartada se deduce —si es que esta expresión ha tenido sentido alguna vez— de la naturaleza de las cosas.

Tampoco los partidarios de la opinión contraria han podido cerrarse en banda ante esta idea; por eso recurren preferiblemente al concepto de inspirador o causante *(Urheber)* resucitado por NAGLER [34] y BINDING [35], estimando que los preceptos de la participación [36] no se extienden sólo a la «participación auténtica» [36a], sino también a los supuestos de «autoría o inspiración *(Urheberschaft)* espiritual», «en los que el sujeto de detrás materialmente equivale o es afín al autor mediato, y si no puede ser abarcado es sólo por motivos jurídicos» [37], esto es, porque le falta la cualificación de autor requerida por la ley.

Pero también esta solución es precaria, pues o bien se da por supuesta la autoría por determinación *(Urheberschaft)* en el concepto de participación, y entonces uno se ve expuesto a todas las aporías expuestas *supra*. O se separa participación y determinación *(Urheberschaft),* y entonces ciertamente se evitan contradicciones irresolubles, pero se obtiene, junto a autoría y participación, una tercera categoría de cooperación que cuestiona todo el sentido de la distinción. En efecto, si junto a autoría, inducción y complicidad se construye, a fin de colmar lagunas, una figura de autoría por determinación *(Urheberschaft)* que no cabe extraer sin más de la ley, difícilmente cabe no atender a la pregunta de qué sentido va de tener la diferenciación entre las formas de participación. Entonces ocurre que toda mera causación del resultado típico, dando un rodeo por la determinación *(Urheberschaft),* puede

[33] Cfr. al respecto *supra,* pp. 32-34 y *passim*.

[34] *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* pp. 134 ss.

[35] *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts,* pp. 377 ss.

[36] Cfr. LANGE, *op. cit.*, p. 563; DAHM, *op. cit.*, p. 509; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, X, I; yendo más allá aún, desde la perspectiva de la teoría de la participación en la culpabilidad, desde hace mucho tiempo H. MAYER, *Lehrb.*, pp. 327 ss.

[36a] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 3, c.

[37] LANGE, *op. cit.*, p. 561.

dar lugar a la pena completa. Pero esta solución se conseguiría más sencilla y rápidamente con auxilio de un concepto extensivo de autor desarrollado consecuentemente.

2. La accesoriedad en los delitos de infracción de deber

A. *Consecuencias derivadas del concepto de autor de los delitos de infracción de deber*

Así pues, sobre la base del concepto del dominio del hecho ha de rechazarse, con la doctrina dominante, la figura de la participación en hechos principales no finales. Pero el panorama cambia en seguida cuando se contempla a los delitos de infracción de deber, con arreglo a la concepción aquí mantenida, como grupo independiente, advirtiendo que también aquí el autor representa la figura central del suceso de la acción, pero que este concepto rector ha de dotarse de contenido mediante otros criterios que nada tienen que ver con el dominio del hecho. Caracterizando al partícipe ya no mediante la "cooperación sin dominio del hecho", sino mediante la "intervención sin infracción de deber especial", su estructura no se modifica porque el obligado obre sin dolo. De un modo u otro se da una producción de resultado fuera de la obligación, y la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, en este contexto se revela como absolutamente irrelevante.

Vistas así las cosas, tampoco cabe hablar de que reconocer la inducción o complicidad en el hecho no final contradiga, en los delitos de infracción de deber, la "esencia" de la participación o la "naturaleza de las cosas". Por el contrario, cabría decir que precisamente la comprensión de la esencia de la autoría, tal como aquí se ha desarrollado, hace resaltar claramente la posibilidad de participación en tal sentido. Al respecto es significativa asimismo la circunstancia de que la argumentación a partir de la "naturaleza de las cosas" desde el principio sólo ha estado cortada a la medida de los delitos de dominio. Cuando, por ejemplo, STRATENWERTH en este contexto aduce, en favor de la necesidad de hecho principal doloso [38]: «De la cuestión de si la persona interpuesta obra dolosamente o no, depende quién domina la situación», ello es de todo punto correcto (al margen de las limitaciones en la imprudencia consciente). Pero la idea pierde, obviamente, toda su fuerza probatoria tan pronto como el dominio ya no decide sobre autoría y participación. Así pues, en el ámbito de los delitos de infracción de deber tienen tanta razón los críticos de la doctrina dominante como ésta la tiene en los delitos de dominio.

[38] *Natur der Sache,* p. 15.

Lo correcto de mi tesis de que la solución del problema resulta por sí sola del distinto concepto de autor en los delitos de dominio y en los de infracción de deber se evidencia especialmente en que los supuestos críticos a los que se refiere el debate no proceden del ámbito de los delitos de dominio, sino casi sin excepción de los delitos de infracción de deber [39].

Allí donde en los delitos de dominio el requisito de hecho principal doloso presenta dificultades se trata de un problema aparente. La famosa sentencia del BGH [40] en que se condenó como cómplice a un dependiente que, sin conocimiento de su principal, había comprado objetos robados, es ciertamente incorrecta. Ya hemos visto *supra* [41] que en tales casos el empleado, de darse delito, ha de ser considerado autor. Está más que justificada la crítica de WELZEL [42] a esta sentencia desde la perspectiva del concepto general de autor.

Los verdaderos problemas pertenecen todos al ámbito de los delitos de infracción de deber. Así ocurrió en los dos supuestos que sirvieron de detonantes de la controversia de los últimos años; en el primero, donde el BGH [43], frente a su posterior jurisprudencia, estimó inducción, aun faltándole al inducido el dolo [44], un *extraneus* había determinado a un médico a quebrantar el secreto profesional (§ 300 StGB), haciéndole creer que se trataba de una petición de información del Colegio profesional; en el segundo, objeto de sentencia del OLG Stuttgart [45], una persona no implicada en un accidente había impulsado a un conductor, afirmando falsamente que el lesionado había renunciado a que se hicieran indagaciones, a que abandonase el lugar del accidente (§ 142 StGB). En ambos casos se trataba de delitos de infracción de deber: sólo el médico con deber de sigilo reunía los requisitos de la

[39] Acerca de cómo ha de decidirse la cuestión en los delitos de propia mano se tratará *infra*, pp. 454 ss. Que los problemas sólo aparecen en los delitos especiales y en los de propia mano lo advierte ahora con buen criterio Arthur KAUFMANN, *JZ*, 10962, p. 782.

[40] *BGHSt*, 5, pp. 47-52.

[41] Pp. 381-382.

[42] *JZ*, 1954, p. 128.

[43] *BGHSt*, 4, pp. 355-360; el mismo tipo de supuestos lo trata ahora el OLG Köln en *MDR*, 1962, pp. 591 ss.

[44] WELZEL, *JZ*, 1963, p. 763; sin embargo, propone estimar aquí error de prohibición. Pero de haberse tratado de una obtención de información admisible entre colegas, el médico se equivocaría, al menos de modo excluyente del dolo, sobre presupuestos de la justificación; incluso cabría decir, dado que el colega también habría sido titular del secreto, que ni siquiera quería "divulgar" el secreto, de manera que incluso desde la teoría estricta de la culpabilidad, que mantiene WELZEL, habría que estimar error sobre el tipo; cfr., con respecto a las posiciones encontradas, BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 108; ENGISCH, *Schmidt-Festschr.*, p. 108; HEINITZ, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, pp. 104 y 105, notas 39-41. Al margen de ello, incluso dando por supuesto el error de prohibición, la inducción que estima WELZEL apenas cabría compatibilizarla con la teoría del dominio del hecho, dado que a ese inductor difícilmente cabría negarle el dominio del hecho. Por estas razones también fracasa el intento de DREHER, *MDR*, 1962, pp. 592 ss., de sustraerse a la dificultad estimando un hecho principal doloso (que, no obstante, excluiría igualmente la punición por delito doloso).

[45] *JZ*, 1959, p. 579 = *MDR*, 1959, p. 508. El intento del tribunal de eludir las cuestiones de accesoriedad construyendo un error de prohibición se ha encontrado con el rechazo doctrinal unánime.

autoría del § 300 StGB, y sólo el implicado con deber de aguardar podía ser autor del delito de fuga del lugar del accidente del § 142 StGB. Así pues, los dos *extranei* determinan el resultado sin vulnerar el deber especial, cumpliendo todos los requisitos que han de exigirse en un partícipe en delitos de infracción de deber.

A menudo se ha advertido ya la circunstancia de que la necesidad de estimar participación en un hecho no doloso sólo surge en determinados tipos. LANGE, que ha profundizado como nadie en las cuestiones de accesoriedad, llega a decir, en el sentido de la opinión que aquí se desarrolla [46]: «Como el problema sólo surge en determinados grupos de casos, el punto de partida para resolverlo ha de extraerse no del esquema abstracto del sistema, sino de las estructuras y componentes específicos de esos grupos.» Asimismo en los delitos de funcionarios advierte con toda razón, conectando con anteriores consideraciones [47], que la condición de funcionario constituye un elemento del "ajustarse a la autoría", cuya ausencia excluye la imputación a título de autor, pero que no afecta a la imputación a título de partícipe [48]. Sin embargo, no llega hasta el final en la línea decisiva, pues cuando señala, con respecto a los ejemplos susodichos, que «el sujeto de detrás materialmente equivale o es afín al autor mediato y [que] sólo por razones jurídicas no puede ser abarcado» [49], retorna al concepto de autor de los delitos de dominio, con el que no cabe dar cumplida cuenta de los delitos de infracción de deber.

También TRÖNDLE encuentra el punto de partida acertado, que señala con toda razón [50]: «Las dificultades se deben a que la Parte Especial diverge del concepto de autor de la Parte General en ciertos casos (a saber, en los delitos especiales). Por eso, desde la propia lógica de legislador no es posible buscar en la Parte General el despejar dificultades que es en la Parte Especial donde han surgido.» Curiosamente, esta idea no le impide, sin embargo, aplicar también en los delitos especiales la teoría del dominio del hecho y, por tanto, el concepto general de autor, que no se acomoda aquí, con arreglo a sus propios presupuestos. Consiguientemente, se ve obligado a rechazar la punición del *extraneus* en los delitos especiales no dolosos.

La solución que obtiene la coherencia a partir de la especial estructura de la autoría en los delitos de infracción de deber la ofrece, frente a lo expuesto, sólo la teoría diferenciadora que aquí se mantiene: según ésta, en los delitos de dominio nadie puede ser partícipe (= cooperador sin dominio del hecho) sin que otro tenga (al menos según su idea) el dominio del hecho y, por tanto, actúe dolosamente. En los delitos de infraccion de

[46] *JZ*, 1959, p. 563.

[47] *Die notwendige Teilnahme*, 1940, pp. 54 ss.

[48] *JZ*, 1959, p. 562.

[49] *JZ*, 1959, p. 561; asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 26.

[50] *GA*, 1956, pp. 151 y 152.

deber, en cambio, es perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación. Por tanto, los dos *extranei* de las sentencias antes mencionadas pueden ser castigados como inductores a sendos delitos de los §§ 300 y 142 StGB, aunque el ejecutor directo obrara en error sobre el tipo.

Nuestra solución es obligada una vez aceptados estos dos presupuestos: que en este grupo de delitos únicamente la infraccion del deber fundamenta la autoría y que la participación, aquí como en todas partes, es de naturaleza secundaria, esto es, que no requiere más que intervención sin infracción de deber especial. Estas dos tesis hasta ahora no han sido reconocidas, aunque sin ellas no resulta posible entender correctamente los delitos especiales. Lo cual es así con independencia del problema de accesoriedad que se cuestiona. Así, por ejemplo, en el tan citado ejemplo en que un *extraneus* fuerza, con los requisitos del § 52 StGB (mediante fuerza o intimidación), a un funcionario a cometer torturas, todos están de acuerdo, a mi juicio [50a], en que ha de estimarse inducción al delito del § 343 StGB. Y, sin embargo, este resultado es inexplicable sin nuestras dos premisas, pues partiendo del dominio del hecho, éste lo tiene el *extraneus*, de manera que ya por definición no podría ser inductor, y si se entiende la participación —en lugar de secundaria y negativamente— primaria y positivamente como dependencia con respecto al dominio del hecho ajeno o, como BOCKELMANN, como subordinación de la voluntad en el sentido de la teoría del dolo, no cabría hablar de tal participación, de manera que para ser consecuentes habría que dejar impune al *extraneus*.

Este supuesto no se distingue de aquel en que al *intraneus* le falta el dolo en ningún punto esencial. De estimar aquí inducción, también allí habrá que hacerlo [50b]. La aseveración, con pretensión de validez absoluta, de que la participación debe darse con respecto a una autoría dolosa se basa, pues, no en datos previos lógico-objetivos, sino en un concepto de autor y de partícipe incompleto y en algunos puntos incorrecto, que, aplicado acríticamente, fuerza a las consecuencias aquí desaprobadas en la cuestión de la accesoriedad.

B. *Consideraciones teleológicas*

De todos modos, los contradictores de nuestra postura han esgrimido, junto a las consideraciones sistemáticas acabadas de tratar, asimismo puntos

[50a] También DAHM, *MDR*, 1959, p. 509, tilda a este resultado de "prácticamente indiscutido".

[50b] Cfr. también DAHM, *op. cit.*, pp. 509 y 510, que parte de análogas consideraciones, pero trabaja con el concepto de autor-inspirador *(Urheber)*.

de vista teleológicos con los cuales intentan rebatir la posibilidad de participación en hechos no dolosos.

a) *¿Se extiende la autoría a los no cualificados?*

WELZEL [51] aduce, en contra del castigo del *extraneus* como partícipe, que así «se extendería, bajo el nombre de "participación", la autoría a los no cualificados», argumento al que no cabe negar justificación, siempre que se trabaje con la teoría del dominio del hecho. No obstante, teniendo en cuenta que aquí no se trata de una cuasi-autoría, sino de auténtica participación, carece ya de validez la objeción de WELZEL en el sentido de que se dé una extensión *contra legem* de la autoría a no autores. Que el partícipe no se encuentre en la relación de deber especial requerida en el tipo le caracteriza precisamente como partícipe; el propio WELZEL tampoco requeriría en un inductor una específica infracción de deber. Hay que tener siempre presente que la infracción del deber especial, que hemos destacado con tanto énfasis, no constituye el fundamento de punición de estos preceptos, sino que sólo constituye la autoría.

El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos, en la lesión del bien jurídico [52]; si fuera de otro modo, no podría haber en absoluto partícipes no cualificados.

b) *¿Ampliación de la responsabilidad de órganos como solución al problema?*

También se basa en desconocer los especiales conceptos de autor y partícipe de los delitos de infracción de deber que WELZEL pretenda cerrar las sensibles lagunas de punibilidad que su doctrina abre en los delitos de infracción de deber mediante una ampliación de la responsabilidad de los órganos. Señala [53]: «En realidad, en los presuntos "casos de lagunas de punibilidad" de los delitos especiales propios se trata del problema de la responsabilidad de órganos, esto es, de la cuestión de la inclusión del representante en el círculo de autores de los delitos especiales propios, o sea, no de un problema de autoría ni de participación.» Por eso idea la solución, en el caso objeto de sentencia del OLG Stuttgart, de elevar a autor, como "representante voluntario", al tercero que, fingiendo ante el implicado en el accidente que "todo estaba en orden", le había hecho seguir su camino [54].

[51] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.

[52] Cfr. al respecto, ya acertadamente y en profundidad, LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, pp. 54 ss.; asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 19 ss., 24.

[53] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.

[54] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 397.

Sin embargo, en primer lugar, para la praxis ésta no constituye solución, pues del supuesto de hecho no cabe deducir que el sujeto de detrás fuera "representante voluntario". Además, la inclusión de este grupo de personas en el círculo de autores no está reconocido por la doctrina dominante ni por la jurisprudencia, ni previsto en los Proyectos, aparte de que mediante esta solución sólo se abarcaría una porción minúscula de los casos de lagunas. Y en segundo lugar este intento se basa en la suposición, incorrecta teóricamente y explicable por la fijación en la teoría del dominio del hecho, de que aquí «no se da ningún problema de autoría ni de participación», cuando ocurre justamente al contrario.

c) *¿Objeciones derivadas del principio de accesoriedad?*

Tampoco el principio de accesoriedad reclama solución distinta a la aquí propugnada. Integrando el dolo en el tipo, podría parecer inadmisible estimar participación sin un hecho principal al menos típico. Pero ocurre que el principio de accesoriedad no requiere, en tanto que está caracterizado por la "esencia" de la participación, más que una acción objetivamente típica, como la que existe en los casos de la revelación de secreto médico y del abandono del lugar del accidente. Pero por cuanto respecta al legislador, sobre lo único que éste se ha pronunciado es sobre que el hecho principal no tiene por qué ser culpable; que en todos los casos necesariamente tenga que haberse realizado el tipo subjetivo —tal como lo entiende la doctrina incontrovertida— no puede deducirse en absoluto, por cuanto que el legislador de 1943 consideraba al dolo, sin discusión, como elemento de la culpabilidad y quiso, con su regulación, hacer posible el castigo de la participación en un hecho principal no doloso [55]. Correctamente entendido el precepto legal de la accesoriedad, precisamente la solución aquí sustentada sí que la requiere en los delitos de infracción de deber, y la opinión contraria hace que se frustre la voluntad del legislador (que coincide absolutamente con los datos estructurales previos).

d) *¿Falseamiento de la estructura típica?*

De todos modos, cabe aducir una objeción contra la posibilidad de participación en un hecho no doloso en los delitos de infracción de deber, que no resulta de la relación entre autoría y participación, sino de la voluntad del legislador de limitación típica de la pena. Si, por ejemplo —por seguir con el ejemplo del § 142 StGB—, la ley limita el círculo de autores a aquellas

[55] Cfr. simplemente DAHM, *op. cit.*, p. 509; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 107. Muy certero, ENGISCH, *Eb.-Schmidt*, p. 117. Sobre la delimitación entre inducción y complicidad en estos casos, *op. cit.*, p. 112.

personas cuyo «comportamiento ha contribuido a causar el accidente», ello sólo puede tener el sentido de que la punibilidad no se extiende a cualquier forma de frustrar pretensiones de indemnización derivadas de accidentes de circulación, sino que ha de limitarse a personas cercanas al accidente. En esto no estriba desde luego la explicación de que sólo se comprenda a aquellos que frustren pretensiones que están obligados a aguardar, pues los *extranei* pueden siempre sumarse al círculo de los castigados si toman parte en la acción del obligado. Cuando alguien, en cambio, sin que coopere el implicado en el accidente, hace desaparecer el vehículo y borra las huellas, es indudable que no puede responder por el § 142 StGB.

Ahora bien, cabría decir que un supuesto como el que sentenció el OLG Stuttgart es más afín a este último supuesto de frustración impune de pretensión que a la relación de intervención en que la ley se basa típicamente. En efecto, aquí, a diferencia de allí, se encuentra en el centro del suceso una persona obligada a aguardar; pero sólo es utilizada como instrumento ciego y no como sustentadora del injusto personal, de manera que podría mantenerse la opinión de que se trata a fin de cuentas de una frustración de pretensión y no de una fuga del lugar del accidente. En esta dirección argumenta también WELZEL [56] cuando, con respecto a la estimación de inducción en la sentencia BGHSt 4, 355 ss., señala que así «la determinación a una revelación no dolosa de secretos particulares ajenos —esto es, un delito de averiguación de secretos, que el legislador conscientemente ha querido dejar impune— se falsea, convirtiéndosela en inducción a revelación de secretos». En casos análogos dice HEINITZ [57] que quien coopera en una acción de autor dolosa comete «un *aliud* con respecto a aquel que pretende aprovecharse del error de un autor no doloso», y TRÖNDLE [58] señala: «No sería adecuado hacer responder al *extraneus* por un desvalor de accion que... no se da en el hecho determinado por él».

Estas objeciones son de peso; pero no prevalecen, pues bien es verdad que los *extranei* de los ejemplos no cometen en realidad huida del conductor ni revelación de secretos; pero tampoco lo hacen cuando el cualificado obra dolosamente. La diferencia entre fuga del lugar del accidente y frustración de pretensión, entre revelación de secretos y su averiguación es la que caracteriza precisamente a ese elemento personal que en los delitos de infracción de deber distingue entre la figura central y la marginal, entre autor y partícipe. Si para el castigo de la participación se requiere algo más que aquello que queda tras deducir la infracción dolosa de deber simplemente necesaria para la pena por autor, se convierte la infracción de deber especial en fundamento de la punición de este preceptos, mientras que en realidad sólo constituye

[56] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101; cfr. asimismo STRATENWERTH, *Natur der Sache*, p. 15.

[57] *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, p. 108.

[58] *GA*, 1956, pp. 149 y 150.

un elemento del "ajustarse a la autoría", esto es, un elemento para delimitarla con respecto a la participación.

Es más, si, frente a la posición aquí sustentada, se quisiera convertir a la infracción del deber en fundamento de punición, consecuentemente tampoco en caso de hecho principal doloso se podría castigar al no obligado, pues en él faltaría asimismo este requisito. ¿Qué sentido tendría hacer depender la punibilidad de una persona de que otro haya infringido el deber que sólo le afecta a él?

Además, si en nuestros ejemplos se quisiera hacer requisito de la punibilidad al comportamiento de autor ajustado a las cualidades "personales" de la revelación de secretos o de la fuga de conductor, tampoco habría que castigar como inductor a aquel que fuerza a un titular de deber especial a una realización de tipo disculpada por el § 52 StGB, porque bajo la influencia de la coacción ya no se da una "revelación" o una "fuga" en el sentido aludido por la ley. Una conclusión en tal sentido no sólo conduciría a resultados insoportables, que ni siquiera los partidarios de la posición contraria propugnan [59], sino que además supondría un retroceso a la accesoriedad extrema, ya incompatible con el tenor de la ley.

e) *¿Ampliación excesiva de la punibilidad?*

Así pues, siendo cierto que en los delitos de infracción de deber la figura de la participación en el hecho no doloso no entraña un falseamiento de la estructura típica, no obstante quedan las preguntas que constituyeron el punto de partida de nuestros reparos: ¿No se extiende, a través de esta solución, indebidamente la punibilidad, que indirectamente ha de restringirse mediante la limitación del círculo de autores? Y ¿en qué reside la diferencia material —por recurrir de nuevo a nuestros ejemplos de partida— entre la inducción a un hecho no doloso y los supuestos impunes de mero averiguar secretos o frustrar pretensiones?

A la primera pregunta se responde inmediatamente: de ningún modo se extiende la punibilidad en contra de la ley a la averiguación de secretos y a la frustración de pretensiones; más bien queda limitada a los supuestos, de nítidos contornos, en los que el no obligado consigue sus fines a través de la persona del cualificado para ser autor, tanto si éste actúa dolosamente como si no. Que el *extraneus* en el segundo caso "indudablemente es merecedor de mayor punición" [60] no lo discuten ni siquiera por lo general los

[59] Cfr. la solución de WELZEL, *JZ*, 53, p. 763, que en el caso del médico estima error de prohibición, llegando por esa vía a construir una inducción, a pesar de que el *extraneus* tiene el dominio del hecho.

[60] LANGE, *JZ*, 1959, p. 561.

partidarios de la opinión contraria [61]; por eso no se trata de una extensión excesiva e injustificada de la punibilidad, sino de una captación absolutamente adecuada del ámbito de lo punible.

También la segunda pregunta permite una respuesta clara. La inducción a un hecho no doloso se distingue decisivamente con respecto a los casos, impunes, de frustración de pretensiones y de averiguación de secretos:

En primer lugar se garantiza estrictamente —como ya se deduce de las consideraciones relativas a la estructura del tipo— la limitación prevista de la pena cuando se la vincula a la (consciente o inconsciente) revelación por parte del depositario del secreto, el alejamiento por parte del obligado a aguardar, etc. Ya con esto se demuestra carente de objeto el importante argumento que esgrime la equiparación con los conceptos ilimitados de la mera averiguación o del borrar huellas.

En segundo lugar también se da una diferencia esencial en el contenido delictivo, consistente en que en nuestros casos el *extraneus* utiliza al titular del deber mediante una manipulación taimada. Éstos son casos más graves que los de simple averiguación de secretos y frustración de pretensiones, porque el legislador, al imponer un deber especial a alguien, lo instituye guardián y preservador del bien jurídico amenazado. El implicado en el accidente, en virtud de su deber de aguardar, es responsable de que se puedan esclarecer las circunstancias de la culpabilidad y de la responsabilidad civil en tanto que su presencia pueda contribuir a ello, y el médico es aquel que tiene que guardar los secretos *in pectore* o en un cajón cerrado. La mayoría de las veces ocurrirá que, como en los dos casos de partida, el *extraneus* no puede en absoluto conseguir su fin sin quitar de en medio a la instancia de protección, al obligado especialmente. Está claro que la eliminación de ese obstáculo es más prometedora de resultado (y para la comunidad jurídica más peligrosa) que la tarea de frustrar pretensiones o de procurarse conocimiento de secretos por otra vía. Por eso tiene sentido captar los casos del primer género, dejando fuera del ámbito de protección penal a los del segundo.

En tercer lugar los grupos de casos supuestamente equivalentes presentan un aspecto singularmente distinto contemplados en función de su apariencia y de sus presupuestos criminológicos. No es de esperar que las personas interesadas en secretos médicos den el paso, en número digno de mención, de irrumpir en las consultas para registrar las ilegibles fichas en busca de datos que al final no encuentran. Por eso no existe motivo para castigar semajantes casos, hipotéticos en su mayor parte (salvo en el delito de traición).

[61] Cfr. TRÖNDLE, *GA*, 1956, p. 149: «El merecimiento de pena aún no da lugar a punibilidad.» Los propios intentos de llegar en los mencionados supuestos a la punibilidad, construyendo un error de prohibición (cfr. *supra* notas 44 y 45) o una "responsabilidad de órganos" (cfr. pp. 403-404) muestran lo elevada que es la necesidad de pena.

En cambio, el caso en que mediante engaño se consigue que un médico revele secretos desempeña en la práctica un papel no desdeñable, como se desprende claramente de la frecuencia con que los tribunales han de sentenciar en casos de este tipo.

Aún más fácil de captar es la diferencia entre los casos en la fuga del lugar del accidente, pues lo que el legislador pretende impedir mediante la conminación penal no es la mera frustración de pretensiones, sino el alejamiento del implicado en el accidente del lugar del hecho. El que un *extraneus* consiga este objetivo mediante persuasión o mediante engaño es absolutamente indiferente desde este punto de vista. Por eso no puede entrañar diferencia el que se trate de una instigación a un hecho doloso o no doloso. En cambio, la mera frustración de pretensiones —por ejemplo, haciendo desaparecer las pruebas— se refiere a un supuesto de hecho diferente por completo, que el propio obligado a aguardar puede realizar impunemente con tal que permanezca en el lugar del accidente. Por eso se están desconociendo del todo las circunstancias reales cuando aquí se sitúa a la participación en el hecho no doloso en el mismo plano que la frustración de pretensiones impune, pese a no parecerse en absoluto y concordar aquélla en todos los puntos decisivos con la inducción al hecho doloso.

Así pues, resulta que ENGISCH [61a] tiene razón cuando dice que es «una *petitio principii* que, a la vista del tratamiento de la "averiguación" en la ley, [tiene que] quedar impune la inducción al hecho principal no doloso». Lo que se da por supuesto en esta conclusión, esto es, que la determinación a una revelación de secretos no dolosa no se distingue de la averiguación ordinaria, no sólo está aquí, como en los otros casos parejos, sin demostrar, sino que además es incorrecto. En realidad, no es la opinión que aquí se mantiene, sino la contraria, la que conduce a resultados de todo punto absurdos: se castiga a quien supera las barreras que la ley ha levantado en la persona del especialmente obligado para proteger al bien jurídico, mediante persuasión o incluso mediante coacción. Pero quien supera ese obstáculo mediante engaño queda impune, aun cuando este comportamiento al menos equivale en cuanto a la cualidad de injusto a los medios susodichos e incluso significa una amenaza mayor para el bien jurídico protegido, pues el que engaña anula, de entrada, «la inhibición de la inteligencia, derivada de conocer que se está infringiendo la ley y de que uno puede buscarse la ruina» [62].

Por consiguiente, no ocurre, como HEINITZ cree, que en los delitos de infracción de deber la cooperación en el hecho doloso sea un *aliud* necesitado de distinta incardinación jurídica que la lesión del bien jurídico realizada mediante engaño. Por el contrario, una solución que aquí diferenciara sería absurda, porque trataría de modo distinto casos equivalentes en el aspecto

[61a] *Festschr. für Eb. Schmidt*, p. 112.
[62] LANGE, *JZ*, 1955, p. 561.

esencial, trayendo en cambio a primer plano el criterio del dolo, pese a ser irrelevante para la delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber y pese a aumentar su ausencia la responsabilidad del *extraneus*, en lugar de excluirla.

f) *¿Objeciones desde el Derecho positivo?*

Con cuanto antecede, naturalmente, no se quiere decir que, dado que la punición de la participación en el hecho no final es posible y adecuada en los delitos de infracción de deber, el legislador no pueda configurar en casos concretos tales conductas como tipos autónomos. Ya por este motivo carece de solidez la recurrente invocación de los §§ 160 (determinación al falso testimonio) y 271 StGB (falsedad mediata), pues de sobra es sabido que en ocasiones el legislador independiza acciones de participación, sin que por eso se haya nunca deducido que no concurra inducción o complicidad.

También en los delitos de infracción de deber el legislador puede tener razones fundadas para independizar en ese sentido. El § 160 StGB se analizará *infra* [62a], de manera que bastará aquí que nos refiramos al § 271 StGB. Que la inducción a la falsedad no dolosa se someta a un tipo especial se justifica por la sola circunstancia de que el legislador, en los §§ 272 y 273 StGB, ha creado cualificaciones que requerían tal regulación. El motivo más profundo reside en que el engaño, cuando va acompañado de ánimo de enriquecerse o de perjudicar, contiene elementos personales del injusto, de significación independiente, que no quedan abarcados mediante la punición de la mera falsedad. No es que los preceptos de los §§ 271-273 StGB fueran necesarios porque fuera inconcebible una inducción a un hecho no final, sino que más bien la regulación específica era necesaria para poder captar típicamente en casos graves el contenido de injusto que trasciende a la determinación a la falsedad.

Obviamente cabe dudar si esta interpretación ideada a partir del contexto de la ley coincide con las intenciones conscientes del legislador. Pero de ahí no cabe derivar contraargumento alguno, pues si éste no fuera el caso, a lo sumo se pondría de manifiesto que el legislador, como dice ENGISCH [62b], «al limitar la accesoriedad en 1943, perdió algo de vista». En todo caso, de las consideraciones indicadas se deduce que la regulación existente tiene sentido sin perjuicio de la posibilidad de participación en hechos no dolosos.

También existen divergencias en el contenido personal de injusto entre estafa y administración desleal, de las que Hellmuth MAYER [62c] ha obtenido

[62a] Cfr. pp. 427-428.
[62b] *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 119.
[62c] *Rittler-Festschrift*, p. 266; enlazando con él, WELZEL, 7.ª ed., p. 101.

una objeción contra la solución aquí sustentada. Entiende, con respecto al § 266 StGB: «De no atender al elemento de la autoría de la relación de confianza, cualquier trato, perjudicial para el principal, con un empleado de éste, constituiría una participación punible en la administración desleal "objetiva", aun cuando no cupiera hablar de una estafa en el sentido del § 263 StGB.»

Al respecto hay que decir que quien determina mediante engaño a un empleado a realizar una disposición patrimonial perjudicial para su principal va a ser castigado no por inducción al abuso de confianza no doloso, sino sólo por estafa. Lo cual se debe a que, en caso de perjuicio patrimonial, precisamente en el engaño reside un desvalor que el legislador ha descrito típicamente en el § 263 StGB (estafa). La inducción al delito de infracción de deber no doloso aparece así como autoría mediata en un delito de dominio; el § 263 corresponde, en la estafa para con representantes, *mutatis mutandis* al antes mencionado § 271 StGB. Esta regulación es adecuada porque el engaño representa una parte esencial del contenido de injusto, que sólo quedaría insuficientemente abarcado si se atendiera al mero perjuicio patriminial. Pero esto no se deduce de leyes estructurales ontológicas: suponiendo hipotéticamente que los perjuicios patrimoniales determinados por engaño no estuvieran sujetos a un tipo independiente —esto es, suprimiendo mentalmente el § 263 StGB— sería absolutamente razonable la punición por participación en el delito del § 266 StGB (administración desleal).

Pero ¿qué ocurre en el caso, al que se atiene MAYER, en que se trata sólo de un negocio "desfavorable", sin que se den los requisitos de la estafa? Aquí en principio ocurre que tampoco se realiza ya el tipo objetivo de la administración desleal porque un negocio resulte ser luego desfavorable. En tanto que el trato se mantenga en el marco de la administración ordenada, ya por esta razón no cabe preguntarse por la participación punible. Quedan, pues, sólo los raros casos en que el *extraneus* aprovecha conscientemente un error manifiesto del representante para acordar un negocio que perjudique al principal, sin deformar hechos, ni ocultarlos ni silenciarlos, mediando un deber aclaratorio.

¿Constituye esto una participación en un hecho no doloso (§ 266 StGB)? Una solución así no sería en absoluto incontrovertible. En cuanto al resultado, yo daría la razón a MAYER y WELZEL, que propugnan dejar impune este comportamiento. Pero esto no se basa en la esencia de la participación o de la acción final. El motivo reside únicamente en que hay que suponer que el legislador ha querido regular con carácter exclusivo los perjuicios patrimoniales causados mediante mantenimiento o favorecimiento de errores. Así pues, se trata de un problema de interpretación que nada tiene que ver directamente con la teoría de la participación, cuya solución, por tanto, no puede tener importancia alguna que trascienda a este caso concreto. Lo que pone de manifiesto este ejemplo —y ello aún se destacará repetidamente en los casos debatidos que se tratan más adelante— [62d] es que también en este ámbito el trabajo sobre los detalles, esto es, el análisis cuidadoso de la respectiva lesión de bien jurídico, del contenido de injusto personal y del contexto de los preceptos concretos, no puede sustituirse por ninguna solución maravillosa generalizadora que no atienda a las especialidades de la materia de regulación.

g) *Resultados*

Al final, llego a una conclusión que queda a mitad de camino entre los dos frentes del debate actual: la participación en un acto no final, cuando el sujeto de detrás entrevé el hecho, queda descartada en los delitos de dominio, pero en los delitos de infracción de deber, por el contrario, es absolutamente posible (y no sólo en la forma impropia de mera autoría por determinación) *(Urheberschaft)*.

Por eso sería de desear fervientemente, con LANGE [63] y LANG-HINRICHSEN [64], que en los §§ 30 y 31 del Proyecto de 1962 se volviera a tachar el adverbio "dolosamente" antepuesto al "hecho" cometido.

De ser así, podría desaparecer asimismo, por superfluo, el § 32 del mismo Proyecto, que en caso de error sobre el dolo del autor hace entrar en juego la pena por inductor o cómplice [65]. En los delitos de dominio ello no resulta necesario, como ya se expuso [66]. Y en los delitos de infracción de deber ocurre otro tanto. Si el *extraneus* cree erróneamente que el obligado obra no dolosamente, es siempre inductor y nada más, tanto por la situación real como por la imaginada; al igual que el error inverso —el autor al que se supone doloso no entrevé la situación— deja intacta la inducción existente.

V. LA IDEA DE DEBER EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Concordancias y diferencias en el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber

Comparando el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber, son las diferencias las que primero saltan a la vista: el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso

[62d] Pp. 454 ss. y 462 ss.
[63] *JZ*, 1959, p. 563.
[64] *Gutachten*, p. 25.
[65] En el mismo sentido LANG-HINRICHSEN, *Gutachten*, p. 25.
[66] Cfr. al respecto *supra*, p. 295.

concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier "causar" de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor.

Esta afinidad no alcanza mucho más allá de lo aparente. En cuanto a su idea básica, divergen el concepto extensivo de autor, que extrae su contenido normativo de la posición dominante de la teoría de los bienes jurídicos, y la categoría de los delitos de infracción de deber, que se orienta no al resultado, sino a la persona del autor. La polémica de los años treinta en torno a los fundamentos y la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos o de deber se refleja aquí en tono menor, depurada de ideología y reducida a su significación para la dogmática de la doctrina de la autoría.

Desde este punto de vista, sin embargo, no están muy alejados el autor de los delitos de dominio y el de los de infracción de deber, pues tanto en uno como en otro caso son elementos personales los que forman el eje de la delimitación. Naturalmente, de distinta índole: la configuración decisiva del curso del suceso, con toda su referencia normativa, ha de captarse en mucho mayor medida mediante criterios descriptivos que el elemento de la infracción del deber extrapenal, aprehensible intelectivamente. No obstante, ambas figuras de autor están igualmente próximas al concepto de injusto personal y ambas están sometidas a la amplia idea rectora de la teoría de la participación, según la cual el autor encarna la figura central del suceso de la acción. Se trata de diferencias que no se deducen de cómo se configure el concepto de autor, sino de la distinta estructura de los tipos. Pero obviamente por eso mismo es fácil que pasen inadvertidas: ni de lejos está valorada suficientemente la importancia de la Parte Especial para la dogmática de la teoría del delito.

Desde luego, por las razones indicadas se comprende que la idea de deber haya desempeñado hasta la fecha, en la doctrina del dominio del hecho, un papel variable y no muy claro.

2. Concepto extensivo de autor, deber y dominio en Eb. Schmidt

La principal falla reside en que todavía hoy no se destaca en este grupo de delitos el criterio, fundamentador de la autoría, de la infracción del deber extrapenal, sino que se le oculta bajo el concepto de los delitos especiales. Corresponde a Eb. Schmidt el mérito de haber sido el primero [67] en haber

[67] Schmidt *(Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 7, nota 16) alude incluso a los puntos de partida que se encuentran en la conocida monografía de Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* 1903.

captado con claridad la importancia de la idea de deber para la doctrina de la autoría. En una obra menor suya, publicada en 1936, se lee [68]: «... lo que representa la esencia y lo jurídicamente decisivo en la "delimitación personal", en la "cualificación" o en las "cualidades personales", no queda expresado en las fórmulas mencionadas y se deduce casi siempre por estar aludido en los ejemplos que se añaden (funcionario, tutor, soldados, etc.). *Lo determinante, sin embargo, son siempre los deberes personales* [69], no cualesquiera cualidades físicas o psíquicas o datos en cualesquiera personas».

Para Eb. Schmidt descubrirlo estaba al alcance de la mano, puesto que el concepto extensivo de autor [70], desarrollado algunos años antes por él, había recibido su impronta metodológica de una consideración puramente normativa, que prescindía totalmente de la configuración del curso externo de la acción. En un enfoque así se integra muy bien la idea de deber, porque también para ella —como entonces señaló Schmidt— los componentes de la acción "cognitivo-naturalísticos" no desempeñan papel alguno, estando los deberes más bien avecindados exclusivamente en lo normativo. Por eso dice [71]: «Ha de reconocérsele a la doctrina más reciente que el concepto extensivo de autor... requiere que se le señale cierta "medida"..., que se le modere. Cómo tenga que llevarse a cabo necesita aún ser aclarado... Ante todo habrá que recurrir a la idea de la infracción de deber especial.» En realidad, de ese modo se había dado inadvertidamente un paso decisivo hacia una teoría de la autoría que ya no atienda al menoscabo del bien jurídico desligado de sujetos, sino que sitúe a la persona actuante y a la cualidad de su conducta en el centro de la delimitación.

Así había llegado Schmidt, que creía estar aún dentro del concepto extensivo de autor, a un concepto personal de autor que, como se señaló *supra*, se encuentra más próximo a la teoría del dominio del hecho que a su punto de partida extensivo. Por eso no extraña que vinculase su teoría con los trabajos, que acababan de publicarse, de Kohlrausch y Lange, precursores directos de la teoría el dominio del hecho. Dice Schmidt [72]: «Sólo se da comportamiento de autor allí donde la disposición intencional del sujeto actuante lo señala como señor del hecho... de manera que sobre él y su personalidad gravite aquélla culpablemente», y justo en seguida, con respecto a los delitos militares [73]: «... es absolutamente cierto que la disposición intencional que implica dominio del hecho siempre presupone la obligación específicamente militar».

Resulta sugestivo apreciar en esta retrospectiva cómo aquí conviven en Schmidt tres distintos criterios de autoría (el principio extensivo, el elemento

[68] *Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 7.
[69] Subrayados del propio Schmidt.
[70] Al respecto *supra,* pp. 26 ss. y 45 ss.
[71] En su *Militärstrafrecht,* 1936, p. 41.
[72] *Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 10.
[73] *Op. cit.,* p. 11.

del dominio y el del deber) sin separarse y cómo la idea de deber, con buen fundamento interno, tiende el puente desde una teoría de la autoría referida al resultado a otra referida a la personalidad. Lo fructífero de este punto de partida despliega sus efectos hasta en la actualidad. Mientras que el concepto extensivo de autor con razón ha ido quedando relegado, el acento ha cambiado en la relación entre dominio y deber: SCHMIDT describe cuidadosa y certeramente el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, pero la función autónoma del dominio sólo queda aludida. En cambio, hoy prevalece el dominio del hecho, la idea de deber es objeto de poca atención y su singularidad rara vez captada. Pero una cosa está sin aclarar definitivamente, tanto antes como ahora: la relación entre ambos criterios. La concepción sustentada por SCHMIDT en el sentido de que el deber es un elemento o requisito del dominio del hecho aún se encuentra hoy en LANGE y GALLAS.

3. La unificación de dominio del hecho y deber en LANGE y GALLAS

Se lee en LANGE [74]: «... sólo el *intraneus* puede obrar típicamente, sólo él domina... su función pública, etc.». Entiende incluso que la "punibilidad primaria" en estos casos «se limita a aquellos que poseen el dominio del hecho en grado especial, a menudo con carácter exclusivo» [75]. También GALLAS mantiene que no puede ser "señor del hecho" aquel que, como el no cualificado en los delitos de funcionarios, «no es susceptible de realizar el auténtico contenido de injusto del hecho» [76].

Como se deduce claramente de cuanto antecede, no puede suscribirse esta opinión. Bien es cierto que también aquellos que infringen un deber fundamentador de autoría muy a menudo poseen el dominio del hecho, por ejemplo, dominan en exclusiva el ejercicio de la función pública —y precisamente esta circunstancia hace tan difícil captar el concepto de autor de los delitos de infracción de deber en su significación autónoma—, pero no es a eso a lo que hay que atender, pues no siempre tiene que ser así. El *extraneus* que mediante amenazas de muerte fuerza al funcionario a cometer prevaricación, domina el ejercicio de la función y desde luego no es autor; el administrador de nuestro ejemplo, en cambio, no puede dominar el hecho desde América y sin embargo es autor.

Algo distinto ha de objetársele a GALLAS [77]. Tiene toda la razón cuando dice que el no obligado, por sí solo, no es capaz de realizar el contenido de injusto del hecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el dominio

[74] KOHL.-LANGE, 43.ª ed., ante § 47, I, 4, p. 160.
[75] *Op. cit.*, I, 3, pp. 159 y 160.
[76] Número especial Atenas, p. 14; en términos semejantes *Gutachten*, p. 133.
[77] Ya *supra* tomamos postura crítica varias veces en relación con el problema del instrumento doloso no cualificado, cfr. pp. 278 ss.

del hecho. Un sujeto no es señor del hecho porque sea capaz de realizar el contenido de injusto de un precepto —el contenido de injusto del homicidio también se le achaca al inductor—, sino porque configure el suceso. La fórmula elegida por GALLAS describe veladamente, pues, justo el elemento del deber. Es sintomático que GALLAS se vea forzado a hablar aquí, a diferencia de en la autoría ordinaria, de un «dominio del hecho en el sentido aludido en el tipo respectivo» [78], evidenciando así que en realidad se trata de algo distinto.

Al mismo tiempo se ponen de relieve aquí los límites del intento de GALLAS, en sí loable, de vincular el concepto de dominio del hecho con puntos de vista normativos [79]. En efecto, una normativización de esta índole no significa sino una combinación de elementos de dominio y de deber y, por tanto, una equiparación de lo desigual. Tampoco se trata, ya por eso, de una mera cuestión de terminología más o menos arbitraria. Más bien, mediante el término unitario se oculta la circunstancia de que estamos ante dos criterios de autoría distintos, cerrándose el camino para captar las diferencias entre los delitos de dominio y los de infracción de deber.

4. Dominio del hecho y deber como presupuestos comunes de la autoría en WELZEL y MAURACH

La pertinente separación entre dominio del hecho y elemento del deber la han llevado a cabo en parte WELZEL y MAURACH.

De todos modos, MAURACH [80] menciona muy de pasada a los delitos de deber bajo las rúbricas de "delito especial" y de "cualificación de autor", sin valorar su significado autónomo para la doctrina de la autoría ni aclarar su relación con el principio del dominio del hecho. Los remite simplemente, como supuestos especiales no encajables, a una sede situada fuera del concepto de autor que mantiene.

En cambio, WELZEL, ya en sus *Estudios* [81], resaltó la «posición especial de deber del autor» como requisito independiente de la autoría, situándola expresamente junto al dominio del hecho. Caracterizó a estos casos al principio como manifestaciones del dominio del hecho "social", para distinguirlos del dominio del hecho "final". Esta terminología ya la ha abandonado. Pero aún hoy sigue WELZEL separando nítidamente los «elementos de la autoría objetivo-personales» con respecto al dominio del hecho final como "elemento general de la autoría" [82].

[78] *Gutachten*, p. 133; en términos semjantes, número especial Atenas, p. 28.
[79] Cfr. *supra*, pp. 92 ss. y 282-284.
[80] *AT*, 2.ª ed., § 47, III, B, 3, p. 493; § 49, II, C, 1, b, p. 516; § 50, III, E, p. 534.
[81] *ZStW*, t. 58, pp. 543 ss.
[82] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 90.

En esto hay que darle la razón; sin embargo, WELZEL no llega a extraer la consecuencia que *supra* hemos conceptuado como ineludible y desarrollado: a saber, que se trata de un concepto de autor autónomo, peculiar de este grupo de delitos. Más bien, WELZEL considera a los «elementos de la autoría objetivo-personales» como criterios que, en determinados preceptos, deben añadirse al dominio del hecho, pero que no pueden fundamentar por sí solos la autoría. Por eso señala [83]: «Mientras que el dominio final del hecho es requisito general de la autoría, los elementos personales de la autoría sólo son necesarios allí donde el especial significado ético-social de la acción depende típicamente de ellos. Pero ahí sólo se da autoría cuando concurren todos los requisitos de la autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos decae necesariamente como autor...».

En cambio, la tesis aquí defendida da un paso más, separando definitivamente los delitos de dominio y los de infracción de deber, que SCHMIDT, LANGE y GALLAS identificaban y que WELZEL había empezado a desvincular a medias. La teoría de WELZEL tiene que fracasar siempre allí donde al autor de los delitos de infracción de deber, como ocurre en la mayoría de los casos de utilización de un *extraneus* no cualificado, le falte el dominio del hecho. Por lo demás, con las consideraciones anteriores quedó suficientemente claro que (y por qué) en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho ya no puede desempeñar papel alguno como "elemento general de la autoría".

5. La aplicación de la idea de deber a los delitos de dominio en HARDWIG

Junto a los intentos de ajustar forzadamente los delitos de infracción de deber al lecho de Procusto del principio del dominio del hecho también se encuentra todavía en la actualidad ocasionalmente la tendencia inversa a emplear el criterio (de validez limitada) de la infracción de deber extrapenal, de manera poco disimulada, como elemento general del concepto de autor. Entre ellos se cuenta el esfuerzo de HARDWIG [84] por delimitar coautoría y complicidad con arreglo a "de quién es cosa (cometido) algo" [85]. Éste es un punto de vista que acierta perfectamente en cuanto al elemento de la autoría de los delitos de infracción de deber. Sin embargo, más allá de ellos carece de validez. Los "ejemplos no jurídicos" con los que HARDWIG pretende ilustrar su idea (ayudar a llevar las maletas, o en labores de jardinería) [86], nada demuestran para la doctrina de la autoría, porque tales "cometidos" y deberes materiales no desempeñan papel alguno en los delitos de dominio.

[83] *Studien*, p. 543; igual materialmente *SJZ*, 1947, apartados 649 y 650, y *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 90.
[84] *GA*, 1954, pp. 352 ss.
[85] Cfr. al respecto en otros contextos ya *supra*, pp. 33 ss. y 136-137.
[86] Cfr. también con respecto a los ejemplos ya *supra*, pp. 33 y 136.

VI. ÁMBITO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Cuestiones generales

No es objetivo de esta obra examinar el concepto de deber hasta en los preceptos concretos, yendo más allá de lo fundamental, lo cual sería propio de una investigación específica que analizara cada uno de los tipos desde puntos de vista dogmáticos, históricos y criminológicos en cuanto a su pertenencia al grupo de los delitos de dominio o de infracción de deber.

Aquí sólo pueden trazarse contornos y dar indicaciones para la incardinación de algunos preceptos especialmente controvertidos. Así, pertenecen a los delitos de infracción de deber, en principio, los delitos de funcionarios propios e impropios; además, los delitos de profesionales; asimismo, el abuso de confianza o administración desleal (§ 266 StGB) [87] y el desfalco como caso cualificado de apropiación indebida (§ 246 StGB). Tampoco suelen ser problemáticos los incumplimientos de determinadas obligaciones familiares o análogas (§ 170, 170a-d, 171, 172). Asimismo, los incumplimientos de tareas de asistencia y guarda (por ejemplo, §§ 174, 175a, núm. 2, 181, párrafo 1, número 2, párrafo 2, 2.ª alternativa, párrafo 2, 223 b), y el § 142 (alejamiento indebido del lugar del accidente), ya indicado *supra* como ejemplo [88].

Mientras que en estos casos la virtualidad fundamentadora de la autoría del elemento del deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo, a veces hace falta un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría no evidente desde el tenor literal. Como ejemplo de este género sirva el § 288 StGB. Cuando en él se dice que se castiga a «aquel que se alzare con elementos patrimoniales ante un embargo que le sea inminente» en principio está claro que no puede decidirse sobre autoría y participación con arreglo al principio del dominio del hecho, pues quien domina el acto de hacer desaparecer con carácter exclusivo puede no ser autor si el embargo no le amenaza a él y no se trata de su patrimonio. Por otra parte, no es posible dejar impune al deudor fugado que desde el extranjero ruega a su amigo que haga desaparecer sus bienes (del deudor), sólo porque no domine la acción típica. Debe bastar la mera "determinación

[87] También el BGH ha advertido con claridad ahora, en una sentencia reciente (*JR*, 1960, pp. 104-105), que no cabe trabajar con la idea del dominio del hecho en la administración desleal. Así, señala expresamente, en relación con un sujeto al margen de la relación de deber, que «el acusado, a pesar del dominio del hecho y de la voluntad de autor, no [podía] ser sujeto idóneo de la administración desleal» (*loc. cit.*, p. 105). En su comentario (*loc. cit.*, p. 105), SCHRÖDER habla de «prueba en favor de que la tesis de la diferencia ontológica natural entre autoría y participación y del principio de delimitación resultante de la "lógica de las cosas" no puede pasar por dogma». Así pues, ninguno de los dos llega hasta concebir el elemento del deber como criterio autónomo de la autoría.
[88] De considerársele como delito omisivo, el resultado no sería distinto.

al alzamiento" para captar al deudor como autor y al amigo ejecutor como cómplice.

¿Cómo se explica esto? Con la construcción del "instrumento doloso no intencional", que parece ofrecerse a primera vista, no se llega muy lejos, pues la «intención de frustrar la satisfacción de las obligaciones del acreedor» puede tenerla también el amigo ejecutor. Y si se objeta que la ley ha de interpretarse en el sentido de que se habla de la «satisfacción de las obligaciones del acreedor *propio*», esa idea tampoco resulta fundamento suficiente, dado que la figura del "instrumento no intencional", en su integridad, vulnera los principios de la doctrina de la autoría, debiendo ser, por tanto, rechazada [89].

A la solución correcta se llega estimando un deber previo a la norma penal, que sólo se le impone al deudor y que le insta a mantener abierto su patrimonio a las acciones del acreedor. Así pues, el deber es el reverso de la pretensión del acreedor y tiene sentido sobradamente que el legislador considere como figura central del suceso —al margen de la forma externa del comportamiento— a aquel al que tiene que atenerse el acreedor, el que le responde, mientras que los terceros están situados fuera de la obligación y nada tienen que ver directamente con el acreedor. Al mismo tiempo —a semejanza de en el § 142 (fuga del lugar del accidente)— se limita el ámbito de la punibilidad a aquellas personas que alcanzan sus objetivos a través de la figura del deudor, no quedando abarcada ya toda obstaculización del embargo que parta de terceros.

Naturalmente es cuestión de decisión valorativa del legislador el configurar un tipo como delito de dominio o de infracción de deber. El que proceda de un modo u otro dependerá de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico. Si el merecimiento de pena del delito está influido por ésta esencialmente, en su opinión, contemplará al obligado, sin consideración al curso de la acción, en el centro del acontecer y limitará notablemente la punibilidad de los *extranei*. Siendo de otra opinión, preferirá la estructura del dominio y, por tanto, hará hincapié en el dominio del comportamiento externo. Esta segunda vía la ha seguido el Proyecto de 1962 en el § 269, que equipara completamente a deudor y tercero, indicando para fundamentarlo que la regulación del Derecho vigente es «manifiestamente injusta, porque los hechos que se cometen en pro del deudor merecen pena desde el mismo punto de vista jurídico» [90], reflexión a partir de la cual resulta perfectamente consecuente prescindir del elemento del deber.

Este ejemplo enseña que la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente

[89] Al respecto con más pormenores *supra*, pp. 369 ss.
[90] Exposición de Motivos, p. 443.

teleológica, relativa en concreto a la interpretación de los tipos individuales. Precisamente aquí se vuelve a poner de manifiesto el efecto recíproco entre establecimiento de objetivos y elementos estructurales previos, al que nos referíamos al principio. Los conceptos de "dominio" y de "deber", que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones, pero que, una vez realizada la elección, caracterizan la regulación de todas las cuestiones de participación, elevando la delimitación en el caso concreto con respecto a la individualización casuística e integrándola en un contexto de ordenación superior, desvinculado de los tipos.

Por eso, así como la cuestión de la autoría requiere un análisis de cada tipo específico, también es incorrecto contemplar la delimitación entre autoría y participación como un problema meramente técnico y llevar a cabo, sin atender a las estructuras amplias, una interpretación literal limitada a los preceptos concretos. Este reproche es aplicable aún al BGH cuando en su —ya tratada *supra*— [91] sentencia [92] establece que coautor de una apropiación indebida sólo puede serlo aquel que ha tenido co-tenencia de la cosa objeto de apropiación. Para fundamentarlo aduce simplemente el tenor literal de la ley, en absoluto claro, y la aseveración (que precisamente ha de demostrarse) de que la cooperación con un titular de la tenencia no basta para estimar coautoría. No obstante, ni siquiera se plantea la cuestión de la estructura de la participación correspondiente al sentido del tipo. Por el contrario, ya hemos visto antes que se trata de un delito de apropiación que por su propia naturaleza está sometido al principio del dominio. A lo cual podemos ahora, de otro lado —desde el deber—, añadir:

Únicamente tendría sentido limitar en el § 246 la coautoría a los titulares de la tenencia si a aquel que tiene la cosa en su posesión le incumbiera un deber especial que lo hiciera destacar con respecto al círculo de los intervinientes y lo convirtiera sin más en figura central del suceso. Entonces la oración de relativo del § 246 («El que se apropie antijurídicamente una cosa mueble ajena *que tenga en posesión o tenencia*») constituiría un auténtico elemento de la autoría que cualificaría este delito como delito de infracción de deber y justificaría la sentencia del BGH.

Lo que ocurre es que uno se pregunta en vano por qué al tenedor de la posesión le tiene que incumbir un deber especial, dado que los casos de encomendar la cosa, que ciertamente presuponen una vinculación obligacional específica, se integran en el tipo cualificado (desfalco, *Veruntreuung*), quedando para la apropiación indebida simple sólo los demás casos en los que el tenedor no asume frente al dueño ninguna posición distinta que los

[91] Cfr. pp. 380-381.
[92] *BGHSt*, 2, pp. 317-320.

restantes intervinientes. Examinando con detenimiento la cuestión, se revela que la redacción del precepto se ha materializado de una manera que habla decididamente en contra de considerarlo regulador de delito de infracción de deber. Así, el primer Proyecto de Código penal de la Liga Nordalemana, de 1869, que a su vez se remite al § 225 del Código penal prusiano de 1851 y a antiguos Códigos penales regionales, sólo pretendía entender que se daba apropiación indebida cuando el sujeto había obtenido la posesión o tenencia con la obligación de «guardar la cosa, administrarla, devolverla o entregarla» [93]. Así pues, se trataba entonces indubitablemente de un puro delito de infracción de deber. En los posteriores trabajos legislativos se "despoja" a la apropiación indebida "de su carácter de vulneración de deber de lealtad", haciéndola evolucionar a "puro delito de apropiación" [94]. A tal efecto se suprimieron los deberes de custodia, administración y demás, manteniendo el requisito de mera tenencia. Por qué no se pasó de esta redacción (si por error o adrede) es, como se sabe, muy controvertido. Pero lo cierto y fuera de discusión es que ya no debe considerarse a la apropiación indebida como delito de infracción de deber.

Siendo esto así, entonces la postura del BGH, que entiende al § 246 de hecho como delito de infracción de deber, lo que hace es invertir justamente la voluntad del legislador. Así pues, la apropiación indebida constituye un delito de dominio. Por eso, aun rechazando la interpretación "correctora" del § 246 y requiriendo posesión en el autor único [95], la coautoría no presupone que cada sustentador del dominio del hecho tenga la posesión de la cosa [96].

Los casos concretos tratados antes se han escogido como ejemplos simplemente para poner de manifiesto cómo hay que proceder en la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio y, sobre todo, que mediante una interpretación literal superficial, que desconozca la dimensión de la teoría general de la participación y en esa medida sin sentido, no debe poder llegarse a resultados que varíen arbitrariamente para los respectivos tipos, que deshagan la estructura ordenadora de la doctrina de la autoría, cuestionando así el sentido de la diferenciación.

2. Las injurias

Un caso concreto muy controvertido viene representado también por el tipo de injurias, junto con algunos delitos afines. Las dificultades que

[93] En cuanto a los aspectos históricos, cabe remitirse a las cuidadas exposiciones de BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 220-224 (221), y POST, *Der Anwendungsberich des Unterschlagungstatbestandes*, pp. 424-32.

[94] BOCKELMANN, p. 222.

[95] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 380-381.

[96] En sentido distinto, con fundamentación menos convincente, POST, p. 7, quien incluye más bibliografía; también en otro sentido BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 227 y 228; cfr. al respecto ya *supra*, pp. 381.

este precepto opone a la delimitación entre autoría y participación ciertamente no han sido objeto de atención hasta hoy en comentarios ni en manuales; los trabajos monográficos, en cambio, sí han aludido a ellas repetidamente, desarrollando soluciones notablemente divergentes en cuanto a su fundamentación.

La última y más amplia aportación al tema se debe a ROSENFELD [97], que idea el siguiente ejemplo: A escribe a Z una carta insultante. B, yendo de paseo, entra a visitar a A y lee la carta. Al despedirse B, A le pide que le eche la carta al buzón. Así lo hace B, y la carta le llega a Z, que la lee.

La cuestión consiste en si en este caso B es autor y A inductor o A y B son coautores o A es autor y B cómplice. Dado que las injurias son delitos de comunicación, la acción típica, que hace avanzar al delito más allá de la fase preparatoria, consiste en la exteriorización, esto es, en el acto mediante el que el menosprecio se hace llegar a conocimiento del destinatario. Y éste consiste aquí en echar la carta al correo. Por eso, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, así como desde el de la teoría objetivo-formal, que sustenta ROSENFELD, B, que ha echado la carta, es autor y A inductor.

Este resultado lo considera ROSENFELD incorrecto, entendiendo que el que escribe la carta, A, es autor y su amigo B sólo cómplice. La injuria, opina, es una conducta «que no se efectúa mediante un suceso externo y un transcurso externo, sino que tiene que estar impregnada internamente de procesos psíquicos concomitantes» [98]. Para las injurias en cierta medida hace falta «internamente la ejecución de propia mano»; «surgen de una determinación específica impulsora», están «teñidas subjetivamente» y presuponen una «disposición afectiva» como «fuerza motivadora de la exteriorización». Por eso únicamente es autor aquel en que se dan estos requisitos. ROSENFELD intenta entonces, de la mano de este caso, recurriendo a otros tipos pertenecientes a otros contextos y que en parte ya se han tratado *supra* [99], desarrollar una categoría propia de "delitos con acción ejecutiva teñida subjetivamente", que en su opinión quedan al margen de la doctrina objetiva de la autoría.

Ya antes de ROSENFELD habían intentado otros autores superar el problema de otra manera. WUTTIG [100] violenta aquí al famoso "instrumento doloso", con arreglo al cual el sujeto de detrás, A, es autor mediato de ajena mano y el agente B su cómplice doloso. FLEGENHEIMER [101] considera asimismo

[97] En su artículo «Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung», *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 161-187.

[98] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 170.

[99] Cfr. *supra*, pp. 378 y 382, aludiendo a ROSENFELD.

[100] *Fahrlässsige Teilnahme am Verbrechen*, 1902, p. 52.

[101] *Das Problem des dolosen Werkzeugs*, 1913, pp. 62 ss.

autor a A, pero niega que se dé una desviación con respecto a la teoría objetiva. Más bien, desde el momento en que A hace que B conozca la carta, es autor de injurias consumadas. B, a pesar de la transmisión de propia mano, es sólo cómplice, porque echar la carta al correo simplemente perpetúa y refuerza las injurias de A. Otra vía distinta sigue KERN [102]: a su juicio, en todos los delitos de comunicación, a los que, por ejemplo, pertenecen también la estafa y la extorsión, en contraposición a la delimitación objetiva, que también él sustenta, autor es siempre sólo «aquel que es sustentador espiritual de la manifestación, esto es, aquel de cuya exteriorización de ideas se trata» [103].

Es curioso que todos los autores lleguen por distintas vías al mismo resultado: A es autor y B cómplice. Y nosotros pretendemos (anticipando la solución propia) mantener que tienen razón. Pero ¿cómo es posible fundamentarlo y cómo se compagina eso con la teoría de la autoría aquí desarrollada? Me parece que ninguna de las cuatro explicaciones vistas resulta acertada.

La solución de ROSENFELD es psicologista en exceso. No sabemos en qué "disposición" y sobre la base de qué "afectos" ha escrito A la carta. Pero es que además da igual: aun cuando sea un simple grosero y obrara sin *animus iniuriandi*, sin embargo es autor de las injurias, en tanto que es consciente de vulnerar mediante su exteriorización la pretensión de respeto social de otro. Y B, que se ha limitado a echar la carta al buzón, es cómplice, aun cuando odie al destinatario y celebre francamente la ofensa.

La misma objeción cabe esgrimir contra la postura de WUTTIG. No hace falta que se dé en el autor de injurias ninguna intención determinada, "dolo" específico ni ningún otro elemento subjetivo trascendente al dolo. A lo que se suman los reparos fundamentales contra la figura del instrumento doloso, que no es necesario reproducir aquí.

Distinta es la cuestión con FLEGENHEIMER. Su postura cabe armonizarla con el principio del dominio del hecho, pero es incorrecto su punto de partida. Bien es cierto que para la consumación de las injurias basta con que las conozca un tercero, que no tiene por qué ser el destinatario. Pero este tercero no puede ser un cómplice, como aquí sí lo es B [104].

Por último, contra KERN cabe señalar que tiene razón con respecto a las injurias, pero que este resultado difícilmente cabe deducirlo del concepto de los delitos de comunicación, pues no se entiende por qué, por ejemplo, en una estafa en la que toman parte varios timadores en una sutilísima distribución de papeles, sólo va a poder ser autor aquel que se presente como "el sustentador espiritual" de la manifestación engañosa.

[102] *Die Äußerungsdelikte*, 1919, pp. 49 y 50.
[103] *Op. cit.*, p. 49.
[104] Cfr. al respecto KERN, *op. cit.*, p. 50.

A mi juicio, las injurias se distinguen de los delitos de dominio en que están, permítaseme la expresión, "vinculadas al sujeto". No se da aquí una lesión de bien jurídico desligada del autor, independizada, como, por ejemplo, sucede en el homicidio o el incendio. No hay un "desprecio en sí" sin sujeto. Sólo una persona determinada puede manifestar su menosprecio a otra persona determinada. Lo cual se deriva de la esencia (en esta medida) previa, dada, de las injurias. La doctrina dominante da debida cuenta de esto al definir las injurias como «vulneración de la pretensión de respeto social». En la figura de la "pretensión" está dada por supuesta la relación entre dos personas. A la pretensión del legitimado le corresponde necesariamente el deber de la otra parte de respetarla. Lo que significa, con respecto a las injurias, que toda persona tiene frente a cualquier otra una pretensión de respeto personalísima, que sólo puede vulnerar el propio obligado en cada caso. Las injurias son, pues, por su naturaleza, un delito de infracción de deber.

Por ende, aun cuando la manifestación esté únicamente en manos de otro, autor es siempre sólo aquel que vulnera la pretensión de respeto que se le dirige. La prueba de que en el ejemplo de partida A es autor, pese a faltarle el dominio del hecho, y B cómplice, a pesar de tenerlo, queda efectuada poniendo de manifiesto que el modo de actuar de ambos simplemente ha vulnerado la pretensión de respeto de Z que se dirige a A.

Una simple consideración muestra que en efecto es así: la pretensión de respeto no es algo ficticio, una entelequia, sino un realidad social; pero no es perceptible sensorialmente ni tiene figura corpórea. Por eso, no es vulnerable mediante una agresión exterior del modo en que lo es, por ejemplo, una cosa ajena por medio de un hachazo; más bien, dado que su existencia se limita a la esfera de los significados sociales, sólo puede resultar menoscabada mediante acciones que tengan el sentido de negar esta pretensión. Así pues, no es la acción como proceso físico lo que conforma el resultado (las injurias), sino el significado inherente a ella, susceptible no de percepción sensorial, sino sólo de comprensión intelectiva.

De donde se deduce forzosamente que un sujeto sólo puede vulnerar una pretensión de respeto que se le dirija mediante acciones que encarnen el sentido de que él, el que actúa, menosprecia al destinatario. Este significado sólo le corresponde, en el ejemplo de partida, a la conducta de A, y estriba en que escribe ciertas ofensas y hace que se exterioricen. El hecho de que B domine el acto de exteriorización es irrelevante. Echar al buzón una carta en que A injuria a X (sea lo que sea lo que B haya sentido subjetivamente y haya pensado) no tiene objetivamente el significado de que B exprese su menosprecio por X. Más bien, B se limita a colaborar en que A manifieste su menosprecio a X.

Está fuera de duda que esta interpretación de las injurias como delito de infracción de deber concuerda asimismo con la concepción natural, que

sólo considera autor de este delito a aquel cuya expresión de menosprecio se pone de manifiesto. El destinatario de la carta, X, aun cuando sepa que B ha echado la carta al buzón, siempre va a decir: «A me ha injuriado».

Cuando WELZEL define las injurias como «manifestación del menosprecio (propio o ajeno)» [105] ello es perfectamente consecuente desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho. Entonces, B sería autor. Pero así contradice el sentido de la ley y de la realidad. Aun cuando un sujeto transmita oralmente las injurias de otro, este otro es autor [106]; el que transmite sólo lo será cuando, por la forma de exponerlas, a la vez exprese su propio menosprecio; pero entonces se dan dos injurias distintas.

A primera vista parece como si la teoría subjetiva pudiera dar debida cuenta de la problemática. El que escribe la carta, A, quiere el hecho como propio, mientras que B obra con *animus socii*; eso cabría decir, dando el caso por resuelto. Pero las apariencias engañan: aun cuando A "deje a criterio" de B el que se envíe o no la carta, sólo A es el autor en tanto que se llegue a la comunicación. Así pues, también aquel que se subordina a la decisión del otro puede ser autor, con lo que se vuelve a mostrar con claridad que el sentido objetivo de un proceso no se abre a criterios psicológicos.

Que la estructura de la autoría del tipo de injurias hasta ahora no se haya advertido se basa en dos circunstancias: en primer lugar, en que la teoría del *animus*, con la vacuidad de sus criterios, no suele oponerse a la solución aparente que corresponde al sentimiento jurídico. A quien haya que considerar autor es algo a lo que se imputa posteriormente el *animus auctoris*. Y otro segundo motivo reside en que se ha dedicado al elemento del deber (en su caso), únicamente bajo rúbrica de los "delitos especiales", un espacio meramente limitado. Así queda cerrada desde el principio la vía para resolver las cuestiones de autoría en aquellos delitos de infracción de deber que, como las injurias, no pueden considerarse ciertamente como delitos especiales. El que al concepto más bien poco claro de "delitos especiales" le corresponda o no alguna función autónoma junto al de "delitos de infracción de deber" y en qué consistiría, necesita aún de investigación.

Las injurias, en todo caso, se muestran por lo demás en su estructura como puro delito de infracción de deber. La autoría mediata (por ejemplo, a través del cartero, como instrumento que ignora los hechos) es posible sin más. Autor es aquel que ocasiona el resultado en tanto que su aportación al hecho se presenta, para una consideración que entienda el sentido, como objetivación del menosprecio propio.

[105] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 267.

[106] En términos muy semejantes ya KERN, *Äußerungsdelikte*, p. 49.

Ni que decirse tiene que los tipos que contienen el elemento del "ofender" —en la actualidad, los §§ 96, 130, 166 y 189 StGB— han de enjuiciarse con los mismos criterios [107]. Distinto es el caso en la difamación *(üble Nachrede)* y en la calumnia *(Verleumdung)*. Aun no siendo posible analizar pormenorizadamente la controvertida "esencia" de estos tipos, ha de indicarse brevemente cómo ha de concebírseles desde la perspectiva de la autoría.

El contenido delictivo de ambos preceptos no se agota en la circunstancia de que un sujeto manifieste su aversión personal contra otro de manera socialmente inadmisible. Más bien pretenden evitar que la víctima quede desacreditada públicamente mediante la divulgación de hechos inciertos lesivos para su honor. Los tipos están, pues —dado que los hechos "hablan por sí solos"—, desvinculados de sujetos. En la descripción del delito ello se revela en que el mero "divulgar" (esto es, la reproducción de imputaciones ajenas) se equipara expresamente al "imputar". Por eso, para la autoría no hay que atender a quién es el "artífice espiritual" de la manifestación, sino a quién tiene en sus manos la divulgación. Por eso autor es todo aquel que toma parte con dominio del hecho en difundir la imputación de hechos deshonrosos inciertos.

Por otra parte, en la difamación y en la calumnia también está presente un elemento ofensivo, en tanto que el difamador y el calumniador no sólo desatan el peligro de menoscabar la fama, sino que, allí donde se trate de su propia imputación, al mismo tiempo manifiestan su menosprecio personal al afirmar tales hechos deshonrosos inciertos. Así pues, los §§ 186 y 187 son puros delitos de dominio por lo que se refiere al divulgar, pero al mismo tiempo delitos de infracción de deber, en cuanto al "imputar" —proclamar como verdadero según convicción propia—, como casos especiales de injurias por medio de imputación pública de hechos.

Por ende, si en la carta de A, mencionada al principio, se hubiese tratado de una calumnia que se enviaba a un periódico, B sería autor debido a su dominio del hecho relativo a la divulgación; pero al mismo tiempo también A sería autor del § 187 (calumnia), porque mediante su imputación habría vulnerado la pretensión de respeto de Z que se dirigía a él. Estamos aquí, pues, en presencia de una combinación de delito de infracción de deber y de dominio tan peculiar como razonable de acuerdo con el fin de protección del precepto.

3. Delitos de propia mano inauténticos

Por último, forman parte de los delitos de infracción de deber un grupo de tipos que suelen denominarse en general delitos de propia mano. Se

[107] Cfr. al respecto ya ROSENFELD, *op. cit.*, p. 171.

trata de delitos en los que el deber fundamentador de la autoría es de tal índole que sólo puede resultar vulnerado efectuándose la acción típica de manera directamente personal.

Debido a esta particularidad no es incorrecto hablar aquí de delitos de propia mano, pues la comisión en autoría mediata, efectivamente, es imposible. Pero lo decisivo para la autoría es aquí también la vulneración de un deber especial extrapenal y no un comportamiento determinado. Por eso llamar a estos delitos "de propia mano" es reparar en lo superficial, y dado que la idea de deber conduce a la delimitación de las formas de participación, no acierta con el elemento auténticamente fundamentador de la autoría. Incluso es cuestionable en la medida en que fácilmente oculta la verdadera estructura de estos tipos. Pero sobre todo para la doctrina de la autoría no surge en esta relación problema especial alguno. En tanto que la idea de deber explica la peculiaridad de estos preceptos, resulta superfluo introducir otra categoría más de autor. Para prevenir la confusión entre estos tipos y los auténticos delitos de propia mano, que se tratarán más adelante, en los que la naturaleza de propia mano no se deriva del principio del deber, sino de otras consideraciones, voy a denominar a esta subespecie de delitos de infracción de deber "delitos de propia mano inauténticos".

Un ejemplo especialmente ilustrativo viene representado por la deserción. Este tipo sigue siendo citado, casi siempre, como caso paradigmático de delito de propia mano desde que BINDING [108] señalase que el desertor debía escapar "por su propio pie". En realidad se trata de un puro delito de infracción de deber cuyo significado para la doctrina de la autoría es perfectamente comprensible sin recurrir a su "naturaleza de propia mano". Ello se manifiesta con claridad en Eb. SCHMIDT, que rechaza por principio los delitos de propia mano, pero precisamente por eso puede advertir que autor sólo es aquel que «al alejarse de su puesto, quebranta una *vinculación de deber que le liga a éste* [109], pero no aquel que sin estar sujeto a tal vinculación jurídica o sin deshacerla, determina a otro a desertar» [110]. Pormenorizando, añade [111]: «Así pues, lo decisivo no es que haya escapado "por su propio pie" (BINDING). Fue un fenómeno residual del naturalismo positivista que se recurriera a la categoría de los delitos "de propia mano" en lugar de atender, con métodos normativos, a la relación jurídica determinante...»

Prescindiendo de lo generalizador de este juicio, lo cierto es que es atinado con respecto a la deserción. No es el suceso externo del alejarse, sino la vulneración de deber, lo que fundamenta la autoría. Y esclareciendo el fundamento de punición común de todas las formas de participación en este

[108] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.
[109] Cursiva de SCHMIDT.
[110] *Militärstrafrecht*, 1936, p. 41.
[111] *Op. cit.*, p. 41, nota 3.

delito (al igual que en los de infracción de deber), dicho fundamento no es en primer lugar la acción, sino el resultado, el menoscabo de la capacidad estatal de defensa, lo que el legislador pretende prevenir. No obstante, las palabras de SCHMIDT no han encontrado eco.

Tambien constituyen delitos de infracción de deber, en contra de lo que suele estimar la doctrina, los §§ 153, 154 y 156 StGB (falso testimonio, perjurio). La propia existencia del § 160 StGB (instigación al falso testimonio) demuestra aquí que no se da un delito de dominio, pues como el sujeto de detrás que se sirve de un instrumento de buena fe posee indudablemente el dominio del hecho, debería darse en este caso autoría mediata, siendo superfluo un precepto específico. Ahora bien, dado que los delitos de infracción de deber nadie los concibe como grupo autónomo, experimentando a lo sumo bajo la rúbrica de los delitos especiales una valoración insuficiente, la doctrina prácticamente dominante ha adoptado el expediente de estimar un delito de propia mano.

Pero esta explicación satisface en escasa medida. En el perjurio cabría fundamentar, debido al elemento sacro ínsito en la autoimprecación, que se entendiese que el elemento específico de la autoría consiste en pronunciar las palabras falsas. Pero ello es cuestionable incluso aquí, pues por una parte puede omitirse la fórmula de juramento religioso (cfr. §§ 66c, párrafo 2, StPO, y 481, párrafo 2, ZPO), y por otra parte no forma parte de las funciones del Derecho intervenir con sanciones penales en las relaciones del individuo con Dios. En los casos de los §§ 153 y 156 StGB, sin embargo, fracasa esta postura por completo, puesto que no se entiende cómo es que en estos delitos, que únicamente tienen por finalidad proteger la Administración de Justicia, le va a corresponder virtualidad fundamentadora de autoría al suceso externo del hablar.

Por el contrario, es mucho más lógico estimar que estamos ante delitos de infracción de deber: sea quien sea el que cometa un falso testimonio punible por los §§ 153, 154 o 156 StGB, tiene indudablemente un deber procesal de veracidad que no le incumbe al *extraneus*; quien de otro modo coopere en inducir a error al tribunal, por ejemplo, proporcionando al perjuro los documentos falsificados, no puede quebrantar el deber personal de prestar testimonio veraz y, por tanto, tampoco puede pasar de partícipe [112].

Así se explica también que el acusado en el proceso penal nunca pueda ser coautor cuando urda una coartada falsa junto con un testigo. Esta posibilidad decae aunque se dé un caso típico de dominio del hecho conjunto y aunque el inculpado inflija a la Administración de Justicia al menos tanto perjuicio como el testigo. Esta estimación no se deduce, por ejemplo, de

[112] A partir del carácter de infracción de deber (que él subraya) de los delitos de expresión, recientemente SCHMIDHÄUSER, *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, pp. 207-237, ha desarrollado una solución acertadísima para la polémica en torno al concepto de la "falsedad" en estos tipos.

la circunstancia de que el acusado resulte castigado más levemente debido al autoencubrimiento que en él se da, ya que si indujese a un testigo a perpetrar falso testimonio, sufriría la misma pena que éste. Ni siquiera resulta directamente del § 160 StGB, que presupone una persona interpuesta de buena fe. La razón reside más bien únicamente en que al acusado, a diferencia de al testigo, no le incumbe ningún deber procesal de veracidad sancionado por una norma penal.

El carácter de delitos de infracción de deber de estos tipos, por lo demás, lo ha destacado con toda razón el RG en algunas sentencias en las que se ha reparado escasamente [113]. Por ejemplo, señala [114]: «Todo lo que uno declara falsamente bajo juramento siempre quebranta únicamente su propio deber de decir la verdad. Uno no puede quebrantar el deber de veracidad que incumba a otro. Ciertamente puede prestarse auxilio a otro para tal infracción de deber, o puede inducírsele a ello, pero el testimonio falso sigue siendo siempre únicamente el hecho de aquel que declara.»

De todos modos, esta interpretación conduce, en la concepción de la accesoriedad aquí defendida, al resultado de que el ocasionar el hecho no doloso regulado en el § 160 StGB podría captarse como inducción. Pero este precepto no cabe aplicarlo, como muchas veces ocurre, para rebatir nuestra concepción. En efecto, en primer lugar hay que reparar en que nuestro Código, cuando fue promulgado, partía del principio de la accesoriedad extrema; en segundo lugar, esta norma, al excluir la autoría mediata, evidencia la idea de que no se trata de un delito de dominio; y en tercer lugar, el legislador puede haber tenido fundados motivos para reconocer tal trascendencia para la determinación de la pena al elemento de deber de la autoría que en este caso concreto considere adecuada para la inducción una pena más leve [115].

También en otra serie de tipos, que la doctrina en ocasiones denomina delitos de propia mano, como, por ejemplo, los §§ 142 (huida del lugar del accidente), 170b (incumplimiento del deber de alimentos), 170d (puesta en peligro de niños por falta de cuidados), 166 (ofensa al sentimiento religioso) [116], 298 (quebrantamiento del contrato de enrolamiento), 330 (omisión de socorro), 360, núm. 8, StGB (declaración de datos personales falsos a la autoridad) [117], y otros más, en realidad son delitos de infracción de deber, pudiendo quedar descartados del examen subsiguiente.

[113] Cfr. *RGSt*, 37, pp. 93-94 (93 ss.); 61, pp. 199-202 (201).

[114] *RGSt*, 37, pp. 93 ss.

[115] Cfr., con respecto a la problemática de tales regulaciones legales especiales, ya *supra*, pp. 409 ss.

[116] En el caso del § 266, que por ejemplo BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 439, califica de "delito de propia mano", se le está confundiendo de modo patente con un delito de infracción de deber. Ni siquiera cabe estimar aquí un delito de propia mano inauténtico, pues la autoría mediata resulta perfectamente posible, como ponen de manifiesto las consideraciones anteriores (*supra*, pp. 391 ss.).

[117] Cfr., por ejemplo, los recopilados por BOLLINGER, tesis doctoral, Hamburgo, 1958, pp. 44 ss., 68, 89 ss., 93 ss., 85 ss.

VII. INDICACIONES SISTEMÁTICAS

1. Delitos de infracción de deber y unidad sistemática

Contra la tajante separación, acabada de desarrollar, entre el concepto de autor en los delitos de dominio y en los de infracción de deber, cabe esperar la objeción de que así se introduce un concepto "doble" de autor, que destruye la unidad constructiva sistemática pertinente. Sería contradictorio que un elemento que fundamenta la autoría en un tipo en otro se considerara suficiente tan sólo para estimar participación.

Sin embargo, tal argumento carecería de solidez, pues:

En primer lugar la concepción del autor como figura central del suceso de la acción, a la que se someten por igual los elementos del dominio y del deber, preserva la unidad sistemática. Bien es cierto que el concepto de la figura central ya posee cierto nivel de abstracción; sin embargo, esa propiedad la comparte con todos los conceptos sistemáticos básicos. La exigencia planteable a un criterio así, de ser útil a un tiempo como elemento fundamentador y delimitador, esto es, de resaltar las propiedades comunes correspondientes a todos los autores (elemento fundamentador) y descartar de entrada puntos de partida no armonizables con ellas (elemento delimitador) [117a] la cumple este concepto plenamente [117b].

En segundo lugar al separar dominio y deber no se inserta en la ley una distinción doctrinaria, derivada de un supraconcepto cualquiera, sino que, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural situada en los tipos concretos, se la elabora depurando las consecuencias divergentes y se la resuelve sistemáticamente mediante subsunción bajo un supraconcepto común. Esto corresponde a la idea general de que el sistema no se le puede imponer desde fuera a la materia de regulación, sino que simplemente tiene la función de ordenar razonablemente los fenómenos concretos dados y hacer destacar las grandes relaciones estructurales subyacentes.

En tercer lugar no es que mediante la posición especial atribuida a los delitos de infracción de deber se adopte una regulación más complicada que el proceder hasta ahora seguido y que haga saltar en pedazos la solución unitaria. Por el contrario, ocurre que en todas las teorías hasta ahora mantenidas —desde el concepto extensivo de autor hasta la teoría del dominio del hecho— los delitos de infracción de deber han representado un cuerpo extraño necesitado de integración dogmática [118], que los requisitos exigidos

[117a] Cfr. al respecto *supra*, pp. 42-50.

[117b] Sobre los elementos básicos límites *vid.*, con carácter general, enlazando con MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, p. 6, mi *Offene Tatbestände*, pp. 167 ss.

[118] Cfr. al respecto, por ejemplo, lo irresoluble de la problemática del instrumento no cualificado (pp. 278 ss.) y de la coautoría (pp. 391 ss.).

por el sentimiento jurídico y por los contextos de sentido dados no eran fundamentables constructivamente, y además, que, dado que faltaba una concepción articulada adecuadamente, la delimitación tenía que variar caprichosamente en función de los distintos tipos y dar lugar a consecuencias dispares, que deshacían los puntos de vista rectores [119]. Por el contrario, la concepción aquí desarrollada garantiza una solución fluida y satisfactoria para las diferencias situadas en los tipos concretos, ofreciendo al mismo tiempo una ordenación de la doctrina de la autoría sinóptica y articulada coordinadamente.

Precisamente la limpia distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber se revela, pues, como una base para la teoría de la participación sistemáticamente sólida y fructífera en cuanto a los resultados concretos.

2. El autor de los delitos de infracción de deber como sujeto del tipo total de injusto

La posición especial de deber, que surte en este grupo de delitos efecto fundamentador de la autoría, forma parte sistemáticamente, al igual que el elemento del dominio antes tratado, del ámbito del injusto típico.

Lo cual requiere especial mención, ya que recientemente Armin KAUFMANN [120] y, en anteriores ediciones de su *Tratado* también WELZEL [121], han desarrollado la tesis de que las cualificaciones de autor constituyen lo que llaman "puros elementos del deber jurídico" que, junto con las circunstancias objetivas que los fundamentan, han de remitirse a un ámbito de la antijuricidad que debe separarse tajantemente del tipo.

Ya antes [122], polemizando con estas teorías, y a partir de problemas del tipo y de error, he intentado poner de manifiesto la pertenencia de estos elementos a un tipo total de injusto, comprensivo del tipo y de la exclusión de la antijuricidad. No resulta necesario repetir en este lugar los argumentos que allí se aducían [123], bastando dos notas complementarias, relativas a la doctrina de la autoría.

Si el tipo, como antes se expuso, tiene por misión describir plásticamente al autor del delito como persona actuante, de manera que los demás cooperadores sólo resultan abarcados en virtud de los preceptos sobre participación, que extienden la pena, entonces evidentemente también los elementos de la autoría, con sus requisitos objetivos —de los que en lugar destacado forma parte la infracción de un deber extrapenal— son componentes del tipo. Desde luego sería curioso que el legislador, por ejemplo, en los §§ 331y 332 StGB (cohecho pasivo simple y grave, respectivamente), hubiera incluido en la descripción típica, por ejemplo, la aceptación de un regalo, por parte de un no cualificado, para realizar un mandato, de manera que este tipo "abierto", sin injusto, sólo posteriormente, en el ámbito de la antijuricidad, tuviera que limitarse a los supuestos penalmente relevantes.

Pero sobre todo no cabe efectuar en la práctica tal escisión entre acción típica y autor, como sí es necesario hacerlo al integrarlas en categorías distintas de la estructura del delito. En ese caso quedaría en el tipo como sujeto del delito un causante obrando finalmente que, al no importar el dominio del hecho, no se distinguiría del partícipe de los delitos de infracción de deber. Aun cuando se quisiera asumir esto resignadamente, en cualquier caso ya no es tolerable que necesariamente haya que mutilar la acción típica hasta dejarla irreconocible. El § 300 StGB no pretende aludir a la divulgación de cualquier secreto por parte de cualquier persona —el cotilla X cuenta que ha oído que el vecino Y engaña a su mujer—, sino la indiscreción relativa a un secreto que a uno le han confiado en el ejercicio de su profesión. Eliminando estos elementos se destruye el sentido social de la acción de los tipos. En cambio, dejándolos en el tipo, la acción no es concebible sin cualificación de autor y sin infracción del deber. No se puede divulgar un secreto confiado a un médico sin ser médico y sin quebrantar el deber de sigilo médico. Lo cual rige para todos los demás delitos de infracción de deber. Se evidencia aquí lo que también hubo que exponer para el elemento del dominio: que no se trata de criterios separables y rígidos que se le "cuelguen" al sujeto actuante con posterioridad y hasta cierto punto suplementariamente, sino que los elementos fundamentadores de la autoría están entretejidos en la concreta ejecución de la acción, no siendo separables de ella. La escisión sistemática entre hecho *(Tat)* y autor *(Täter)* supone una secuela de la antigua doctrina del tipo causalmente orientada, que pretendía efectuar una estricta separación entre lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo. Una finalidad "depurada" del tinte de injusto típico de cada delito no supera el defecto básico de la consideración causal en los delitos de infracción de deber. Así pues, la cualificación de autor pertenece al tipo.

A diferencia de en el ámbito del principio del dominio, en los delitos de infracción de deber es más laxa la relación entre los requisitos objetivos del deber especial y su conocimiento por el autor. Mientras que allí sólo la actualización mental de todas las circunstancias relevantes para el curso del hecho abre la posibilidad de dominar la situación, aquí la posición de deber es independiente de si el agente se la ha representado en concreto. No obstante, hay que incluir en el tipo y también entre los requisitos de la autoría al menos la consciencia de las circunstancias fundamentadoras

[119] Cfr., por ejemplo, *supra*, pp. 392-393 y p. 417, nota 87.

[120] En su obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 134 ss., 141 ss., 149 ss., 153, 157 ss., 170, 248, 251 y 286.

[121] Cfr., con respecto a la teoría de WELZEL, en concreto mi obra *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, con más bibiliografía.

[122] En la obra citada en nota 121.

[123] Cfr. *op. cit.*, pp. 66-74 y 156-57 y *passim*.

del deber. Así, por ejemplo, quien no se ha dado cuenta del accidente del que se deriva su deber de aguardar no viene en consideración como autor del § 142 StGB, por faltarle ya el dolo. Esto, a su vez, es algo diferente a lo que ocurre en los delitos de dominio: allí el conocimiento de las circunstancias que posibilitan la dirección del curso del hecho se añade al dolo como elemento autónomo. Aquí, en cambio, autor y hecho no son separables porque las circunstancias fundamentadoras de la autoría constituyen al mismo tiempo elementos del dolo.

De esta cuestión ha de distinguirse la de si (y hasta qué punto) el autor, a partir de la comprensión de la situación global, tiene que haber deducido su posición especial de deber. Éste es un problema de la doctrina del error, no de la de la autoría. Baste, por tanto, una indicación: en esencia, al dolo pertenece el conocimiento de todos los elementos descriptivos y normativos que determinan el injusto, pero no la consciencia de la propia antijuricidad. El deber especial relevante para el tipo es un requisito del injusto típico del que —junto con otras circunstancias— se deduce la antijuricidad, pero no es idéntico a la antijuricidad. Por ende, la consciencia de haber infringido el deber tendría que pertenecer al dolo. Pero este resultado tan claro en el plano lógico queda confundido porque el conocimiento de la infracción del deber —concretamente, allí donde se trate de deberes jurídicos— en la aplicación práctica apenas cabe distinguirlo de la consciencia de la antijuricidad. De ahí resulta el peligro de insertar la consciencia de la antijuricidad en el dolo, posibilidad que puede suscitar dudas acerca de la viabilidad de la teoría de la culpabilidad en los delitos de infracción de deber. Podría ser que la estructura especial de los delitos de infracción de deber surtiera efectos no sólo en la doctrina de la autoría, sino también en otras cuestiones dogmáticas. Ello requeriría una investigación específica en profundidad, para la que no es éste el lugar. Ya he tomado postura en otro sitio [124], desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad, con respecto a las difíciles cuestiones de la ligazón de dolo y consciencia del injusto e intentado solucionarlas separando los elementos determinantes del injusto y los de valoración global del hecho. A esa obra me remito.

§ 35. LOS DELITOS DE PROPIA MANO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Un grupo no captable mediante la idea de dominio del hecho ni mediante la de deber [1], y que ha de enjuiciarse con arreglo a criterios autónomos,

[124] *Offene Tatbestände, passim.*

[1] Siempre que no se trate de los delitos de propia mano inauténticos mencionados *supra*, pp. 425 ss.

lo forman los llamados delitos de propia mano. Constituyen, de todos modos, un fenómeno muy poco esclarecido aún hoy: la fundamentación teórica y el ámbito de aplicación de esta categoría de delitos han sido desde siempre sumamente controvertidos. Sobre ello se volverá *infra*. El examen específico de estos delitos es pertinente en el marco de esta obra ya porque —con todas las diferencias en concreto— la existencia de delitos de propia mano ya no la niega casi nadie [2] y porque, sobre todo, también la reconocen todos los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

Al respecto, es fácil darse cuenta de que el criterio del dominio del hecho fracasa ante los delitos de propia mano. Tomemos un ejemplo relativamente indiscutido de delito de propia mano: los actos lúbricos con animales (§ 175b StGB), y partamos de que en los delitos de propia mano, según su definición, sólo fundamenta la autoría llevar a cabo personalmente la acción típica. Pues bien, si imaginamos el caso en que un sujeto, debido a su perversión, determina a otro, dándose los requisitos del § 52 StGB (mediante violencia o intimidación) o haciéndole creer que se trata de un experimento científico necesario, para que copule con un animal, resulta claro, conforme a nuestas anteriores consideraciones, que el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho. Pero igualmente cierto resulta, a pesar de ello, que no es autor del § 175b. Asimismo, cabe construir fácilmente casos de ejecución conjunta —por ejemplo, uno sujeta al animal para que otro realice el acto lúbrico— en los que resulta innegable la presencia de dominio del hecho funcional, pero en los que el cooperador, sin embargo, no es autor.

A la vista de lo cual es curioso que los defensores de la teoría del dominio del hecho no perciban ningún problema en los delitos de propia mano y que no planteen la cuestión de su compatibilidad con el principio del dominio del hecho ni su relación con éste. En concreto, resulta lo siguiente:

WELZEL [3] habla de delitos en los que «no es la producción de un resultado guiada finalísticamente, sino el llevar a cabo físicamente, como tal, un acto reprobable, lo que constituye el injusto determinante»; como ejemplos aduce los del perjurio, así como adulterio, incesto, actos lúbricos entre hombres (§ 175) y deserción (§ 16 WehrStG). MAURACH [4] entiende que los delitos de propia mano son, «por lo general, no delitos de resultado, sino de mera actividad, en los que el desvalor de acción [está] en primer plano»; el resultado es más bien jurídicamente neutro, y el desvalor se fundamenta por estarle

[2] Su último contradictor renombrado —totalmente consecuente desde el punto de vista del concepto extensivo de autor— fue Eb. SCHMIDT (cfr. *Frank-Festgabe*, II, pp. 119 y 128 y 129) sobre la base del mismo concepto de autor; recientemente, en sentido negativo, asimismo FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte*, tesis doctoral, Francfort, 1959. Igualmente, de nuevo en estrecha conexión con SCHMIDT, ROEDER, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 249-252 (250); en términos semajantes, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 39 ss.

[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 95.

[4] *Lehrb., AT*, 2.ª ed., § 21, II, A, p. 197.

vedado precisamente al autor efectuar la acción. Incluye en este grupo a los §§ 173 (incesto), 175 y 175a (actos lúbricos entre hombres y casos agravados), 176, número 2 (yacimiento con mujer privada de razón o sentido), 153, 154 y 156 (falso testimonio, perjurio). LANGE [5] sustenta la postura de que, en algunos tipos, «de la naturaleza de las cosas resulta que su acción sólo [puede] cometerse total o parcialmente de propia mano», aduciendo los *delicta carnis*, los delitos de pura actividad y el perjurio como supuestos de este género.

Panorama semejante presentan los partidarios de otras teorías de la autoría. MEZGER [6] se remite a la fundamentación dada por WELZEL y menciona los §§ 154, 174, número 1 (abusos sexuales con menores de veintiún años confiados al propio cuidado), y 361, número 3 (mendicidad), StGB, descartando en cambio los §§ 172 (adulterio) y 173. Hellmuth MAYER [7] considera que un delito es de propia mano «cuando la comisión de ajena mano no cabe subsumirla en la descripción del tipo»; pero también somete a este concepto los delitos de propia mano, mencionando por lo demás sólo al perjurio. En contexto algo distinto señala a los §§ 176 y 173 como ejemplos de autoría por determinación *(Urheberschaft)* excluida [8]. SCHRÖDER [9] define a los delitos de propia mano como «aquellos en los que de la interpretación del tipo concreto resulta que sólo el efectuar de propia mano la acción punible realiza el desvalor del delito». Constituirían «ejemplos de Derecho positivo» los §§ 153, 154 y 156 StGB; por lo demás, se trata de una «cuestión interpretativa muy controvertida»; enumera —con reservas— los §§ 132 (usurpación de funciones), 173, 361, número 3, 361, número 5, StGB (vagancia) y 16 WStG. BAUMANN [10] renuncia a una definición sustancial y llama delitos de propia mano a los que «sólo pueden ser cometidos por el sujeto que actúa directamente». Como ejemplos aduce los §§ 154, 173 y —en otro lugar— [11] el § 266 StGB (administración desleal).

Esta breve exposición muestra dos aspectos: que no existe en absoluto acuerdo sobre al alcance y la esencia de los delitos de propia mano y que los partidarios de todas las teorías sobre la autoría tropiezan aquí con las mismas dificultades. Las diferencias en la determinación del concepto general de autor no influyen en absoluto. El planteamiento del problema no se modifica y los intentos de solución no presentan relación con los puntos de partida objetivo o subjetivo, extensivo o restrictivo. Hasta la teoría objetivo-formal, que pretende limitar con carácter general el concepto de autor

[5] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 2, p. 159.

[6] *LK*, ante § 47, nota 5; cfr., asimismo, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., pp. 417-421.

[7] *Lehrb.*, p. 309.

[8] *Lehrb.*, pp. 331 y 332; con respecto a la autoría *(Urheberschaft)*, cfr. *supra*, pp. 398-399.

[9] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IV, 6, p. 238.

[10] *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 104 y 105.

[11] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 439; cfr. al respecto *supra*, pp. 395, nota 116.

a la comisión de propia mano, se encuentra ante el dilema de la fundamentación, al reconocer (casi todos sus partidarios) la autoría mediata por la vía de la interpretación extensiva. Por eso se comprende que tampoco la teoría del dominio del hecho haya hecho fructificar la problemática de los delitos de propia mano y que todas las consideraciones de sus partidarios se muevan en el marco de los argumentos tradicionales.

Examinando más de cerca el estado de la cuestión esbozado, lo primero que llama la atención es que no se suele efectuar con claridad la separación de los delitos de propia mano con respecto a los delitos de infracción de deber. Lo cual se refiere ya a la caracterización general (por ejemplo, en MAURACH y H. MAYER) y con mayor razón a los ejemplos aducidos. Por cuanto respecta a los preceptos que *supra* ya calificábamos como delitos de propia mano inauténticos [12] —recuérdese la deserción y los delitos de expresión— no hace falta volverlos a tratar. Lo que queda por señalar es que la mezcla de puntos de vista que se ha producido ha contribuido a dificultar la solución del tema de la comisión de propia mano, pues en las enumeraciones de todos los autores queda una serie de tipos que consideran de propia mano aun cuando la autoría no cabe explicarla como infracción de un deber especial extrapenal. Resulta imposible reconducirlos a una raíz común, junto con los delitos de infracción de deber encubiertos comprendidos bajo el mismo concepto, razón por la cual se comprende el fracaso de todos los intentos de esta índole.

Tal mezcla de delitos de infracción de deber y de delitos de propia mano se encuentra ya en BINDING [13], el primero en acuñar el concepto de comisión de propia mano [14]. Al mencionar, entre otros, los tipos de prevaricación, deserción, adulterio, incesto, así como las demás acciones deshonestas [15], reúne ya la mayoría de los ejemplos de delitos de propia mano que aún hoy se aducen. Sin embargo, con una limitación inteligente renuncia a reducirlos a una fórmula común, en lugar de lo cual alude a que aún falta «una investigación más precisa» relativa a su ámbito [15]. La doctrina, hasta hoy, esencialmente no ha avanzado más en esta cuestión, y cuando Max Ernst MAYER señala resignadamente [16]: «Reunir estos delitos en un grupo por medio de elementos caracterizadores resulta imposible e innecesario, ya que no

[12] Cfr. pp. 425 ss.; a fin de evitar malentendidos hay que señalar que ENGELSING, en su monografía *Eigenhändige Delikte*, pp. 48-51, emplea este concepto en un sentido mucho más amplio, comprensivo de todos los delitos de infracción de deber y otros tipos además.

[13] Cfr., sintetizando, «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, pp. 265 ss.

[14] Cfr. *GS*, t. 71, pp. 5 y 6; así pues, la expresión no se encuentra por vez primera en el posterior artículo de *GS*, 76, 91, citado por MAURACH (*AT*, 2.ª ed., p. 197). En lo material, la problemática de la comisión de propia mano es considerablemente más antigua, remontándose a los juristas medievales italianos. Cfr. al respecto, en concreto, ENGELMANN, «Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters», *Festschrift für Binding*, t. II, pp. 387-610, y ENGELSING, *Eigenhändige Delikte*, 1926, pp. 5 ss.

[15] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.

[16] *Lehrb.*, p. 378.

viene en consideración nada más que una delimitación fáctica», tal aseveración sigue estando justificada con respecto al estado actual del debate.

No obstante, obviamente resulta insatisfactorio prescindir por completo de otorgar significación autónoma a este grupo de delitos y dejar sin elaborar los delitos de propia mano en el marco de la doctrina de la autoría como excepciones incomprensibles. En efecto, si se asigna a determinados tipos una posición especial, ésta tiene que ser deducible racionalmente de la estructura de las regulaciones concretas; de no ser así, consecuentemente hay que abandonar tal concepto, como recientemente ha hecho FRÜHAUF [17]. Por otra parte, la tozudez con la que se han reafirmado los delitos de propia mano a pesar de su insuficiente fundamentación teórica habla en favor de que hay algo correcto subyacente.

Y eso es lo que hay que analizar. Al hacerlo, procederemos descartando de entrada los delitos de propia mano inauténticos, que como delitos de infracción de deber encubiertos ya han encontrado fundamentación suficiente, y para los casos restantes comenzaremos por pasar revista críticamente a los intentos de explicación que han tenido lugar hasta ahora, para añadir entonces la solución propia.

II. TEORÍA DEL TENOR LITERAL

1. Principales defensores

Una teoría, extendida en la doctrina desde siempre y —como muestra nuestra panorámica— aún hoy, prescinde de establecer un criterio material común para la comisión de propia mano, convirtiendo la cuestión en un problema de interpretación de los tipos concretos. Casi siempre se atiende no tanto a consideraciones sistemáticas y teleológicas como al tenor literal: un delito es comisible sólo de propia mano cuando, conforme al tenor literal del precepto, ya no cabe decir de un *extraneus* —por intensamente que coopere— que ha efectuado la acción descrita en el tipo. Por ejemplo, si un médico ha hecho que la enfermera que nada barrunta ponga una inyección envenenada a un paciente, lingüísticamente es posible formularlo señalando que él ha matado al enfermo. Por el contrario, no cabe afirmar que el sujeto que ha ocasionado que otro, con los requisitos de la autoría mediata, cometa un delito sexual, haya realizado el yacimiento o, en general, cometido la acción libidinosa descrita en el tipo. Ya en BINDING, que considera al § 177 StGB como delito de propia mano, se puede leer [18]: «Me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado a la

[17] *Eigenhändige Delikte*, 1959 (tesis doctoral, Francfort).
[18] «Die drei Grundformen», en *Abhandl.*, I, p. 268, nota 17.

víctima.» Parece razonable hablar, con respecto a esta teoría circunscrita a la interpretación gramatical, al hilo de FRÜHAUF [19], de "teoría del tenor literal".

Esta concepción siempre ha encontrado numerosos representantes entre los partidarios de las más dispares teorías de la autoría. Las monografías de ENGELSING [20] y MÜLLER [21] se han servido ampliamente de este punto de vista; también hay que mencionar a HÖPFNER [22], WOLF [23] y el último BELING [24]. En la actualidad esta teoría —al margen de su difusión en la doctrina— ha vuelto a cobrar importancia, imperando en la reciente jurisprudencia. Así, el BGH [25] establece que «la naturaleza de propia mano de los delitos depende esencialmente de la redacción dada a los tipos por el legislador», procedimiento por medio del cual encuentra sutiles distinciones relativas a la comisión de propia mano en los §§ 177, párrafo 1, inciso 1 (violación mediando violencia o intimidación); 177, párrafo 1, inciso 2 (violación de mujer a la que se ha situado en estado de abulia o inconsciencia), y 176, párrafo 1, número 2 (yacimiento con mujer privada de razón o sentido). También la última sentencia acerca de la comisión de propia mano [26] sigue esta teoría al considerar determinante «el tenor literal de la ley», entendiendo que el «abusar para el yacimiento extraconyugal» del § 176, párrafo 1, número 2, sólo puede significar «con arreglo al sentido que el habla vincula a esta expresión: ejecutar el yacimiento personalmente». Una sentencia recién publicada del OLG Celle [27] exacerba este método al deducir la pauta para la determinación del carácter de propia mano de la entonación de oración principal y subordinada.

2. Crítica

Ciertamente, estas teorías contienen un punto de partida útil. Dado que, como hemos visto, el tipo describe la figura central del suceso de la acción, el carácter de propia mano como criterio de la autoría sólo cabe obtenerlo del análisis de los preceptos concretos. Y dado que, asimismo, el sentido de las figuras ideales primordialmente se transmite mediante la lengua, también al tenor literal le corresponde gran trascendencia para conocer la estructura de los delitos.

[19] *Eigenhändige Delikte*, p. 116.
[20] *Op. cit.*, pp. 30 y 48.
[21] *Eigenhändige Verbrechen*, 1928, pp. 34 ss.
[22] *ZStW*, t. 22, pp. 205-217 (211 ss.).
[23] *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft*, 1927, *Straf. Abh.*, núm. 225, pp. 182 y 187-206.
[24] *GS*, t. 101, 1932, pp. 6-7 y 9; cfr. ya, asimismo, *Methodik*, pp. 95 ss., y al respecto *supra* p. 27.
[25] *BGHSt*, 6, pp. 226-229 (227).
[26] *BGHSt*, 15, pp. 132-134 (133).
[27] *NJW*, 1961, pp. 1079 y 1080.

Pero se está simplificando la problemática al atender unilateralmente al uso lingüístico o lenguaje común, pues si se pretende extraer de la ley una declaración material sobre los límites de la autoría, no puede darse por supuesto sin más —como hace inadvertidamente esta concepción— que el legislador quiera vincularse a lo que "se" suele decir o podría decirse. Tal suposición estaría injustificada no sólo por la variabilidad de las posibilidades lingüísticas de expresión [28], sino también porque el uso lingüístico no se forma con miras a la delimitación entre autoría y participación, sino que sigue leyes evolutivas absolutamente distintas, cuyo resultado no ofrece clave alguna para resolver cuestiones jurídicas de detalle.

En el fondo, aquí se trata de un criterio "ajeno al Derecho" que, aun cuando fuera viable, requeriría a su vez de esclarecimiento, pues ¿qué sentido profundo va a tener que, como hace la jurisprudencia, se empleen respectivamente distintos conceptos de autor y partícipe en los números 1 y 2 del § 176 y en los dos incisos del § 177? La argumentación gramatical sólo sería concluyente si cupiera explicar qué ideas finalísticas del legislador y qué relaciones de ordenación previas han encontrado su expresión exacta en la formulación lingüística. Pero esa verificación falta en los partidarios de la teoría del tenor literal, que carece por tanto de fundamento sólido [29]. MAURACH [30] lo advierte con buen criterio al calificar a la interpretación gramatical como método de ínfimo rango, que sólo aporta resultados dudosos si no se emplea «para la interpretación la teleología de la ley en posición determinante».

Si a pesar de todo la formulación típica no carece de trascendencia para resolver la cuestión de la comisión de propia mano, ello obedece a que el tenor literal de la ley caracteriza un supuesto de hecho determinado, cuya estructura, con arreglo a los principios rectores de la doctrina de la autoría, puede excluir la posibilidad de autoría de ajena mano. Cuando, por ejemplo, el § 361, número 3, StGB conmina con pena al que "vagabundee", la actividad así descrita, como expresión de elementos permanentes y personales, puede mostrar un tinte de injusto tan específico que por sí sola, al margen de dominio de la voluntad y de distribución de papeles, surta efecto fundamentador de la autoría [31]. Así pues, no por sí solos, sino únicamente como medio para abordar el análisis material de los tipos, pueden ser importantes tenor literal y lenguaje común. Desde esta perspectiva habremos de retomar la reciente jurisprudencia.

[28] Supone ir demasiado lejos cuando se le reprocha, como hace FRÜHAUF (pp. 117, 124 y 143), a la teoría del tenor literal que contraviene "principios elementales del Estado de Derecho".

[29] Es característico que, por ejemplo, el propio WOLF, *op. cit.*, p. 195, nota 17, tenga que decir de su interpretación del § 176, núm. 1: «No acabo de encontrar un motivo razonable de que el legislador haya redactado este número 1 de manera que quien aplica la violencia sea meramente cómplice y el que amenaza, en cambio, coautor.» Lo cual, sin embargo, no le inquieta, pues prosigue: «Ello nada cambia en lo dicho.» *(N. de los T.)* § 176, núm. 1: «... el que con violencia llevare a cabo acciones lúbricas con una mujer o, mediante amenazas de peligro actual para la vida o la integridad física, la forzare a soportarlas».

[30] En un artículo sobre la sentencia del BGH, mencionada *supra*, del OLG Celle, en *NJW*, 1961, p. 1050.

[31] Al respecto más pormenores *infra*, pp. 444 ss.

III. TEORÍA DEL MOVIMIENTO CORPORAL

1. Principales defensores

La segunda idea rectora, a la que se recurre una y otra vez para fundamentar los delitos de propia mano, se basa en la distinción entre delitos de actividad y de resultado. Se entiende que cuando el legislador vincula la pena a un mero hacer, que se agota en determinados movimientos corporales, únicamente puede ser autor aquel que efectúe personalmente el comportamiento incriminado; en cambio, cuando el tipo requiere la producción de un determinado resultado, es determinante el concepto general de autor. Este criterio se solapa con el de la teoría del tenor literal, al poderse sustentar la postura de que precisamente en los delitos de actividad también es el lenguaje común lo que excluye estimar la autoría del *extraneus*. Por eso algunos autores yuxtaponen ambos puntos de vista.

Puede considerarse como fundador de esta teoría a BELING [32]; más tarde fue elaborada en la monografía de ENGELSING [33], se impuso en la última edición [34] de los *Comentarios* de FRANK y en la actualidad ha influido decisivamente en las opciones de WELZEL, MAURACH, LANGE [35] y VON WEBER [35a]. Aún hoy se mantiene en la jurisprudencia; así, cuando el Tribunal Supremo de la Zona Británica [36] estima delito de propia mano allí donde «la realización del tipo no requiere resultado determinado alguno, sino que se circunscribe al mero hacer corporal», o cuando el Tribunal Cameral [37] habla de tipos que requieren «un comportamiento activo personalísimo (una actividad corporal determinada...)».

2. Crítica

También esta teoría, que cabría denominar "teoría del movimiento corporal", contiene un punto de partida aprovechable. Cuando el legislador

[32] Cfr. el primer desarrollo de la distinción en la *Lehre vom Verbrechen*, pp. 203 ss., 225-26 y 234 ss.

[33] Sintetiza su resultado en *op. cit.*, p. 50, diciendo que los delitos de propia mano «son aquellos cuya acción típica consiste en un movimiento corporal».

[34] 18.ª ed., 1931, ante § 47, II, pp. 103 y 104.

[35] Con respecto a estos tres últimos autores cfr. la panorámica del principio.

[35a] Cfr. *Grundriß*, 2.ª ed., p. 67: «Los delitos de pura actividad sólo pueden cometerse en autoría directa: los llamados delitos de propia mano».

[36] *OGHSt*, 1, pp. 303-305 (304).

[37] *JR*, 1956, pp. 150 y 151 (151); de todos modos, la idea sólo sirve para excluir la posibilidad de comisión por omisión.

vincula la pena a un determinado obrar, es obvio suponer que precisamente ese hacer caracteriza a la figura clave del acontecer delictivo y que ante ésta pasan a segundo plano otras formas de cooperación. Mientras que en la realización de un resultado —por ejemplo, un homicidio— el género y el peso del injusto no dependen de la ejecución de propia mano, porque el desvalor lo fundamenta esencialmente el resultado, y los detalles del curso de la acción, en tanto que no influyan en el dominio del hecho, carecen de trascendencia para la valoración legal, en los delitos de actividad el contenido de injusto parece residir en tal medida en el proceso de la acción que hay algo de evidente en considerar aquí a la ejecución de propia mano como criterio de la figura central.

Y no es que, como muchas veces se afirma, sea imposible la delimitación entre delitos de actividad y de resultado; ésta es factible al menos en el sentido de que en el primer grupo el "resultado" reside en la propia acción típica (por ejemplo, en el conducir a velocidad excesiva), mientras que en el segundo, en el marco del tipo, a la acción se añade un efecto ulterior, separado —si no necesariamente en lo temporal, sí al menos en el plano lógico— de ella [38].

Pero tampoco es atinada la teoría del movimiento corporal, por sugestiva que de entrada pueda parecer precisamente a partir de la idea de la "figura central", ya que pasa por alto dos aspectos:

a) No sólo resultados, sino también acciones humanas son dominables, como lo demuestra la posibilidad de autoría mediata en los supuestos de coacción. Pues bien, concediendo que en los delitos de mera actividad el injusto reside en la propia acción, con ello aún no queda dicho que autor sólo pueda ser aquel que lleva a cabo el movimiento corporal y no también aquel que dirija, dominándolo, el movimiento corporal externo. Desde luego es pensable que la dirección activa podría conducir antes a imputar a alguien el desvalor de una mera actividad que lo que sería capaz de hacerlo un mero comportamiento —a lo mejor inculpable— corporal.

En esta teoría se advierte una laguna similar a la que se verificó en relación con la teoría del tenor literal. Al igual que en ésta no pudo demostrarse que el legislador, al redactar el tipo, tuviera en mente la delimitación de las formas de participación, tampoco cabe aquí hacer entender por qué ha de atribuírsele injusto a un movimiento corporal por sí solo. Tal suposición entrañaría, en efecto —por decirlo en palabras de Eb. SCHMIDT—, un "naturalismo positivista" absurdo. Más bien el mero hacer únicamente puede ser "determinante" para el injusto debido a su desvaloración ético-social. Pero entonces hay que demostrar que sólo a la realización personal de esta acción, y no también a su dominio responsable, le corresponde el contenido

[38] Coincidente en lo esencial: FRÜHAUF, pp. 93-105; un poco discrepante, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 3, nota 1.

de desvalor que tuvo presente el legislador. Sin embargo, se echa en falta esta demostración en los partidarios de la teoría del movimiento corporal. De la circunstancia de que el tipo conmine con pena una mera actividad no se deduce, en todo caso, nada.

Cuando, por ejemplo, en el § 123 StGB (allanamiento de morada) la acción típica consiste en "penetrar" —un mero hacer—, el fundamento de punición a buen seguro no es un determinado movimiento corporal, como andar a hurtadillas, arrastrarse, etc., sino la lesión del derecho a la morada. Sin embargo, para la cualidad de injusto de esta lesión resulta indiferente si un sujeto penetra personalmente o se sirve al efecto de un niño o de un enajenado (dominio de la voluntad) o aúpa a un compinche por encima de la valla (dominio del hecho funcional). El titular de la morada, en todos los casos, resulta igualmente perjudicado. Por eso no se entiende por qué habría que hacer aquí una excepción con respecto al principio del dominio del hecho.

b) Sobre todo es una falacia pretender que tendría que ser indiferente necesariamente para el legislador el resultado externo producido por una acción cuando hace depender la conminación penal de un mero hacer. Pueden haber sido determinantes para ello motivos totalmente distintos. Así, a menudo se castiga autónomamente una actividad preparatoria debido a razones político-criminales. Entonces el sentido de la conminación penal reside igualmente en evitar el resultado, debiendo decidirse la cuestión de la autoría de acuerdo con el principio del dominio.

Cada vez más se van sometiendo a conminación penal propia comportamientos peligrosos en general, concretamente en el Derecho de la circulación. Al prohibir conducir por la izquierda de la calzada —por mencionar uno entre múltiples ejemplos— se crea un delito de mera actividad. Pero es absolutamente pertinente castigar como autor mediato a aquel que, informando incorrectamente a un extranjero, lo induce a circular por la izquierda [39], pues al propio acto de conducir, como tal, no le corresponde desvalor alguno; la pena recibe su sentido sólo de que al desviarse el sujeto de los preceptos de la circulación genera peligro de accidentes. Carece de trascendencia para el injusto el que esto ocurra de propia mano o a través de un tercero sometido a error.

Otro tanto cabe afirmar cuando nuestro Código penal prohíbe conducir o cabalgar a velocidad excesiva (§ 366, núm. 2) o —recordando estampas idílicas de tiempos de nuestros abuelos— conmina con pena a aquel que «circulare por poblado en trineo sin timón fijo o sin campanillas» (§ 366, núm. 4); asimismo, el pasear animales peligrosos, el azuzar perros, el apredrear, el derramar o arrojar determinadas cosas, la colocación de obstáculos

[39] Cfr. con repecto a este ejemplo ya *supra*, p. 223.

(§ 366, núms. 5-9), etc.; en el Derecho penal especial es inabarcable el número de tales preceptos. Pues bien, a todos ellos ha de negarse la naturaleza de delitos de propia mano.

c) Un buen ejemplo para dilucidar sintéticamente la problemática lo ofrece el tipo de usurpación de funciones públicas, cuya primera alternativa («quien ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público») ha sido considerada con suma frecuencia, y concretamente por la jurisprudencia, como delito de propia mano [40]. Últimamente el Tribunal Supremo de la Zona Británica ha corroborado enfáticamente esta postura [41]; SCHÖNKE-SCHRÖDER [42], KOHLRAUSCH-LANGE [43] y WELZEL [44] la siguen manteniendo.

Pues bien, aquí se da un delito de mera actividad. Pero más allá de este aspecto, que por sí solo nada prueba, sin embargo no ha pasado ningún partidario de su carácter de delito de propia mano. Ocurre que:

Por una parte, puede estimarse que el injusto de este comportamiento reside, sin atender a ningún resultado externo, en la mera lesión de la autoridad estatal [cfr. *supra a)*]. Entonces es fácil mostrar que una lesión en tal sentido puede producirse tanto a través de un *extraneus* con dominio del hecho como a través de un autor de propia mano [45]. Piénsese en el caso en que un empresario alemán hace ejecutar sus créditos utilizando a trabajadores extranjeros, a los que ha vestido con uniformes de agentes judiciales, haciéndoles creer que es la ropa de trabajo. Es imposible encontrar un punto de vista desde el cual el comportamiento del sujeto de detrás que dirige se distinga de un autor directo en cualidad y cantidad de injusto. Pero entonces tampoco existe motivo para apartarse aquí del principio del dominio del hecho.

Por otra parte, cabe también entender —lo que es más correcto— el § 132, 1.ª alternativa, en el sentido de que el Estado no pretende castigar la lesión de su autoridad debido a la mera insubordinación, sino que sobre todo pretende impedir que quede dañada la confianza del público en la credibilidad y probidad de los órganos oficiales. En efecto, conduciría a un estado caótico el que cualquiera, para conseguir sus fines particulares, pudiera usurpar funciones públicas impunemente. Vistas así las cosas, el contenido de injusto ya no se agota en absoluto en la propia acción [46], sino

[40] RG, *HRR*, 1936, núm. 305. La referencia de la sentencia al ánimo de apropiación en el hurto y al requisito de la posesión en la apropiación indebida se resuelve mediante nuestras consideraciones antecedentes; cfr. *supra*, 369 ss. y 380 ss.; incidentalmente, asimismo, *RGSt*, 59, pp. 79-83 (81). Estimando carácter de propia mano también en la segunda alternativa, *RGSt*, 55, pp. 265-267 (266 ss.). En contra de la naturaleza de propia mano aún *RGSt*, 37, pp. 55-58 (57 ss.).

[41] *OGHSt*, 1, pp. 303-305.

[42] 10.ª ed., § 132, VI.

[43] 43.ª ed., § 132, IV.

[44] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 436.

[45] El supuesto se ha construido modificando el de la sentencia *RGSt*, 37, pp. 55-58.

[46] Como SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 132, II, enlazando con *OGHSt*, 1, p. 304.

que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, cuyo resultado socialmente perjudicial temido por el legislador influye decisivamente en la cualidad del injusto [cfr. *supra b)*]. Pero esta puesta en peligro del bien jurídico da absolutamente igual que la produzca un sujeto mediante un "comportamiento activo personalísimo" o de otro modo, con tal que dirija el suceso dominándolo, avanzando así hasta el centro de ese acontecer. El peligro de que el público pierda la confianza en los órganos del Estado es en nuestro ejemplo de los extranjeros exactamente igual de intenso que en los casos de ejecución de propia mano. Por eso no se comprende por qué no iba a regir aquí el principio del dominio del hecho.

En todo caso, es lo cierto que, dada la forma de la acción típica descrita en el § 132 StGB —como en todos los delitos de actividad— sólo rara vez acaecerán supuestos en los que sea un *extraneus* el que tenga el dominio funcional del hecho o el dominio de la voluntad sobre el acontecer. En ninguna de las sentencias que consideran al § 132 StGB delito de propia mano, según se desprende de los hechos probados, el que no obraba personalmente tenía el dominio del hecho; así pues, las sentencias aciertan en cuanto al resultado. La figura de la ejecución de propia mano ha servido, frente a la subjetivización demasiado amplia de la teoría del *animus*, para una correcta comprensión material, cuya formulación teórica suficiente no fue posible únicamente debido a no haber sido descubierto el principio del dominio del hecho. Por eso es aún más injustificado que los propios representantes de la teoría del dominio del hecho aún hoy sigan aferrándose en el caso del § 132 a la teoría de su naturaleza de propia mano.

IV. TEORÍA DE LA INTENSIDAD

En algunos casos, finalmente, se defiende una postura que cabría denominar "teoría de la intensidad". Se encuentra en una conocida sentencia del RG [47] que consideró delito de propia mano al robo con escalamiento (a diferencia del robo con llave falsa y del robo con fractura), fundamentándolo con el argumento de que el sujeto agente, de no ser así, «no [realizaría] por sí mismo la voluntad intensamente antijurídica cuya manifestación requiere la ley».

Basándose en esta sentencia, posteriormente HEGLER [48] ha desarrollado una teoría con arreglo a la cual el escalamiento constituye un síntoma objetivo de culpabilidad incrementada, denotando una especial energía volitiva criminal que fundamenta la autoría y reside sólo en aquel que realiza el elemento en su propia persona.

[47] *RGSt*, 24, pp. 86-69 (88); de la decisión ha desistido en el fondo luego *RGSt*, 52, p. 128, aun cuando el tribunal intente velar la contradicción; cfr. al respecto certeramente FRÜHAUF, p. 43, nota 113.

[48] *RGR-Praxis*, t. 5, p. 314, nota 35.

Esta teoría, que al igual que la sentencia [49] ha encontrado escaso aplauso, ha de rechazarse desde la postura que aquí se desarrolla. Lo cual resulta —sin que requiera más fundamentación— de la circunstancia, destacada ya *supra* varias veces, de que la autoría no representa una forma de "culpabilidad incrementada", pudiendo darse incluso en el comportamiento inculpable [50]. Asimismo, se colige de la consideración, ya fundamentada en otro contexto, de que la "intensidad de la energía criminal", así como la "peligrosidad" o el "merecimiento de pena" no representan, ni metodológica ni materialmente, criterios apropiados para delimitar las formas de participación [51]. La intensidad de la voluntad criminal puede, en el caso concreto, ser mucho mayor en el inductor y el cómplice que en el autor. Es más, no queda claro por qué esta consideración sólo es aplicable precisamente al robo con escalamiento; de ser cierta, tendría que tenerse en cuenta en todas las demás variantes cualificadas de la acción típica.

V. TOMA DE POSTURA

El resultado de la investigación realizada hasta aquí es de carácter negativo: los presuntos delitos de propia mano están sometidos al principio del dominio del hecho. No obstante, sería prematuro rechazar globalmente esta categoría de delitos.

La cuestión se aclara si uno intenta aproximarse al problema a partir del límite entre delitos de dominio y de infracción de deber. Tenemos que preguntar: ¿Cabe encontrar tipos que describen un comportamiento que no pueda dominarse a través de un agente personalmente, ni entenderse como infracción de un deber especial extrapenal?

Y ciertamente existen preceptos así, en los que cabe distinguir, a mi juicio, tres grupos:

1. Los delitos de autor jurídico-penal

Conforme al § 181a StGB, será castigado con prisión de hasta cinco años el que «viva a costa... [de una prostituta], explotando su comercio inmoral» o quien «le garantice protección o favorezca de otro modo habitualmente o con ánimo de lucro, en lo que se refiere al ejercicio de tal profesión deshonesta». El § 361, número 3, conmina con pena de arresto al que "vagabundee", y el § 361, número 5, castiga con la misma sanción a quien

[49] En sentido negativo, expresamente ahora, MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 21, II, A, p. 197; afirmativamente, sin embargo, Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, pp. 309 y 310.

[50] Cfr. pp. 153 ss. y 360 ss.

[51] Cfr. *supra*, pp. 41-42 y 49-50.

«se entregue al juego, la bebida o la vagancia de manera» que «haya que prestar por mediación de la autoridad asistencia social» a su familia.

Es común a todos estos tipos que no punen una determinada "acción", sino una "actitud" personal, que no se concibe una recepción concreta de "ingresos deshonestos", un vagabundeo, o desocupación o juego realizados una sola vez, sino un tipo de personalidad que cabría designar brevemente como la del "asocial" [52].

No es éste el lugar de abordar la problemática de estos preceptos. Pero para la delimitación entre autoría y participación ciertamente cabe deducir de ellos lo siguiente: como falta una lesión de bien jurídico referida a un hecho, no hace falta resultado alguno, de manera que el legislador pudo conformarse con describir un mero hacer. Pero la actividad como suceso externo tampoco comprende el contenido de injusto; quien una sola vez protege a una prostituta, o acepta dinero de ella, aún no es un rufián, como tampoco lo es cuando lo hace algunas veces; más bien —y ello para los dos tipos del § 181a StGB— tiene que haber "una estrecha relación *personal*" [53] entre el autor y la prostituta, «una relación personal, característica del rufianismo, de cierta duración» [54]. Por ende, tampoco el dominio de esta actividad puede realizar el tipo ni fundamentar la autoría: si A fuerza a B, o lo determina mediante engaño, a que proteja a una prostituta o tome dinero de ella, este acto no puede sustentar en ninguno de los dos la necesaria relación personal estrecha. El elemento personal fundamentador del injusto se sustrae a la posibilidad de dominio.

Otro tanto rige para los demás tipos indicados, pues sólo cabe "dominar", en el sentido que le hemos dado, un hecho concreto, no una actitud personal duradera como la que se manifiesta en el vagabundeo, el alcoholismo y la vagancia. Bien es verdad que se puede inducir a otros, mediante influencia y malos ejemplos, a tales estilos de vida, pero ahí no se da "dominio del hecho", porque falta tanto el "hecho" individual como el dominio que excluya la responsabilidad del ejecutor directo. Por el contrario, desde el momento en que se emplean coacción o engaño, le falta al agente esa asocialidad que requiere el tipo, mientras que el sujeto de detrás sí que obra reprobablemente, pero no muestra la actitud personal que sería la única que podría hacerlo autor de estos tipos. Asimismo, obviamente, está excluida en tales tipos la división del trabajo funcional. A lo sumo podrían vagabundear u holgazanear dos personas, pero entonces se trataría de dos autores simples y no de coautoría.

[52] Acerca de la problemática de la autoría penal de estos preceptos, en concreto, BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2.ª parte, pp. 55-66; con respecto a la cuestión de la protección del bien jurídico en el rufianismo, JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, pp. 92-97.

[53] En cursiva en el original.

[54] Así la sentencia muy aleccionadora del BGH en *MDR*, 1955, pp. 307 y 308 (307).

De cuanto antecede resulta que en los delitos de autor jurídico-penal la figura central del suceso de la acción no se caracteriza por el dominio sobre el resultado o sobre determinados movimientos corporales, sino por los criterios personales respectivos de cada tipo. Los intervinientes en los que no se den estos criterios sólo puede responder como inductores o cómplices.

Hasta qué punto tales elementos alcanzan importancia para la dogmática de la participación depende de qué influencia conceda al legislador a ideas de autor jurídico-penal. En el Derecho penal vigente es muy reducida. Al lado de unos pocos preceptos concretos, entre los que se cuentan sobre todo los tipos mencionados [55], las restantes huellas del Derecho penal de autor [56] permanecen "vinculadas al hecho": incluso la profesionalidad o habitualidad de la acción de un interviniente, en la que cabría pensar en primer lugar, carece de efectos sobre la delimitación de las formas de intervención debido a lo que preceptúa el § 50.2 StGB (incomunicabilidad de elementos personales a los partícipes).

Sobre la base de nuestro vigente Derecho penal del hecho, que no necesita aquí más fundamentación, tampoco es posible, por eso, ampliar los supuestos de este grupo de delitos. Ni siquiera es admisible, con ayuda de la teoría del llamado tipo de autor "normativo" o "típico", facilitarse la distinción de las formas de participación sopesando «en qué medida los intervinientes ponen de manifiesto el tipo de autor» [57]. Así, si de entre varios que cooperan en un asesinato o en un incendio, se pretendiera considerar autor a aquel que más se ajusta al tipo del asesino o del incendiario, aun cuando uno partiese de la realización del tipo, se desligaría de la ley tan pronto como quisiera determinar la autoría por medio de elementos personales que carecen de base en la descripción del hecho. En la práctica este proceder conduciría también únicamente a que en la teoría de la participación penetrasen consideraciones sobre determinación de la pena, lo que ya *supra* [58] hubo que rechazar por otros motivos.

2. Delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico

a) *Fundamentación de la naturaleza de propia mano*

Mientras que los delitos de autor jurídico-penal abarcan una determinada forma de vida, no resultando necesarias ni bastando para la punibilidad

[55] De lo contrario, podrían venir en consideración además la alcahuetería habitual (§ 180) y la mendicidad (§ 361, núm. 4); sin embargo, se trata de difíciles problemas de interpretación de los tipos, imposibles de abordar aquí en concreto.

[56] Cfr. la obra básica de BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht.*

[57] DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht,* p. 54.

[58] Cfr. *supra,* pp. 49-50.

una concreta lesión de bien jurídico ni una acción individual describible con exactitud, el grupo de casos del que ahora nos ocupamos sólo manifiesta uno de estos dos elementos atípicos: falta la lesión de bien jurídico, pero la pena está vinculada a una acción de contornos precisos, de manera que estos delitos sí se integran plenamente en el Derecho penal del hecho.

Junto a algunos casos que son muy discutidos y por eso requieren especial examen, hay que abordar aquí, en primer lugar, ciertos delitos sexuales, como los de los §§ 175, 176 y 173 StGB. Afirmar que en la realización de estos delitos no subyace lesión de bien jurídico puede encontrar oposición. Que sea correcto depende en principio de lo que se quiera entender por "bien jurídico".

Excedería de los límites de este trabajo que nos sumiéramos en una polémica de cierto calado relativa a la teoría del bien jurídico, tan controvertida a lo largo de más de ciento veinticinco años. En lugar de ello, para la problemática de los delitos de propia mano basta una breve indicación a lo que en este contexto queda aludido y es decisivo. Resulta entonces lo siguiente:

El llamado "concepto metodológico de bien jurídico", que logró imperar pasajeramente con el triunfo de la consideración puramente normativa en Derecho penal [59], entiende por bien jurídico simplemente una fórmula mental sintética referida al «sentido y finalidad de preceptos penales concretos» [60], una «abreviatura de la idea de fin» [61] o —como dice SCHWINGE [62] lacónicamente— la *ratio legis*. Partiendo de esta teoría, no es concebible, obviamente, una realización de tipo sin lesión de bien jurídico, pues el legislador no va a promulgar ningún precepto penal con el que no persiga determinado fin; suponiendo, por ejemplo, que la zoofilia se conminara con pena porque es especialmente reprobable en el aspecto moral, la moralidad o decencia general representaría el bien jurídico de este tipo.

En este sentido no vamos a entender aquí el concepto de bien jurídico; tampoco existe necesidad alguna de una formación de conceptos en tal sentido, porque carece de cualquier significación autónoma distinta a la mera *ratio legis*. Más bien nos referimos, al hablar de "bien jurídico", a estados [63] valiosos, perfilables, materializados en la realidad y por eso susceptibles de menoscabo mediante actuar externo, como la vida, la salud, la propiedad, la libertad de formación de voluntad, el adecuado funcionamiento de los órganos estatales y similares. Conceptos como los de las buenas costumbres,

[59] Cfr. al respecto con carácter general *supra,* pp. 24-30.

[60] HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten,* 1919, p. 30.

[61] GRÜNHUT, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Frank-Festgabe,* t. I, p. 8.

[62] *Teleologische Begriffsbildung,* p. 25.

[63] En buena medida sigo aquí el estudio de JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz,* Hamburgo, 1957. Acerca del concepto de bien jurídico, cfr. *op. cit.,* p. 13.

el bien común, la conciencia del pueblo, el ordenamiento ético y la dignidad genérica de la persona no constituyen estados perceptibles y aprehensibles, ni bienes jurídicos en el sentido aquí aludido.

La lesión de bien jurídico auténtica falta ante todo en algunos delitos sexuales o contra las buenas costumbres. Si dos varones adultos practican entre sí actos lúbricos, nadie ni nada resulta menoscabado o dañado, salvo las buenas costumbres. El BGH señala, con tanta sencillez como acierto [64]: «Los actos lúbricos entre hombres vulneran la ley moral.» También el Proyecto de 1962 [65] lo admite cuando, para justificar la punición, señala que es posible «conminar con pena determinados casos de comportamientos especialmente reprobables desde el punto de vista ético y nefandos conforme a la convicción general, aun cuando mediante el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable».

Cuando MAURACH [65a] caracteriza como bien jurídico protegido «el interés social en la normalidad de la vida sexual» y SCHÖNKE-SCHRÖDER [66] «el mantenimiento de la pureza de influencias sexuales de las relaciones entre hombre y hombre», se evidencia que aquí la mera *ratio legis* suplanta al bien jurídico en el sentido descrito *supra*. De hecho todos los intentos de hacer aparecer aquí bienes jurídicos han fracasado. Así, por ejemplo, cuando el OLG Düsseldorf [67] habla de que este precepto penal protege «el ordenamiento comunitario determinante para la convivencia feliz de las personas» [68] se trata de un concepto genérico vacuo y no de un bien jurídico en el sentido esbozado más arriba.

Con mayor razón falta la lesión de bien jurídico en el caso de la zoofilia (§ 175b StGB); no es que haya que proteger a los animales frente a los malos tratos, pues para eso existe la Ley de Protección de los Animales. La propia Exposición de Motivos del Proyecto [69] aduce en favor de la punición sólo que tales hechos vulneran «del modo más grave la dignidad humana». Pero la dignidad humana la vulneran todas las acciones burdamente contrarias a las buenas costumbres, no describiéndose ningún bien jurídico específico.

Siendo esto así, se conminan aquí con pena determinadas formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables, de manera que la figura central del suceso de la acción sólo puede serlo quien realiza un comportamiento así de desvalorado. Y de ahí cabe deducir, a mi juicio, un argumento forzoso en favor de considerar a estos delitos como de propia mano, pues la contrariedad a las buenas costumbres ínsita en estas conductas es algo

[64] BGH, *NJW*, 51, p. 810.
[65] P. 376.
[65a] *BT*, 3.ª ed., p. 385.
[66] 10.ª ed., § 175, I, enlazando con MEZGER, *StuB*, II, 6.ª ed., 1958, p. 82.
[67] *MDR*, 1948, pp. 59-60 (60).
[68] *Festschr. für Eb. Schmidt*, p. 334.
[69] P. 380 del Proyecto de 1962.

cualitativo que, al igual que la forma de existencia personal en los delitos de autor jurídico-penal, no es susceptible de dominio por parte de otros. Si A, amenazando con peligro actual para la vida o la integridad física, fuerza a B y a C a realizar acciones lúbricas entre sí, al comportamiento arrancado con coacción le falta esa inmoralidad cuya realización directiva es la única que podría convertir al sujeto de detrás en figura central. Y éste ciertamente obra de modo abominable, pero no en la forma específica que presupone el tipo. O bien: si un sujeto induce a otro a copular con un animal, haciéndole creer que es necesario para fines veterinarios o experimentales, tampoco viene en consideración autoría mediata del § 175b; lo único dominable era aquí el comportamiento externo del engañado, mientras que la inmoralidad fundamentadora de punibilidad no cabe fundamentarla provocando error [70].

Ahora bien, como el tipo mediante su descripción no comprende una lesión de bien jurídico dependiente de dominio, sino una inmoralidad necesitada de acción, necesariamente este elemento tiene que caracterizar al autor, mientras que otros intervinientes sólo pueden caer en la zona del comportamiento incriminador a través de las causas de extensión de la pena: inducción y complicidad.

También en el caso del § 173 StGB (incesto) se darán los criterios desarrollados, propios de la cualidad de propia mano. Bien es verdad que cabría excluir la posibilidad de autoría mediata ya estimando un delito de infracción de deber (delito de propia mano inauténtico). Pero entonces tendría que darse una lesión de bien jurídico y habría que explicar por qué el legislador impone al individuo un deber especial de abstinencia sexual con respecto a sus parientes. Como estas cuestiones se van a volver a abordar detalladamente en seguida en el contexto de la problemática de la participación en el hecho no final [71], baste aquí una breve observación:

Si se intenta esclarecer científicamente el fondo de ese precepto, habrá que admitir que —al margen de consideraciones sobre la protección de la juventud, a la que sirven otros preceptos penales y que en el caso concreto tampoco tienen que ser necesariamente aplicables— se basa en buena medida en motivos irracionales: en tabúes ancestrales que conducen a una aversión preconsciente al incesto y que imbuyen a la persona la idea de que el incesto constituye una acción de reprobabilidad abominable. Sólo así cabe explicar la elevada conminación penal, pues al menos con la actual estructura social no es demostrable que se produzcan perjuicios genéticos [72]. Piénsese sim-

[70] En otro sentido, abiertamente, NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 34, con una fundamentación que no acabo de entender: «Dado que la propia acción pasa aquí por resultado, es, con independencia del dolo, desvalorada y antijurídica.»
[71] Cfr. pp. 455-460.
[72] Cfr. por todos JÄGER, *op. cit.*, p. 65, que ofrece desde luego un análisis en profundidad de toda la problemática (pp. 56-66).

plemente en el famoso supuesto de LISZT [73] de la dueña del burdel que trama y consigue el encuentro sexual de un hermano y una hermana que desconocen su parentesco: ¿qué resultado tendría que haberse producido aquí que nos pudiera forzar a que la mujer, que con toda razón es castigada por proxenetismo grave, respondiera asimismo con respecto al incesto?

Por ende, también en este caso hay que partir de que el legislador no ha conminado con pena una determinada lesión de bien jurídico, sino una acción de inmoralidad especialmente abominable. Mediante coacción, engaño o coejecución de sus requisitos externos no cabe provocar ni dominar la desvaloración específica de un comportamiento así. Se trata, pues, de un delito de propia mano.

Hay que tener en cuenta que la condición de propia mano, en los ejemplos debatidos, no resulta de la circunstancia de que se dé un delito sin lesión de bien jurídico específica. Más bien ha de añadírsele que la inmoralidad fundamentadora de autoría es "vinculada a comportamiento", esto es, que está ligada inseparablemente con el hacer típico. En los actos lúbricos homosexuales, la zoofilia y el incesto, tal es el caso, porque el dominio de la voluntad o el dominio conjunto por parte de un *extraneus* no pueden prestar a su comportamiento la cualidad típica de inmoralidad.

La cuestión es distinta en el proxenetismo habitual (§ 180 StGB). También aquí falta la lesión de bien jurídico, de manera que el BGH, en su última sentencia [74], para fundamentar la punibilidad tiene que recurrir a un "socavamiento de las buenas costumbres" y a la "reprobabilidad moral" de tal comportamiento [75]. No obstante, no estamos ante un delito de propia mano, porque la acción típica —favorecer— no está ligada a un comportamiento específico. Por eso el proxeneta habitual es autor también cuando se sirve de terceros para favorecer los actos libidinosos.

Aún habrá que abordar otras consecuencias dogmáticas que se derivan de la condición de propia mano, por ejemplo, en la accesoriedad, y otros tipos que vienen en consideración. En lo sucesivo se expondrá en primer lugar, polemizando con la jurisprudencia del BGH, que una serie de otros delitos contra las buenas costumbres considerados como de propia mano en realidad no merecen este predicado (y por qué).

b) *Sobre la jurisprudencia del BGH relativa a la condición de propia mano y sobre la autoría en los delitos contra las buenas costumbres en general*

La jurisprudencia del BGH relativa a los delitos de propia mano se ha desarrollado hasta la fecha exclusivamente con respecto a determinados delitos contra las buenas costumbres. A tenor de ésta el resultado sería el siguiente:

El § 177, párrafo 1, inciso 1 («el que forzare a una mujer a soportar el acceso carnal extramarital»), no es un delito de propia mano [76]. Qué ocurre con el § 177, párrafo 1, inciso 2, StGB («quien abusare de una mujer para realizar el acceso carnal extramarital») no ha tenido aún ocasión el BGH de decidirlo; pero parece tender a estimarlo delito de propia mano [77], tesis que el OLG Celle [78] ahora representa expresamente, basándose en jurisprudencia del BGH. El § 176, párrafo 1, número 1, StGB («el que con violencia llevare a cabo acciones lúbricas o forzare, mediante amenazas, a soportarlas») no requiere, según varias sentencias [79], comisión de propia mano. Por el contrario, se considera al § 176 , párrafo 1, número 2, StGB («el que abusare de una mujer para el acceso carnal extramarital») como delito de propia mano [80].

Estas distinciones tan confusas han de rechazarse. Más bien se trata, en todos los casos por igual, de delitos de dominio, en los que la autoría mediata e incluso la coautoría son posibles. Partiendo de nuestros resultados reseñados *supra* esto se deriva, en resumen, de lo siguiente:

aa) La teoría del tenor literal, en la que se apoya ampliamente el BGH [81], es insostenible en esta forma. Las distintas modalidades comisivas de los §§ 176 y 177 StGB se aproximan tanto en sus manifestaciones externas y en su contenido de desvalor criminal —en parte de manera casi indistinguible— [82], que no cabe advertir el menor motivo de que legislador pudiera haber tenido la intención de crear, mediante sutilezas verbales, un concepto de autor heterogéneo. Por el contrario, está claro que simplemente pretendió describir las modalidades de acción con la mayor precisión posible, sin estar determinado en absoluto al hacerlo por consideraciones relativas a la teoría de la participación.

En contra de la objeción repetida una y otra vez de que no cabe decir que aquel que se sirve, por ejemplo, de un enajenado o se ha limitado a sujetar a la víctima haya «abusado [de una mujer] para realizar el acceso carnal», hay que señalar que la formulación del suceso típico en todos los casos simplemente representa una abreviatura de la realización del tipo en

[73] *Strafrechtsfälle*, 14.ª ed., caso 130, 2.
[74] *NJW*, 1961, pp. 1031-1033.
[75] El Proyecto de 1962 renuncia, por ello, a castigar; cfr. Exposición de Motivos, p. 390.
[76] *BGHSt*, 6, pp. 226-229.
[77] Cfr. *BGHSt*, 6, p. 229.
[78] *NJW*, 1961, pp. 1079-1081.
[79] BGH, *MDR*, 55, p. 224 = *LM*, núm. 3, relativo al § 176, apartado 1, núm. 1; BGH, *MDR*, 58, p. 139, con reseña de DALLINGER.
[80] *BGHSt*, 15, pp. 132-133 = *LM*, núm. 4, relativo al § 176, apartado 1, núm. 2, con comentario de KOHLHAAS.
[81] Cfr. las referencias *supra*, p. 437.
[82] Así, MAURACH, *NJW*, 61, p. 1051, demuestra convincentemente que la segunda alternativa del § 177 sólo representa un "ejemplo extraído a título ilustrativo" de un caso de la primera alternativa.

dominio del hecho, pensada ante todo para el autor directo. De querer sustentar otra opinión habría que volver con carácter general a la teoría objetivo-formal, que es rechazada con razón por la jurisprudencia y la doctrina absolutamente dominante.

Por lo demás, la distinción que pretende efectuar el BGH entre los números 1 y 2 del § 176 StGB se presenta como especialmente curiosa, porque en el caso del número 1 ni siquiera requiere el dominio del hecho para fundamentar la autoría, sino que se conforma con una "intervención espiritual", esto es, con la mera presencia y palabras de ánimo [83]. ¿Puede decirse realmente —de ser determinante este punto de vista— que el que coopera sólo espiritualmente «lleva a cabo con violencia acciones deshonestas con una mujer»? Me parece que el BGH se rebate a sí mismo.

bb) De todos modos, los tipos mencionados en la jurisprudencia (§§ 176, párrafo 1, núm. 2; 177, 2.ª alternativa, StGB) coinciden con los que *supra* hemos considerado delitos de propia mano (§§ 173, 175 y 175b StGB) en que sus acciones típicas constituyen graves vulneraciones de la moral sexual, cuya inmoralidad específica no es inherente al comportamiento del *extraneus*. Es ésta la idea que Hellmuth MAYER [84] resume en la frase: «... si A determina a B a violar a C, él no realiza ningún acto lúbrico al menos personalmente».

Naturalmente cabría pensar en distinguir así y suponer que la figura central en tales delitos, divergiendo de la teoría del dominio del hecho, se determina por la especial cualidad lúbrica del comportamiento propio. Pero entonces, como ya estimó BINDING [85] y como otros en ocasiones han defendido, habría que considerar delitos de propia mano a todos los delitos contra las buenas costumbres, mientras que el BGH, en el § 176, párrafo 1, número 1, así como en el § 177, 1.ª alternativa, al que se refiere la cita de H. MAYER [86], rechaza expresamente esta posibilidad.

Además, una "teoría de la unidad" en tal sentido sería incorrecta, como se desprende de que misión y finalidad del legislador penal ante todo consisten en proteger bienes jurídicos. Ello es aplicable también a los delitos contra las buenas costumbres; bien es verdad que los delitos reunidos en el título XIII de la Parte Especial representan todos —como ya se deduce de la rúbrica— «delitos graves y menos graves contra las buenas costumbres»; no obstante, en la mayoría de los casos no se trata de un intento del legislador

[83] Cfr. BGH, *MDR*, 55, p. 144, y *supra*, pp. 309 y 452.

[84] *Lehrb.*, p. 331.

[85] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.

[86] También MAYER deja en seguida de ser fiel a su propio punto de partida al decir —de modo materialmente acertado— (p. 331): «En la violación a una mujer lo verdaderamente merecedor de punición es la humillación de la víctima, no siendo tan importante la indecencia personal del autor. Lo mismo cabe predicar del § 176, núm. 1.» Lo que uno se pregunta es por qué ello ha de ser distinto en el § 176, núms. 2 y 3 (pp. 331 y 332).

de elevar la moral sexual, sino de la necesidad de preservar a víctimas inocentes ante menoscabos absolutamente concretos por parte de delincuentes.

Incluso sin efectuar un análisis más detallado es fácil advertir que en lo esencial son tres complejos de bienes jurídicos los que aquí se protegen: la integridad corporal y la libertad de decidir en la esfera sexual (ejemplos principales: §§ 177 y 176, núm. 1, StGB), la inexperiencia y la falta de capacidad de resistencia en jóvenes, enfermos y personas con relación de dependencia (cfr., por ejemplo, los §§ 174, 175a, núm. 3, 176, párrafo 1, núms. 2 y 3, 182 StGB) y las moralidad y decencia públicas (§ 182, en parte también los §§ 184 y 184b StGB).

Ahora bien, tales resultados son absolutamente dominables o codominables por aquellos que no ejecutan de propia mano la acción típica completa. Por eso, en la distinción entre autoría y participación el principio del dominio del hecho vuelve por sus fueros. Una delimitación con arreglo a principio distinto —en función del respectivo matiz de la inmoralidad— no puede ser aquí determinante, pues la misión del legislador de un Estado de Derecho tiene que ser siempre primordialmente la protección de bienes jurídicos; la inmoralidad no le interesa por sí misma, sino a lo sumo por sus consecuencias. Por eso, aquel que tiene el resultado en sus manos es la figura central del suceso de la acción.

Así pues, quien en la violación coopera en el empleo de la violencia, es coautor del § 177 StGB, tanto si se trata de la primera alternativa como de la segunda (en contra de lo sostenido por el OLG Celle); quien determina a un enajenado a abusar de una mujer es, en contra del BGH, autor mediato del § 176, número 2, StGB [87]; quien lo envía a realizar actos exhibicionistas a la calle responde por provocar escándalo público en autoría mediata (§ 183 StGB), y quien, junto con otro, seduce a una muchacha menor de dieciséis años, es coautor del § 182 StGB, aun cuando él mismo no haya tenido acceso carnal [88]. Análogamente han de tratarse todos los demás delitos sexuales cuyo tipo presupone una lesión de bien jurídico determinada.

La diferenciación de las formas de cooperación con arreglo a la forma específica de la inmoralidad evidenciada por el autor —y consiguientemente el carácter de delito de propia mano— únicamente se da, pues, en los raros supuestos en que el comportamiento le pareció merecedor de punición a la instancia legislativa con independencia de una concreta lesión de bien jurídico, como se puso de manifiesto en los preceptos tratados *supra* (§§ 173,

[87] Como aquí, WELZEL, 7.ª ed., p. 369; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 176, III, 6, p. 747; MEZGER, *LK*, 8.ª ed., § 176, nota 5; como el BGH, en cambio, MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 197; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 176, 2.

[88] Como aquí, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 182, III, p. 765; FRANK, § 182, II, 2; en favor de la naturaleza de propia mano, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., 373; MEZGER, *LK*, § 182, nota 3; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 182, 2, A.

175 y 175b StGB). En ellos, no habiendo nada que dominar, la condición de propia mano se deriva necesariamente de la estructura de los tipos. En los demás casos, sin embargo, hay que seguir ateniéndose al concepto general de autor.

cc) Las mismas objeciones que había que esgrimir en los delitos sexuales que lesionan bienes jurídicos, en contra de la distinción basada en matices morales, son predicables con mayor razón de distinciones de carácter psicológico-emocional. Bien es cierto que la realización de propia mano de muchos delitos sexuales está caracterizada por determinados sentimientos de lascivia, que faltan en el sujeto de detrás que dirige o en los compañeros que codominan. Ya los glosadores lombardos emplearon en parte este punto de vista para fundamentar la necesidad de comisión de propia mano [89]. Éste sería acertado en el § 176, párrafo 1, número 2, StGB, así como, evidentemente, en el tipo de la violación, al que también el BGH considera comisible por mano ajena.

Pero sería incorrecto hacer depender la delimitación entre las formas de participación de tales variaciones de sentimientos. NAGLER [90] dice con toda razón: «... no cabe hablar... de que... la satisfacción de la lujuria sea requisito típico». El legislador no se preocupa de sentimientos libidinosos; lo que le importa —por ejemplo, en el supuesto de la violación o del abuso sexual— es la mujer a la que se ha violado o de la que se ha abusado. Quien haya dirigido esa grave lesión de bien jurídico es para él la figura clave del suceso. Los sentimientos subjetivos de los intervinientes son absolutamente secundarios.

VI. LA ACCESORIEDAD EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO

1. ¿Participación en el hecho doloso?

La esencia de la comisión de propia mano descrita *supra* obliga, al enjuiciar los problemas de la participación, a una consecuencia que convierte a la separación tajante entre delitos de infracción de deber y de dominio, más allá del ámbito de su importancia teórica, en una exigencia de trascendencia asimismo práctica. Por anticipar mi tesis, que se deduce con facilidad a partir de lo que antecede: afirmo que la inducción y la complicidad con el hecho no doloso, como se ha indicado, son posibles sin más en los delitos de infracción de deber —aun cuando se trate de tipos de propia mano inauténticos—, pero que no lo son en los auténticos delitos de propia mano,

[89] Cfr., en detalle, ENGELMANN, en *Festschrift für Binding*, t. 2, pp. 464 ss., con amplia bibliografía; asimismo, ENGELSING, *Eigenhändige Delikte*, pp. 6 y 7.

[90] *Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 69, nota 2.

al igual que ya en los delitos de dominio, debido a la propia naturaleza de las cosas.

Lo cual se deduce de lo siguiente: estribando el fundamento de punición de los delitos de propia mano en la desvaloración específica del comportamiento típico, si el ejecutor directo actúa sin dolo, decae, junto con la cualidad de desvalorado de su hacer, el punto de conexión para punir a los *extranei*.

En los delitos de autor jurídico-penal ello es evidente. Naturalmente, sería absurdo calificar de «inducción al rufianismo no doloso» cuando un sujeto se deja mantener por una mujer, de la que desconoce, debido al engaño por parte de un tercero sabedor, que obtiene sus ingresos de ejercer la prostitución. Dado que el *extraneus* no ha realizado una lesión de bien jurídico, ni ha provocado un comportamiento típico —el cual presupondría una relación duradera y consciente con una prostituta—, ni lo ha puesto en práctica personalmente, su actuar no es captable desde ningún punto de vista penal como inducción o complicidad.

Otro tanto rige para los delitos vinculados a comportamiento determinado sin lesión de bien jurídico. Volviendo al ejemplo de que un sujeto, fingiendo un experimento científico, determina a otro a tener acceso carnal con un animal, es imposible estimar aquí inducción a zoofilia no dolosa, pues la intervención en el hecho no doloso se fundamentaba, en los delitos de infracción de deber, donde la hemos considerado posible, únicamente en la idea de que al *extraneus* se le imputa la lesión típica del bien jurídico con independencia del dolo del obligado. Pero donde —como aquí— no resulta menoscabado ningún bien jurídico, fracasa tal idea. El legislador bien puede, sin consideración a un bien jurídico concreto, prohibir la intervención en una inmoralidad especialmente abominable, por lo cual también la participación en la zoofilia dolosa sigue siendo punible. Pero si al sujeto actuante le falta el dolo, entonces tampoco se da conducta inmoral en la que pueda haber tomado parte el *extraneus*, decayendo necesariamente su punición.

También el problema de la determinación al incesto no doloso ha de resolverse de acuerdo con estos puntos de vista. El caso ya citado de la dueña del burdel de Hamburgo que se complace en urdir un encuentro sexual entre un hermano y una hermana que no se conocían contiene la cuestión concreta más citada de teoría de la participación. No hay comentario, tratado o monografía que prescinda de este ejemplo, aun cuando un caso así no ha ocurrido nunca y probablemente tampoco ocurra en el futuro.

No obstante, la predilección de todos los autores por este curioso supuesto no es casual, pues aquí convergen —como en seguida se va a poner de relieve— los conceptos de autor de los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano como en un espejo ustorio; este caso ciertamente

alambicado presenta, por eso, un alto valor cognoscitivo, y en esa medida también, mediatamente, importancia práctica.

En el debate actual cabe distinguir tres grupos de opiniones. La primera, a la que pertenecen MEZGER [91] y ROEDER [92], estima incesto en autoría mediata. Para una segunda postura, que mantienen SCHÖNKE-SCHRÖDER [93], LANGE [94] y FRANZHEIM [95], se da inducción al incesto no doloso. La tercera, la que cuenta con más partidarios, entre los que cabe mencionar a WELZEL [96], MAURACH [97], H. MAYER [98], BAUMANN [99], BOCKELMANN [100], HEINITZ [101] y TRÖNDLE [102], considera no punible el hacer de la dueña del burdel desde la perspectiva del incesto.

Las fundamentaciones de las teorías en conflicto no llegan a coincidir ni siquiera entre los partidarios de una misma solución. Dado que la dueña del burdel indudablemente tiene el dominio del hecho, se pone de manifiesto lo poco apropiado que es este concepto para aplicarlo indiscriminadamente a todos los casos de delitos dolosos de comisión. Reduciendo las tres opiniones a su núcleo, hay que basarlas, paralelamente a sus concepciones distintas acerca de la "esencia" del incesto, en un concepto de autor distinto en cada caso.

a) Entendiendo que el objeto del § 173 consiste en evitar un debilitamiento de la pujanza del pueblo mediante la procreación de descendientes con dotación genética inferior, necesariamente hay que considerar al incesto como un delito de dominio que también pueden cometer *extranei* como coautores o autores mediatos, puesto que con respecto al resultado que tuvo presente el legislador es indiferente que el que lo dirigió fuera un pariente o no, que obrara de propia mano o empleando un instrumento. También ROEDER [103] considera al incesto como un «ataque a la sana pujanza del pueblo», y MEZGER señala que a la ley le importa, también en el incesto, «la evitación del "resultado"».

b) Si, como, por ejemplo, defiende LANGE, en el incesto se niega la autoría mediata, considerando en cambio posible la inducción al hecho no doloso, esto será correcto en el sentido de las categorías que hemos elaborado,

[91] *LK*, 8.ª ed., § 47, 1, b, aa, p. 249; *StuB, AT*, 9.ª ed., p. 236.
[92] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 248 y 249.
[93] 10.ª ed., ante § 47, X, 1, p. 254.
[94] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., II, 2, ante § 47, pp. 165 y 166; § 173, III, 1, p. 415.
[95] *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 53 y 54.
[96] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 95.
[97] *BT*, 3.ª ed., p. 384.
[98] *Lehrb.*, p. 331.
[99] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 458.
[100] *Untersuchungen*, p. 45.
[101] *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, pp. 106 y 107.
[102] *GA*, 1956, p. 148.
[103] Ésta y las siguientes citas sin llamada se refieren a los lugares señalados *supra* en notas 91-102.

únicamente en tanto que concibamos este tipo como puro delito de infracción de deber. Entonces tiene que estar estructurado de manera que el fundamento de punición resida en una lesión del bien jurídico susceptible de realización también por parte del *extraneus*, pero que en el pariente se añada, con virtualidad de fundamentar la autoría, una especial posición de deber para con el bien jurídico protegido. La "salud del pueblo", desde esta perspectiva, no es un bien jurídico adecuado [104], porque los parientes no tienen con ésta una relación más estrecha que cualquier otro. En lugar de ello es evidente atender a «mantener libre la familia de relaciones sexuales» [105], a la puesta en peligro de los vínculos familiares [106], pues aquí cabe decir que también el *extraneus* puede lesionar el bien jurídico, pero que al autor, con respecto a sus parientes, le incumbe un deber especial de proteger su propia familia, deber que no se extiende a los demás implicados.

Algo semejante expresa LANGE [107] acerca de la conducta de la dueña del burdel: «El bien jurídico está vulnerado en todas las relaciones esenciales también aquí y además se ha determinado dolosamente a los que mantuvieron contacto sexual», y su discípulo FRANZHEIM lo fundamenta de manera absolutamente consecuente cuando señala [108]: «El bien jurídico protegido por el § 173 StGB... no sólo resulta lesionado cuando los hermanos mantienen relaciones siendo sabedores de su parentesco, sino también cuando yacen sin ese conocimiento, pero después averiguan que son hermanos. Las secuelas psíquicas del comportamiento anómalo son más perjudiciales para la cohesión afectiva de la familia que el propio hecho. Si en el caso de la dueña del burdel de Hamburgo la cohesión de ambos hermanos ya está destruida, mediante la relación sexual queda dificultado para siempre el restablecimiento de las relaciones familiares entre hermano y hermana».

Siendo esto así, nos encontramos ante un puro delito de infracción de deber en forma de delito de propia mano inauténtico, y la única solución admisible es la de estimar la inducción al incesto no doloso.

c) Pero distinta es la cuestión si, como se ha mantenido *supra* [109], el fundamento de punición del incesto no se sitúa en la lesión del bien jurídico, sino en la especial reprobabilidad moral de esta conducta, entendiendo que se da un delito de propia mano. Entonces, pero sólo entonces —lo que suelen pasar por alto los partidarios de esta postura—, la dueña debe quedar impune por lo que respecta al incesto. En efecto, si los hermanos nada saben de su parentesco, le falta a su comportamiento la depravación presupuesta por el legislador. Como la dueña, pues, ni ha lesionado el bien

[104] Discrepa en esto LANGE, *op. cit.*, p. 165.
[105] FRANZHEIM, p. 53; cfr. asimismo KOHLR.-LANGE, *op. cit.*, § 173, I, p. 414.
[106] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 173, I, p. 730.
[107] *Op. cit.*, § 173, III, 1, p. 415.
[108] *Op. cit.*, pp. 53 ss.
[109] Pp. 449-450.

jurídico ni puede cooperar en una acción especialmente reprobable, y como su propio comportamiento sí es abominable, pero no incestuoso, resulta obligatorio negar la autoría mediata y estimar la inducción al hecho no doloso.

El único que expresa esto es H. MAYER cuando dice: «... el incesto no consiste en el acceso carnal entre consanguíneos, sino en la vulneración de los vínculos familiares psíquico-morales. Pero éstos no resultan menoscabados cuando los principales intervinientes no saben que son hermanos». También LANGE se inclinaba por esta concepción; entonces [110] consideraba que lo esencial del juicio penal de desvalor relativo al incesto no queda abarcado invocando un resultado socialmente perjudicial. Aquí más bien se conmina con pena "un pecado, un auténtico desafuero". Cuando, por el contrario, hoy hace hincapié en la lesión del bien jurídico, este desplazamiento del acento viene necesariamente requerido por su construcción de la inducción al hecho no doloso; en otro caso, no habría sido concebible una solución así [111].

La tesis que aquí se establece de que no es posible la participación en un hecho no doloso en los delitos de propia mano en sentido estricto, al parecer es discutida por NOLL, quien acertadamente señala, coincidiendo con nuestra concepción, que el incesto no tiene ningún resultado separable de él. Es desaprobado también jurídicamente por estar desaprobado éticamente, aun cuando nadie resulte perjudicado [112]. Pero luego prosigue diciendo que el orden de la moralidad sexual también resulta lesionado cuando la acción se comete no dolosamente, «por ejemplo, debido a error sobre la identidad de la persona con la que se mantienen relaciones». Como la propia acción sirve aquí de resultado, queda marcada de desvalor con independencia del dolo [113].

De ser esto cierto, aun actuando sin dolo los hermanos, de todos modos quedaría un resto de desvalor al que podría conectarse la participación de la dueña del burdel. Pero no veo cómo va a ser esto concebible, pues la desaprobación ética que se dirige al comercio incestuoso y a la que expresamente atiende NOLL únicamente puede afectar a una persona que sea sabedora de que mantiene relaciones con un pariente cercano. Por eso me mantengo en mi postura.

Cómo se decida la cuestión depende realmente, pues, de cuál de las concepciones esbozadas acerca del fundamento de punición del incesto se siga. Y aquí me parece que merece preferirse la derivación, que prescinde

[110] *Moderner Täterbegriff*, p. 27.

[111] El propio LANGE se da cuenta de ello con claridad; cfr. *op. cit.*, II, 2, ante § 47, pp. 165 y 166.

[112] *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 33.

[113] *Op. cit.*, p. 34.

de lesión de bien jurídico, a partir de la pura reprobabilidad, incluso frente a la idea de la protección de la familia, que dejaría abierta la posibilidad de participación en el hecho no doloso. En efecto, por una parte, como señala JÄGER [114], a menudo es precisamente «un exceso insano de vinculación intrafamiliar lo que caracteriza a las familias incestuosas», y por otra parte mediante el despliegue de penas de prisión la familia más bien resulta destruida que mantenida. Por último, en el caso de hermanos que al llegar a adultos sólo raramente conviven en una familia, una fundamentación así resulta un poco sofística. Ello queda puesto de manifiesto precisamente en la coherente argumentación de FRANZHEIM mencionada *supra*: no se entiende bien por qué en los hermanos haya de quedar «dificultado para siempre el restablecimiento de las relaciones familiares» debido a las relaciones sexuales, cuanto más que ambos no habrán pretendido nunca algo así.

Excurso

Y sin embargo, para lo que quiero poner de relieve ni siquiera hay que atender decisivamente a qué concepción se profesa. Lo que me parece esencial en este ejemplo académico y que eleva lo que a primera vista semeja una controversia más bien doctrinaria hasta algo fundamental es esto: la separación entre delitos de dominio, de propia mano y de infracción de deber que he efectuado, no es un esquema constructivo al que un tipo como el de incesto tenga, mal que bien, que acomodarse. Más bien estas distinciones se han extraído de la estructura de la materia de regulación y la incardinación del tipo concreto no se produce por necesidad dogmática, sino investigando el fin de protección del legislador y los principios de sociología criminal que inspiran cada precepto.

Un procedimiento así me parece apropiado para arrojar luz sobre el sentido profundo del trabajo sistemático y dogmático sobre el Derecho penal sustantivo, que a veces criminólogos y prácticos ponen en tela de juicio. No es éste el lugar para analizar esto ni siquiera brevemente. Pero ya de la mano de este ejemplo, que por su importancia general ha sido tratado con tanto detalle, tendría que haber quedado claro algo: que resulta esencialmente diferente derivar la impunidad de la determinación al incesto no doloso de que la "esencia de la acción" fuerce a una determinada regulación de la accesoriedad que tendría que valer en igual medida para todo tipo, con independencia de su singularidad, o bien llegar a ese resultado investigando los fundamentos del tipo de incesto, que no por eso tiene que sustraerse a una incardinación sistemática amplia; al igual que resulta totalmente diferente en el aspecto metodológico fundamentar la posibilidad de inducción a la deserción no dolosa en que según el § 50.1 StGB el dolo ha de incluirse

[114] *Strafgesetzgebegung und Rechtsgüterschutz*, p. 67.

en la culpabilidad, o que se advierta como fundamento de punición de este precepto la protección de determinado bien jurídico y de ahí se obtenga la estructura dogmática de la participación en los delitos de infracción de deber.

Mientras que, en las primeras formas de fundamentar, un punto de partida constructivo-dogmático fuerza, por la vía de puras deducciones conceptuales, resultados concretos cuya relación con el problema material respectivo ya no es comprensible para una consideración aporética, el segundo proceder, que aquí se elige, parte de la estructura, distinta en cada caso, del tipo concreto, y a partir de ahí llega a formar categorías dogmáticas generales que esclarecen la relación interna de los preceptos legales y previenen la fragmentación casuística. Ahí se da una síntesis de razonamiento sistemático y problemático que impide exageraciones unilaterales y cuya ejecución plurilateral me parece que constituye una de las tareas futuras esenciales de la ciencia penal.

Al mismo tiempo, el caso al que se ha recurrido como paradigma manifiesta que la criminología y la sociología criminal no tienen que discurrir sin relación, como a veces se entiende, al lado de la dogmática, sino que al arrojar luz sobre el trasfondo de una regulación legal simultáneamente prestan una aportación para el desarrollo de una dogmática adecuada, de manera que ésta, si no pretende explicar de modo meramente doctrinario la materia jurídica, no puede pasar por alto los conocimientos de aquéllas. También aquí existe un ámbito de trabajo para la investigación en el que hasta ahora se ha reparado escasamente.

2. ¿Accesoriedad extrema en los delitos de propia mano?

Con arreglo a los resultados de nuestra investigación relativa a los delitos de propia mano puede ser dudoso si la posibilidad de participación en un hecho principal inculpable —por ejemplo, en los supuestos de coacción— satisface la esencia de los delitos aquí analizados, pues el principio de la accesoriedad limitada, que en los delitos de infracción de deber despliega toda su virtualidad, se basa esencialmente en la idea de la protección de bienes jurídicos: se puede participar en la realización de un resultado socialmente perjudicial, aun cuando al autor en persona no le sea reprochable nada.

Por el contrario, si el fundamento de punición reside, como se mostró con respecto a los delitos de propia mano, en la mera reprobabilidad e inmoralidad de un comportamiento, se plantea la cuestión de en qué participa en realidad el sujeto de detrás cuando el autor obra coaccionado o sufriendo error de prohibición inculpable, no afectándole reproche alguno. Si, por ejemplo, alguien le asegura a un extranjero que las relaciones homosexuales

no están prohibidas en Alemania y éste las practica inculpablemente, o si alguien fuerza a otro a realizar actos lúbricos con animales, ¿sigue realizando un hecho así los requisitos con los que resulta razonable admitir la posibilidad de participación?

La cuestión conduce al problema fundamental de la posibilidad de separar injusto y culpabilidad en los delitos de propia mano. No podemos abordarla en profundidad, porque presupondría examinar el sistema del delito en su integridad, lo que excedería del marco de este trabajo. Pero haciendo residir el contenido material del injusto en la lesión de bien jurídico socialmente perjudicial y la culpabilidad en la reprochabilidad personal, cabría discutir que tal modo de razonar en dos planos también esté justificado allí donde el fundamento de punición estriba en la mera reprobabilidad moral de un comportamiento, pues ¿cómo cabe concebir una reprobabilidad inculpable? y ¿en qué va a residir la dañosidad social del comportamiento inculpable, si incluso dándose un hecho culpable falta la lesión de bien jurídico?

El problema sólo cabe aquí tratarlo someramente. En efecto, cambiando ligeramente de punto de vista, la separación mantiene su sentido. Si, por ejemplo, el injusto se asigna al ámbito del deber general y la culpabilidad al del poder individual, o si se determina el injusto según la tipicidad de los delitos y la culpabilidad según la motivación interna, también es posible en nuestros ejemplos hablar de participación del sujeto de detrás que engaña o coacciona.

En todo caso, es importante que tales supuestos, para esta consideración, han de tratarse de otro modo que los supuestos antes debatidos de cooperación en el hecho no doloso, puesto que en el comportamiento doloso el que obra directamente sabe que está efectuando un acto deshonesto con un hombre o con un animal, de manera que siempre se da un hacer contrario a la prohibición, ajustado al tipo de delito, cuya provocación, desde la perspectiva del tipo pertinente, puede manifestarse como punible; por el contrario, en el hecho no doloso, en la mente del agente (lo único que puede ser decisivo en los delitos contra la ley moral), le falta a su comportamiento jurídicamente neutro todo lo disvalioso y desaprobado jurídicamente, no cabiendo ya hablar en absoluto de participación en un comportamiento conminado con pena.

Así pues, podemos sintetizar diciendo que el que sea posible o no en los delitos de propia mano, tal como entendemos este concepto, la participación en el hecho principal inculpable, depende de qué concepción se mantenga con respecto a la esencia del injusto y de la culpabilidad. Pero se decida como se decida, en todo caso la inducción o complicidad en el hecho no doloso resulta imposible en los delitos de propia mano.

Así llegamos al final de nuestras reflexiones sobre la accesoriedad, disponiendo ya del necesario bagaje para encontrar una solución convincente

a algunos tipos en los que resulta especialmente dudosa su condición de propia mano.

VII. LA NATURALEZA DE PROPIA MANO EN ALGUNOS TIPOS CONTROVERTIDOS

1. Adulterio y bigamia

Piénsese en un caso que, con sólo retrotraerse a las convulsiones de finales de la guerra, no parecerá en absoluto artificioso: A le cuenta a B que su mujer ha muerto en la guerra, sabiendo que en realidad aún vive. Poco después B contrae un nuevo matrimonio.

Surge la cuestión de cómo hay que calificar la conducta de A en cuanto a los tipos de adulterio (§ 172) y bigamia (§ 171) *, esto es, si se trata de delitos de infracción de deber o de auténticos delitos de propia mano. Lo cual, como sabemos, tiene trascendencia práctica en tanto que en el primer caso es posible la inducción al hecho no doloso, mientras que en el segundo está excluida, de manera que la toma de posición con respecto a este problema es decisiva para la punibilidad del sujeto de detrás.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al adulterio, parece obvio concebirlo como delito de infracción de deber, considerando bien jurídico protegido al matrimonio destruido y circunstancia fundamentadora de la autoría al quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal. Pero esta explicación fracasa en principio por cuanto que también la persona no casada incurre de la misma manera en responsabilidad por adulterio aun cuando no vulnere deber de fidelidad alguno. Asimismo, examinando la cuestión más detenidamente, es dudoso que este precepto se proponga verdaderamente la protección del matrimonio concreto, pues la ruptura del matrimonio no es elemento del tipo, sino sólo requisito de procedibilidad; además, no cabe proteger un matrimonio ya roto, y el efecto preventivo-general de una conminación penal así es más que cuestionable precisamente en este delito y, por tanto, inapropiada para justificar la punición.

El Proyecto de 1962, que mantiene el precepto, señala que de éste se deriva «un efecto de configurar y mantener la moral» [115]. También para el Derecho vigente cabe deducir que el adulterio —sin tener en cuenta la

* § 171 StGB: «La persona casada que contrajere nuevo matrimonio sin haber sido declarados divorcio o nulidad, así como la persona soltera que contrajere matrimonio con persona casada, a sabiendas...»

§ 172 StGB: «Se castigará con prisión de hasta seis meses por el adulterio, si como consecuencia suya se divorcia la pareja, tanto al cónyuge culpable como a la persona ajena al matrimonio.»

[115] P. 348, en relación con el § 193 del Proyecto.

protección del matrimonio concreto— [116] se castiga por contravenir la moral. Pero entonces se trata de un caso típico de delito de propia mano auténtico: si al autor le falta (como aquí a B) el dolo, no cabe hablar de vulneración de la moral, y como el punto de vista del bien jurídico protegido no desempeña papel alguno, el sujeto de detrás, A, aun teniendo el dominio del suceso, no puede ser captado ni como autor ni como inductor del hecho no doloso.

Distinta es la situación en la bigamia. Aquí se trata realmente de un bien jurídico concreto, a saber, de la tutela estatal del matrimonio como institución. Con razón dicen SCHRÖNKE-SCHRÖDER [117] que el precepto no se propone «sólo la protección de la moralidad, sino ante todo del ordenamiento estatal del matrimonio». Incluso hay mucho a favor de entender que la inmoralidad del comportamiento, por cuanto afecta al cónyuge abandonado, sólo queda captada por el § 172 StGB (adulterio). En cualquier caso, el bien jurídico protegido por el delito de bigamia es también susceptible de lesión por parte de un *extraneus*. Éste ciertamente no puede ser autor mediato a pesar del dominio del hecho, pues el que el tipo circunscriba expresamente el círculo de autores al que contrae segundo matrimonio muestra que el legislador le ha impuesto un deber especial de respetar el vínculo conyugal existente. Pero desde luego no se trata de un delito de propia mano auténtico, sino inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber, de manera que se castiga a A por inducción a la bigamia no dolosa.

Así pues, resulta que los dos tipos de los §§ 171 y 172 StGB, que se señalan casi generalmente como delitos de propia mano, en realidad se basan en un concepto de autor de distinta índole.

2. Prevaricación

Asimismo uno de los casos más famosos de la teoría de la participación lo viene proporcionando el tipo de prevaricación (§ 336 StGB). Al respecto, el debate en la actualidad no gira en torno tanto a la cuestión de si constituye un delito de propia mano [118] como en torno al problema, de gran importancia práctica, de si la producción consciente de una sentencia injusta por parte de un *extraneus* puede abarcarse como inducción a la prevaricación no dolosa.

Pero ambas cuestiones, como hemos visto, no pueden separarse, pues lo decisivo es el concepto de autor que subyace a este precepto. Si realmente se trata de un delito de propia mano, la participación en el hecho no doloso

[116] También el Proyecto *(loc. cit.)* señala que el precepto penal es «sólo de limitado valor para el matrimonio concreto», y para la fundamentación de la punibilidad obviamente intenta prescindir de este aspecto.

[117] 10.ª ed., § 171, p. 724.

[118] Así ya BINDING, *Die drei Grundformen*, p. 266.

es imposible; por el contrario, si estamos ante un delito de infracción de deber, nada se opone a estimarla.

Así, este ejemplo, frente a una opinión muy extendida, pierde al mismo tiempo su valor como prueba en favor de la imposibilidad de participación en el hecho principal no doloso, pues aun cuando una solución así tuviera que considerarse como absolutamente inadmisible, ello permitiría a lo sumo deducir el carácter de propia mano de la prevaricación, pero nada indicaría sobre el tratamiento de la accesoriedad en los delitos de infracción de deber.

Sustancialmente ocurre que la doctrina dominante rechaza la participación en la prevaricación no dolosa. Lo cual es aplicable con respecto a autores como WELZEL [119], MAURACH [120], BOCKELMANN [121], H. MAYER [122], HEINITZ [123], SAX [124], BÖRKER [125] y TRÖNDLE [126], que requieren siempre para la participación un hecho principal doloso [127] y recurren a este ejemplo casi siempre para fundamentar e ilustrar precisamente su punto de vista general; a su lado, también MEZGER [128] y FRANZHEIM [129] defienden esta postura en el caso del § 336 StGB, aunque por lo demás entiendan posible la participación en el hecho no doloso. Sólo LANGE [130] y ENGISCH [131] consideran correcto estimar inducción o complicidad con la prevaricación no dolosa.

La decisión de la cuestión controvertida, de seguir nuestros criterios, depende únicamente de si el quebrantamiento por parte del juez de su deber de fidelidad al Derecho, en el que se basa el § 336 StGB, es una circunstancia fundamentadora de la punición o simplemente determinante para la autoría. En el primer caso nos encontramos ante un delito de propia mano, que excluye la participación en la acción no dolosa, y en el segundo ante un mero delito de infracción de deber.

Así pues, tienen razón LANGE y ENGISCH si el § 336 StGB se propone proteger a los intervinientes frente a un menoscabo de su libertad, su reputación o su patrimonio por medio de resoluciones injustas. Estos bienes jurídicos los puede lesionar también un *extraneus* engañando al juez. Cier-

[119] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 100.
[120] *AT*, 2.ª ed., § 53, III, D, 1, p. 568.
[121] *Untersuchungen*, pp. 45, 106, nota 73.
[122] *Lehrb.*, p. 332; de todos modos, con las limitaciones inherentes a reconocer la *Urheberschaft* (autoría).
[123] *Festschr. z. 41. Juristentag*, Berlín, 1955, p. 108.
[124] *MDR*, 1954, pp. 68 y 70.
[125] *JR*, 1953, pp. 166-168 (166).
[126] *GA*, 1956, p. 147.
[127] En SAX esto no es válido para los supuestos de error; cfr. al respecto *supra*, pp. 286 ss. (294-295).
[128] Cfr. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, p. 31.
[129] *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, p. 49.
[130] *ZStW*, t. 63, 1951, p. 504; KOHLR.-LANGE, 43.ª ed., ante § 47, III, A, 4, p. 169.
[131] *Festschr. für Eb. Schmidt*, pp. 118 y 119, pero considerándolo con cautela.

tamente no puede quebrantar el deber especial que incumbe sólo al que conoce en la causa, pero esta circunstancia sólo excluye su autoría, posibilitando precisamente, conforme a la estructura de los delitos de infracción de deber que hemos elaborado, la punición a título de participación.

Por el contrario, merece aplauso la doctrina dominante si el tipo de la prevaricación castiga, sin tener en cuenta todas las consecuencias perjudiciales de la sentencia injusta —de las que tampoco se trata en este tipo—, la deslealtad reprobable del juez para con sus funciones. Entonces el perjuicio para las partes procesales, en cuanto irrelevante para el tipo, no serviría para fundamentar la pena por participación; lo que caracteriza en este caso a la participación punible, la cooperación en la deslealtad reprobable, no existe ya desde el momento en que el juez actúa subjetivamente conforme a su convicción. Rechazar la participación en la prevaricación no dolosa es entonces forzoso.

En realidad, el resultado al que llega la doctrina dominante está mejor fundamentado, puesto que los bienes jurídicos que resultan menoscabados por la sentencia injusta ya reciben protección por medio de los tipos de estafa, detención ilegal, acusación falsa, falso testimonio, calumnia, etc. Por eso parece poco razonable ver en el § 336 un "tipo colectivo" que vuelva a proteger todos estos heterogéneos bienes jurídicos, sometiéndolos a una conminación común con pena de prisión sin posibilidad de una atenuación que nivele las notables diferencias en cuanto a cualidad y cantidad del injusto de tales perjuicios [132].

Es más, si el BGH, en pro de la independencia del juez, ha establecido que el § 336 StGB requiere dolo directo, y no sólo eventual, en el autor [133], ello es imposible de armonizar con la idea de la protección de bienes jurídicos, pues para el inocente internado en prisión —por tomar sólo un ejemplo— el perjuicio es igual de un modo u otro, razón por la cual en otros tipos con razón no se distingue entre dolo directo y dolo eventual. Por el contrario, considerando que fundamenta la punición el comportamiento prevaricador contrario a deber del juez, la distinción del BGH deviene razonable: un juez que aún duda, actúa mucho menos de contrariedad a deber, porque ante una alternativa únicamente puede decidirse por una de las posibilidades, teniendo que asumir el riesgo de una resolución injusta.

Por estas razones, ha de considerarse al tipo de prevaricación como delito de propia mano. También aquí ocurre —como en el incesto— que esta incardinación y la solución del problema de la accesoriedad se derivan de la propia estructura del tipo y no de decisiones sistemáticas previas.

[132] Por eso acierta FRANZHEIM, p. 49, al fundamentar su solución en considerar que el § 336 «no trata de evitar que se dicten sentencias objetivamente incorrectas, sino que los jueces decidan contra su propia convicción jurídica interna por motivos ajenos al asunto».
[133] *BGHSt*, 10, pp. 294-304 (298).

3. El delito en estado de embriaguez *(Volltrunkenheit)*

El tipo del § 330a StGB * suele pasar por delito de propia mano [134]; hasta ROEDER, que rechaza en general esta figura jurídica, reconoce esta única excepción [135].

El problema de la comisión de propia mano, naturalmente, sólo surge en este precepto si se considera al propio embriagarse como núcleo de la acción típica. En cambio, entendiendo como comportamiento fundamentador del injusto al hecho cometido en estado de embriaguez, con respecto al cual es posible sin más la autoría mediata, queda sin objeto la cuestion de autoría y participación en el embriagarse. No vamos a debatir aquí este problema básico, sino que, con la doctrina dominante, en lo sucesivo vamos a partir de la hipótesis de que la acción típica consiste en embriagarse.

En este caso es cierto, y nunca se ha discutido, que no viene en consideración la autoría mediata —por ejemplo, mezclando un estupefaciente con un bebida—: «La ley sólo impone al propio individuo el deber de autocontrol» [136]. Así pues, el principio del dominio del hecho fracasa de entrada. Pero con ello aún no está demostrado que se trate de un delito de propia mano auténtico; puede tratarse igualmente de uno inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber. Esta posibilidad la sugiere ya el que la mayoría de los autores fundamentan el carácter de propia mano entendiendo que sólo el que se embriaga tiene el deber de refrenarse.

La trascendencia práctica de este dilema reside, como sabemos, en que en un caso es posible la participación en el hecho no doloso, mientras que en otro está excluida. Por eso la solución podría dejarse de lado como problema de índole meramente académica si estuviera excluida la participación también en el hecho en estado de embriaguez doloso, como defienden, por ejemplo, SCHRÖDER [137], WELZEL [138] y MAASSEN [139]. Pero eso no puede deducirse de la ley. No está claro por qué, como entiende WELZEL, el dolo del partícipe «tendría que referirse al resultado, el hecho en estado de embriaguez, lo que está excluido debido a la naturaleza del delito», ya que también el dolo del autor tiene que dirigirse sólo al embriagarse. Asimismo, tampoco el argumento de SCHRÖDER en el sentido de que sólo el autor tiene el deber de autocontrol [140] es consistente; en todos los delitos de infracción de deber la vinculación especial con respecto al bien jurídico se da únicamente en la persona del autor, sin que por eso esté excluida la participación [141].

* § 330a StGB: «El que, dolosa o imprudentemente, mediante la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias de efectos similares se situare en un estado de inimputabilidad, será castigado con prisión o multa, si en ese estado cometiere una acción conminada con pena.»

[134] Cfr. simplemente SCHÖNKRE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 330 a, VI, 1, p. 1214; MAURACH, *BT*, 3.ª ed., § 56, II, 4, p. 458; WELZEL, 7.ª ed., p. 405; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 330 a, 2, C, p. 924; CRAMER, *GA*, 61, p. 102.

[135] Cfr. *ZStW*, t. 69, 1957, p. 252.

[136] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.* (cfr. nota 134); asimismo, CRAMER, *op. cit.*, p. 103.

[137] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1.ª ed., § 330 a, VI, a, p. 11215.

[138] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 405.

[139] DREHER-MAASSEN, 3.ª ed., § 330 a, V.

Y por lo que respecta a las objeciones político-criminales contra la inapropiada extensión de la punibilidad, cabe dar debida cuenta de ellas imponiendo exigencias estrictas a la prueba de la participación (¡no basta con beber a la misma mesa!) y, sobre todo, exigiendo también del partícipe que tenga que contar con la posibilidad de que el embriagado vaya a cometer algún delito, lo que, en contra de la postura del BGH [142], no es algo que se deduzca por sí mismo [143]. Sin embargo, cuando se cumplen todos los requisitos no existe motivo para dejar impune la participación, algo sin apoyo en la ley. Si un sujeto anima a otro, del que sabe que va a cometer excesos cuando se embriaga, invitándole de continuo a embriagarse disparatadamente, este comportamiento es absolutamente punible si el otro luego perpetra desmanes [144].

Tras aclarar esta cuestión previa se plantea, por último, el problema, en absoluto sin trascendencia práctica, de si en el caso del § 330a StGB es posible la participación en el hecho principal no doloso. De ocurrir alguna desgracia después, ¿debe quedar impune aquel que consigue embriagar a otro contra la voluntad de éste, teniendo por posible que en este estado pueda cometer una acción conminada con pena? MAURACH entiende que la participación decae "conforme a principios generales" [145].

Pero con principios generales, como se ha puesto de manifiesto muchas veces, no resulta posible decidirlo. Más bien hay que atender a si la ley considera al propio embriagarse una conducta reprobable y merecedora de punición, o si se la conmina con pena por las consecuencias temidas, esto es, por la puesta en peligro de bienes jurídicos. La respuesta sólo puede ser la segunda. Cabe discutir sobre si es censurable moralmente o socialmente adecuado que uno se embriague en casa, pero en cualquier caso el legislador no tiene que inmiscuirse en ello como apóstol de la moral. Sólo mediante su obligación de proteger bienes jurídicos puede justificarse este precepto.

Pero entonces no cabe duda de que se trata de un delito de propia mano inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber, y que es posible la participación en el hecho no doloso porque el sujeto de detrás, si bien a él no le afecta el deber especial fundamentador de la autoría,

[140] Como nota 137.

[141] Acertadamente CRAMER, *GA*, 61, p. 104.

[142] *BGHSt*, 10, pp. 247-252.

[143] Cfr. al respecto, por todos, LANGE, § 330 a, V, 2, p. 665.

[144] Igualmente, en definitiva, *BGHSt*, 10, p. 248, donde se estima «complicidad con la embriaguez plena»; por lo demás, cfr. KOHLR.-LANGE, § 330 a, IV, 2, p. 664; CRAMER, *GA*, 1961, pp. 103-105.

[145] *BT*, 3.ª ed., § 56, II, A, 4, p. 459.

puede lesionar los bienes jurídicos protegidos del mismo modo que el que se embriaga. Por lo demás, únicamente esta solución se acomoda al sentimiento jurídico, pues si un sujeto se embriaga dolosamente, entre el partícipe y la puesta en peligro sólo se interpone ya el deber y la capacidad de inhibición del bebedor, mientras que esta instancia de control precisamente está desactivada en el hecho no doloso. La puesta en peligro, pues, es mayor que en el primer caso, no pudiendo quedar impune [146].

Por ende, nuestro resultado es que el § 330a es un delito de infracción de deber y no uno de propia mano auténtico.

4. Síntesis retrospectiva

La falta de espacio impide continuar con el análisis de casos dudosos concretos. Sin embargo, las indicaciones precedentes deberían bastar para encontrar para otros tipos una solución correcta con ayuda de los criterios que se han empleado. En todo caso, se ha puesto de relieve que desde luego es posible encontrar puntos de vista unitarios para enjuiciar los delitos de propia mano, hasta ahora poco investigados. El número de tales delitos —hemos tratado individualizamente los §§ 361, núm. 3; 361, núm. 5; 181a; 172, 173, 175, 175b y 336 StGB— no es del todo insignificante y sus especificidades dogmáticas justifican asignarle una posición autónoma, junto a los delitos de dominio y a los de infracción de deber.

Al mismo tiempo ha quedado claro que doctrina y jurisprudencia ni siquiera tienen que revisar su concepción sobre el problema de la comisión de propia mano, puesto que en todos los delitos calificados como de propia mano por la jurisprudencia ha resultado que están sometidos al principio del dominio del hecho. Y las teorías del tenor literal y del movimiento corporal, a las que teoría y praxis recurren a menudo de modo poco claro, no atinan en el núcleo sustancial, si bien es verdad que, retrospectivamente, podemos apreciar lo que en ellas hay de correcto:

En efecto, en los delitos de propia mano auténticos no cabe decir de un *extraneus* que haya realizado el tipo, porque el contenido de injusto fundamentador de la pena no es susceptible de dominio desde afuera. Asimismo es acertado que la naturaleza de propia mano viene caracterizada por un comportamiento determinado desligado del resultado, como defiende la teoría del movimiento corporal.

Pero estos puntos de vista no aciertan en el centro de sentido del concepto de propia mano, sino que sólo señalan ciertos fenómenos accesorios que asimismo pueden aparecer en los delitos de dominio y en los de infracción

[146] Asimismo (que yo sepa el único), CRAMER, *GA*, 1961, pp. 105 y 106, que no obstante recurre al concepto de *Urheber* (autor, inspirador) en la fundamentación.

de deber y que, por tanto, no sirven como fundamentación de una teoría. Su generalización hasta formar teorías del "tenor literal" o del "movimiento corporal" se queda en lo superficial, lo naturalístico; en esta medida es absolutamente fundada la antigua objeción de Eb. SCHMIDT. Hasta ahora, las teorías sobre la comisión de propia mano constituyen más bien un buscar a tientas lo correcto, en función del sentimiento, que la formulación de conocimientos científicos.

§ 36. SÍNTESIS Y COMPLEMENTOS

Hemos recorrido el círculo de los delitos de comisión dolosos y llegado al resultado de que el autor siempre es la figura central del suceso de la acción, pero que este criterio se llena de contenido por medio de tres elementos materiales distintos: en general, mediante el concepto del dominio del hecho, en ciertos tipos también mediante la especial posición de deber extrapenal del autor o mediante una reprobabilidad ligada a cierto comportamiento, no lesiva de bienes jurídicos. Espero haber aclarado el sentido y la necesidad de esta división trimembre. Pero aún queda por ver la cuestión de si, junto a estos tres puntos de vista, no habrá otros criterios de la autoría que reclamen validez. Este problema presenta un aspecto práctico y otro teórico.

La cuestión práctica alude a si es realmente posible, con auxilio de esta articulación tan restringida, y dada la plétora de tipos heterogéneos, llegar siempre a una delimitación adecuada de autoría y participación. ¿No habrá, o al menos no serán imaginables, tipos en que fracasen estos baremos y en que haya que recurrir a otros puntos de vista (I)?

La cuestión teórica, que obviamente se encuentra en estrecha relación con la anterior, es la de hasta qué punto la división trimembre que hemos desarrollado es ineludible; la de si, con independencia de los tipos concretos representa un "modelo [en cierta medida] eterno" que pueda tener validez incluso para el Derecho venidero con sus preceptos aún por concebir, puesto que aun cuando la solución aquí desarrollada sea viable y factible, siempre cabría plantear la cuestión de si no sería posible proceder de otro modo y la de si una articulación de las formas de participación concebida en función de puntos de vista divergentes, de verse codificada, no dejaría sin significado al concepto de autor aquí defendido (II).

A lo cual asimismo se suma forzosamente la cuestión de si no sería conveniente o al menos posible renunciar del todo a la delimitación y fundar la ley en el concepto unitario de autor. A la vista de la circunstancia de que tanto el Derecho actual como el futuro renuncian a esta solución radical, el problema sólo se tratará brevemente aludiendo a las consecuencias que

se derivarían directamente de ella, a partir de nuestras consideraciones generales (III).

Por último, hay que abordar brevemente la cuestión de si (y cómo) la delimitación propuesta es viable en los delitos intentados. Lo cual requiere debatir, dado que de entrada no está claro, si, por ejemplo, se puede atender al dominio del hecho y cómo éste puede averiguarse, al no haber aún un "hecho" (IV, 1). En este contexto hay que investigar brevemente también la cuestión de si la posibilidad de dominar un suceso ha de considerarse, en el sentido de la teoría de la adecuación, como requisito general de la autoría en la tentativa (IV, 2).

I. POSIBILIDAD DE OTROS CRITERIOS DE LA AUTORÍA

1. ¿Los elementos de la actitud como circunstancias de la autoría?

La cuestión de si la diferencia entre las formas de participación, si no en general, sí en preceptos concretos, podría depender de la actitud de los intervinientes, surge en aquellos tipos que, en virtud de su formulación expresa, requieren una determinada disposición disvaliosa por parte del agente, como la caracterizada por los términos "con rudeza" (§§ 223b StGB; 9, párrafo 1, 1, Ley de Protección de Animales, *TierschG*), "por móviles viles", "por avaricia" (§ 211), "sin conciencia" (§§ 170c, d), "temerariamente" (§ 315a, párrafo 1, núm. 4), "por burda codicia" (§ 170a), etc. Tal actitud ¿tiene que darse en todos los intervinientes o sólo en el autor? Y ¿puede un no ejecutor, en contra del principio del dominio del hecho, ser autor cuando se destaca por presentar la actitud requerida por el tipo, lo que precisamente le falta al ejecutor directo?

GALLAS hablaba de las dificultades [1] que para la teoría de la participación surgieron con los elementos de la actitud, llamando por eso a estos elementos «cuerpos extraños en nuestro sistema del Derecho penal, orientado a la idea de la culpabilidad por el hecho» [2]. SCHMIDHÄUSER [3] también les ha salido al paso precisamente con vistas a la teoría de la participación. HARDWIG, al que debemos el primer tratamiento amplio de los elementos de la actitud, a partir de las consecuencias a las que estas circunstancias obligan en la teoría de la participación, ha extraído repercusiones sobre su posición sistemática [4]. En pocas palabras, la cuestión es debatida y está por aclarar. El enjuiciamiento queda dificultado porque en el marco de este trabajo no es posible abordar con más detalle la problemática de los elementos

[1] *Gutachten*, p. 151.
[2] *Loc. cit.*, p. 152.
[3] *Gesinnungsmerkmale*, pp. 266 y 267.
[4] *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 14 ss.

de la actitud en los que la investigación, a pesar de los trabajos básicos de HARDWIG y SCHMIDHÄUSER, aún se encuentra al comienzo. Por eso, la polémica sólo puede tener lugar en la medida en que las distintas teorías llegan a resultados divergentes en la delimitación entre autoría y participación o ponen en tela de juicio el concepto de autor hasta ahora desarrollado.

a) *Elementos de la actitud que agravan la pena*

aa) Comencemos con un ejemplo: A decide acortar los padecimientos de su mujer, que sufre una enfermedad mortal, matándola mediante una sobredosis de tabletas. El farmacéutico B, al que comunica su plan, se aprovecha de la situación pidiéndole mil marcos por el medicamento. Aquí A comete un homicidio; B obra "por avaricia". ¿Es por eso autor mediato de un asesinato? Únicamente si cupiera estimarlo sería la "actitud avariciosa" un elemento fundamentador de autoría que tendría que situarse autónomamente al lado de los tres criterios que hemos desarrollado.

Pero tal solución nadie la sustenta. SCHMIDHÄUSER estima complicidad en el asesinato [5], HARDWIG en el homicidio [6], y entre estas dos posibilidades se mueven las demás teorías mantenidas hasta ahora, con las fundamentaciones más diversas. La actitud no tiene aquí, pues, influencia alguna en la delimitación entre autoría y participación, según doctrina unánime. Por eso no se pasa del principio del dominio del hecho.

bb) Pero ¿hay acaso supuestos que requieren otra decisión distinta? Recuérdese el caso, examinado *supra*, en que un sujeto, mediante una denuncia falsa a sabiendas, "por móviles viles", ocasiona el suicidio de otro [7]. Aquí estimábamos, coincidiendo en cuanto al resultado con HARDWIG y v. WEBER y contra la postura de la jurisprudencia y de la doctrina dominantes, asesinato en autoría mediata. ¿Es entonces en tales supuestos el móvil vil determinante para la autoría? Así podría parecer cuando, por ejemplo, v. WEBER basa la autoría del sujeto de detrás en que «todo el hecho aparece como un acto de venganza suyo, determinando su motivo la valoración del hecho» [8]. No obstante, tal consecuencia sería incorrecta. La autoría mediata del sujeto de detrás se basa aquí en su engaño, que oculta al autor directo el sentido social de su acción y que procura al no ejecutor un "dominio del hecho de cuarto grado". Con la actitud del agente la cuestión no tiene nada que ver directamente, de manera que en este caso tampoco hay que apartarse del concepto general de autor [9].

[5] *Op. cit.*, p. 263.
[6] *GA*, 1954, p. 72.
[7] Cfr. pp. 243-244.
[8] *MDR*, 1952, p. 266.
[9] Con respecto a la fundamentación, cfr. en concreto *supra*, pp. 243 ss.

Análogamente han de decidirse todos los demás tipos con elementos de la actitud agravantes de la pena.

b) *Elementos de la actitud fundamentadores de la pena*

Así pues, dificultades sólo podrían surgir en los preceptos en los que el elemento de la actitud surte un efecto fundamentador de la pena, pues en estos casos no existe la posibilidad de, recurriendo al § 50, párrafos 1 o 2, condenar al no ejecutor con arreglo a un marco penal no aplicable al autor. Sin embargo, también aquí, como revela un examen más detenido, las cuestiones de delimitación han de resolverse con arreglo a los puntos de vista hasta aquí elaborados.

aa) Consideremos en primer lugar el concepto "con rudeza" en la Ley de Protección de los Animales. Si A pretende matar a su perro enfermo sin causarle dolor y B, a petición suya, le ofrece una droga que, como éste sabe, le va a producir fuertes dolores, B es de todos modos autor mediato de tortura a animales, mientras que A, engañado, queda impune. Pero tampoco aquí reside el motivo en que B, al contrario que A, obre "con rudeza", esto es, con una "actitud cruel" (§ 1, párrafo 2, *TierschG*). Más bien, todo es sólo consecuencia del engaño, con motivo del cual B, el único que capta el contenido de injusto del suceso, obtiene el dominio de la voluntad sobre el suceso. Supuestos de esta índole han de descartarse, pues, de entrada: su solución se deriva del principio del dominio del hecho.

bb) Así pues, sólo quedan los casos en los que todos los intervinientes entrevén de igual modo plenamente el supuesto de hecho. ¿Qué ocurre aquí si aquel que traza el plan obra guiado por una actitud cruel, que le falta al ejecutor? En una situación así, el que según el concepto general de autor sólo sería inductor, ¿se convierte de pronto en autor debido a su crueldad?

La cuestión encuentra respuesta teniendo presente que no puede acontecer un supuesto así, pues la "actitud cruel" se caracteriza por su "rudeza" y no se refiere a ningún "estado pasional", ni "motivo" ni "disposición psíquica" [10] que, dada la misma comprensión del sentido y consecuencias de la conducta, fueran distintos de una persona a otra. Más bien se trata de una vulneración objetiva de valores morales y, consiguientemente, de un criterio independiente de los procesos emocionales en los intervinientes.

Si varios que obran conjuntamente saben que una droga va a causar al animal dolores horrendos, y si no suponen circunstancias objetivas que al mismo tiempo pudieran justificarlo, su comportamiento es "rudo", con

[10] Discrepa en parte HARDWIG, *ZStW*, t. 68, pp. 16 ss.

independencia de lo que hayan pensado o sentido [11]. Si uno siente un gozo sádico, mientras que al otro todo le da igual, no obstante los dos obran con rudeza. La contravención valorativa se da en el propio comportamiento, al que, estando sustentado en la comprensión de la innecesariedad y carácter doloroso del trato, la "rudeza" le es *eo ipso* inherente.

El elemento de la actitud "con rudeza" es, pues, en cierta medida una denominación sintética de determinadas acciones lesivas dolosas, transpuesta al ámbito valorativo, cuya descripción concreta le pareció imposible al legislador, consideración que podría poner en tela de juicio la tesis de SCHMIDHÄUSER de que los elementos de la actitud constituyen puros elementos de la culpabilidad. Sin embargo, no se va a profundizar aquí en esto. De todos modos, para la participación se deriva de ello lo siguiente: si, dado igual conocimiento del supuesto de hecho, ha de atribuirse a los intervinientes, sin consideración a su disposición emotiva, la misma actitud disvaliosa, no puede recurrirse a este criterio, por darse en todos, para delimitar autoría y participación.

Lo cual rige para todos los elementos de la actitud desligados de motivos e intenciones psíquicos; por ejemplo, también para la conducción "temeraria" del § 315a, número 4. Si el pasajero A aconseja al conductor B que atraviese todos los cruces con el semáforo en rojo, sin respetar la preferencia de paso, a 150 kilómetros por hora, ambos obran "temerariamente", aun cuando A lo proponga por arrogancia vituperable y B únicamente le haga caso por llegar a tiempo a una cita. Tampoco aquí importan los motivos. Por eso, A es inductor y B autor. No es que, por ejemplo, A sea autor mediato y B un instrumento que obre sin la temeridad requerida.

Naturalmente es controvertida la cuestión de si el concepto de la "temeridad" cabe separarlo de la disposición psíquica del autor. Una postura opuesta la defiende el BGH [12], en opinión del cual el reproche de la temeridad decae «cuando el autor ha obrado en un estado de gran exaltación, no pudiendo por eso —dándose su plena imputabilidad— rendir la adecuada actitud responsable para la circulación y comportarse con arreglo a ésta». El acusado, para evitar ser detenido, había cruzado, a una velocidad de entre 70 y 100 kilómetros por hora, un puesto de control de la policía, "poniendo en extremo peligro" a dos agentes y a su vehículo. Aunque esta circunstancia habría bastado normalmente para afirmar la temeridad, ello no regiría aquí debido al estado de exaltación del inculpado.

Dudo mucho que haya que seguir esta concepción desde una interpretación orientada a la protección de bienes jurídicos, pues si el acusado era

[11] De acuerdo en definitiva SCHMIDHÄUSER, p. 267, que estima que «en el partícipe que desde el principio sabe de la crueldad vemos ya la actitud cruel».

[12] Sentencia de la Sala IV, de 6 de julio de 1962, *NJW*, 1962, pp. 2615 ss.; asimismo, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 315 a, 4, d, p. 1191. Como aquí BayObLG, *JR*, 1960, pp. 70 y 71.

plenamente imputable y entrevió adecuadamente la situación, es aventurado afirmar que su exaltación lo vaya a eximir de la pena. De este modo se añade interpretativamente al concepto de temeridad una novedosa causa de exclusión de la culpabilidad que no se ajusta al fin de protección del precepto. ¿No debería más bien insistir el ordenamiento jurídico en que los conductores plenamente imputables dominen su exaltación, en lugar de concederles patente de corso para ser negligentes a conciencia, causando así los mayores peligros? Desde luego en la sentencia impera la falta de claridad cuando el BGH dice que el acusado, debido a su exaltación suma, que le constreñía la consciencia, no pudo «rendir la adecuada actitud responsable para la circulación y comportarse con arreglo a ésta». Si el autor no pudo obrar de modo distinto a como lo hizo, evidentemente no puede ser culpable. Pero entonces no se comprende cómo es que se le atribuye la imputabilidad plena, que precisamente presupone la libertad de obrar.

De todos modos, quede esto en segundo plano en favor de la cuestión de qué consecuencias se derivan para la autoría y la participación de seguir la concepción del BGH. ¿Qué ocurre si en el conductor A, a pesar de su forma de conducir extremadamente peligrosa, se excluye la temeridad debido a su exaltación, mientras que el pasajero B, que se encontraba sereno, le ha determinado a conducir de ese modo? ¿Es autor el sujeto de detrás, B, debido a su temeridad, mientras que A queda impune, por faltarle el elemento fundamentador de la autoría? Evidentemente no, pues un concepto de temeridad así entendido podría simplemente considerarse, como el propio BGH establece, como "elemento que aumenta la culpabilidad", que tendría que someterse al § 50.1 StGB. A sería autor (si bien impune) y B podría ser castigado, según las reglas generales, como inductor del § 315a, párrafo 1, número 4 StGB. Así pues, nada cambiaría en la delimitación entre autoría y participación en función del principio del dominio del hecho.

cc) No de otro modo hay que enjuiciar el ejemplo al que GALLAS [13] recurre para ilustrar las dificultades que originan los elementos de la actitud. Se trata del concepto "maliciosamente" del § 1, párrafo 1, del Reglamento de economía de guerra (KWVO) de 4 de septiembre de 1939, en que se castiga al que «destruyere, retirare de la circulación o acaparare materias primas o productos de primera necesidad, poniendo así en peligro maliciosamente la satisfacción de necesidades básicas».

Aquí puede entenderse el término "maliciosamente" en el sentido de un motivo, por ejemplo, el ánimo de lucro. Entonces no se da ningún elemento de la actitud, sino un elemento subjetivo del injusto, como se expresa también en la receptación con los términos "en provecho propio". En este caso, de hecho es imposible castigar a un no ejecutor cuando éste tiene una intención así, que le falta al ejecutor directo. Pero eso no tiene que ver con

[13] *Gutachten,* pp 151 y 152.

la problemática de los elementos de la actitud ni merece mencionarse, pues si un sujeto, "en provecho propio", insta a un agente que no persigue provecho propio, a procurarle una cosa sustraída, esto no es —con razón— inducción a la receptación, ni siquiera autoría mediata. La cuestión debe remitirse, pues, al ámbito de los delitos de intención, sobre los que ya se trató en su lugar [14].

Por el contrario, si se considera al "maliciosamente" como elemento de la actitud, ocurre exactamente igual que con la "rudeza" y la "temeridad". Si un sujeto, a instancia y en favor del sujeto de detrás, retira de la circulación materias primas, sabiendo que el otro sólo pretende enriquecerse y que, por su conducta, la población va a pasar hambre, pone en peligro la satisfacción de las necesidades básicas tan "maliciosamente" como el sujeto de detrás, aun cuando su motivo simplemente residiera en conservar la amistad de éste.

La cuestión sí se complica más cuando el legislador atiende al desvalor de actitud, no del hecho en su totalidad, sino precisamente del motivo del hecho. Éste sería el caso de entender el término "maliciosamente" del § 1 KWVO, al igual que SCHMIDHÄUSER [15], como si sustituyera a "por móviles viles". Entonces, en nuestro ejemplo cabría pensar en negar al ejecutor directo la malicia (motivo: conservación de la amistad), que habría que estimar en el sujeto de detrás (motivo: enriquecimiento). Dudo mucho que un legislador prudente pueda trazar de ese modo los límites de la punibilidad. Pero si lo hiciera, habría que considerar al motivo reprobable (por no tener el menor influjo en la clase y alcance de la nocividad social del comportamiento) como puro elemento de la culpabilidad. Y entonces cabe considerar al sujeto de detrás, aun cuando el autor quede impune, como inductor a una acción típica y antijurídica [16]. Así pues, en ningún caso es autor mediato en virtud de su actitud, de manera que queda intacto el principio del dominio del hecho.

dd) Tampoco pasan la prueba los demás ejemplos que pueden inducir a creer que la actitud fundamenta la autoría. Si el marido A, que obra por codicia, determina a su amigo B a que enajene, por hacerle un favor, su (de A) patrimonio familiar, A es desde luego, en contra del principio del dominio del hecho, autor mediato del § 170a StGB (menoscabo del patrimonio familiar), y el ejecutor B sólo cómplice. Pero la autoría de A no se basa en su actitud (en contraste con B) codiciosa, sino en la circunstancia de que el § 170a constituye un delito de infracción de deber en el que la posición especial del cónyuge surte efecto fundamentador de la autoría.

[14] Cfr. pp. 369 ss., en especial pp. 345 ss. y 381 ss.

[15] *Op. cit.,* p. 267.

[16] Igualmente, en definitiva, SCHMIDHÄUSER, p. 267, que incluye todos los elementos de la actitud exclusivamente en la culpabilidad.

Lo cual aún queda puesto de relieve con mayor claridad invirtiendo el supuesto, como propone HARDWIG [17]: A, creyendo muerta a su mujer, es instigado por B a enajenar el patrimonio familiar que le pertenece. Aquí, obviamente, B, aun cuando obre "maliciosamente" o "por codicia", no es autor del § 170a StGB, pues le falta el deber especial que incumbe al cónyuge. Su actitud no puede convertirle en autor.

ee) Lo mismo vale también para el caso quizá más interesante en la práctica: los elementos emotivos del concepto de dolo. Ya hemos visto *supra* [17a] que dolo e imprudencia consciente no necesariamente tienen que distinguirse en cuanto a la finalidad configuradora del curso del hecho, sino que, a igualdad de conocimiento del curso causal y a pesar de la dirección del suceso del mismo género, dependiendo de la disposición interna del agente hacia el resultado, a uno cabe atribuirle dolo mientras que al otro imprudencia consciente. Desde el punto de vista de la teoría del dominio de hecho de ahí se deduce que, coincidiendo el conocimiento de la probabilidad de resultado, un sujeto de detrás, A, que obre dolosamente, y que determine a intervenir a B, que actúe con imprudencia consciente, no tiene el dominio sobre el suceso y, por tanto, no puede pasar de inductor.

Aquí surge el problema de si acaso en estos supuestos, descartando el principio del dominio del hecho, no será el desvalor de actitud trascendente lo que convierte en autor al que obra con dolo. De poder afirmarlo, la doctrina dominante, según la cual se da autoría mediata sin excepción cuando se determina al hecho a quien obra con imprudencia consciente, sería correcta al menos en cuanto al resultado. Los elementos de la finalidad y de la actitud contenidos en el dolo fundamentarían entonces, en plano de igualdad, la autoría.

Pero tal concepción no merecería suscribirse. En efecto, contradiría todos los principos metodológicos en que hemos basado nuestra doctrina de la autoría que se quisiera hacer depender la autoría de circunstancias que no surten efecto en absoluto en el acontecer externo de la acción y que afectan únicamente a la reprochabilidad individual. De querer proceder así, ya no cabría entender por qué no iban a tener que decidir en general sobre la autoría los motivos, intenciones, tendencias, en una palabra: la "disposición" de los intervinientes. De ese modo penetraría de nuevo en la doctrina de la autoría el principio del merecimiento de pena, expresamente rechazado *supra* [17b], cuya falta de taxatividad entrañaría un concepto de autor indeterminado, con todas sus desventajas. Por el contrario, si uno limitara la consideración de tales elementos a la relación entre el sujeto de detrás que obra con dolo y el ejecutor imprudente consciente, tal concepción se desvelaría con toda claridad como construcción *ad hoc*. De ella no existe necesidad ya porque el legislador ha previsto el mismo marco penal para autoría e inducción, circunstancia que debería bastar por sí sola para dejar intacto, también aquí, el principio del dominio del hecho.

[17] *ZStW*, t. 68, 1956, p. 37.

[17a] Pp. 202 ss. y 244 ss.

[17b] Pp. 47 ss.

Como resultado de nuestra investigación cabe indicar que los elementos de la actitud —sean del género que sean— no tienen influencia alguna en la delimitación entre autoría y participación.

2. Conceptos de autor referidos a tipos y a grupos de delitos

a) *La referencia al tipo del concepto de autor en relación con los criterios generales de la autoría*

No se aprecian más circunstancias que pudieran ser determinantes para la delimitación entre autoría y participación. Todos los elementos con pretensión de validez general y que siguen teniendo importancia para articular las formas de participación han sido tratados y valorados en el curso de esta exposición. No obstante, hace falta examinar aún el llamado "concepto de autor referido al tipo", que desempeña un papel no inesencial [18] en la doctrina reciente (aun cuando de manera a menudo poco clara y con significación cambiante).

Esta "referencia al tipo" cabe entenderla en sentidos muy distintos. Nuestra teoría, que trabaja con los criterios del "dominio", del "deber" y de la "comisión de propia mano", puede ser considerada como plasmación de un concepto de autor referido al tipo en doble sentido; pero también de dos modos puede aparecer como posición contraria a una formación de conceptos referida al tipo en otro sentido. Por eso es necesario esbozar brevemente los cuatro aspectos de la referencia al tipo en su relación con la teoría de la autoría que aquí se ha desarrollado.

aa) El concepto de autor, en función de su contenido, está referido al tipo en tanto que el autor es la figura central del suceso de la acción descrito en el tipo respectivo. La heterogeneidad de los tipos concretos queda, pues, captada en el concepto de autor al recibir sus manifestaciones una plasmación distinta cada vez, de una acción típica a otra diferente: por ejemplo, una cooperación en división del trabajo que fundamenta coautoría se presenta de modo muy distinto en un homicidio que en una sutil maquinación de estafa. En esto se distingue la postura aquí defendida de otras teorías que atienden, por ejemplo, a formas específicas de causalidad o a la voluntad

[18] Cfr., por ejemplo, H. MAYER, *Rittler-Festschrift*, pp. 244 ss.; LANGE, *Moderner Täterbegriff*, pp. 3 ss. y 39 ss.; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., I, ante § 47, pp. 158-160; GALLAS, *Gutachten*, pp. 134 y 135; número especial Atenas, pp. 13 ss.; FRANZHEIM, *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 36 ss.

de autor, desterrando así de la teoría de la participación a la plétora de sentido del suceso de la acción, distinto en cada caso.

Pero por señalar en seguida los límites de la referencia sustancial al tipo: lo que en el dominio del hecho cambia de delito a delito es el "hecho"; en cambio, el "dominio" está determinado en todos los casos por los mismos elementos. Análogamente, el contenido del deber especial extrapenal es en cada caso distinto, mientras que la propia estructura del deber y sus efectos en la delimitación entre autoría y participación permanecen siempre idénticos. Asimismo, los criterios de la comisión de propia mano son inmutables, si bien existen múltiples formas de conducta de propia mano en concepto de autor. Toda concepción que —por ejemplo, en el concepto de dominio— abandone esta unidad inmutable, invocando la referencia al tipo, se halla en contradicción con la teoría que aquí se mantiene. Sobre ello se volverá más adelante.

bb) El concepto de autor está asimismo referido al tipo en sentido metodológico. Bien es verdad que dominio, deber y naturaleza de propia mano muestran siempre, con independencia del tipo concreto, la misma estructura. Pero de ahí no cabe deducir que aquí, por las consideraciones dogmáticas que sea, se le impongan a los tipos conceptos dogmáticos preconcebidos, sin tener en cuenta sus peculiaridades. Más bien ocurre al contrario: hay que verificar, con respecto a cada tipo, mediante qué criterios ha de llenarse de contenido covenientemente el concepto de la figura central. Al respecto, ha resultado para una pluralidad de preceptos —a los que hemos denominado delitos de dominio— una igualdad de los puntos de vista. Allí donde, en función de la estructura del respectivo tipo concreto había que recurrir a otras circunstancias, las hemos destacado y abarcado con los puntos de vista rectores del deber especial extrapenal y de la necesidad de comisión de propia mano. Nuestras tres manifestaciones de la figura central están abstraídas, pues, a partir de los tipos individuales. La estricta referencia al tipo en este sentido forma parte incluso de los fundamentos metodológicos esenciales de la teoría aquí desarrollada.

cc) El concepto de autor no está, sin embargo, referido al tipo, concibiendo esta idea de manera que fuera incorrecto desarrollar criterios de la autoría que trascendieran los tipos concretos. Así leemos, por ejemplo, en Hellmuth MAYER [19] que la última evolución científica apunta a un concepto de autor que cabría denominar "referido al tipo". Conforme a éste, no es un defecto que la ley no nos proporcione ninguna definición general de autor, porque de las distintas descripciones típicas individuales resulta quién es autor. A la teoría científica incluso le está vedado desarrollar un concepto

[19] *Rittler-Festschrift*, p. 244.

generalizador de autor, porque éste ampliaría *contra legem* las descripciones típicas [20].

No está del todo claro en qué sentido se dice esto. Pero en cualquier caso cabe entenderlo como si hubiera que abandonar la autonomía del concepto de autor en favor de la teoría del tipo; habría entonces que desarrollar, a partir de cada tipo, un concepto de autor que le correspondiera a él en exclusiva. A la luz de una teoría así, la división trimembre aquí desarrollada (en delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano) tiene que parecer una simplificación inadmisible. Llevando este punto de partida hasta sus últimas consecuencias, la doctrina de la autoría pasaría de ser materia de Parte General a serlo de Parte Especial. Lo cual no sería impensable. Así, también para los delitos omisivos se propone recientemente no sacar las posiciones de garante "delante del paréntesis", reuniéndolas en grupos, sino desarrollarlas para cada tipo autonómamente [21].

Un concepto de autor referido al tipo en este sentido condenaría al fracaso a nuestro esfuerzo por salir adelante con un número muy limitado de criterios de la autoría. Pero todos los intentos de tal índole nunca han pasado en la teoría de la participación de su fase incipiente. Y tampoco van a triunfar en el futuro. En contra de ellos hablan no sólo la "atomización" de la teoría de la participación que necesariamente producen y su inviabilidad, sino que, además, una solución así sería sencillamente incorrecta. Por ejemplo, si hemos llegado al resultado de que en todos los delitos de dominio las coacciones mencionadas en el § 52 StGB convierten en autor al sujeto de detrás, la opinión contraria tendría que demostrar que aquí se tiene que producir una decisión distinta caso a caso; lo mismo valdría para la cooperación en división del trabajo y para la realización del tipo de propia mano. Lo cual no puede ser correcto, porque hasta ahora nunca se han revelado argumentos de que en grupos de supuestos de tal manera típicos se pudiera requerir una valoración legal distinta para cada tipo.

Bien es verdad que hay tipos de índole tal que en ellos ni el estado de necesidad coactivo ni la cooperación funcional fundamentan la autoría; éstos se basan en otros criterios de la autoría, como el deber especial o la comisión de propia mano. Pero también en esta medida falta toda prueba de que sean necesarias o siquiera posibles ulteriores distinciones tipo a tipo. Más bien un proceder así conduciría a un "caos valorativo", a un tratamiento desigual de lo estructuralmente igual, que anularía el sentido de toda la delimitación. Así pues, un concepto de autor referido al tipo en este sentido habría que rechazarlo de plano.

[20] *Op. cit.*, p. 245.

[21] En contra de estos esfuerzos, HENKEL, *Festschrift für Tesar, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1961, pp. 178 ss.

dd) Finalmente, el concepto de autor tampoco está referido al tipo en el sentido de que, manteniéndose la idea del dominio del hecho como principio supremo, sin embargo los criterios del dominio se acomoden, caso a caso, a los requisitos de cada tipo concreto.

Ya hemos aludido varias veces a tales tendencias en GALLAS y LANGE [22], que resultan, como ya sabemos, del esfuerzo por armonizar los delitos de infracción de deber y de propia mano con el principio del dominio del hecho. Lo cual es —al menos terminológicamente— posible únicamente basando estos grupos de delitos en un concepto distinto de dominio y hablando luego de un «dominio del hecho en el sentido aludido por el tipo en cuestión» [23]. Los criterios del deber y de la comisión de propia mano son, entonces, simples «elementos dentro del concepto de dominio del hecho relativo y valorativo» [24], concepto que se refiere «al contenido de injusto específico del respectivo tipo de delito».

Hay que rechazar estas construcciones, que obligan a acomodarse a lo materialmente no compatible de manera externa en un concepto igual en apariencia, cuya unidad, al tener en cuenta la heterogeneidad de los tipos, vuelve en seguida a quebrarse. Que un proceder así conduce a resultados materialmente incorrectos e impide percibir el carácter autónomo de los delitos de infracción de deber y de propia mano se ha puesto de manifiesto *supra* y no hace falta repetirlo.

Tampoco es sólido el argumento que ha aducido recientemente FRANZHEIM en pro de la necesidad de un concepto de autor referido al tipo en este sentido. Alude a los tipos que «constituyen acciones de participación independizadas» diciendo [25]: «No concibiendo el dominio del hecho referido al tipo, aquellos que realizan los tipos de los susodichos delitos no podrían ser castigados como autores, sino sólo como cómplices.»

Es fácil darse cuenta de que FRANZHEIM ha sido víctima de un equívoco, pues la circunstancia de que quepa independizar acciones de participación y que éstas a su vez se sometan al principio del dominio del hecho se deduce de que el "hecho" es distinto en cada precepto, confiriendo forzosamente a la acción del autor una impronta distinta en cada caso, referida al tipo [*supra aa)*]. Pero de ahí no cabe derivar que también cambien los elementos del concepto de dominio; en los preceptos de participación independizados estos elementos no han de determinarse de modo distinto que en general. Así pues, se están confundiendo aquí dos significados distintos de la referencia al tipo [*aa)* y *dd)*].

[22] Cfr. pp. 92-94, 95-96, 282-284 y 414.
[23] GALLAS, *Guatchten*, p. 133.
[24] FRANZHEIM, *Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 40.
[25] *Teilnahme an unvorsätszlicher Haupttat*, p. 37.

De cuanto antecede se desprende que la "referencia al tipo" tampoco fuerza a formar el concepto de autor, más allá de la división trimembre que hemos desarrollado, de manera distinta en cada tipo, en función de elementos también distintos en cada caso.

b) *Conceptos de autor referidos a grupos de delitos*

Otra posibilidad de multiplicar y variar los criterios de la autoría podría consistir en formarlos de modo distinto según la índole de los bienes jurídicos atacados (vida e integridad, propiedad y patrimonio, libertad e intangibilidad sexual). Un proceder así sería menos extremo que la fragmentación por tipos que se ha expuesto *supra* [*cc)*], pero igualmente estaría en contradicción con nuestro concepto de autor, que no tiene en cuenta la índole del bien jurídico atacado.

El único intento en la actualidad de formar un concepto de autor referido a grupos de delitos de este modo procede de SAUER [26], quien distingue entre delitos de provecho, de impulso y de ataque [27], entendiendo que, con respecto a la autoría, «se observa en el caso concreto una configuración distinta en cada uno de estos grupos de delitos» [28]. En el ámbito de los delitos de provecho hay que tener en cuenta especialmente la voluntad, «ya porque el elemento subjetivo del actuar está expresado en la mayoría de los tipos de este grupo de delitos como elemento del tipo (ánimo de apropiación o de enriquecimiento, por codicia, en provecho propio)» [29]. En los delitos de impulso, en cambio, lo principal reside en el resultado, y la voluntad pasa a segundo plano tras el puro impulso; así, en los abusos sexuales, el aborto y los delitos imprudentes decidirían únicamente las circunstancias objetivas, mientras que una eventual, contrapuesta, voluntad de autor o de partícipe sería irrelevante. Otro tanto cabe afirmar con respecto a los puros delitos de ataque, en los que importa sobre todo la forma de comisión y el daño. Si A le propina una paliza a C, mientras que B le sujeta a éste para que no escape, B sólo presta complicidad, aun cuando desee la lesión como hecho propio.

No cabe considerar precisamente afortunada esta clasificación. En primer lugar, en cuanto atañe a los "delitos de provecho", no se comprende por qué en ellos necesariamente «la voluntad [ha de estar] formada con intensidad» [30]. Los elementos subjetivos del tipo que SAUER menciona se refieren no tanto a la voluntad como a los motivos y tendencias del sujeto actuante. Asimismo, el interés propio, que al denominar a estos hechos "delitos de

[26] *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955 (3.ª ed.); cfr. sobre su concepción general ya *supra*, p. 107.
[27] *Op. cit.*, pp. 207 y 210-212.
[28] *Op. cit.*, p. 209.
[29] Esta cita y las siguientes *op. cit.*, p. 210.
[30] *Op. cit.*, p. 211.

provecho" se declara esencial, sólo tiene relación indirecta con la intensidad de la voluntad y, ante todo, es inútil como criterio de delimitación justamente aquí, puesto que el § 263 abarca expresamente el actuar en provecho de otro y los hurtos altruistas son perfectamente posibles, como hemos comprobado *supra* [31]; finalmente, en la receptación bien es verdad que el autor tiene que tener ánimo de lucro, pero éste por sí solo no le convierte en autor si no se procura la cosa objetivamente. No es, pues, que en los "delitos de provecho" la "voluntad" en un sentido u otro sea más importante para fundamentar la autoría que en otros delitos; SAUER mismo relativiza su propia teoría al subrayar concluyentemente que «también en los delitos de provecho conviene ser cauto con la teoría subjetiva» [32].

Asimismo son poco convincentes los argumentos que SAUER aduce en apoyo de que en los delitos de impulso y de ataque tenga de regir la teoría objetivo-formal. Cuando con respecto a los delitos de impulso dice que «la voluntad del autor principal opera sólo débilmente, siendo más intensas las del inductor e incluso del cómplice que aconseja» [33], en primer lugar es una tesis muy discutible, y en segundo lugar, hablaría más bien en pro de la teoría subjetiva, o sea, de lo contrario de lo que SAUER pretende demostrar. Él mismo lo advierte, señalando que «correspondería a la medida del merecimiento de pena» considerar también al no ejecutor como autor. No se entiende entonces por qué, a pesar de ello, "lo principal [tiene que residir] en el resultado" y la voluntad tiene que pasar "del todo" a un segundo plano. Asimismo, no está claro cómo es que el aborto y los delitos imprudentes son delitos de impulso y pueden reunirse en un mismo concepto con los delitos contra las buenas costumbres.

Para fundamentar la delimitación objetivo-formal en los delitos de ataque SAUER invoca simplemente la sensibilidad lingüística [34]: «Según el lenguaje común y el sentimiento jurídico, asesino es sólo aquel que realiza el disparo mortal.» Sin embargo, esto cabe cuestionarlo con buenos motivos; además, en repetidas ocasiones se ha puesto de relieve por qué el lenguaje común no puede tenerse en cuenta como criterio fundamental de delimitación [35].

En todo caso, es cierto que los delitos de impulso y de ataque, a diferencia de los de provecho, vulneran bienes jurídicos personalísimos [36]. Pero no alcanzo a entender por qué el autor va a tener que realizar, por ello, el resultado de propia mano. El carácter personalísimo se da en el bien jurídico atacado, no en la persona del atacante.

[31] *Vid.* pp. 369 ss.
[32] *Op. cit.*, p. 212.
[33] *Op. cit.*, p. 211.
[34] *Op. cit.*, p. 210.
[35] *Vid. supra*, pp. 40 y 436-437.
[36] SAUER, *op. cit.*, p. 211.

Consiguientemente, a mi juicio, las únicas agrupaciones de delitos determinantes para la teoría de la autoría consisten en la división trimembre que hemos desarrollado en delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano, y en esa medida puede decirse con razón que el concepto de autor está "referido a grupos de delitos". Por el contrario, realizar distinciones en función del bien jurídico atacado no resulta necesario ni viable.

II. CARÁCTER POSITIVO Y VINCULANTE DEL CONCEPTO DE AUTOR

Una vez que a lo largo de nuestras consideraciones se han revelado incorrectas todas las teorías divergentes, se plantea, por último, la antigua cuestión, muy controvertida en la doctrina de la autoría, de hasta qué punto una delimitación determinada de las formas de intervención puede tener validez general y en qué medida está ligada al Derecho positivo. ¿Acierta también aquí la conocida frase de v. KIRCHMANN de que «tres palabras correctoras del legislador» podrían convertir en «papel mojado» a una investigación elaborada tan en profundidad sobre la doctrina de la autoría?

Esta opinión la ha defendido recientemente SCHRÖDER [37], según el cual la cuestión del concepto de autor desempeña en la dogmática penal un papel que sobrepasa ampliamente la significación real del problema y que hace olvidar que «no se trata aquí de un problema dogmático, sino de una cuestión técnico-conceptual» [38]. Un concepto de autor no puede ser o cierto o falso, sino que el legislador puede, a su gusto, "seguir uno u otro concepto de autor" [39]. Desde este punto de vista, obviamente se llega pronto a comprobar con resignación, como SCHRÖDER al concluir su trabajo, que se ha empleado «una suma ímproba de trabajo y de agudeza en el problema de los conceptos de autor y en las relaciones entre autoría y participación, sin que ni de lejos se haya conseguido favorecer el entendimiento recíproco mediante tales disquisiciones» [40]. Según lo cual el concepto de autor, si se me permite expresar —quizá con cierta exageración— esta tesis, no sería, como producto aleatorio del humor del legislador, objeto digno de investigación dogmática.

Partiendo de la solución que aquí hemos desarrollado, ¿qué hay de cierto en esto? La problemática general de teoría jurídica de la "doctrina del papel mojado" no puede abordarse aquí, debiendo limitarnos a responder brevemente a esta cuestión con respecto a la doctrina de la autoría, así como a la interpretación que nosotros le damos. Resulta entonces lo siguiente:

[37] «Der Täterbegriff als "technisches" Problem», en *ZStW*, t. 57, 1938, pp. 459 ss.
[38] *Op. cit.*, p. 459.
[39] *Op. cit.*, p. 460.
[40] *Op. cit.*, p. 488.

De entrada, depende del arbitrio del legislador que (y en qué medida) cree tipos que se presenten, según nuestros criterios, como delitos de dominio, de infracción de deber o de propia mano. Así, por ejemplo, puede renunciar por completo a los delitos de propia mano, puesto que desde la perspectiva del Estado de Derecho son cuando menos cuestionables en cuanto que castigan la mera inmoralidad y ni siquiera mediatamente sirven a la protección de bienes jurídicos. Asimismo quizá dependa de su arbitrio configurar un tipo determinado como delito de dominio o de infracción de deber [41]. Todo esto es consecuencia de la legítima referencia a tipo del concepto de autor [42], y un examen más de cerca muestra que también SCHRÖDER ha estado pensando en estos puntos de vista al formular sus tesis [43].

Pero esta circunstancia —y ahí estriba el error de SCHRÖDER— nada cambia en la "transpositividad" y en la trascendencia dogmática de nuestra doctrina de la autoría. En efecto, en tanto que aquí se trata de un problema dogmático y no de una interpretación de la obviamente mudable *lex lata*, las manifestaciones de la figura central que hemos destacado presentan "modelos" que están abstraídos a partir de los tipos del Derecho vigente, pero que pueden aplicarse igualmente al Derecho futuro siempre y cuando el legislador describa cursos de acciones que se ajusten estructuralmente a estas formas de autoría.

Sin embargo, eso apenas cabe dudarlo, porque la materia de regulación a menudo no admite otra solución y, por ejemplo, difícilmente cabe imaginar que el legislador pudiera dejar impunes los delitos de funcionarios y profesionales o transformarlos en delitos de dominio, a costa de lagunas clamorosas y de injusticias [44]. Y aun cuando ocurriera lo altamente improbable, para la doctrina de la autoría no tendría más consecuencia que la de verificar que en el Derecho vigente no existirían delitos de infracción de deber, pero como categoría para la clasificación adecuada de determinadas formas del comportamiento punible éstos seguirían siempre existiendo.

Por lo demás, para el Derecho futuro ha de estimarse con certeza que los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano continuarán presentándose aproximadamente en las mismas proporciones, aun cuando se añadan nuevos delitos y otros se reestructuren. En "papel mojado", pues, se convertirá a lo sumo (se modifique como se modifique aún el Proyecto de 1962) lo que se haya dicho con respecto a la interpretación de un determinado tipo que desaparezca o se reforme; pero esto, de entrada, no afecta a la doctrina de la autoría, sino que sirve simplemente para ilustrarla al hilo de un ejemplo intercambiable.

[41] Cfr. *supra*, pp. 417 ss., con respecto al supuesto del § 288 StGB.
[42] Cfr. *supra*, I, 2, a, bb, p. 478.
[43] Cfr. *op. cit.*, pp. 344 y 345; el problema del concepto de autor es qué es "típico".
[44] Por comparar, simplemente recuérdese en qué escasa medida la teoría del dominio del hecho ha conseguido explicar con sus criterios los actuales delitos de infracción de deber.

Así pues, no cabe admitir que el concepto de autor sea un "problema técnico", dependiendo en su existencia de la ley positiva. Esta concepción se relaciona en definitiva con la teoría, ya rechazada *supra* [45], según la cual a cada tipo le corresponde un concepto propio de autor, la formación de criterios generales de la autoría carece de objeto y es inadmisible y la doctrina de la autoría, en consecuencia, ya no podría reclamar su lugar en la Parte General del Derecho penal.

2. La problemática de la transpositividad del concepto de autor se pone de relieve a otra luz, si tenemos presente no los tipos concretos, sino las múltiples fórmulas de la autoría establecidas, partiendo hipotéticamente de que el legislador se somete a una teoría determinada, sea la objetivo-formal, la subjetiva o incluso la del dominio del hecho. ¿Es la concepción de la autoría que consideramos correcta "vinculante" en el sentido de que al legislador "no le está permitido hacer" algo así, o de que su decisión tendría que dejar prevalecer a la solución que resulta de la lógica de las cosas? ¿O una vez que el legislador se ha pronunciado quedaría contestada la cuestión de la autoría y por tanto desfasada toda teoría no concorde?

Uno se siente tentado de decir que obviamente está a criterio del legislador el adoptar una teoría u otra. Sin embargo, también en este caso se presenta más complicada la relación entre libertad y vinculación:

a) Ciertamente, el legislador puede consagrar en el código una fórmula de autoría determinada, pero no debería hacerlo, pues no es su misión sentar doctrina y que quisiera resolver la cuestión no clara mediante un pronunciamiento de autoridad impediría el desarrollo científico.

b) Pero sobre todo las posibilidades del legislador de imponer en el Código una "teoría" abstracta, unilateral y por eso en parte incorrecta, son mucho más limitadas de lo que en principio parece. Lo cual se deduce del hecho, ya pormenorizadamente demostrado *supra* [46], de que las posibilidades imaginables de cooperación son demasiado heterogéneas como para que cupiera captarlas en una fórmula, por cuidadosamente que se escogiera. El legislador, a lo sumo, podría trabajar con expresiones hechas, como, por ejemplo, que el autor ha de tener la voluntad de cometer el hecho como propio, o de que el hecho debe depender decisivamente de su voluntad, o bien que la autoría requiere un actuar ajustado al tipo o el dominio del hecho. Pero en este caso quedaría para doctrina y jurisprudencia el cometido de llenar de contenido las ideas rectoras en forma de cláusula general.

Y ahí se pone de manifiesto la gran impotencia del legislador: aunque las frases hechas que hemos enumerado a título de ejemplo parecen sintetizar puntos de vista muy distintos, ninguno de ellos impediría una solución como

[45] Cfr. I, 2, a, cc, pp. 478 ss.
[46] Cfr. pp. 139 ss.

la que aquí se ha propuesto. Los resultados prácticos podrían seguir siendo los mismos. Así lo demuestra claramente la jurisprudencia actual, que externamente acoge la teoría subjetiva, pero que ha ido llenando sus fórmulas extensibles con contenidos materiales de la teoría el dominio del hecho; incluso ha ayudado a que se abriera camino el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, bajo ropaje subjetivo, allí donde era materialmente pertinente [47].

Y en la doctrina no es distinta la situación cuando se pretende hacer valer una "teoría" determinada: también desde un punto de partida objetivo-formal se ha podido penetrar hasta los elementos del dominio del hecho. La propia teoría del dominio del hecho, al final, "relativizando" su principio, ha intentado dar debida cuenta de los delitos de infracción de deber y de propia mano, en sí no compaginables con ella.

Así pues, la doctrina de la autoría presenta la peculiaridad de que la adecuación material suele modificar y compensar entre sí las soluciones de las distintas teorías. Y de ahí resulta la vinculatoridad y transpositividad de la doctrina de la autoría asimismo en este aspecto. A decir verdad, este fenómeno supone simplemente la plasmación de una síntesis del pensamiento problemático y del sistemático, que en general hay que perseguir, por ser la única que puede superar el barullo caótico de la dispersión dogmática y sistemática. Hay que analizar en profundidad cada grupo de problemas y luego elaborar los resultados concretos abstrayendo lo común y dejando despejadas las relaciones de ordenación materiales hasta formar un sistema abierto. En tal proceder nunca algo entendido como correcto, ni siquiera en la ciencia jurídica, puede convertirse en "papel mojado".

Naturalmente, tampoco un concepto de autor "abierto", en el sentido expuesto *supra*, se sustrae a la codificación. Cómo ha de efectuarse ésta se mostrará al final de nuestro trabajo [48]. De todos modos, mediante una regulación legal así una doctrina de la autoría basada en los mismos fundamentos sólo puede perder su valor cuando sus soluciones son sustituidas por mejores conocimientos sustanciales.

c) Finalmente, no cabe negar que el legislador también podría decidir "incorrectamente" en el plano teórico cuestiones concretas de la doctrina de la autoría. Así ocurriría si, por ejemplo, como requerían los partidarios de la teoría objetivo-formal con coherencia doctrinaria, suprimiera por completo la autoría mediata, integrándola en el concepto de inducción.

Poder puede hacerlo. Pero así no cambiaría nada en la estructura de validez general de la autoría. Simplemente significaría que, de acuerdo con la terminología legal, la inducción y la autoría mediata estarían reunidas

[47] Cfr. *supra*, p. 387, con respecto a *BGHSt*, 9, pp. 217 ss.
[48] Cfr. pp. 629 ss.

en un concepto común. O por escoger un ejemplo más próximo: si el legislador, como está previsto en el Proyecto de 1962, excluyera por completo la inducción al hecho no doloso también en los delitos de infracción de deber, ignorando la especificidad de su concepto de autor y de partícipe, ello sólo tendría como consecuencia la de que en el futuro quedaría impune injustamente una serie de supuestos de inducción, pero no que se modificara la esencia de la participación en los delitos de infracción de deber [49]: *Caesar ne supra grammaticos*.

III. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

¿Qué sería de la doctrina de la autoría si el legislador se decidiera por el concepto de autor unitario? La cuestión carece de interés práctico por cuanto que, a tenor de las deliberaciones de la Comisión de Derecho Penal —donde desde luego se debatió una solución en tal sentido— la división trimembre, válida hasta ahora, también se va a mantener con certeza en el Derecho futuro. Así pues, la trascendencia del tema se limita a la problemática, ya tratada antes, de la positividad del concepto de autor. Al respecto hay que decir muy brevemente:

En primer lugar, el concepto de autor unitario supondría un cambio radical en la punibilidad y en los marcos penales. Tanto en la actualidad como *de lege ferenda* ocurre que en los delitos de dominio y en los de propia mano la complicidad se ve privilegiada en el marco penal; en los delitos de infracción de deber, asimismo al inductor le corresponde una pena atenuada [50]. Además, en los delitos de propia mano la determinación al hecho no doloso es impune. Por último, la tentativa, con arreglo al § 49a StGB prevé regulación distinta para autoría, inducción y complicidad.

Todas estas distinciones con tanto fundamento material habría que abandonarlas de sostener el concepto unitario de autor. Ya en eso se muestra que su introducción no constituye un mero problema técnico y que ante todo no puede requerírsela aludiendo simplemente a dificultades de delimitación. Más bien, entrañaría una ampliación de la punibilidad considerable y difícilmente mantenible en un Estado de Derecho.

Pero sobre todo no por ello devendría la doctrina de la autoría desfasada y superflua. Simplemente se trasladaría, en forma de reglas generales de atenuación de la pena, al ámbito de la praxis judicial. Bien es verdad que *in concreto* un cómplice puede ser tan merecedor de pena como un autor; pero la cuestión de si un sujeto era figura central o periférica del suceso

[49] Cfr. al respecto también Hellmuth MAYER, *Rittler-Festschr.*, p. 254.
[50] En el Derecho vigente este principio sólo se ha impuesto de modo limitado en el § 50.1 StGB.

de la acción en todo caso formaría al menos un punto de vista esencial para precisar la gravedad del hecho [51] y, por tanto, siempre tendría que tenerse en cuenta [52]. A ello ya se ha aludido repetidas veces. Así pues, las distinciones de la doctrina de la participación se impondrían incluso frente al concepto unitario de autor, quedando simplemente desplazadas al espacio de lo no regulado.

IV. LA AUTORÍA EN EL DELITO INTENTADO

1. Los criterios de la autoría en el hecho no culminado

La delimitación entre autoría y participación en el delito intentado puede presentar dificultades debido a que el suceso de la acción, cuya figura central tenemos que determinar para averiguar la autoría, queda interrumpido prematuramente y la parte del hecho realizada hasta ese instante no tiene por qué corresponderse con la posición de los intervinientes en el plan global.

a) Comenzando por el dominio del hecho, surge en seguida la cuestión materialmente decisiva: ¿Es autor de la acción de tentativa aquel que ha dominado la porción de la acción ejecutada o aquel que (aun cuando hasta entonces apenas se haya significado) habría tenido el dominio del hecho en el marco del delito consumado? Piénsese en el caso de un atentado político, en el que dos conjurados, A y B, han montado conjuntamente la bomba y la han escondido en el auditorio, donde C, mientras pronuncia su discurso el oponente político, va a detonarla. Precisamente cuando se dispone a llevarlo a cabo los tres son detenidos.

Pues bien, ¿son A y B autores de la tentativa de homicidio y C sólo cómplice, porque A y B son los únicos en haber actuado, mientras que C simplemente les ha apoyado psíquicamente? ¿O es C autor porque, con arreglo al plan conjunto, tenía que efectuar la genuina acción de homicidio, y acaso A y B son sólo cómplices, porque su aportación al hecho, supongámoslo, en el marco del hecho ejecutado se habría presentado sólo como acción preparatoria?

Ya el RG se ocupó de este problema, al que hoy apenas se presta atención. En una sentencia muy temprana [53] se trataba de un supuesto en que un matrimonio pretendía cometer un hurto, y el marido, cuando fueron descubiertos, se afanaba en fracturar la puerta de la cocina mientras la mujer, que se iba a llevar luego las cosas, permanecía inactiva a su lado. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho la mujer habría sido

[51] Cfr. al respecto, en el terreno de los principios, *supra*, p. 47.
[52] Cfr. simplemente, en fechas recientes, HEINITZ, *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, pp. 97 ss.; GALLAS, *Actas de la Comisión de Derecho penal*, sesión 16.ª, p. 69.
[53] *RGSt*, 9, pp. 3-10.

coautora de haberse consumado el hecho, mientras que en la parte de acción hasta entonces realizada no había desempeñado función alguna, habiendo a lo sumo apoyado a su marido como cómplice. Así pues, también aquí se plantea la cuestión de si hay que considerarla, a tenor de lo realizado, como cómplice o, a tenor de lo planeado, como coautora de tentativa de hurto.

Para el RG se presentaba la misma dificultad, porque ciertamente hacía depender en lo esencial la autoría del *animus auctoris*, pero limitaba este punto de vista objetivamente al requerir —aunque sólo fuese preparatoria e insignificante— cooperación externa [54], lo que aquí no se daba. El RG intentó resolver el problema eligiendo una vía intermedia. Por una parte, en la delimitación no se atendería sólo a quién habría tenido que ser considerado autor, conforme a la ejecución según lo planeado, pues no podría saberse si el hasta entonces inactivo habría cumplido lo prometido. Quien «no ha salido de su inactividad de ningún modo en la acción de tentativa del otro» no puede «ser considerado coautor ya en función de su mera promesa y propósito de pretender hacerlo después» [55]. Pero tampoco se requiere una cooperación genuina en la acción de tentativa; más bien bastaría «que el plan común hubiera prescrito alguna acción o conducta para el instante de la acción de tentativa del otro» que se «distinguiera del hacer o comportamiento de un tercero no interviniente» y que aquel que «sólo en el futuro tendría que sumarse a la ejecución del hecho se comportase conforme a ello realmente» [56]. Este comportamiento podría «haber quedado por debajo del mínimo de actividad que se podría requerir para la coautoría en el hecho consumado».

Según lo cual, en el caso que se sometía a sentencia, cabría estimar coautoría, porque la mujer, si bien nada había contribuido a la acción de tentativa, mediante el mero acompañar había mostrado una conducta que se distinguía de la de un tercero no partícipe. Por el contrario, en nuestro ejemplo de partida es dudoso que C, en tanto que se movía sin llamar la atención entre los concurrentes, conforme a los criterios del RG tuviera que ser considerado autor de tentativa.

Sin embargo, tampoco de ese aspecto puede hacerse depender la solución de la cuestión. Más bien, la delimitación ha de efectuarse sin tener en cuenta las aportaciones activas hasta entonces realizadas, exclusivamente en función del plan del hecho.

aa) Atender al curso de la acción realizada antes de interrumpir la tentativa no sería razonable. Lo cual se deduce, en primer lugar, de una reflexión de orden práctico: no se entiende por qué en un actuar conjunto

[54] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 76, con referencias.
[55] *Loc. cit.*, p. 6.
[56] *Loc. cit.*, p. 7.

en división del trabajo aquel cuya parte del hecho se efectúa más tarde y, por tanto, es más importante, únicamente debido al descubrimiento prematuro del hecho va a salir mejor librado que sus compinches.

Pero sobre todo esta concepción, a mi juicio, contradiría asimismo la esencia de la punición de la tentativa, pues el fundamento de punición no reside en la lesión o puesta en peligro objetivos del bien jurídico, esto es, en lo que ya ha ocurrido, sino en lo que, sobre la base de la voluntad delictiva de los intervinientes, habría podido ocurrir. Bien es verdad que esta voluntad no basta por sí sola, aunque se haya manifestado, para la punición; ha de añadírsele un comienzo de ejecución directo, que trascienda la fase preparatoria. Pero este comportamiento externo no se castiga por lo que él constituye, sino sólo porque en él se hace presente que la voluntad delictiva, más allá de la fase del planear, vacilar y sopesar, ha progresado hasta la de realización. Con otra concepción no cabe explicar la punibilidad de la tentativa inidónea.

Así pues, si el sujeto actuante en la tentativa no es punible por lo hecho, sino por lo querido, asimismo en la delimitación entre autoría y participación sólo cabe tener en cuenta la configuración planeada del curso de la acción, puesto que las formas de participación de la ley se refieren a lo que es punible, a la voluntad de acción que se ha internado en la fase de realización, y no a la conducta realizada, objetivamente atípica. Según este criterio, tanto C es autor del atentado intentado como la mujer ha de responder como coautora del hurto con fractura intentado.

Cabría, ciertamente, objetar que la pena por tentativa sólo debe afectar a aquel que, mediante una acción propia, calificable como comienzo de ejecución, ha manifestado su voluntad delictiva. Pero suponer esto, que de entrada no sería acertado en la inducción y la complicidad en la tentativa, presupondría para la autoría de tentativa una necesidad de comisión de propia mano no fundamentable. Ante todo, desconocería que también a las aportaciones de aquellos que mediante su obrar personal han ingresado en la fase de tentativa, sólo les corresponde significado autónomo por su referencia a la acción esperada de otro: si C no detona la bomba y si la mujer no se lleva las cosas que le corresponden, el hecho no tendría lugar. Los hasta ahora inactivos, que sólo tienen que ejercer su función en un momento posterior, tienen en todo momento en sus manos el acontecer al menos tanto como los demás; por eso pueden poseer el dominio conjunto aun sin actividad externa alguna, de manera que ya por este motivo la delimitación de las formas de participación sólo debe efectuarse en función del plan el hecho.

Por último, en favor de la solución desarrollada aquí habla asimismo la idea de que inducción y complicidad se refieren, sin duda alguna, al hecho planeado y no a la parte de acción realizada: sólo quien quería inducir al

hecho consumado o ayudar a él puede responder por participación en la tentativa; en otro caso sería un agente provocador impune.

bb) Todos los puntos de vista aducidos demuestran que tampoco la opinión intermedia del RG merece aprobación. Con respecto a las razones argüidas por éste en favor de su solución hay que observar, asimismo, que bien es cierto que de hecho no se puede saber con seguridad si el hasta ahora inactivo va a realizar la tarea que le corresponde en el plan global; pero eso no puede ser determinante, porque posibilidad de desistimiento les queda a todos los intervinientes en la fase de tentativa. Lo único determinante es que el autor de tentativa que hasta ahora no se ha significado quisiera realizar su función. Si bien aquí pueden aparecer a veces dificultades de prueba, en todo caso establecer una delimitación específica de las formas de participación no es una vía adecuada para resolverlas.

Al margen de ello, es que tampoco el criterio empleado por el RG puede eliminar sin más tales dudas, pues aun cuando el coautor cuya intervención se espera haya efectuado una acción que, no aportando nada a la tentativa, sin embargo sí le distinga de la conducta de un tercero no partícipe, de ahí no cabe colegir que en ningún caso fuera a "desertar". Por tanto, hay que entender que sólo el plan del hecho decide sobre autoría y participación.

Esta solución no entraña que, por ejemplo, en la tentativa se delimiten las formas de participación, a diferencia de como en general, según puntos de vista subjetivos. El fundamento de la clasificación es ciertamente el plan del hecho, o sea, algo sólo pensado, si bien realizado en parte. Pero también el plan es algo objetivo y sobre todo sólo el sustrato para la clasificación de las formas de participación, que se lleva a cabo justamente de la misma manera que en el delito consumado.

b) En los delitos de propia mano difícilmente pueden aparecer los problemas que surgen para los delitos de dominio, pues como la autoría presupone la realización personal de la acción típica, la actividad de un cómplice, por intensa que sea, no podrá considerarse como "comienzo de ejecución" si el autor se comporta pasivamente. Así pues, también para la autoría por tentativa se requiere comisión de propia mano.

c) En los delitos de infracción de deber es concebible la tentativa de dos modos:

aa) En primer lugar, la propia acción típica puede fracasar antes de la consumación: entonces —como en general— es autor aquel al que le incumbe el deber especial extrapenal, y los demás son cómplices o inductores. El problema de si hay que atender a la intensidad de la cooperación en la fase de tentativa o al reparto de papeles en el plan global, tampoco surge aquí, puesto que ni en el propio hecho consumado se efectúa la delimitación conforme al genero de la intervención externa, sino conforme al criterio

del deber que, en contraposición a las cambiantes relaciones de dominio, no se modifica entre preparación y consumación.

bb) Pero también cabe concebir una tentativa en que el sujeto se considere titular de un deber que en realidad no le incumba. Se trata entonces de un caso de sujeto inidóneo, cuya punibilidad, como se sabe, es muy controvertida. Suponiendo la punibilidad, parece como si aquí se diera una arrogación subjetiva con efecto fundamentador de autoría: así, quien pretende, conjuntamente con otros particulares, cometer el tipo de un delito propio de funcionario, mediante su mero imaginar ser funcionario, se convertiría en autor de la tentativa, aun cuando, al igual que sus compañeros, no infringía deber alguno y externamente, a diferencia de ellos, quizá incluso ha permanecido inactivo.

No obstante, tampoco en este caso se habría abandonado la delimitación objetiva. En efecto, la punibilidad por hecho intentado —si es que existe— se basa en todo caso no en una mera arrogación de deber (ello sería un error de subsunción inverso); más bien presupone que el autor se imagina una situación que, de darse, efectivamente fundamentaría un deber, por ejemplo, un nombramiento válido como funcionario, un conferir funciones jurídico-públicas en su ámbito de competencias, etc. Sobre la base de lo imaginado —lo único que en toda tentativa inidónea fundamenta la punición para las tres formas de participación— la delimitación no se lleva a cabo de modo distinto que en el delito consumado. La situación es, pues, la misma que en los delitos de dominio; la diferencia consiste en que en éstos las circunstancias fundamentadoras del dominio han de deducirse del planeamiento del curso de la acción, mientras que en los delitos de infracción de deber los elementos constructivos de la autoría son independientes del reparto de papeles en la ejecución, presuponiendo, por tanto, un acto de conciencia autónomo del autor de la tentativa.

2. Adecuación, tentativa y dominio del hecho

Los intentos de descartar los cursos causales inadecuados del ámbito de la responsabilidad penal, con ayuda de la teoría del dominio del hecho, son antiguos. Hermann Bruns [57] fue el primero en desarrollar la idea; Lange [58], Gallas [59] y Less [60] la asumieron y conformaron.

El punto de vista rector es siempre el mismo: un suceso que, con los medios empleados, según enseña la experiencia, no es dominable, no puede imputársele al sujeto actuante como obra suya cuando el resultado se produce,

[57] *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932, pp. 72 y 73; cfr. *supra,* pp. 80-81.
[58] *Moderner Täterbegriff,* 1935, pp. 42 ss. y 46 ss.
[59] Número especial Atenas, pp. 16 y 17; cfr. *supra,* pp. 90-91.
[60] *JZ,* 1951, p. 552; cfr. *supra,* pp. 101.

no obstante, a consecuencia de una concatenación de circunstancias imprevisibles. Dicho suceso no estaba sometido a su dominio del hecho. Al respecto, vienen en consideración dos grupos de supuestos distintos [61]:

Quien impulsa a su tío, a quien un día ha de heredar, a que efectúe un viaje por avión, esperando que éste se estrelle, queda impune, aun cuando la desgracia se produzca efectivamente. Y lo que es más importante en la práctica y justifica el tratamiento de estos casos entre los requisitos de la autoría de la tentativa: tampoco puede hacérsele responder por asesinato intentado si las cosas transcurren normalmente, esto es, si no ocurre nada. Por esta vía se solucionan también los tan debatidos problemas de la llamada tentativa supersticiosa (imprecar la muerte de otro), con ayuda de la teoría del dominio del hecho.

En un segundo grupo de casos ocurre que el sujeto pretende producir un resultado con medios en sí inadecuados, y que la lesión del bien jurídico también sobreviene en virtud de su obrar, pero como consecuencia de un curso causal tan desviado con respecto a lo que él imaginaba o a lo que era objetivamente previsible, que sólo cabe castigarle por hecho doloso intentado y ni siquiera por hecho imprudente consumado. Para fundamentarlo cabe argüir que el acontecer no se ha sujetado a su dominio del hecho, ni al real, requerido para la autoría dolosa, ni al potencial, requerido para la responsabilidad imprudente, no pudiendo considerársele como obra suya.

Dejando de lado las cuestiones dudosas y dificultades de delimitación múltiples que también surgen de este enfoque, nada hay que objetar a tal aprovechamiento del criterio del dominio del hecho, puesto que posibilita una limitación de la responsabilidad en el ámbito del tipo que no cabe conseguir mediante una pura consideración causal, que trabaje con encadenamientos de condiciones libres de valoración; de este modo, la teoría del dominio del hecho corrige un punto de partida metodológico incorrecto, al que los grupos de casos mencionados deben su fama, en cierta medida inmerecida.

De todos modos, tampoco hay que sobreestimar la importancia de la teoría del dominio del hecho en la solución de estos casos, puesto que no va más allá que la teoría de la adecuación concebida como teoría general de la imputación. Únicamente en la medida en que el dominio del hecho, como especial criterio de imputación, haya asumido los requisitos generales de la imputación puede descartar los cursos causales inadecuados. Pero desde luego, estos supuestos de hecho no muestran especial referencia a la autoría o al dominio del hecho. Lo cual se pone de manifiesto en varios aspectos:

a) La irrelevancia penal de los cursos causales inadecuados de ningún modo se limita al ámbito del dominio del hecho. Evidentemente, aquel que

[61] Cfr., por ejemplo, Gallas, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

ha determinado al sobrino para que anime a su tío a viajar en avión no puede ser castigado, por ejemplo, por inducción o inducción intentada. La razón estriba en que tales resultados no sólo no son dominables, sino ni siquiera *producibles* de modo imputable, y precisamente esto es lo que quiere significar la teoría de la adecuación bien entendida. La falta de dominabilidad de lo no producible es, pues, sólo una derivación de la idea de la adecuación y no un fenómeno perteneciente específicamente a la doctrina de la autoría.

b) Por ende, el criterio general de imputación representado por la adecuación no sólo sirve para el partícipe que se encuentra junto al señor del hecho, sino también allí donde hay que recurrir a elementos de la autoría de índole distinta. Aunque, por ejemplo, en los delitos de infracción de deber no haya que atender a la dominabilidad, tampoco en ellos cabe imputar los cursos causales inadecuados. La tentativa consistente en imprecar la muerte de otro no es una infracción de deber en el sentido de estos tipos, y unas lesiones intentadas, pero no producidas de forma previsible, no constituyen lesiones en ejercicio de cargo, porque no cabe entenderlas producidas por medio del quebrantamiento del deber.

Así pues, cabe decir, resumiendo, que la teoría del dominio del hecho contiene ciertamente el elemento de la adecuación, pero que éste constituye un criterio general de imputación que no puede limitarse ni a la autoría ni siquiera al concepto del dominio del hecho.

CAPÍTULO DÉCIMO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS OMISIONES

§ 37. EL AUTOR DEL DELITO DE OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la autoría y la participación en las omisiones sólo en los últimos años ha llegado a ocupar el primer plano del interés. Que no se le haya prestado atención al principio [1] en la doctrina de la autoría se debe a tres causas: en tanto que los hechos omisivos —al menos los llamados delitos de omisión "impropios"— se consideraban como delitos de comisión o no se estaba dispuesto a extraer consecuencias dogmáticas de su heterogeneidad estructural, no existía motivo ni siquiera para plantearse la posibilidad de su tratamiento especial en la doctrina de la autoría. En segundo lugar, el método deductivo-formal, predilecto en la interpretación de los tipos, indujo a no atender a las especificidades de la respectiva materia de regulación. Y por último, la teoría subjetiva imperante en la praxis parecía ajustarse precisamente a los delitos omisivos: cuantas menos diferencias objetivas se presentaran en la conducta de varios omitentes tanto más evidente era efectuar la distinción exclusivamente en función de la disposición interna de los intervinientes, atendiendo aquí, como en general, a si el omitente había querido el hecho "como propio".

Este panorama ha cambiado recientemente. En un principio, el BGH —como ya se ha expuesto pormenorizadamente *supra*— [2] utilizó ampliamente a los delitos de omisión para introducir el concepto del dominio del hecho en la jurisprudencia; la viva polémica doctrinal en torno a la punibilidad de la omisión de impedir el suicidio profundizó la problemática. Finalmente,

[1] Representa una excepción PERTEN, *Die Beihilfe zum Verbrechen,* 1918, pp. 114-119; su concepción coincide sustancialmente con la teoría mantenida en la actualidad por GALLAS, no requiriendo, por ello, análisis específico (cfr. *supra,* pp. 49 ss. y 64 ss.).

[2] Así pp. 109 ss.

en los últimos años varias manografías relativas a la dogmática de la omisión, en particular la fundamental obra de Armin KAUFMANN [3] —alguna de cuyas cuestiones importantes ya había preelaborado GRÜNWALD— [4] han enriquecido el tema con puntos de vista y soluciones completamente novedosas.

No resulta posible, en el marco del presente estudio, tomar postura sobre los aspectos básicos de la dogmática general de la omisión, debiendo limitarnos a las cuestiones insoslayables para fundamentar la teoría de la participación que aquí se desarrolla. Vamos a intentar, considerando la singularidad estructural del delito omisivo, obtener puntos de apoyo para la delimitación de las formas de participación a partir de la doctrina de la autoría hasta aquí expuesta. Al respecto tendrá que situarse en primer plano la polémica con la doctrina y jurisprudencia recientes.

II. EL DELITO OMISIVO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. El deber de evitar el resultado como elemento fundamentador de la autoría

Examinando los hechos omisivos a la luz de los criterios, hasta aquí desarrollados, para delimitar autoría y participación, en seguida llama la atención que en todos los casos se trata de delitos de infración de deber: no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo.

Esto es hoy prácticamente indiscutido, pudiendo darse por sentado en lo sucesivo. La conocida teoría de Hellmuth MAYER, a la que consideraba inconstitucional la tradicional "teoría de la infracción del deber" [5], y que pretende equiparar la omisión al hacer cuando aquélla exige «la misma medida de energía volitiva hostil al Derecho que la actividad positiva» [6], sólo se opone a esto en apariencia. En efecto, tampoco Hellmuth MAYER pretende atender a la intensidad de impulsos volitivos empíricamente mensurables. Más bien tiene en cuenta expresamente, en el caso en que la madre, que pretende dejar morir de hambre a su hijo, y el guardavía que no aparta adrede de la vía un obstáculo, que «eran tan empedernidos que no tuvieron ni que contener el impulso volitivo de socorrer» [6]. Cuando, no obstante esto, propugna castigarlos como autores de omisión porque «una disposición así

[3] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* 1959.

[4] *Das unechte Unterlassungsdelikt,* tesis doctoral inédita, Gotinga, 1956; el apartado relativo a la teoría de la participación se reproduce en esencia en *GA,* 1959, pp. 110 ss.

[5] Cfr. *Lehrbuch,* pp. 119-121.

[6] *Op. cit.,* p. 113.

con mayor razón ha de valorarse como rebelión activa contra la voluntad general» [6], la "voluntad general", aquí erigida en instancia suprema, sólo puede encarnarse en el ordenamiento jurídico, y frente al individuo no puede manifestarse sino en la imposición de un deber de evitar el resultado. No hay, pues, vía que soslaye el deber. En el fondo, la crítica de MAYER no se dirige contra el deber, sino sólo contra la forma tradicional de fundamentarlo, lo que para nosotros no requiere más indagación.

Los deberes fundamentadores de autoría en la omisión no se distinguen en cuanto a su esencia de los que surgen en los delitos de comisión correspondientes. Se trata de deberes de protección y conservación, de índole jurídico-civil, pública y consuetudinaria, cuyo quebrantamiento se valora como infracción normativa penal. Los deberes determinantes en los hechos comisivos abarcan incluso, por lo general, el ámbito de la omisión: el deber de velar por un patrimonio ajeno, por ejemplo, en la administración desleal, puede infringirse mediante hacer del mismo modo que omitiendo. En los delitos de funcionarios esta estrecha relación incluso está expresada en la ley: por ejemplo, el § 347 StGB menciona al "dejar escapar" a los presos en plano de igualdad con la "producción" y el "favorecimiento" de la fuga. El § 340 StGB comprende el "dejar cometer" junto al "cometer" lesiones. Un abogado puede servir a la parte contraria tanto mediante omisión como mediante hacer positivo (§ 356 StGB), por ejemplo, «faltando a una comparecencia o dejando transcurrir un plazo en perjuicio de su cliente, o no utilizando un medio jurídico o silenciando hechos relevantes» [7]. Estos ejemplos podrían multiplicarse [8], y en todos ellos es indiferente para el quebrantamiento del deber que éste consista en un hacer o en un omitir, no existiendo diferencia entre el hecho comisivo y el omisivo desde la perspectiva de la autoría.

La especificidad determinante de las omisiones, en la que se basan en lo esencial también las dificultades prácticas de su tratamiento, no cabe encontrarla, pues, en los conceptos de "omisión" o de "dominio del hecho", ambos sin mayor importancia para la doctrina de la autoría en este ámbito; tampoco reside en el deber como elemento fundamentador de la autoría, que aquí no tiene índole distinta que en los delitos de infracción de deber comisivos. La principal diferencia consiste, más bien, en que en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisibles por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación.

[7] Así acertadamente GEPPERT, *Der strafrechtliche Parteiverrat,* 1961, p. 115.

[8] Cfr. al respecto, indicando otros tipos, BOHM, *JuS,* 1961, núm. 6.

En lo que sigue se estudiará detalladamente a qué consecuencias conduce este dato. Aquí ha de abordarse brevemente aún la cuestión de cómo opera nuestra idea sobre la controversia en torno al tipo de las omisiones. Recientemente se ha discutido si los delitos impropios de omisión han de subsumirse en el respectivo tipo de comisión [9] o en tipos autónomos prescriptivos de garante [10]. Teniendo en cuenta que la doctrina de la autoría pertenece al tipo, de manera que un distinto concepto de autor no puede quedar sin efectos en el tipo, resulta, en pocas palabras, lo siguiente:

a) Es cierto que, si no se quiere contradecir irremisiblemente el principio del *nulla poena*, sólo pueden obtenerse los presupuestos de la punición por omisión a través de una interpretación de los preceptos concretos, los cuales en su formulación casi siempre están concebidos a la medida de los hechos comisivos. El concepto de "matar" en el § 212 StGB, por ejemplo, tiene que contener tanto el hacer como los elementos de la omisión antijurídica. Así pues, de entender el concepto "tipo" de manera que aluda a un precepto penal concebido en un parágrafo, hacer y omitir se sujetan al mismo tipo.

b) Distinta es la cuestión si se considera al tipo como concepto sistemático fundamental, como norma, cuyo tratamiento dogmático no está condicionado por la conminación penal, sino por la estructura de la conducta incriminada. Entonces los delitos de dominio y de infracción de deber —y por ende, en el ámbito del concepto general de autor, los delitos de comisión y de omisión— se apartan como tipos autónomos, porque la imputación se basa en requisitos distintos para la punibilidad en general y para las formas de participación en particular. Así pues, en este punto quedan corroboradas las tesis de Armin KAUFMANN y de GRÜNWALD por nuestro estudio desde la perspectiva de la doctrina de la autoría. Al concepto de tipo aquí caracterizado es al que nos referiremos en los sucesivo, salvo advertencia en contrario.

c) A su vez, la cuestión es distinta, sin embargo, allí donde el propio hacer positivo es punible sólo como delito de infracción de deber. Aquí no surgen —al menos en la doctrina de la autoría— [11] diferencias estructurales entre cometer y omitir, debiendo subsumirse ambas formas de conducta en un tipo unitario también en el segundo sentido del concepto: el que yo, como obligado a velar por un patrimonio ajeno, dañe a mi mandante omitiendo deliberadamente una acción necesaria o bien llevando a cabo una acción perjudicial, no supone típicamente diferencia alguna; al igual que tampoco puede entrañar diferencias, desde la perspectiva típica, el que el funcionario de prisiones omita conscientemente cerrar con llave la puerta o, para posibilitar la fuga de los internos, deje la llave puesta (o sea, hacer positivo).

[9] En tal sentido la doctrina tradicional.

[10] Así GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt,* 1956; asimismo, *ZStW,* t. 70, 1959, pp. 4112 ss.; Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* 1959; BOHM, *JuS,* 1961, pp. 173 ss.

[11] No es éste el lugar de analizar otros ámbitos de problemas dogmáticos.

Naturalmente, subsiste en estos casos la diferencia ontológica entre hacer y omitir; pero como el tipo es una figura normativa, la relación entre menoscabo del bien jurídico y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer. Precisamente esto es de otro modo en la relación entre los delitos de dominio con sus correspondientes hechos omisivos: la dirección configuradora del curso causal y la posición de garante, dependiente de requisitos absolutamente distintos, constituyen formas de imputación que no cabe reducir a un común denominador en cuanto a su contenido y que sólo vuelven a converger en el punto de vista rector de la "figura central", situada por encima del tipo concreto.

Los puntos de vista acabados de esbozar brevemente son importantes porque no tenerlos en cuenta induce a conclusiones prematuras. Así, por ejemplo, a partir de la autonomía típica de las omisiones en el sentido de *b)* no cabe extraer sin más ni más la conclusión de que *de lege ferenda* han de preverse dos parágrafos distintos para los hechos comisivos y para los omisivos. Éste es un problema aparte, que afecta exclusivamente a las cuestiones planteadas en *a)*.

Y lo que para la doctrina de la autoría es más importante y aún no se ha advertido en todo su calado: de la unidad del tipo en el sentido de *a)* no se puede deducir la exigencia de que autoría y participación hayan de delimitarse en la comisión y en la omisión conforme a los mismos criterios; aquí hay que atender más bien únicamente al concepto de tipo mencionado en *b)*.

Por último, sería incorrecto, a partir de las diferencias típicas, deducir en el caso de *b)* la incompatibilidad general de los conceptos de autor en el hacer positivo y en los delitos de omisión. Al hacerlo se pasaría por alto el grupo *c)* y se impediría apreciar la autoría por omisión y el elemento de deber que la fundamenta, no consiguiéndose ya su integración en la doctrina de la autoría.

Todas estas cuestiones, que encierran muchos otros problemas, sólo pueden aquí señalarse a modo de anticipación. Habrá que volver a abordarlas en lo sucesivo, en polémica con las distintas opiniones divergentes.

2. La eliminación de la idea del dominio del hecho

Nuestras reflexiones nos conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre dominio del hecho de entrada no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado. Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos

de omisión es donde doctrina y jurisprudencia han recurrido con especial frecuencia a la idea del dominio del hecho; pero acto seguido, siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general [12], como autor, la doctrina dominante tiende, por el contrario, a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios [13].

No obstante, lo correcto de la concepción que aquí se defiende resulta más fácil de exponer en las omisiones que en los delitos de infracción de deber por comisión. Mientras que en éstos la aplicación del principio del dominio del hecho sería concebible, si bien incorrecta e insatisfactoria en cuanto a sus resultados, en las omisiones ello es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso.

Obviamente podría considerarse demasiado estricto un concepto de dominio del hecho así entendido. Una modificación del criterio del dominio ajustada a la peculiaridad de las omisiones cabría concebirla en dos modos: se podría concebir la esencia del dominio por omisión como posibilidad —pura o incrementada— de intervenir impidiendo el resultado [*a*)] o bien como intervención configuradora en sentido prejurídico-social [*b*)]. Ambos puntos de vista merecen un breve estudio.

a) *¿La posibilidad de intervención como dominio por omisión?*

Si alguien omite deliberadamente lanzar el salvavidas a quien se está ahogando, o si, en general, un garante no sale al paso, conscientemente, de un peligro que se cierne, puede decirse perfectamente de ambos, en tanto que el resultado sea evitable, que —al margen de la cuestión de la causalidad— tienen el suceso "en sus manos": De ellos depende que el nadador se ahogue o que ocurra otra desgracia. La idea de denominar a una relación así "dominio del hecho" con respecto al resultado está a un paso. Por eso se entiende que la doctrina haya aplicado este concepto en tales casos, al principio, sin el menor reparo [14]. Asimismo el BGH, ya en su primera sentencia decisiva [15], fundamenta el dominio del hecho exclusivamente en esta consideración, diciendo: «Por lo general el obligado a

[12] Acerca de las pocas excepciones existentes se tratará más adelante, pp. 514 ss.

[13] Cfr., por ejemplo, GALLAS, *JZ*, 1952, pp. 372 ss.; *Z*, 1960, p. 687; KIELWEIN, *GA*, 1955, pp. 225 ss. Al respecto con detalle *infra*, pp. 534 ss.

[14] Cfr., por ejemplo, KIELWEIN, *GA*, 1955, p. 227.

[15] *BGHSt*, 2, pp. 150-157 (156); cfr. *supra*, p. 111, núm. 3.

socorrer tiene el dominio sobre la situación, plenamente o en gran parte, pudiendo mediante su intervención darle el giro decisivo.»

Y sin embargo, este modo de hablar es incorrecto, pues lo que aquí se denomina "dominio del hecho" no es sino la posibilidad de evitar el resultado. Que ésta no puede fundamentar dominio ya lo hemos expuesto *supra*, con respecto a la delitos de comisión, en los que el BGH ha sufrido el mismo error en una ocasión [16]: si se quisiera considerar señor del hecho a aquel que sólo tiene una importancia de segundo orden en el curso de la acción, por la simple circunstancia de que hubiera podido evitar el resultado interviniendo activamente —por ejemplo, denunciando o demandando auxilio ajeno—, ya no habría apenas inductores y cómplices. Con el dominio del hecho real nada tiene que ver tal "dominio de impedir potencial".

Tampoco cabe decir que un concepto de dominio en tal sentido, que es incorrecto en los hechos comisivos, sin embargo sea acertado al aplicarlo a los delitos de omisión, puesto que el que ayuda activamente, que sólo puede responder por el § 49 StGB (complicidad) debido a que le falta el dominio del hecho, tendría entonces no obstante, en tanto que omite impedir el resultado, el dominio. Es evidente que esto supondría un resultado absurdo, conceptual y materialmente.

En los delitos de omisión se añade un motivo más que excluye la posibilidad de servirse de un concepto de dominio del hecho en tal sentido, motivo que ha sido formulado en primer lugar por GALLAS [17] indicando «que, a diferencia de en el influjo real del sujeto actuante en el curso del acontecer, sólo cabe hablar de dominio del hecho del omitente en el sentido de la posibilidad de intervenir, impidiendo, en este curso, y que tal dominio del hecho "potencial" pertenece al concepto de la comisión mediante omisión, no pudiendo, pues, servir al mismo tiempo para discernir entre autoría y participación por omisión». Así pues, se frustraría el alcanzar el objetivo de delimitar autoría y participación, perseguido por la teoría del dominio del hecho.

Para este dilema sólo hay dos salidas. O bien, dado que no todo omitente puede responder como autor, cabe conceder que, además del "dominio del hecho" —que se da siempre y por tanto nada aporta a la distinción—, se requiere una posición de garante: entonces ya no es la posibilidad de evitar el resultado, sino el deber, lo que decide sobre la autoría, de manera que se acaba desembocando en la posición aquí defendida.

O bien puede intentarse encontrar la distinción entre autoría y participación en la mayor o menor dificultad de evitar el resultado. Según lo cual un omitente sería señor del hecho no ya cuando podría evitar el resultado, sino sólo cuando le sería posible evitarlo sin gran esfuerzo.

[16] Cfr. pp. 340-342.

[17] *JZ*, 1952, p. 372.

Pero con tal concepción, sobre cuyas manifestaciones en la doctrina actual volveremos a incidir más adelante, se habría abandonado el principio de partida. En efecto, incluso aquel que sólo con esfuerzo puede cambiar el destino tiene el resultado —de quererse trabajar con esta idea— "en sus manos", quedando descartadas otras distinciones ulteriores. Además, las graduaciones en función de la mayor o menor dificultad de una conducta no permiten trazar límites ni con una seguridad mínima, sobre todo teniendo en cuenta que, como aquí, se trata de consideraciones puramente hipotéticas.

Y, finalmente, un concepto del dominio del hecho así construido queda reducido *ad absurdum* considerando que un garante que omite, no existiendo ningún autor de comisión entre él y el resultado, tiene que ser autor sean cuales sean las circunstancias, con tal que sea posible y exigible una intervención que impidiera el resultado. Pero si el cuasi-dominio del hecho es independiente aquí de la "facilidad" de la evitación, tiene que serlo siempre.

De donde se deduce que una formación de conceptos con arreglo a la cual el "dominio del hecho" del omitente se base en su posibilidad de intervenir evitando, o en la posibilidad de evitación del resultado particularmente cómoda, es incorrecta e inviable en la práctica. No existe dominio del hecho del omitente en estos casos y, si existiera, con su ayuda no cabría efectuar una delimitación de las formas de participación.

b) *¿El omitente como sustentador de dominio del hecho "social"?*

Podría hablarse de dominio del hecho del omitente en un segundo sentido, a saber, allí donde conforme a la consideración social hacer y omitir ya no se distinguen, donde la inactividad no aparece como tal, sino sólo como manifestación del hecho comisivo y, por tanto, como conducta ligada a dominio.

Aquí se incluirían los famosos ejemplos académicos, tan citados y no por casualidad, de la madre que deja morir de hambre a su hijo y del guardagujas que produce un choque al no efectuar el cambio de agujas. De producirse en estos casos el resultado de muerte, el juicio social que se expresa en el lenguaje común sería del tenor de que la madre y el guardagujas han "matado" a sus víctimas respectivas y de que el acontecer ha estado sometido a su "dominio". Tal modo de hablar tiene aquí un sentido más preciso que la mera alusión a la posibilidad de evitar, pues estos dos ejemplos se distinguen esencialmente con respecto a los casos comunes de omisión, como aquel en que un padre no salva a su hijo, que ha caído al agua, o el del policía que, quebrantando su deber, no procede a evitar un delito, por ejemplo, unos daños. En situaciones de este segundo género el contenido de significado social de la inactividad no estriba en que el padre haya "matado" [18] a su hijo o en que el policía haya "dañado" la cosa, sino que únicamente cabe reprocharles que no hayan intervenido y no hayan evitado el resultado [19].

Tal distinción de los supuestos de omisión entre aquellos en los que el no hacer equivale en sentido social al cometer y aquellos otros que mantienen su carácter omisivo, no se basan, digamos, en matizaciones arbitrarias del lenguaje común, sino que se trata de una heterogeneidad cualitativa, que se expresa asimismo en que, de cumplir los intervinientes con su posición de garante, ciertamente se alabará al padre y al policía por haber socorrido, evitando el resultado, pero a nadie se le ocurrirá felicitar a la madre o al guardagujas como salvadores de vidas humanas. Parece absurdo contemplar las comidas cotidianas en casa o el ejercicio diario del oficio de ferroviario como continua evitación de resultados de muerte.

Esta diferencia social entre distintos grupos de casos de omisión se basa en lo siguiente: allí donde el funcionamiento del organismo social se basa en determinadas actividades, planificadas desde el principio (alimentación de menores, regulación de la circulación ferroviaria), la omisión del hacer prescrito se presenta, conforme a su sentido social, como manifestación del cometer. Donde, por el contrario, no está prescrito el hacer, en el curso normal de las cosas, sino que está prescrito por el ordenamiento jurídico sólo para solucionar desgracias u otros trastornos —como ocurre en los casos de salvar la vida o de impedir delitos—, conforme a su sentido social, ahí la inactividad no es un cometer, no es un menoscabo del curso deseado del suceso, sino un no restablecer el orden y, por tanto, un omitir. Así pues, cometer y omitir, desde el punto de vista ontológico —tal como, por ejemplo, los finalistas entienden aquí este concepto— no coinciden con el significado social de esta pareja de conceptos. Lo que ontológicamente es una omisión no lo es siempre también en sentido social.

No podemos estudiar aquí en detalle las consecuencias jurídicas de tal distinción [20], debiendo limitarnos a preguntar si de ella se deriva alguna posibilidad de aplicar el concepto del dominio del hecho a la omisión. Tendríamos entonces que atribuir el dominio del hecho a aquel cuya inactividad aparece como menoscabo del orden social y, por tanto, como acción comisiva, mientras que quedarían relegados a la zona periférica de la participación los omitentes que se han limitado a no restablecer el orden perturbado.

No va a discutirse que sea posible el concepto de dominio del hecho "social" así entendido y que en nuestros ejemplos podría aplicársele razo-

[18] Cuestión distinta es que esta conducta, no obstante, quepa subsumirla en el concepto jurídico del matar del § 212 StGB (cfr. al respecto *supra*, p. 498); los conceptos jurídicos no tienen por qué coincidir plenamente con los contenidos de sentido sociales previos.

[19] Cfr. al respecto también la indicación de HENKEL, *Festschrift für Tesar, Monatschr. f. Krim.*, 1961, p. 180, nota 7.

[20] Con respecto a su influencia en el marco penal de la omisión, cfr. *infra*, pp. 540-541.

nablemente al comportamiento de la madre y del guardagujas. Al mismo tiempo, la doctrina dominante, que pretende considerar la inactividad del garante siempre sólo como participación, cuando éste no interviene contra el hacer activo de un tercero, se vería justificada desde el principio del dominio del hecho. En efecto, a quien deja plena libertad a otro sujeto actuante autónomo siempre se le achaca sólo el no haber eliminado una perturbación social.

No obstante, tal concepción de la autoría por omisión sería incorrecta, pues fracasa ya por la consideración práctica de que no sabría explicar por qué, por ejemplo, el socorrista que deja perecer al bañista debe responder como autor del § 212 StGB. En efecto, lo que se le reprocha no es matar, sino omitir salvar. El supuesto normal de delito de omisión no es aquel en que se desatiende a propósito un hacer conforme al curso de la cosas que espera la sociedad, sino aquel en que el que no actúa no despliega la energía para contrarrestar un daño que amenaza producirse en virtud de circunstancias anómalas. En todos estos casos no cabría fundamentar la autoría del omitente, y de no intervenir ningún sujeto activamente de modo delictivo, tampoco su punibilidad. Pero como la responsabilidad penal del omitente en estos casos está fuera de duda en la práctica (de lo contrario, habría que modificar radicalmente toda nuestra teoría de la omisión), se evidencia que lo que convierte en autor al omitente no es el "dominio del hecho social" en el sentido explicado *supra*, sino únicamente el deber de evitar el resultado.

Y es más, reflexionando por qué precisamente el hacer de determinadas personas concretas está tan integrado en el suceso social entero que la desatención de las funciones realizables por ellas, con arreglo a patrones sociales, aparece como hecho comisivo, resulta que este enjuiciamiento se remite a una especificidad de su posición de deber. Mientras que, por ejemplo, el deber de evitar el resultado del garante por lo general es un "deber de socorrer" *(Notpflicht)* —en cierto modo el ordenamiento jurídico le encomienda salvar en peligros—, el "autor comisivo que omite" tiene que cumplir "un deber funcional social". Sólo así se explica que nuestro guardagujas que adrede deja descarrilar el tren aparezca como señor de este proceso, mientras que a otro que todo lo vislumbraba y no estaba en este puesto, también según la concepción social, sólo podría hacérsele responder por omitir intervenir.

El "dominio del hecho social" del omitente es, pues, en definitiva, sólo un derivado de su deber funcional social. De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamentadora de la autoría, es el deber y que no existe un dominio autónomo con respecto a este deber. El concepto de dominio del hecho carece, también en este sentido, de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance,

y donde fuera aplicable, no lleva más allá que el criterio del deber, para nosotros determinante.

3. El concepto del autor por omisión en Armin Kaufmann y Grünwald

Nuestra teoría, con arreglo a la cual todo obligado realiza los presupuestos de la autoría por omisión, no pudiendo ya ser castigado como partícipe de un sujeto que actúe activamente, coincide con los recientes trabajos de Grünwald [21] y Armin Kaufmann [22] en la medida en que ambos rechazan la distinción entre autoría y participación en el ámbito de la omisión. Los dos llegan a esta concepción a través de la demostración, efectuada convincentemente por primera vez por Grünwald, de que no cabe encontrar criterios razonables para distinguir entre autoría y participación y que tal cometido incluso conduciría en la tentativa (debido a la impunidad de la complicidad intentada) a resultados absurdos [23]. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante; de momento baste con remitir a los trabajos susodichos.

Tanto Grünwald como Kaufmann se conforman, sin embargo, con una demostración hasta cierto punto "negativa": se omite la distinción porque no se ha encontrado ningún elemento de distinción viable. Por el contrario, ninguno de ambos intenta desarrollar un concepto positivo de autor por omisión para ponerlo en relación con el concepto general de autor.

Kaufmann se limita a decir [24]: «En los delitos de omisión ha de partirse del concepto indiferenciado de omitente, análogo al concepto unitario de autor.» Pero esto no es correcto, puesto que autor no es en absoluto —en correspondencia con el concepto de autor unitario en la comisión— todo omitente, sino sólo el obligado a evitar el resultado. Resulta perfectamente posible distinguir entre los omitentes en función de que estén o no obligados; de todos modos, el no obligado por lo general no responde, no quedando por tanto espacio para la participación por omisión [25].

Grünwald califica a la intervención mediante omisión, junto a la autoría y a la complicidad mediante acción, como "forma de intervención propia" [26]. A esta estimación llega considerando determinante, también para la forma de intervención en las omisiones, la "distinta clase e intensidad de dominio del suceso" [27]. Como establece acertadamente que el omitente domina el suceso incluso menos que el cómplice por acción, resulta absolutamente

[21] *GA*, 1959, pp. 110 ss.
[22] *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 ss.
[23] Cfr. Grünwald, tesis, pp. 109-115; Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, pp. 293 ss. y 296 ss.
[24] *Unterlassungsdelikte*, p. 302.
[25] Sobre posibles excepciones, cfr. *infra*, pp. 523 ss.
[26] *GA*, 1959, p. 112.
[27] *GA*, 1959, p. 113.

consecuente, desde su punto de partida, deducir una forma de intervención autónoma. Pero esta solución, obtenida no teniendo en cuenta el criterio del deber, es muy cuestionable, porque la ley no menciona ninguna otra forma de participación punible junto a autoría, inducción y complicidad. Además, en la omisión nos encontraríamos ante hechos *(Taten)* sin autor *(Täter)*, idea difícil de concebir que asimismo conduce a dificultades prácticas, pues a la inducción y a la complicidad en la omisión —que GRÜNWALD reconoce, a diferencia de KAUFMANN— les falta entonces la autoría como punto de referencia.

Así pues, mientras que en GRÜNWALD y KAUFMANN el autor del delito omisivo queda eliminado o reducido al concepto de omitente, la concepción que aquí se propugna de los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, colma la laguna que así surge, devuelve al sujeto del delito su plasticidad y vuelve a incardinar las omisiones en la doctrina general de la autoría, en la que, de otro modo, como cuerpo extraño sin elaborar, ya no podría encontrar acomodo.

III. COAUTORÍA Y AUTORÍA MEDIATA EN LA OMISIÓN

Mediante nuestra concepción del autor de omisión también las formas de cooperación en coautoría, que para KAUFMANN quedan descartadas de entrada en la omisión, cobran cierta importancia (si bien limitada); por el contrario, la autoría mediata mediante omisión está excluida.

1. Coautoría

En primer lugar, por lo que respecta a la coautoría, cabe concebirla de dos formas: por una parte, varios omitentes pueden ser considerados como coautores de un hecho omisivo; por otra, también un sujeto actuante y uno omitente pueden cooperar como coautores de un hecho común.

a) *Varios omitentes como coautores*

Estimar la coautoría de varios omitentes presupondría que son titulares de un deber común y que no están llamados a actuar, respectivamente, como individuos singulares. Por lo general, falta este carácter común, debiendo dársele la razón a Armin KAUFMANN cuando señala [28]: «Si 50 nadadores contemplan inactivos cómo se ahoga un niño, bien es cierto que todos ellos han omitido salvarlo, pero no han omitido "en común". Cada uno de por

[28] *Unterlassungsdelikte*, p. 189.

sí es "autor por omisión" o, si se quiere, "autor simultáneo" de la omisión.» Desde la postura que aquí se mantiene esto no es nada singular, sino que se corresponde con la situación en los delitos de infracción de deber por comisión, a cuyo tratamiento podemos remitirnos [29].

De donde se deduce, asimismo, que allí donde existe un deber común resulta perfectamente posible la coautoría por omisión. Lo cual cabe predicarlo, en principio, para los delitos de infracción de deber establecidos legalmente: si dos funcionarios tienen el cometido de vigilar conjuntamente a un preso, y si, quebrantando su deber, se ponen de acuerdo para permanecer impasibles ante la fuga de éste, realizan el tipo del § 347 StGB como coautores por omisión. Igualmente ocurre cuando dos obligados a velar por un patrimonio, puestos de acuerdo, omiten una acción necesaria para conservar los bienes a su cargo (§ 266 StGB) y en muchos otros casos. Otro tanto rige, asimismo, para los delitos omisivos "no descritos": si dos guías de montaña asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a un grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de qué tipo sea aplicable, coautores del abandono, de lesiones o de homicidio.

Frente a la posición que aquí se propugna, Armin KAUFMANN se opone a la posibilidad de coautoría en la omisión. La razón reside, por una parte, en que no conoce la categoría de los delitos de infracción de deber, no aplicándola tampoco en la omisión y no pudiendo encontrar, por inutilidad del principio del dominio del hecho, punto de partida alguno para una formación de conceptos en tal sentido. Por lo demás, se apoya simplemente en el argumento de que no cabe apreciar "decisión del hecho conjunta" porque no existe el dolo de omitir [30].

Pero aun aceptando la tesis de KAUFMANN de que a la omisión no le es propia ninguna finalidad paralela a la de los hechos comisivos, su razonamiento sigue incurriendo en *petitio principii*: en efecto, en ningún lugar está escrito que la coautoría en la omisión requiera un dolo que KAUFMANN concibe a la medida de las peculiaridades de los delitos comisivos y cuya existencia él no requiere ni siquiera en la autoría única del omitente. Si, dando por supuestas las premisas de KAUFMANN, a pesar de la inexistencia de dolo de omitir, se puede llegar a ser autor único de la omisión, ¿por qué no va a ser igualmente posible la coautoría?

b) *Sujeto agente y sujeto omitente como coautores*

Conforme a puntos de vista distintos ha de contestarse la cuestión de si un sujeto actuante y otro omitente pueden ser coautores de un delito.

[29] Cfr. *supra*, pp. 388 ss.
[30] *Unterlassungsdelikte*, p. 189.

Tal posibilidad no procede, en general, porque la coautoría requiere criterios de imputación unitarios para los diversos intervinientes, lo cual falta aquí, porque —como se expuso— hacer y omitir por lo general están sujetos a conceptos de autor distintos. Así pues, si el socorrista contempla impávido cómo un sujeto empuja a quien no sabe nadar a un lugar en que el agua cubre, ciertamente ambos son autores (de un hecho comisivo y de un delito de omisión), pero no coautores.

Y esto no cabe despacharlo considerando que se trata de una consecuencia doctrinaria a partir de la tesis de la autonomía de los tipos de omisión, pues esta solución se deriva de la contemplación directa de la esencia de la coautoría, la cual sólo puede fundamentarse o en el dominio común en división del trabajo —que aquí no se se da— o en el quebrantamiento de un deber común, lo que asimismo falta.

Distinta es la situación en los delitos de infracción de deber comisivos. Si —por retomar el tipo del § 347 StGB— dos funcionarios de prisiones, conforme a lo acordado, hacen posible la fuga del interno entregándole uno la llave de la celda (hacer activo) y dejando el otro, infringiendo su deber, sin cerrar el portón exterior (omisión), ambos son coautores de favorecimiento de evasión, pues realizan el mismo tipo y quebrantan el deber común de vigilancia, cuya vulneración les hace llegar a ser autores sin tener en cuenta el género del comportamiento externo.

Ciertamente cabría objetar que ya en el acuerdo existe una "actividad psíquica" del sujeto que por lo demás permanece inactivo, actividad que convierte su conducta en delito comisivo [31]. Esto nada cambiaría en el resultado; pero tal solución no es atinada porque el comportamiento acordado tenía que consistir precisamente en una omisión. Si se pretendiera considerarlo como hecho comisivo únicamente debido a la "actividad psíquica" del acuerdo, consecuentemente habría que darle el sentido de delito comisivo a toda omisión deliberada, merced a la energía psíquica activa puesta de manifiesto en el proceso mental.

Por lo demás, la fluidez de la línea demarcadora entre el auxilio psíquico que (co)fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber y la mera omisión acordada pone de relieve que no sería correcto descartar la posibilidad de coautoría del autor por comisión y del autor por omisión en este grupo de delitos.

[31] Así Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 294.

2. Autoría mediata

La autoría mediata por omisión, posibilidad que se ha admitido en multitud de ocasiones [32], por el contrario, hay que negarla en general. En efecto, toda autoría mediata presupone que el sujeto de detrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un *extraneus* doloso (lo que en el caso del "instrumento" doloso no cualificado basta para fundamentar la autoría mediata).

Tal "impulso" falta por naturaleza en la omisión. Si se quisiera renunciar a este requisito habría que estimar autoría mediata en todos los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero. Lo cual supondría una formación de conceptos poco razonable, porque todo omitir representa una ausencia de intervención en un acontecer que se desenvuelve con independencia del autor, no significando diferencia estructural alguna el que este acontecer se base en las fuerzas de la naturaleza o en una conducta humana. La autoría del omitente es en ambos casos directa o mediata, por igual.

Debido a este hecho fracasa asimismo la concepción de MAURACH [33], que considera posible la autoría mediata por omisión cuando «el autor mediato, omitiendo una acción prescrita, produce el hecho del instrumento que desencadena el resultado». Lo problemático de esta construcción se pone de relieve ya en su formulación; en efecto, ¿cómo cabe "producir" mediante omisión el hecho de otro? Para ilustrarlo aduce MAURACH el siguiente ejemplo: «El enfermero encargado de la vigilancia en una institución psiquiátrica deja, adrede, que un enfermo mental ataque a otro.» Aquí, una de dos: o el enfermo mental ha llevado a cabo el ataque con independencia del cuidador, por propia iniciativa, y entonces el cuidador no ha "producido" el hecho, sino que es un autor por omisión normal [34]. O ha "producido" el ataque, determinando de algún modo al enfermo a realizar su hecho, y entonces claro que el cuidador es autor mediato, pero por comisión y no por omisión.

También el segundo grupo de casos que suele aquí aducirse, en el que «el autor mediato, por medio de su propia actividad, ocasiona la omisión del instrumento, que condiciona el resultado» [35], se integra en otro contexto.

[32] En tal sentido MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 48, III, 1, p. 517; 2.ª ed., *op. cit.*, p. 504; MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 40.

[33] *AT*, 2.ª ed, § 48, III, 1, p. 504.

[34] Igualmente, con fundamentación muy semejante, GRÜNWALD, *GA*, 1959, p. 122.

[35] MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 48, III, 1, p. 517; en la segunda edición MAURACH ha eliminado este grupo y su ejemplo correspondiente.

Si, por ejemplo, un sujeto "impide que actúe el obligado a hacerlo, narcotizándolo" [36], éste no es un hecho omisivo [37], sino un delito de comisión [38]. La dificultad de verificar aquí causalidad mecánica no obsta para la imputación penal, que en todo caso tiene que vincularse al hacer positivo del sujeto de detrás. Ya la consideración práctica de que no sería conveniente hacer depender la punibilidad en tales casos de una posición de garante conduce a este resultado.

Por lo demás, cabe hablar aquí perfectamente, también a diferencia de en la omisión, de genuino dominio del hecho. El que abate a golpes a la persona dispuesta a socorrer, para que así acabe desangrándose un accidentado, tiene la muerte de éste "en sus manos" y no en el sentido figurado de que interviniendo habría podido procurar ayuda, sino también en el sentido de los delitos comisivos: su hacer positivo (el abatir) lleva a la muerte de la víctima. La circunstancia de que la responsabilidad penal se base en la verificación de un curso causal hipotético (a saber, que sin la intervención del sujeto de detrás habría sido posible la salvación) no nos veda, en caso de poder demostrarse, hacerle responsable de su hacer.

IV. LA OMISIÓN DE IMPEDIR EL SUICIDIO

1. Inidoneidad de la teoría de la participación para resolver la problemática

El concepto de autor que en nuestra concepción subyace a los delitos de omisión posibilita, en la cuestión extremadamente dificultosa de si el no evitar el suicidio ajeno es punible, advertir de entrada lo siguiente: la teoría de la participación, que según la jurisprudencia del BGH y un amplio sector doctrinal traza la frontera entre la impunidad y el homicidio doloso, no puede llevar a cabo la tarea que se le ha atribuido. No es correcto que omitir impedir el suicidio ajeno, existiendo deber de evitar el resultado, se pueda presentar ora como complicidad impune con el suicidio, ora como autoría del § 212 StGB (homicidio).

Más bien ocurre lo siguiente: o se estima que ciertos grupos de personas (siempre o en función de requisitos que habrán de determinarse) están obligados por el ordenamiento jurídico a evitar el suicidio —aunque sea libremente elegido— de otro. Y entonces, el omitente, de tener posibilidad de intervenir, realiza como autor en todo caso el tipo prescriptivo de garante desarrollado a partir del § 212 StGB. Y como únicamente el quebrantamiento del deber fundamenta la autoría, no hay que atender a su "dominio del

[36] MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 420.
[37] Así, no obstante, SAUER, *GS*, 114, 320; ZIMMERMANN, *NJW*, 52, p. 1322.
[38] Acertadamente Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 190; pero ya así MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 18, II, B, p. 174.

hecho", ni a la "voluntad de autor", ni a cualesquiera otras circunstancias. Estimar mera "complicidad" con el suicidio por omisión está descartado desde el principio.

O bien se parte de que, frente a la decisión responsable de suicidarse adoptada por otro, nunca (o el menos no en ciertos casos) existe un deber de evitar el resultado penalmente relevante. Entonces está excluida la punición del omitente; su cuasi "dominio del hecho" y su falta de voluntad de subordinación son una vez más irrelevantes.

Así pues, cuando el BGH, en varias sentencias [39], ha declarado sin más a los acusados obligados a evitar el suicidio del cónyuge, de la suegra, del prometido, pero a renglón seguido ha hecho depender la punición de consideraciones, complicadas y en parte contradictorias, sobre autoría y participación, se equivoca ya en su punto de partida. Dado que los razonamientos de las sentencias mencionadas no se circunscriben a la problemática del suicidio, sino que tienen importancia fundamental para la delimitación entre autoría y participación, la crítica de las distinciones de detalle que el BGH lleva a cabo puede aplazarse a posteriores consideraciones [40].

Así pues, el planteamiento correcto en la omisión de impedir el suicidio no reza: "autoría o participación", sino "posición de garante o no". Esta alternativa, que se deriva forzosamente en vía constructiva del concepto de autor aquí desarrollado, es la única que posibilita resultados exentos de contradicciones incluso en la práctica. Particularmente no puede desempeñar papel alguno la cuestión que siempre se plantea en primer término de si el suicidia, en el instante del omitir, era o no aún señor de su decisión. No se explica por qué el que le hace el nudo de la soga al suicida queda impune, pero aquel que después no la corta va a ser homicida. La posición de garante, de existir (y en la medida en que exista), obliga a intervenir en cualquier fase del suceso. Por el contrario, de suponer que hay que respetar la libre voluntad del suicida, esta voluntad, como advierte con buen criterio el BGH incluso en otro contexto [41], «habría que respetarla también cuando el suicida ha quedado desamparado o inconsciente».

2. Debate con GALLAS

En el marco de este obra es imposible abordar individualmente las numerosas soluciones desarrolladas para la problemática del suicidio, lo cual además es superfluo porque la mayoría de ellas recurre a la delimitación entre autoría y participación en la omisión, que se va a tratar más adelante. Pero

[39] *BGHSt*, 2, pp. 150 ss.; 13, pp. 162 ss.; *MDR*, 1960, pp. 939 y 940.
[40] *Infra*, pp. 527 ss.
[41] *BGHSt*, 6, pp. 147-155 (153).

sí merece una valoración aparte la postura de GALLAS, que ha dedicado recientemente a la cuestión un estudio profundo [42], desarrollando una solución circunscrita a los supuestos de suicidio. Dicha solución es característica de las dificultades en que se incurre cuando, en los tipos prescriptivos de garante, no se considera suficiente para fundamentar la autoría el deber de evitar el resultado. En esencia, GALLAS parte de que el garante que omite sólo es autor en tanto que no haya un tercero actuante con dominio del acontecer [43]. Al respecto se tomará postura más adelante [44]. Aquí interesan simplemente las consecuencias que de esta concepción resultan para la omisión de impedir el suicidio:

Dado que GALLAS afirma el deber de evitar el resultado según reglas generales, el garante tendría que quedar impune si «le compra la soga [al suicida], le ayuda a subir a la silla o le pone la soga al cuello» [45], pues hasta ahí la persona resuelta a suicidarse mantiene el dominio del hecho. Pero si el garante llega después y no corta la soga, se hace acreedor a una pena de prisión, pues ahora es autor, dado que el suicida ha perdido el dominio del hecho.

Esta consecuencia, a cuya rareza ya se aludió *supra*, la extrajo expresamente GALLAS al principio [46]; NIESE [47] y KIELWEIN [48] se le han sumado. Pero hoy GALLAS la rechaza, señalando: «Como sólo de este modo cabe evitar una demarcación absurda entre el comportamiento punible y el impune, hay que estimar que el espacio libre de pena que la ley, en el ámbito de los delitos contra la vida, ha querido crear no castigando el suicidio ni la participación en éste, comprende asimismo el no evitar el resultado de muerte en la tentativa acabada de suicidio. En todo caso, tal ampliación de la zona exenta de punición hasta más allá de la auténtica participacion en el suicidio, desde la perspectiva del merecimiento de pena, parece bastante menos absurda que estimar que la ley ha dejado impune al garante que induce al suicidio, pero en cambio ha querido castigar como autor de delito contra la vida al garante que no evita el resultado de suicidio» [49].

Esta nueva solución ciertamente es correcta en cuanto al resultado, de considerar impune —con GALLAS— el no intervenir junto con el suicida que aún está obrando. Pero la fundamentación evidencia lo poco que se resuelve un problema con una teoría que no considera a los tipos prescriptivos de garante como delitos de infracción de deber en el sentido que se describía

[42] *JZ*, 1960, pp. 649 ss. y 686 ss.
[43] *Op. cit.*, p. 687.
[44] Cfr. *infra*, pp. 534 ss.
[45] GALLAS, *JZ*, 1960, p. 689.
[46] *JZ*, 1952, pp. 372 y 373.
[47] *JZ*, 1953, p. 175.
[48] *GA*, 1955, p. 227.
[49] *JZ*, 1960, p. 689.

supra. En efecto, en primer lugar la estimación de GALLAS representa una excepción no explicable teóricamente desde su punto de partida, justificada sólo por los resultados "absurdos" a los que de otro modo se llegaría. Y en segundo lugar, supone una construcción contradictoria afirmar en los supuestos de suicidio por una parte un deber de evitar el resultado, pero por otra dejar que su infracción caiga siempre en el "espacio exento de punición". La posibilidad de formar, a partir del § 212 StGB, un tipo que prescriba impedir el suicidio, ¡sólo se da si se equiparan estos casos con los de homicidio en cuanto a la cualidad de injusto y se les castiga por este precepto! Si se cree que esto no es compatible con la voluntad del legislador me parece forzoso que entonces no puede estar dado un deber de evitar el resultado (que eleve el omitir a homicidio).

3. La problemática de la posición de garante

Así pues, la única cuestión justificada es la de si cabe obligar al sujeto, conminándolo con pena, a que impida el suicidio de otro. La respuesta, como sólo puede obtenerse por interpretación del § 212 StGB, está fuera del tema que aquí ha de tratarse. Y sin embargo, sí se manifiesta una directriz general: dado que ya el favorecimiento activo del suicidio únicamente es punible cuando el favorecedor tiene el dominio del hecho [50], sería poco razonable imponer al omitente un deber de evitar el resultado en los términos de las posiciones generales de garante, teniendo en cuenta que le está permitido apoyar impunemente al suicidia mediante hacer positivo. Así pues, el deber de impedir el suicidio sólo podrá afirmarse allí donde —como ocurre con los niños, los enfermos mentales o quienes sufren error— toda cooperación activa aparecería fundamentando dominio del hecho [51].

También es desde luego concluyente y coherente la concepción de MAURACH, que traslada los deberes generales de evitar resultados nocivos, sin más, a los supuestos de suicidio, pero luego propugna castigar como homicidio en autoría mediata hasta la cooperación activa más insignificante [52]. Así resulta relegado el principio del dominio del hecho por el criterio del deber también en los hechos comisivos. En cualquier caso, se restablece la unidad del enjuiciamiento; pero este planteamiento, de ser cierto, no cabría limitarlo a las situaciones de suicidio, sino que en todo delito hasta la intervención más remota de un garante entrañaría la punición por autor, sin tener en cuenta el dominio del hecho. «Tal "envolvimiento" de la teoría de la participación desde el delito omisivo nadie lo asumiría», señala con buen criterio

[50] Cfr. al respecto *supra*, pp. 180-185 y 249-255.
[51] Sustancialmente coincidente, por ejemplo, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 245; HEINITZ, *JZ*, 54, pp. 403-06; 55, pp. 105 ss. y 29 ss.
[52] *BT*, 3.ª ed., 1959, p. 18.

GRÜNWALD [53]. Por qué no puede sustentarse una concepción en tales términos, que nadie sustenta hoy [54] y que ni siquiera MAURACH comparte con ese carácter general, se expondrá *infra* con más detalle [55]. Limitarla a la cooperación en el suicidio, convirtiendo así al homicidio en delito de infracción de deber para un grupo de casos concreto, tampoco es viable, puesto que por esa vía la intervención en el suicidio se basaría en un derecho especial fundamentador de pena carente de todo apoyo en la ley.

§ 38. LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN

I. PROBLEMÁTICA DE PARTIDA

Partiendo, conforme a los resultados a los que nuestro estudio nos ha llevado, de que el omitente llega a ser autor por su deber de evitar el resultado, se abre camino la cuestión de si sigue siendo posible la "participación por omisión", que hasta los estudios de Armin KAUFMANN y GRÜNWALD formaba parte del patrimonio de nuestra dogmática. Si el omitente obligado es autor, pero el omitente no obligado queda impune, ¿cómo va entonces a concebirse la participación por omisión?

Por anticipar la respuesta: sí es concebible. Y ello se entiende si recordamos la naturaleza "secundaria" del concepto de participación que establecíamos *supra*. La participación es una cooperación fuera de la autoría determinante para el tipo en cuestión. Así pues, se presenta participación por omisión allí donde una inactividad, con arreglo a patrones jurídicos, aparece como cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de la autoría.

Para lo cual existen dos posibilidades. Y es que únicamente se puede ser autor de un delito omisivo concurriendo dos condiciones: en primer lugar, tiene que darse un tipo de omisión, esto es, debe existir la posibilidad de cometer el delito autónomamente por omisión. Y en segundo lugar, al omitente, para ser autor, le ha de incumbir un deber de evitar el resultado.

Por consiguiente, puede concurrir participación por omisión siempre que falte alguno de estos dos requisitos: por una parte, puede ocurrir que el sujeto contravenga un deber de evitar un resultado, pero que no exista un tipo autónomo omisivo del que se derivara la punición por autoría (*infra* II). Y por otra parte, es concebible que se dé un tipo omisivo, pero que aquel cuya omisión favorece el hecho no ocupe una posición de garante; esta segunda posibilidad presupone que hay supuestos en los que la omisión puede

[53] *GA*, 1959, p. 114.

[54] Cfr. críticamente también SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., comentario previo IV, 1, c, p. 815, ante § 211.

[55] Cfr. pp. 537 ss.

ser punible incluso sin deber de evitar el resultado (III). Pasemos a abordar ambas cuestiones.

II. PARTICIPACIÓN EN SUPUESTOS EN QUE FALTA EL TIPO OMISIVO

1. Exclusión de la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado

a) *Requisitos de los tipos prescriptivos de garante*

Ya hemos establecido que la participación por omisión es posible siempre que el obligado no sea autor. Aquí surge en seguida una cuestión básica: si en el no evitar una lesión de bien jurídico lo único que puede fundamentar autoría es el deber de evitar el resultado, ¿cómo cabe entonces concebir que, a pesar de darse este deber, no proceda la autoría del omitente?

La respuesta se deduce de la consideración ya aducida al principio [1] de que los tipos omisivos, no estando mencionados en la ley *expressis verbis*, metodológicamente sólo cabe extraerlos a partir de los preceptos de la Parte Especial. Al respecto, la posición de garante cumple dos funciones: fundamentar la punibilidad y al mismo tiempo la autoría. Pero la punibilidad y la autoría tienen, al igual que en los delitos comisivos, requisitos distintos. Por esta vía es posible que en el caso concreto se den los requisitos de la punibilidad, pero no los de la autoría (por ser concepto más estricto).

La punibilidad requiere simplemente la lesión imputable del bien jurídico (en el más amplio sentido de la palabra) protegido en un tipo legal. Para que, por ejemplo, un sujeto responda por omitir evitar un hurto o un perjurio no hace falta que su conducta sea equiparable a la de un ladrón o perjuro que actúen típicamente. Tampoco el que auxilia activamente, proporcionando la ganzúa o dando consejos para el falso testimonio, comete desde luego hurto o perjurio. Por tanto, para la imputación requerida con vistas a la punibilidad basta que de un precepto quepa deducir que el que permanece inactivo sea responsable del bien jurídico protegido típicamente. En esta medida, el deber tiene una función fundamentadora de la punibilidad.

La autoría requiere asimismo que la omisión equivalga en cuanto a su desvaloración ético-social al hacer descrito primariamente en la ley. Si no, no sería posible subsumir, por ejemplo, el no evitar un resultado de muerte en el concepto de "matar" del § 212 StGB. Tal equivalencia se da en el precepto del homicidio: la conminación penal se vincula a la responsabilidad del individuo por un resultado de muerte, y para la cualidad de la des-

[1] Pp. 497-498.

valoración ético-social no representa diferencia alguna que la responsabilidad se base en el dominio del hecho o en el incumplimiento de un deber de evitar.

Otro tanto cabe afirmar de la mayoría de los demás preceptos penales. Al carácter irrenunciable y verificable de tal coincidencia de la cualidad de injusto de hacer y omitir se remite sobre todo la tesis de que se trata en cada caso de un tipo unitario. Lo cual, como hemos visto [2], resulta incluso acertado, siempre que se tenga claro que no se deja decidir sobre la unidad del tipo a la estructura dogmática, sino a la especificidad de la conducta ético-socialmente disvalosa.

El deber de evitar el resultado tiene, pues, la virtualidad de fundamentar la autoría siempre que el no evitar un delito se corresponda con la cualidad de injusto de un cometer activo (aun cuando en su contenido de desvalor cuantitativo le vaya a la zaga). Faltando esta equivalencia, ciertamente la posición de garante surte efecto fundamentador de la pena, pero no se da autoría por omisión correspondiente a la comisión y, por tanto, tampoco tipo prescriptivo autónomo. La inactividad contraria a deber puede entonces entrañar el castigo por participación.

La noción ahora obtenida de que el deber de evitar el resultado no convierte a todo omitente en autor, parece contradecir nuestra tesis de partida de que en los delitos de omisión el único criterio de la autoría es el deber. Sin embargo, lo que ocurre es que autor es sólo el obligado; de no estarlo, decae por completo la posibilidad de autoría por omisión. Que esto suceda o no depende de la estructura del precepto de que se trate y no es problema de teoría de la participación. Por eso no es ni posible ni necesario aducir aquí los preceptos penales en los que falta el tipo de omisión. Conformémonos, más bien, con tomar algunos ejemplos principales. No se trata en este estudio tanto de ocuparnos exhaustivamente de los detalles como de los principios de los que depende el castigo de la participación por omisión en el caso concreto.

b) *Ejemplos de falta de tipos de omisión*

A. *Delitos de propia mano*

Más atrás [3] considerábamos que los delitos de propia mano se caracterizaban por faltar en ellos la lesión de bien jurídico necesaria en todos los demás casos; en su lugar, la conminación penal se refiere a determinadas formas de talante antisocial o a la mera reprochabilidad moral de ciertas

[2] Cfr. *supra*, pp. 497-498.
[3] Pp. 432 ss. y 444 ss.

conductas. De donde se deduce que el tipo queda circunscrito a llevar a cabo de propia mano las conductas descritas.

Resulta fácil advertir que tales preceptos no van acompañados del correspondiente tipo omisivo. En efecto, el punto de referencia común de hacer y omitir es la lesión de bien jurídico castigada en el tipo respectivo; ésta hace posible la equiparación —si bien sobre la base de criterios distintos— del igualmente responsable del resultado. Donde falta tal lesión de bien jurídico, expresándose la cualidad delictiva del tipo comisivo más bien en el contenido de desvalor moral de un hacer positivo específico, por naturaleza no queda espacio alguno para el tipo comisivo. Si, por ejemplo, un militar de superior graduación, sin tomar parte personalmente, tolera de buena gana actos homosexuales de sus subordinados, en cierta medida obra censurablemente, y se espera de él que impida tales actos; sin embargo, no responde como autor por omisión del § 175 StGB, porque su conducta improcedente no está vinculada a la inmoralidad inherente al impuro acto carnal propio, a la especial coloración del injusto, la única que caracteriza el tipo de los abusos homosexuales. Lo mismo cabe decir de los demás delitos a los que denominábamos de propia mano.

La posición especial de estos preceptos, por lo demás, la conceden también Armin KAUFMANN y GRÜNWALD, autores ambos que por razones dogmáticas no reconocen la genuina "complicidad por omisión". Sus argumentos en contra se tratarán más adelante. Baste aquí la indicación de que KAUFMANN [4], "en el ámbito de los delitos de acto auténticos", con buen criterio rechaza el desarrollo de un tipo prescriptivo de garante "en analogía con el tipo comisivo". Es cierto que en supuestos de omisión de esta índole "tampoco se da dogmáticamente la 'participación por omisión' en el delito de acto auténtico"; pero político-criminalmente existe "un paralelismo entre la participación activa en el delito de propia mano y la infracción del mandato de garante de evitar precisamente ese acto". De manera similar, GRÜNWALD [5] propugna estimar en delitos de este género la "participación por omisión" que, a diferencia de en los demás casos, según su teoría no se sitúa autónomamente junto a la autoría por comisión de un tercero, sino que se sujeta a los principios de la accesoriedad, esto es, se trata como la complicidad.

Hay que tener en cuenta que los supuestos de exclusión de la autoría por omisión tienen que circunscribirse estrictamente a los delitos de propia mano, no debiéndose extender, por ejemplo, a todos los delitos de actividad o contra las buenas costumbres. Y ello por las mismas razones que ya *supra* [6] nos impulsaban a reconocer la autoría mediata en tales tipos. Si, por ejemplo, el cuidador en la institución psiquiátrica tolera que un interno delinca con

[4] *Unterlassungsdelikte*, p. 300.
[5] *GA*, 1959, pp. 118 y 119.
[6] Pp. 450-454.

una mujer en los términos de los tipos de los §§ 176 y 177 StGB (agresión sexual), ha de responder como autor de estos preceptos por no haber evitado el resultado típico. Ciertamente él no ha llevado a cabo ningún acto carnal impuro; pero ello, como se expuso *supra*, ya no es decisivo para la comisión a título de autor. Más bien la cualidad delictiva viene determinada por la lesión del bien jurídico, esto es, aquí por el menoscabo de la integridad sexual de la mujer, y de eso se puede ser responsable igualmente tanto por acción como por omisión. El que el "lenguaje común" no puede decidir sobre la posibilidad de autoría por omisión no requiere más fudamentación, a tenor de nuestras anteriores consideraciones con respecto al problema de la comision de propia mano [7] y al "dominio del hecho social" en la omisión [8].

B. *Delitos de infracción de deber personalísimos*

Los supuestos más importantes en la práctica en que está excluida la autoría por omisión se presentan, pues, en los delitos de infracción de deber personalísimos, que llamábamos *supra* "delitos de propia mano inauténticos". Se trata de infracciones en las que opera fundamentando la autoría un quebrantamiento de deber que sólo puede consistir en una forma determinada de comportamiento directamente personal. Constituyen ejemplos principales los delitos de expresión y la deserción [9].

Los tipos de esta clase pueden llevarse a cabo perfectamente por omisión. Puede cometerse un perjurio silenciando aspectos esenciales en una declaración, y un soldado puede convertirse en desertor omitiendo seguir a su batallón, que se traslada. Se trata en esta medida sólo del fenómeno, ya anotado *supra* [10], de que en los delitos de infracción de deber por comisión no existe una diferencia relevante para el tipo entre hacer y omitir.

Por el contrario, en los delitos de infracción de deber personalísimos no es posible la autoría en la forma de, en posición de garante, omitir contrarrestar el perjurio o la deserción de otro. La exclusión de la autoría por omisión en tales casos se basa, obviamente, en razones totalmente distintas que en los delitos de propia mano, pues aquí sí existe lesión de bien jurídico: si, por ejemplo, alguien no impide un perjurio a cuya evitación está obligado, perjudica a la Administración de Justicia tanto como el propio perjuro. Sin embargo, no responde como autor por omisión porque los preceptos de los §§ 153 ss. StGB presuponen para cualquier clase de autoría un deber personal de declarar que le falta tanto al sujeto actuante que no presta

[7] Pp. 436-439.
[8] Pp. 502-505.
[9] Cfr. en concreto *supra*, pp. 425-428.
[10] Pp. 498-499.

testimonio personalmente como al omitente. Así pues, lo que fundamenta la autoría aquí es un deber específico no idéntico al deber general de evitar el resultado, que no puede ser suplido por éste. Por ende, el no evitar un juramento en falso nunca puede equivaler al perjurio en cuanto a calidad de injusto, de manera que de entrada no procede un tipo autónomo de omisión y la inactividad del garante sólo cabe captarla como cooperación a título distinto al de autoría, esto es, a título de complicidad. No hay que poner, pues, reparos en cuanto al resultado al tratamiento de estos casos en la jurisprudencia. La controvertida cuestión de con qué requisitos existe deber jurídico de evitar el falso testimonio obviamente no queda afectada por ello.

Con arreglo a los mismos puntos de vista han de enjuiciarse todos los demás tipos de este grupo de delitos. En éste han de incluirse, en sentido más amplio, las injurias [11]. En efecto, las injurias admiten la autoría mediata, pero requieren la lesión de una pretensión de respeto personalísima. Por tanto, se puede llegar a ser autor de injurias por omisión negándole a otro ostensiblemente la mano o el saludo. Pero en la forma de no evitar las injurias por parte de otro no es concebible la autoría por omisión, puesto que el que calla difícilmente puede lesionar así la pretensión de respeto que se le dirige a él personalmente.

C. *Delitos de apropiación*

Tampoco cabe desarrollar tipos autónomos de omisión a partir de los preceptos de los delitos de apropiación. Lo cual estriba en la esencia de la apropiación, que significa algo más que una sustracción, que podría imputarse tanto al garante inactivo, contra su deber, como al autor por comisión. El plus que convierte una sustracción en un apropiarse reside en que el autor, con objeto de aprovecharla económicamente, adquiere el poder de disposición autónoma sobre una cosa [12]. Este elemento constitutivo de la cualidad de delito no está al alcance del omitente porque precisamente le falta este poder de disposición [13].

Por eso el vigilante nocturno que, quebrantando su deber, no impide un hurto, simplemente puede así favorecer el hecho ajeno, pero no realizar en su persona el sentido del § 242 StGB. Del mismo modo, tampoco el jefe de negociado que permite que los empleados sustraigan bienes a su cargo pertenecientes a la empresa, y el guardia forestal que deja a su aire al cazador furtivo, no pueden ser castigados como autores de apropiación indebida

[11] Cfr. al respecto más en detalle pp. 420-425.
[12] Cfr. en concreto *supra*, pp. 369-383.
[13] Cfr., asimismo, GRÜNWALD, *GA*, 1959, pp. 118 y 119.

o de caza furtiva, de manera que su conducta sólo cabe captarla con arreglo a los criterios de la participación.

Así pues, el dominio del hecho no sólo fundamenta aquí la autoría por comisión, sino que al mismo tiempo excluye el eventual tipo omisivo correspondiente. En función de esta segunda función cabría hablar de "delitos de dominio cualificados". El fin legislativo de regulaciones en tal sentido reside en la delimitación del tipo de delito. El elemento de la apropiación, caracterizador del precepto, está "vinculado a dominio": no hay apropiación sin dominio del hecho. Debido a esta sujeción, el dominio del hecho del delito comisivo no cabe sustituirlo, como en general en la omisión, por el criterio del deber.

Si nos preguntáramos si sería posible derivar de los grupos de supuestos aducidos criterios generales relativos a la posibilidad de autoría por omisión [14] cabría decir brevemente lo siguiente:

1. Los delitos de propia mano nunca son comisibles por omisión.
2. *a)* Los delitos de infracción de deber admiten autoría por omisión siempre que el deber determinante para el precepto sea vulnerable mediante un no hacer. A este respecto no existe diferencia estructural alguna entre hacer y omitir para la teoría de la participación.

b) En los delitos de infracción de deber personalísimos la contravención del mandato de evitar el resultado no fundamenta autoría cuando dicha contravención consiste en no contrarrestar la realización de un delito por parte de un tercero. El incumplimiento del deber específico del tipo no es sustituible por la posición de garante (ejemplos: delitos de expresión, deserción).

3. *a)* Los delitos de dominio simples van acompañados siempre por un tipo de omisión autónomo, que obviamente —a diferencia de en los delitos de infracción de deber— presenta una estructura distinta a la del hecho comisivo.

b) En los delitos de dominio cualificados la autoría por omisión está descartada (ejemplo: delitos de apropiación).

2. Fundamentación de la participación por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado

En lo esencial, ya sabemos cuándo y por qué puede estar excluida la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado. Pero así no está demostrado aún que en tales casos se dé participación, pues ésta es ciertamente de naturaleza secundaria, pero desde luego no es un

[14] No cabe en este contexto facilitar una indicación más precisa del razonamiento simplemente esbozado.

concepto de recogida para todos los casos en que no proceda la punición a título de autor. Más bien la punición por participación presupone una cooperación que no satisface el criterio de autoría determinante para el tipo de que se trate. Así, por ejemplo, en los delitos de dominio (al margen del error sobre el dolo de la persona interpuesta), no hay participación en el hecho no final [15], porque el no ejecutor en tales situaciones dirige el curso del suceso, no pudiendo ser partícipe si la punición a título de autor fuera imposible por algún motivo; en ello se basan las conocidas lagunas que se derivan en el castigo por participación, según la doctrina dominante, de absolutizar el principio del dominio del hecho.

También en los delitos de omisión surgen de ahí dificultades, pues elemento de la autoría es aquí el deber. Ahora bien, ya hemos aclarado por qué a pesar de su existencia no procede castigar por autoría. Pero así no se entiende aún por qué este comportamiento se presenta como complicidad, pues no se trata de una omisión sin infracción de deber. ¿Acaso será imposible por razones constructivas la complicidad por omisión, como en la actualidad sustenta Armin KAUFMANN?

Para entender que en el no evitar, contrariamente a deber, un hurto, un perjurio o un incesto, podemos hablar no obstante de auténtica "complicidad por omisión", vamos a recurrir, a efectos comparativos, a un supuesto de autoría por omisión; por ejemplo, aquel en que el garante no interviene para impedir un homicidio. Este supuesto ofrece dos aspectos, desde la perspectiva de la autoría: el del dominio del hecho (que corresponde al que actúa) y el del deber (que convierte en autor al omitente). Sólo aplicando este patrón doble se obtienen dos autores simultáneos concebidos autónomamente. Ahora bien, si no se atiende a la virtualidad fundamentadora de autoría del deber de evitar el resultado y se enjuicia el suceso en su totalidad según el criterio del dominio del hecho, la calificación penalmente relevante del omitente desciende hasta constituir una cooperación a título distinto a autoría que sólo puede valorarse como complicidad.

Tal modo de considerar no es en absoluto inadmisible, pues como la autoría del que actúa resulta de su dominio exclusivo, es insoslayable recurrir para su fundamentación al carácter periférico (en esta medida) de la cooperación por omisión. Así pues, el omitente, de terciar un sujeto actuante con dominio del hecho, es siempre autor de un delito de infracción de deber y cómplice en un delito de dominio. Otro tanto rige en los delitos de infracción de deber: quien infringe su deber omitiendo, de forma que fundamente autoría, puede así a la vez favorecer el delito comisivo de un sujeto que actúe quebrantando su deber.

Naturalmente, este auxilio no merece mencionarse, ya que queda desplazado por el dominio del hecho con arreglo a reglas concursales indiscutidas.

[15] Cfr. *supra*, pp. 295 y 397-399.

De todos modos, se evidencia que no le falta del todo razón a la teoría (muy extendida y que se debatirá *infra*) que, cuando coinciden hacer y omitir, considera en general la inactividad como complicidad. El fallo no estriba en que se desconozca la esencia de la complicidad, sino sólo en la circunstancia de que queda sin considerar la autoría que desplaza a aquélla, pues hasta ahora en ninguna parte se abarca suficientemente la significación autónoma del elemento del deber.

Por lo demás, este fenómeno no se limita a la omisión, sino que halla su correspondencia exacta en los delitos de infracción de deber por comisión. Si un funcionario, en ejercicio de cargo, determina a un *extraneus* a cometer lesiones, indudablemente, contemplando el delito de dominio del sujeto instigado (§ 223 StGB, lesiones), es inductor; pero al mismo tiempo, por infringir el deber especial jurídico-funcionarial que le incumbe, al margen de que le falte dominio del hecho, es autor del delito de infracción de deber (§ 340 StGB, lesiones en ejercicio de cargo). También aquí ha de resolverse el concurso en el sentido de que la inducción queda desplazada por la autoría. Otro tanto cabe decir —*mutatis mutandis*— de la complicidad del funcionario en supuestos semejantes.

La posibilidad constructiva de participación por omisión queda, pues, demostrada. Bien es verdad que por lo general —esto es, cuando existe un tipo de omisión autónomo— carece de importancia práctica. En este sentido tiene razón en cuanto al resultado Armin KAUFMANN al punir siempre al garante sólo como autor. La diferencia de nuestra teoría con su postura cobra importancia cuando la autoría por omisión decae por los motivos expuestos *supra*. Entonces resurge la participación por lo general desplazada, determinando la punición del garante inactivo.

Por ilustrarlo con nuestros tres grupos de ejemplos: el vigilante que deja, adrede, que se produzca el hurto, dado que la imputación se basa en su deber de evitar, es culpable de cooperación sin dominio del hecho en el hurto; los padres que toleran la relación incestuosa de sus hijos son punibles como partícipes no de propia mano, y el garante que no impide el perjurio es cooperador sin el deber de declarar que fundamenta la autoría. En los tres supuestos se trata de participación en el delito comisivo, cuyo punto de referencia en cuanto a autoría es distinto en cada caso (dominio, necesidad de comisión de propia mano o deber), pero que reúne todos los requisitos del favorecimiento imputable de hecho ajeno.

En todos estos casos se da participación. La "inducción por omisión" está descartada, y ello por las mismas razones que la autoría mediata [16], por requerir un "impulso" al autor por parte del no ejecutor que convertiría la acción necesariamente en hecho comisivo.

[16] Cfr. pp. 509-510.

Así pues, cabe establecer, sintetizando, que, de acuerdo con la concepción que aquí se sustenta —coincidiendo con la doctrina dominante, pero frente a la postura de Armin KAUFMANN— no sólo hay autoría, sino también complicidad por omisión. Pero no es posible, como supone la doctrina dominante, en un solo tipo castigar un omitir contrario a deber ora como autoría ora como participación. Más bien la complicidad por omisión, con arreglo al resultado de nuestro estudio, sólo alcanza significación autónoma allí donde no existe un tipo prescriptivo de garante, esto es, según nuestra teoría, en lo esencial en los delitos de propia mano, en los delitos de infracción de deber personalísimos y en los de apropiación. Existiendo un tipo de omisión autónomo únicamente se estima —a reserva de los supuestos que van a tratarse en seguida (*infra* III)— autoría por omisión; en esta medida merece suscribirse la postura de Armin KAUFMANN.

Las tesis desarrolladas hasta ahora exclusivamente a partir de nuestro concepto de autoría, en lo sucesivo (*infra* IV) se continuarán fundamentando y profundizando en polémica con las opiniones divergentes de jurisprudencia y doctrina.

III. LA PARTICIPACIÓN EN LOS CASOS EN QUE FALTA EL DEBER DE EVITAR EL RESULTADO

1. La omisión como favorecimiento positivo del hecho

Si existe la posibilidad de omisión punible sin deber de evitar el resultado, es evidente que tal conducta, según nuestra teoría, sólo cabe valorarla como participación. El tipo omisivo no falta, ciertamente, en tales casos (o por lo menos no tiene por qué faltar); pero como el criterio de la autoría (el deber) no se da, la inactividad sólo puede referirse al hecho del sujeto actuante como cooperación sin dominio o sin deber y, por tanto, como complicidad.

Pues bien, la doctrina absolutamente dominante entiende que la omisión sin deber de evitar el resultado en todo caso es impune. Pero ello no es tan seguro. Piénsese en el caso siguiente: En una época de revueltas políticas se planea atentar contra un estadista. Como la casa de éste se encuentra bien vigilada por la policía, los terroristas deciden procurarse con ganzúas y en su caso con palancas la entrada a la casa contigua, ya anochecido, para desde su patio penetrar en la vivienda de la víctima. Al hacerlo, son conscientes de que no es pequeño el riesgo de ser atrapados por la policía al irrumpir en la casa contigua. Sin embargo, confían en no ser descubiertos y, como máximo, en que se les haga responder sólo por allanamiento intentado. A mediodía de la fecha prevista para el atentado el plan es descubierto por el morador de la casa vecina por circunstancias desconocidas para los conjurados. Éste es un enemigo acérrimo del estadista, que desea fervien-

temente que el atentado tenga éxito. Por eso deja sin cerrar la puerta con llave, frente a lo que acostumbra, para que los terroristas, sin despertar sospechas, penetren y puedan acceder al patio, como efectivamente ocurre, pereciendo el estadista apuñalado por los conjurados.

¿No tendría que ser aquí el vecino culpable de complicidad por omisión con el asesinato? Desde luego posición de garante es difícil reconocerle. La relación de comunidad vecinal u otra análoga no existe en las condiciones imperantes en una gran ciudad. Difícilmente cabe tener en cuenta el hacer precedente, pues abrir la puerta de la casa por la mañana, lo único a lo que se podría recurrir, era socialmente adecuado, objetivamente necesario y en absoluto suponía peligro para bienes jurídicos; además, nada cambiaría en la calificación si fuese otro el que hubiera abierto la puerta. Deber de evitar el resultado, que le convirtiera en autor de homicidio por omisión, lo tenía en tan escasa medida como cualquier tercero que hubiera sabido del plan. Lo que se le puede reprochar desde la perspectiva del delito contra la vida no es, pues, que no evitase el atentado, sino sólo la circunstancia de que lo favoreciera deliberadamente, dejando abierta la puerta. Si la hubiera dejado cerrada con llave, como todas las noches, aun cuando así probablemente no habría evitado el hecho, siendo más eficaz que hubiera denunciado el plan criminal, no se le podría hacer responder por los §§ 211 y 212 StGB.

Pues bien, ¿en que reside que tal omitir, aun no existiendo deber de evitar el resultado, nos aparezca no obstante como participación punible? El lenguaje común, que por sí solo no esclarece nada, pero que a menudo capta con gran sutileza el significado de la realidad, sin vacilar diría aquí que el vecino, al dejar la puerta sin cerrar con llave, no sólo no ha evitado el hecho —lo que sería un mero omitir— sino que lo ha facilitado positivamente. Nos encontramos aquí, en el ámbito de la participación, con un fenómeno análogo que ya aparecía en otro contexto, en la autoría: lo que considerado fácticamente es un omitir, puede presentarse con arreglo a su sentido social, al margen de todo deber, como hacer favorecedor.

El sentimiento jurídico apoya este dato, pues si el vecino siempre hubiera mantenido cerrada con llave la puerta y únicamente ese día, con vistas al atentado, la hubiera abierto, nadie dudaría de que aquí hay que estimar participación incluso por hacer positivo. Pero ¿por qué tiene que ser distinto si el sujeto siempre ha cerrado la puerta con llave y esa noche, a la vista del plan del asesinato, la ha dejado abierta? Las divergencias en la imagen naturalística de la conducta no merman la homogeneidad del proceso de sentido social. Sería incoherente afirmar en un caso la complicidad con el asesinato y negarlo en el otro.

Con todo lo cual, naturalmente, no queda claro qué requisitos generales han de concurrir para que la omisión del género descrito equivalga al favo-

recimiento activo. El lenguaje común y el sentimiento jurídico por sí solos son consejeros poco fiables; además, ambos tienen que basarse en datos objetivos cuya expresión representan y cuya descripción conceptual es irrenunciable, salvo que se quieran difuminar los límites de la conducta punible.

Aproximémonos al problema variando el supuesto de partida: supongamos que en la casa del vecino nunca hubiera sido habitual dejar cerrada la puerta con llave, sino que, por el contrario, se dejaba abierta de día y de noche, y que en lugar de ello los moradores hubieran cerrado con llave. Si en esta situación el vecino hubiera averiguado los planes y no hubiera cerrado la puerta, esto es, hubiera dejado todo como siempre había estado, entonces no se podría calificar su conducta como complicidad con el asesinato. Más bien, incluso con arreglo al significado social del suceso, no habría favorecido el hecho positivamente, sino sólo omitido dificultarlo.

De donde se deduce en qué consiste, faltando el deber de evitar el resultado, la diferencia entre el omitir impune desde la perspectiva del delito de omisión impropia y el punible equivalente a comisión: la inactividad aparece como facilitamiento y favorecimiento positivo de un hecho cuando el sujeto, en consideración al delito planeado, omite una acción que estaba dispuesto a llevar a cabo al margen de toda comisión delictiva y que habría impedido o dificultado objetivamente la comisión del hecho. Por el contrario, queda impune quien omite, aun sabiendo de la comisión del delito, una acción que impediría o dificultaría el resultado, acción que de todos modos no habría llevado a cabo. Formulándolo brevemente: quien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada, incurre en participación; quien no hace el esfuerzo de decidirse a contrarrestar un delito, queda impune.

Tampoco es difícil entender por qué es así: la materialización de todo resultado presupone que se realicen determinadas circunstancias y que otras, desfavorables, no se produzcan. Por consiguiente, aquel que aporta condiciones en pro del resultado es partícipe, al igual que aquel que elimina factores opuestos al resultado, «pues toda disminución de impedimentos de una actividad es favorecimiento de esa actividad» [17]. Por ende, quien abre la puerta al ladrón es cómplice, aun cuando se haya limitado a despejar un obstáculo (y además insignificante). Un factor obstaculizador así (en nuestro ejemplo, saliendo al paso del atentado) es la decisión del vecino de cerrar con llave la puerta de su casa por la noche. Si éste cambia de decisión, para hacer posible o facilitar el asesinato a los conjurados, está despejando una circunstancia (incluso trascendental) que obstaculizaría el resultado, favoreciendo el hecho exactamente igual que mediante hacer positivo. Por eso, en este contexto no hay que atender, desde un principio, al deber jurídico de evitar.

[17] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1.ª ed., p. 140.

Y no cabe decir que se trata aquí de una revitalización de la vieja teoría de la interferencia, pues no importa cualquier causalidad, ni siquiera la contención de un impulso de actuar, entendida psicológicamente, que, tras descubrir el plan de asesinato, no hace falta que exista. Más bien importa la decisión de actuar que se abandona en consideración al delito, factor cuya realidad social queda demostrada ya por el hecho de que los conjurados lo tienen en cuenta, acomodando su plan al obstáculo esperado.

Igualmente sería incorrecto que se pretendiera excluir estos supuestos de omisión del ámbito de la complicidad punible favorecedora del hecho, considerando que el abandono de una resolución de actuar es más sencillo que la eliminación de factores, que si no obstaculizarían el hecho, hasta tal punto que no podría ser equiparable a ésta. En efecto, en primer lugar, no hay que atenerse a la dificultad: la complicidad psíquica activa, por ejemplo, aconsejar o aprobar, puede requerir una medida mínima de energía interna, sin actividad externa, y sin embargo es punible. Y en segundo lugar, el apartarse de una voluntad firme de actuar para hacer posible un delito, por motivos externos e internos, puede costar mayor esfuerzo que un auxilio activo incidental.

Para despejar la última duda acabemos recurriendo a un ejemplo paralelo: concibiendo el supuesto de partida de manera que los conjurados hubieran acordado con el vecino que dejase abierta la puerta, frente a lo que solía hacer, todos considerarían dada la participación que, en forma de complicidad psíquica, se concebiría perfectamente como apoyo activo. Y sin embargo, tampoco aquí el centro de gravedad del reproche penal reside en el animar psíquicamente a los conjurados (que no necesitaban tal apoyo psíquico), sino en facilitar el hecho, esto es, en no cerrar la puerta, y, por tanto, en el omitir. La construcción de la complidad psíquica oculta, pues, aquí y en muchos casos análogos, simplemente la circunstancia de que una omisión favorecedora del hecho, a pesar de faltar el deber de evitar el resultado, se castiga como participación.

En todos los grupos de supuestos de este género es punible un omitir sin posición de garante. Como decae la autoría por faltar el deber y a menudo también la posibilidad de evitar el delito, sólo cabe abarcar el suceso como complicidad por omisión, de manera que junto al omitir sin tipo de omisión, en el omitir sin posición de garante podemos presentar una segunda manifestación de la participación por omisión.

Al respecto hay que concluir haciendo una salvedad: las cuestiones aquí tratadas lo han sido hasta ahora en tan escasa medida que el breve esbozo en el que hemos desarrollado nuestra concepción no basta para hablar de conocimiento científico consolidado. Pero no resulta aquí posible una exposición más extensa, como el tema merecería, debido a que la punibilidad de la omisión queda al margen de nuestro tema. De todos modos, podemos

dar por supuesto que, una vez aceptada nuestra hipótesis de la punibilidad de estos supuestos de omisión sin deber, hay que atribuirlos al ámbito de la participación.

2. ¿La omisión de dificultar el hecho como complicidad?

En este contexto hay que abordar, siquiera sea brevemente, una teoría que podría aportar otro grupo de casos más a la complicidad por omisión. Así, el RG [18] y —siguiéndole— el BGH [19] han establecido que el sujeto, aun no siéndole posible evitar el resultado, tiene que responder por complicidad con el hecho comisivo si, incumpliendo su deber, omite dificultar la realización del delito al menos en lo que está en su mano.

De ser correcto que el omitente tuviera que responder en tales casos, se daría en efecto complicidad, pues al faltar la posibilidad de evitar el resultado, tampoco puede existir *in concreto* deber alguno, de manera que la omisión punible sólo cabría calificarla como complicidad. Omitir dificultar el hecho habría de contemplarse entonces, como participación si quien permanece inactivo, de haber existido la posibilidad de evitar el resultado, habría estado obligado a ello.

Pero esta concepción no merece suscribirse. Se basa en considerar que omitir dificultar el hecho por parte del garante equivale a facilitarlo activamente, lo cual es incorrecto. «El Derecho no tiene motivos para exigir una intervención inútil», señala con buen criterio GRÜNWALD [20], y Armin KAUFMANN [21] ilustró con gráficos ejemplos los resultados "grotescos" a los que podría conducir esta opinión. «El guarda de la fábrica que huye ante la superioridad de los atracadores, ¡omite dejarse atar, lo que habría dificultado la actividad de éstos! Si ya está atado, tiene que intentar —aun cuando no vaya a servir de nada— conseguir que desistan haciéndoles ver las consecuencias del hecho, etc.»

Nada hay que añadir. Los únicos supuestos en los que omitir dificultar el hecho fundamenta complicidad punible se han descrito ya *supra*. En ellos la omisión constituye un verdadero favorecimiento del hecho, no estando ligada ni a la posibilidad ni al deber abstracto de evitar el resultado. No hay más grupos de casos de esta especie.

[18] *RGSt*, 71, pp. 176-178 (178); *RGSt*, 73, pp. 52-60 (54).
[19] *BGHSt*, Sentencia de la Sala v de 27 de octubre de 1953; *NJW*, 1953, pp. 1838/39 (1838).
[20] *GA*, 1959, p. 118, nota 21.
[21] *Unterlassungsdelikte*, p. 293.

IV. CONCEPCIONES DIVERGENTES

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)

El BGH se ha ocupado hasta la fecha de la delimitación entre autoría y participación en las omisiones en cuatro sentencias. La circunstancia de que en tres de ellas se tratase de la omisión de evitar un suicidio puede dejarse sin tener en cuenta en este contexto, ya que el Tribunal basó su decisión en las reglas generales de la doctrina de la autoría.

a) La sentencia BGHSt 2, 150 ss. [22] trabaja con el criterio del dominio del hecho, que sin embargo equipara a la posibilidad de evitación. Ya se expusieron en sus momento las razones por las que este punto de partida es incorrecto, no haciendo falta repetirlas [23].

Una sentencia de la misma Sala (I), de 2 de septiembre de 1954 [24], en la que se condena por homicidio a un sujeto que no había impedido el suicidio de su novia, se abstiene de tomar postura expresamente con respecto a los criterios de la autoría por omisión, pero se basa en los mismos fundamentos.

b) Otra sentencia (asimismo de la Sala I) de 24 de junio de 1955 [25] abandona el punto de vista unilateral de las anteriores pretendiendo hacer depender la delimitación de la "disposición interna" del omitente, que se decidiría en función de la dirección de voluntad, del interés, del dominio del hecho y del alcance de la propia realización del tipo.

Si prescindimos del último criterio, que en los delitos de omisión es inaplicable ya conceptualmente, sólo quedan como puntos de vista nuevos los elementos subjetivos (dirección de voluntad, interés). Se trata, pues, en esa medida de aplicar la teoría subjetiva al ámbito de la omisión, solución que en la doctrina no ha encontrado ningún partidario [26].

La teoría subjetiva parece conveniente precisamente en la omisión en razón de su practicabilidad aparente y de que, debido a su renuncia a distinciones objetivas, es la que se deja trasladar hasta aquí desde los tipos comisivos. Pero correcta no es. En principio, la teoría subjetiva en sus dos manifestaciones está expuesta a las mismas objeciones que ya se le oponían en los delitos comisivos [27]. En los hechos omisivos, sin embargo, se suman otros dos argumentos en contra.

En primer lugar, en la omisión se volatiliza hasta la ficción el sentido

[22] *Supra*, p. 111, núm. III.
[23] Cfr. *supra*, pp. 500-502.
[24] *JR*, 1955, pp. 104 ss., con comentario negativo de HEINITZ (pp. 105 ss.).
[25] *LM*, núm. 10, ante § 47, *supra*, p. 115, núm. VIII.
[26] Cfr., por ejemplo, MEZGER, *StuB, BT*, 7.ª ed., 1960, § 5, IV, pp. 12 y 13; BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444; *NJW*, 1962, pp. 376 y 377.
[27] Al respecto *supra*, pp. 69-73.

de la teoría del dolo y de la del interés, que en los delitos comisivos se deduce siempre de la relación psíquica real entre los intervinientes. Así, por ejemplo, queda sin aclarar cómo en un omitente cabe hacer depender la delimitación entre autoría y participación de que el garante inactivo haya "dejado [o no] a criterio" del agente la ejecución del hecho. Al garante no le queda más remedio —pues su conducta es pasiva— que "dejar [todo] a criterio del agente". De no ser así, tendría que poner manos a la obra y se daría un delito comisivo.

Algo así ocurre con la teoría del interés. Su importancia relativa estriba en que aquel que obra en interés de otro, al hacerlo concede a éste cierta influencia en el suceso. Pero eso falta aquí, porque en una relación así entre autor por comisión y sujeto de detrás, éste ya no sería omitente, sino que respondería por complicidad psíquica en el hecho comisivo o inducción a éste (según la jurisprudencia, incluso como coautor).

Así pues, las dos teorías pueden apoyar sus distinciones a lo sumo en los sentimientos subjetivos del omitente, esto es, atender, por ejemplo, a si se regocija o no por la realización del hecho. Pero un dato así, al quedar sin efectos objetivos, no es verificable judicialmente; además, la delimitación en ese sentido sería indefendible metodológica, dogmática y político-criminalmente, dado que las emociones, que no dependen de uno, no pueden decidir sobre la aplicación de un marco penal agravado o atenuado.

En segundo lugar, a fin de cuentas toda teoría subjetiva fracasa al ser inaplicable al "autor único" omitente. Si el niño al que su padre deja ahogarse no fue arrojado al agua por un tercero, sino que se cayó, hasta ahora nadie ha mantenido la opinión de que el padre, al que la ley instituye garante, pueda eludir la responsabilidad penal como autor por omisión invocando que no quiere el hecho "como propio" o que "no está interesado" en que muera el niño. ¿Y por qué iba a ser distinto cuando ha sido un tercero el que ha generado la situación del niño, circunstancia absolutamente irrelevante para la situación interna y externa del padre y para su deber de evitar el resultado?

c) La tercera sentencia del BGH [28] al respecto continúa por la senda de la subjetivización. La Sala IV deja aquí de lado todas las limitaciones objetivas y establece sencillamente que el acusado omitente «no quiso dominar el acontecer conducente a la muerte de su suegra, faltándole, pues, la "voluntad de autor"». Esta voluntad, según el BGH, se requiere también en la perpetración de homicidio por omisión [29].

Se trata en este supuesto de que no se evitó un suicidio. La fundamentación de la sentencia evidencia que el tribunal tenía presentes con nitidez los

[28] *Loc. cit.*, p. 166.
[29] *Loc. cit.*, p. 166.

peligros que comportaría una "aplicación extensiva del concepto de autor" [30] como la que resultaba de la sentencia BGHSt 2, 150 ss. Así pues, recurrir unilateralmente a la teoría subjetiva serviría para limitar la responsabilidad penal por el suicidio ajeno.

Esta tendencia, en sí loable, no debe hacer perder de vista la fragilidad de su fundamentación, pues precisamente en un supuesto de esta clase se añade a las razones aducidas *supra* (que rebaten únicamente la teoría subjetiva) otro reparo determinante: si (como cuestionablemente hace el BGH) se le atribuye al acusado un deber de evitar un suicidio libremente decidido, es imposible que se le permita sustraerse luego a este deber por la mera salvedad de que se somete a la voluntad de otro o de que no quiere el hecho "como propio". El deber lo único que puede significar es que al garante no le está permitido someterse precisamente a la decisión de suicidarse de otro, sino que tiene que salvarle incluso contra la voluntad de éste.

Por lo demás, todos reconocen que la idea de la subordinación de la voluntad si acaso puede aplicarse cuando concurren varios delincuentes, pero que está fuera de lugar en la autoría única. La consecuencia inevitable, en la fundamentación del BGH, de que sobre la punibilidad de una conducta no decidiría el ordenamiento jurídico, sino la "dirección interna de voluntad" del propio acusado, su "voluntad de dominio" desligada de datos externos, al final lleva el punto de partida *ad absurdum*. Estas consideraciones me parecen demostrar forzosamente que sólo cabe enfrentarse al problema negando, como la teoría que se propugnaba *supra*, toda posición de garante.

d) La última, hasta la fecha, sentencia del BGH [31] vuelve finalmente, con sinuosa fundamentación, al punto de partida de la jurisprudencia, al criterio del "dominio del hecho" deducido de la posibilidad de evitación. El acusado de este supuesto no había evitado el suicidio de su novia porque la muerte de ésta le era "indiferente".

El BGH también aquí se mantiene externamente en su exigencia de "voluntad de autor", pero pretende discernir esta "dirección de voluntad" con arreglo al modelo de otras sentencias anteriores, "valorativamente", ante todo con ayuda del elemento del dominio del hecho. La condena se apoya, a renglón seguido, simplemente en que el acusado, cuando su novia colgaba ya inconsciente de la soga, [tenía] el dominio del hecho pleno y exclusivo".

Lo que cabe decir para refutar esta argumentación ya se expuso *supra*. Únicamente queda establecer, resumiendo, que la jurisprudencia relativa a la delimitación entre autoría y participación en las omisiones oscila entre la teoría del dolo y una teoría del dominio del hecho equivocadamente entendida, ambas igual de inidóneas para resolver las cuestiones que aquí surgen.

[30] *Loc. cit.*, p. 167.
[31] *MDR*, 1960, pp. 939 y 940; *supra*, p. 123, núm. XVII.

2. Armin Kaufmann

Kaufmann rechaza con carácter general la figura de la complicidad por omisión [32]. En cuanto que esto se deduce del concepto unitario de autor que mantiene en la omisión, ya se enjuició *supra* su postura. Sin embargo, sí requieren examinarse algunos argumentos adicionales «que se derivan específicamente de la teoría de la participación para la "participación por omisión en la comisión"» [33].

a) La primera tesis de Kaufmann es del tenor siguiente: «Al advertir la inviabilidad del principio de que la omisión impropia se sujete al tipo del delito comisivo, se cierra el paso a la posibilidad de construir dogmáticamente supuestos de omisión impropia como participación en el delito comisivo» [34].

No cabe aceptar esta tesis. La consecuencia que Kaufmann extrae sería concluyente sólo si la complicidad (ya sea por acción o por omisión) se sujetara o tuviera que sujetarse alguna vez al tipo de un delito comisivo. Pero éste no es el caso, como se ha expuesto repetidas veces, desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, el único atinado. El tipo siempre se limita a describir al autor del delito de que se trate; las formas de participación, cuya punibilidad se deriva de los §§ 48 y 49 StGB, se añaden ampliándola. Así pues, aun cuando se dé la razón a Kaufmann en que la participación por omisión o la omisión en general no pueden subsumirse sin más en el tipo de un delito comisivo, no se ve cuestionada la posibilidad dogmática de complicidad por omisión.

Por lo demás, según el resultado de nuestro estudio, hay que estimar lo contrario que según la teoría de Kaufmann: justamente allí donde la omisión está comprendida en el tipo comisivo —como se indicó *supra* con respecto a los §§ 266 (administración desleal) y 347 (permitir la fuga de presos) StGB— no es posible la complicidad por omisión, existiendo posición de garante, pues como aquí el quebrantamiento de deber del sujeto agente o del omitente siempre fundamenta autoría, de entrada no procede la punición por participación.

b) Un segundo argumento se deduce, para Kaufmann, de la falta de causalidad en la omisión: «El sujeto no puede ser causal por omisión, o sea, tampoco puede "favorecer" por omisión un delito comisivo» [35]. Esta consideración se basa en la premisa de que el partícipe por omisión para poder ser castigado tiene que ser necesariamente causal del resultado. Lo

[32] *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 ss.
[33] *Op. cit.*, p. 291.
[34] *Unterlassungdelikte*, p. 295.
[35] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 295.

cual es equivocado ya porque tampoco el autor por omisión, según la propia opinión de KAUFMANN, es "causal", y no cabe exigir más del partícipe que del autor. Del concepto de "favorecer" no se puede deducir argumento contrario alguno. En efecto, dicho concepto no necesariamente presupone causalidad; al menos en la omisión no se entiende por qué va a ser inconcebible considerar el dejar suceder contrario a deber como "favorecer" el hecho ajeno, conforme a baremos jurídicos.

KAUFMANN aún añade una razón auxiliar: «Si se quisiera decidir en otro sentido, habría que considerar todo no impedir la lesión del bien jurídico como "participación por omisión", incluso la omisión de quien no es garante.» Sin embargo, esto no es forzoso, pues el deber de evitar el resultado es un elemento fundamentador de la pena que, concurriendo un tipo prescriptivo de garante, además constituye la autoría. Esta última función decae si falta el tipo omisivo. Pero como presupuesto de la punibilidad queda la posición de garante. No hay nada que pudiera forzar al legislador a castigar también al no garante cuando sólo quiere hacer responder a obligados a evitar el resultado, por su cooperación.

c) Asimismo, entiende KAUFMANN que como el omitente siempre es autor, «huelga ya, desde el punto de vista político-criminal, la cuestión de si este delito de omisión impropia cabe abarcarlo además como complicidad en la comisión» [36]. Lo cual es cierto sólo en tanto que exista un tipo prescriptivo de garante que permita la punición como autor por omisión. Las dificultades prácticas de la teoría de KAUFMANN se revelan, sin embargo, en los grupos, tratados *supra*, de los delitos de propia mano, de infracción de deber personalísimos y de apropiación. Dado que en ellos está descartada la autoría por omisión, todo no impedir el resultado pese a existir posición de garante tendría que quedar impune. Y eso sería aún más insatisfactorio, por cuanto que entonces no podrían abarcarse algunos de los supuestos más importantes de la participación por omisión (hurto, perjurio).

KAUFMANN [37] trata las cuestiones que aquí se plantean únicamente en los preceptos del hurto y de los "delitos puros de acto", aludiendo con esta última expresión, en lo esencial, a los dos primeros complejos de delitos que hemos aducido.

Por lo que respecta al tipo del hurto, señala que desde el punto de vista del garante siempre se trata sólo de privación impune de la cosa (impune incluso en los supuestos de comisión). Tanto si el sujeto no impide que una urraca "se lleve un broche en el pico" como si deja que se produzca un hurto simple o uno agravado, en todos los casos el contenido de injusto

[36] *Op. cit.*, p. 295.
[37] *Op. cit.*, pp. 297-300.

del omitir es siempre el mismo [38]. Por eso no aprecia KAUFMANN motivo para tratar de modo distinto estos casos.

En contra cabe esgrimir que en el auxilio a un hecho mediante hacer activo la situación no es distinta. Si un sujeto presta una herramienta puede (dependiendo de que el que la toma prestada cometa una mera privación de la cosa, un hurto simple o uno agravado) no responder, o responder por complicidad con un delito menos grave o por favorecer un delito grave, y sin embargo, considerando aisladamente su aportación al hecho, en los tres casos ha hecho lo mismo.

Lo cual no escapa a KAUFMANN, que dice: «No se objete que en la complicidad activa ocurre igual; *ésta* se refiere precisamente a la propia acción típica, a la que favorece y a la que le son inherentes las cualificaciones. La omisión del garante, en cambio, se refiere *exclusivamente* [39] al bien jurídico que éste debe garantizar y que omite proteger» [40].

Aquí reside el quid de la cuestión. Si efectivamente no fuera posible referir la omisión a la acción del delito, habría que dar la razón a KAUFMANN. Pero ya se expuso *supra*, por el contrario, que puede contemplarse perfectamente relacionada con el delito de dominio del autor por comisión y considerarse como complicidad genuina [41]. La circunstancia de que, concurriendo un tipo prescriptivo de garante, la omisión aparezca a la vez como delito de infracción de deber autónomo no excluye esta posibilidad. Por esta razón es posible, sin reparos, la complicidad por omisión en el hurto.

Que en estos casos se dé merecimiento de pena lo reconoce el propio KAUFMANN. Por eso no objeta nada a que *de lege lata,* «mejor o peor, más bien peor» (como él dice), se trabaje con «el tapahuecos, que no encaja, de la complicidad por omisión en el hurto» [42]. Pero este gesto conciliatorio en seguida deviene cuestionable, pues no dándose complicidad u otro comportamiento punible, el merecimiento de pena por sí solo no puede sustentar de ningún modo una condena.

Las mismas objeciones cabe oponer a las consideraciones de KAUFMANN acerca de los "delitos puros de acto". Cuando señala que si bien dogmáticamente no es posible aquí la participación por omisión, pero "político-criminalmente" existe un paralelismo con los supuestos de la complicidad, semejante reflexión no puede fundamentar la punibilidad de tal conducta. Si es imposible hallar con medios dogmáticos un fundamento de punición legal, a la vista del principio del *nulla poena*, la necesidad de orden político-criminal

[38] Cfr. *op. cit.*, p. 298.
[39] Cursiva en el original.
[40] *Op. cit.*, pp. 297 y 298.
[41] Cfr. al respecto *supra*, pp. 520-522.
[42] *Op. cit.*, pp. 299 y 300.

no puede subsanar la laguna legal. Una vez que uno ha serrado la rama en la que se sentaba no puede pretender quedarse sentado en el aire.

Precisamente las dificultades en las que incurre KAUFMANN prueban, a mi juicio, que ha exagerado un poco la idea en sí fructífera de la independización de los tipos omisivos. Aun cuando la complicidad por omisión no desempeñe papel alguno en muchos tipos, es perfectamente posible en el plano dogmático e incluso imprescindible en la práctica en muchos supuestos importantes.

3. GALLAS y KIELWEIN

Las mejores perspectivas de reconocimiento general probablemente las tenga en la actualidad un procedimiento objetivo de delimitación que, conectando con la doctrina y jurisprudencia al principio dominantes, ha sido desarrollado por GALLAS [43] y KIELWEIN [44, 45]. Esta teoría ha sido formulada de nuevo recientemente por GALLAS [46] en los siguientes términos: «junto al autor que despliega el dominio del hecho en el delito doloso de comisión, a todo garante que no impida el resultado no le queda sino el papel de cómplice». Lo cual sólo valdría en tanto que el sujeto agente aún domine el curso del hecho [47]. Si el omitente, en cambio, «ya no se ve ante el ejercicio de dominio del hecho, sino meramente ante los efectos, aún corregibles, de tal ejercicio (por ejemplo, se topa con la víctima de un atentado, gravemente herida), de permanecer inactivo, hay que considerarlo autor exactamente igual que en el supuesto en que el peligro no se basa en el delito de un tercero, sino en un accidente o similar». Análogamente, KIELWEIN [48] hace depender la autoría del omitente de que «haya llegado a sus manos el curso causal puesto en marcha, bien sea por un tercero, dolosa o imprudentemente, bien sea por sucesos naturales. Tal es el caso desde el momento en que la producción del resultado penal depende en exclusiva de la conducta del garante».

En la fundamentación existen diferencias entre KIELWEIN y GALLAS. Mientras que KIELWEIN atribuye expresamente el "dominio del hecho" al garante que no tiene ante sí a ningún sujeto agente [49] —calificación a la que ya nos opusimos *supra*— [50] acertadamente parte GALLAS de que «la autoría

[43] *JZ*, 1952, pp. 371-373.
[44] *GA*, 1955, pp. 25 ss.
[45] Coincidente, asimismo, NIESE, *JZ*, 1953, p. 175; FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, p. 38.
[46] *JZ*, 1960, p. 687.
[47] Ahí reside la diferencia con respecto a la doctrina antes dominante; cfr. GALLAS, *JZ*, 1960, p. 687, nota 67.
[48] *GA*, 1955, p. 227.
[49] *Op. cit.*, p. 227.
[50] Pp. 499 ss.

y la complicidad por omisión no cabe distinguirlas por el patrón del dominio del hecho». Para él, la delimitación entre autoría y participación en el hecho comisivo resulta más bien de su «equivalencia, bien sea con la autoría activa, bien sea con la complicidad activa» [51].

Prescindiendo de estas cuestiones teóricas, en principio es ciertamente correcto que el garante que es el único que aún puede evitar la lesión del bien jurídico siempre es autor cuando la víctima ha sido llevada a la situación amenazante por una persona [52]. La cuestión es por qué tiene que ser de otra manera cuando entre el garante y el resultado se interponga un tercero actuante.

GALLAS (polemizando precisamente con Armin KAUFMANN) ha reforzado recientemente esta teoría con dos argumentos:

a) En primer lugar, señala que «con la intervención activa de un tercero que actúe dolosamente se modifica el significado de que el garante permanezca inactivo. Efectivamente, en tanto que el que actúa activamente domina el curso del hecho, "obstruye" al garante que permanece inactivo el "acceso" al resultado punible: el no intervenir sólo puede adquirir significado como no cerrar el paso al sujeto agente y, por tanto, sólo como "favorecimiento negativo" de la actividad desplegada por éste».

El argumento es sugestivo, pero a fin de cuentas carece de solidez. Bien es verdad que GALLAS tiene razón frente a KAUFMANN en que al terciar el otro sujeto la situación queda modificada en cuanto que a partir de entonces la conducta del garante se puede también referir ya al dominio del hecho del agente, frente a la cual aparece únicamente como complicidad. Pero no es concluyente la afirmación de que el omitir sólo puede tenerse en cuenta ya como favorecimiento negativo al agente. Si antes era posible concederle al garante la posición de autor, a pesar de faltarle, según el propio GALLAS mantiene, el dominio del hecho, no se entiende entonces por qué ahora va a ser distinto, aun subsistiendo el deber y la posibilidad de evitar el resultado. El carácter de delito de infracción de deber del tipo omisivo no queda afectado por ello. También la responsabilidad del omitente es en ambos supuestos la misma.

Cuando GALLAS prescinde de estas concordancias estructurales y valorativas y en su lugar compara al garante con el autor por comisión, la "falta de equivalencia" que advierte sólo puede basarse en el merecimiento de pena, a menudo menor [53]. Pero ésta —como el propio GALLAS concede— [54]

[51] Cfr. *JZ*, 1960, p. 686, nota 56; asimismo, en el texto p. 686, columna derecha.
[52] Cfr. al respecto KIELWEIN, *GA*, 55, p. 227, con certeros ejemplos; Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 296; GRÜNWALD, *GA*, 59, p. 115; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., pp. 35 y 36.
[53] Cfr. al respecto en seguida *infra*, pp. 537 ss.
[54] *JZ*, 1960, p. 687, nota 70.

obedece a que «el omitir, en general [55], se siente menos merecedor de pena que el hacer positivo». De ajustarse esta idea a las omisiones en general no puede servir al mismo tiempo para hacer aparecer el permanecer inactivo ora como autoría, ora como complicidad.

b) Las diferencias en la cualidad del propio omitir, que hasta ahora no se ha acertado a señalar, sin embargo intenta GALLAS demostrarlas con una segunda consideración. Así, halla «la justificación de estimar la punición más grave ligada a la autoría» en que «la intervención directamente salvadora, al menos *en general,* plantea menores exigencias al garante que la superación de una voluntad de actuar contraria» [56].

Pero tales enunciados "generales", como Armin KAUFMANN [57] ha expuesto convincentemente, no es posible hacerlos. «Por ejemplo, es más fácil para un socorrista evitar a gritos que un joven empuje al agua a quien no sabe nadar que después salvarlo cuando se está ahogando.» Sobre todo, no hay que imaginarse en tales casos al autor activo como si, armado con un revólver, pudiera ahuyentar o poner en serio peligro al garante dispuesto a socorrer, puesto que la punición por omitir presupone desde luego en todo caso que el obligado pudiera evitar el resultado con seguridad [58] y que intervenir asimismo le era exigible, lo que no se daría de estar amenazada su propia vida. Pero continuar distinguiendo, en el ámbito de lo posible y de lo exigible, conforme a los criterios de "más fácil" y "más difícil", me parece inviable, porque tales graduaciones también son posibles en la "autoría única" por omisión, sin que tenga efectos jurídico-penales [59]. Así, por lo general, será más fácil evitar que un niño caiga al agua que salvarlo de una casa en llamas. Y no obstante, el garante, concurriendo los requisitos de la punibilidad, es en ambos casos autor.

c) Las dos razones aducidas por GALLAS para demostrar su teoría no son, pues, incontrovertibles. Además, otras consideraciones hablan en contra de su delimitación.

Una primera objeción resulta de que ésta conduce a resultados aleatorios. Si un sujeto ha de garantizar la vida de una persona y no hace nada por evitar que un tercero le dispare, se le castigará por complicidad en el asesinato o en el homicidio. Pero si el tercero se decide, fortuitamente, por empujar a su víctima al agua para que se ahogue, de repente el garante asciende a autor sólo porque después hubiera podido rescatar del agua al afectado.

Ahora bien, cabría sustentar que si un sujeto concibe la resolución delictiva de dejar morir a una persona confiada a su cargo, queda comprendido como

[55] En cursiva en el original.
[56] *JZ,* 1960, p. 687.
[57] *Unterlassungsdelikte,* pp. 296 y 297.
[58] Cfr. al respecto *supra,* p. 527.
[59] Cfr., con respecto a estas cuestiones en general, ya *supra,* pp. 501-502.

consecuencia del plan que no está dispuesto a salvarla ni al final ni al principio. En todo caso, no se entiende por qué el perseverar en un plan concebido en su momento va a fundamentar un marco penal más grave. En el supuesto especial de no evitar el suicidio ajeno, el propio GALLAS habla de "dilema" y ha abandonado a este respecto su teoría, debido a sus resultados "absurdos" [60].

Otra dificultad más la ha desvelado GRÜNWALD [61]. Dado que la complicidad intentada no es punible, tendría que quedar impune «el padre que no se apresura a socorrer a su hijo si supone erróneamente que lo están asesinando» [62], mientras que se le impondría pena de prisión por asesinato intentado si ha supuesto equivocadamente que ha sufrido un accidente, resultado tan inevitable como insostenible frente al que GALLAS no puede acallar sus "reparos" [63]. Naturalmente, tampoco GRÜNWALD lo tiene tan fácil para fundamentar la punibilidad del padre en estos supuestos, pues si la cooperación por omisión no es autoría ni participación, sino una forma de participación *sui generis*, "con menos peso que la propia complicidad" [64], entonces no cabe explicar cómo, a falta de anclaje legal, se va a fundamentar la punibilidad de esta tentativa de participación. En cambio, partiendo de la teoría que aquí se propugna, de que se trata de genuina autoría, se comprende por sí sola la punibilidad de la conducta, de cuyo merecimiento de pena nadie duda.

Reuniendo todas estas razones, me parece que ha quedado patente que la concepción mantenida por GALLAS y KIELWEIN no es correcta; contiene un punto de partida atinado, pero yerra el blanco tan de lejos por un lado como la teoría de KAUFMANN por el otro lado. En un caso (KAUFMANN) se contempla la conducta del omitente exclusivamente en su autonomía; en otro (GALLAS y KIELWEIN), simplemente en su relación con el sujeto agente, mientras que en realidad sólo ambos enfoques juntos dan cabal cuenta de la situación: el que omite, incumpliendo su deber, es la figura central del tipo prescriptivo de garante y al mismo tiempo figura periférica con respecto al delito comisivo del sujeto agente que tercia.

d) De todos modos, aún tenemos que polemizar con otra objeción en contrario que, a pesar de todos los aspectos insostenibles que hemos puesto de manifiesto, podría hace aparecer como inevitable estimar que, concurriendo comisión y omisión, el omitente es siempre sólo cómplice del agente. Así, si se parte, con nuestra teoría, de que existiendo un tipo correspondiente de omisión la mera infracción de deber por parte del garante le convierte

[60] *JZ,* 1960, p. 689; cfr. *supra,* pp. 511-513.
[61] *GA,* 1959, pp. 116-119; enlazando con él, asimismo, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* pp. 293 y 294.
[62] *Op. cit.,* p. 116.
[63] *JZ,* 1960, p. 687, nota 69 *in fine*.
[64] *Op. cit.,* p. 113.

en autor por omisión, esto parece contradecir que se condene por complicidad activa al obligado.

Por ilustrarlo con un ejemplo: si el padre extramatrimonial mata a su hijo y la madre le aconseja al respecto, el padre es autor y la madre cómplice de homicidio. Pero si la madre prescinde de dar consejos y se comporta de modo completamente pasivo —lo que desde luego merece una condena inferior—, es autora por omisión, decayendo la posibilidad de atenuación de la pena prevista en el § 49 StGB. O bien, por permanecer en el auxilio activo: el cómplice, en tanto que tiene deber y posibilidad de evitar el resultado, tendría que sujetarse a los baremos de la autoría por omisión; así, en los supuestos de garantes, la complicidad activa quedaría desplazada y convertida en ilusoria en la práctica, lo que no encuentra puntos de apoyo en la ley y se opone al peso criminal relativo de hacer y omitir. No cabría hacer entender que una conducta con menos peso delictivo (el mero no hacer nada) se condenara con más gravedad que un actuar lesivo de bienes jurídicos.

La dificultad que aquí se plantea no ha sido hasta ahora objeto de la atención que merece. Con todo, es evidente que la teoría tan difundida de que al terciar un autor por comisión sólo ha de estimarse complicidad por omisión, podría verse apoyada con puntos de vista de esta índole, a pesar de todos los defectos que la aquejan. Naturalmente hay otra vía para domeñar la problemática: en lugar de degradar a cómplice al autor por omisión, concitando otras consecuencias absurdas mediante esta destrucción del concepto de autor, se podría, a la inversa, ascender al que apoya activamente a autor por comisión, eliminando así las incoherencias.

De este método se sirven, si bien de modo limitado y distinto en ambos, SCHRÖDER y MAURACH. SCHRÖDER, cuya teoría se abordará más adelante con más detalle, estima por lo general, coincidiendo con nuestra concepción, que el que omite, incumpliendo su deber, es autor, aun cuando otro haya realizado el tipo comisivo [65]. Prosiguiendo, establece que de esta postura se deriva «asimismo que también en caso de apoyo a un hacer en tal sentido mediante obrar positivo, aquel a quien incumbe un deber de protección o de cuidado para con el bien jurídico lesionado no puede intervenir en este delito a título de complicidad, sino sólo a título de autoría» [66]. Una teoría semejante, ya expuesta *supra* [67], la defiende MAURACH con respecto al suicidio: como estima que el deber de preservar a otro de daño incluye el mandato general de evitar el suicidio, castiga como homicidio a toda cooperación activa con el suicida, aunque éste obre libremente [68].

[65] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., observación previa VI, 8, a, ante § 1, p. 36.
[66] *Op. cit.*; asimismo, § 47, III, p. 232.
[67] Pp. 513-514.
[68] Cfr. MAURACH, *BT*, 3.ª ed., p. 18.

Sin embargo, estas teorías, aunque evitan la incoherencia de que se castigue más gravemente la omisión que el hacer positivo, no satisfacen. En primer lugar, colisionan (al igual que admitiendo en general la complicidad por omisión se abandona el concepto de autor de los delitos de omisión) con el concepto general de autor de los delitos comisivos. Entonces, autor de homicidio por comisión ya no es (o ya no sólo es) aquel que tiene el dominio del hecho, sino todo aquel que, de no haber tomado parte activa, habría tenido que responder por hecho omisivo. El «envolvimiento de la teoría de la participación desde el delito omisivo» que aduce GRÜNWALD [69] quedaría culminado y descartaría toda inducción y complicidad.

Pues bien, cabría asumir resignadamente una teoría así siempre que comportase resultados convincentes en el aspecto material. Pero ocurre al contrario. La "no equivalencia" que GALLAS advertía en la relación entre el omitente y el autor por comisión se basa en general, como ya se hizo patente *supra* [70], en que es injusto condenar por el marco íntegro de la autoría por comisión a quien simplemente no ha desplegado la energía necesaria para tomar la decisión de actuar. Pero si, como propugna la concepción de SCHRÖDER y MAURACH, en lugar de atenuar la pena por omisión se excluye suplementariamente a la complicidad activa de la posibilidad de atenuación, se supera un error con otro mayor, yendo a parar —permítaseme la expresión— de la sartén a las brasas.

Así pues, esta "salida" *(Ausweg)* es un camino equivocado *(Irrweg)*. Que la omisión *ceteris paribus* tiene menor gravedad que el hecho comisivo se reconoce hoy tan en general que no hace falta repetir aquí las razones en su favor [71]. En todo caso, de ahí se deduce: es incorrecto materialmente establecer la equivalencia del omitir con la complicidad activa excluyendo en general para el garante la posibilidad de participación y con ella de aplicar el marco penal atenuado. Se trata de una extensión del principio del deber que, a pesar del abandono general de este criterio, aún se encuentra a veces [72].

Pero así nos encontramos de nuevo ante la pregunta de si estimar complicidad por omisión —aun cuando sea tan poco fundamentable dogmáticamente la exclusión de la autoría— no sería, en cuanto a sus resultados, una solución mejor que la nuestra, que cuando concurre un tipo omisivo (ya sean personas o fuerzas de la naturaleza las que hayan desatado la desgracia) afirma sin excepción la autoría.

Sin embargo, hoy ya no es difícil la respuesta. En efecto, sería ciertamente injusto castigar al omitente por un marco penal más elevado que al que apoya activamente. Pero esta dificultad tampoco la resuelve la opinión con-

[69] *GA*, 1959, p. 114.
[70] Pp. 535-536.
[71] Cfr., sintetizando, con más bibliografía Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 300 ss.
[72] Cfr. *supra*, p. 417.

traria, que no prevé posibilidad de atenuación para el garante que, por miedo, deja de salvar a su protegido, que ha zozobrado en la tempestad, aun cuando en este caso el omitir tenga menos peso que la complicidad activa en el homicidio. Y además comporta el despropósito de tener que aplicar marcos penales distintos en función de la clase de la fuente de peligro, aun siendo la cualidad delictiva del omitir independiente de esta circunstancia.

De ahí se deduce forzosamente que sólo cabe dar cabal cuenta de los problemas de determinación de la pena que surgen de la relación entre hacer y omitir, no mediante una teoría de la participación construida *ad hoc*, sino sólo mediante una atenuación de la pena que rija por igual para todas las manifestaciones de la omisión. Hay que admitir para todo hecho omisivo, en especial también para la autoría por omisión, ya *de lege lata* una posibilidad de disminución de la pena análoga a la prevista para la participación. Lo cual cabe fundamentarlo dogmáticamente sin problemas, con sólo dejar de lado las consideraciones criminológicas y de política jurídica. Ya GRÜNWALD [73] y KAUFMANN [74] han aducido notables aspectos en su favor. Otro argumento más se deduce directamente de nuestra teoría de la participación:

En efecto, con arreglo a ésta, como se indicó *supra* [75], existe de hecho complicidad cuando entre la omisión y el resultado se encuentra un autor por comisión. El comportamiento pasivo se presenta al mismo tiempo como complicidad en la realización del tipo comisivo y como realización en concepto de autor del tipo omisivo. De donde resulta que si se mide el omitir contrario a deber con el mismo patrón que el delito comisivo, a la medida del cual está sin duda concebido el marco penal legal, tal omitir aparece como complicidad, evidentemente sujeta a la atenuación facultativa. Si la misma conducta además ha de enjuiciarse como autoría por omisión, esta imputación tiene lugar, sobre la base de otro criterio de autoría, con arreglo a baremos distintos, que ciertamente pueden equipararse a los de la autoría por comisión en la cualidad de la desvaloración ético-social [76], pero en ningún caso en la magnitud de la culpabilidad y del merecimiento de pena individual. Más bien cabe deducir como dogmáticamente correcto (lo que es requerido por nosotros y por un amplio sector doctrinal para la medida de la pena en la omisión), de la concepción que aquí se mantiene, lo siguiente: autoría por omisión = complicidad en el delito comisivo. Por eso precisamente es desatinado en términos constructivos enjuiciar el hecho omisivo como autoría por comisión con arreglo al marco penal de ésta, pues así se equipararía lo desigual. La autoría por omisión nunca es, cuando media un sujeto

[73] *GA*, 1959, p. 113.

[74] *Unterlassungsdelikte*, pp. 302 y 303.

[75] Pp. 520-522.

[76] Cfr. al respecto, *supra*, pp. 516-518.

agente, más que la complicidad por comisión, y consiguientemente tampoco puede ser castigada de otro modo.

Dado que, como igualmente se ha indicado ya, no cabe hacer patentes diferencias valorativas de principio entre las distintas formas de omisión, lo dicho rige también cuando el omitente es "autor único", esto es, cuando deja de intervenir, incumpliendo su deber, en lugar de frente a personas, frente a fuerzas de la naturaleza. Naturalmente hay que tener en cuenta que la atenuación de la pena ha de ser facultativa y no obligatoria, pues hay aquí supuestos —como en la complicidad por comisión— que no le van en zaga, en cuanto a merecimiento de pena, a la autoría por hacer positivo.

Sobre la base de los aspectos que desarrollábamos, estos casos pueden incluso indicarse con bastante exactitud: se trata, en primer lugar, de las manifestaciones de la omisión equivalente a comisión y por tanto ajustadas también en cuanto al marco penal al hacer activo, que se agruparon *supra* [77] bajo la rúbrica del "dominio social del hecho", esto es, de los ejemplos de la madre que deja morir de hambre a su bebé y del guardavías que, al no cambiar las agujas, produce adrede una colisión de convoyes. Y en segundo lugar, se incluyen aquí los delitos de infracción de deber por comisión, en los que hacer y omitir no se distinguen en cuanto a estructura de la autoría [78], debiendo, por tanto, enjuiciarse en su marco penal con arreglo al mismo baremo: que el funcionario de prisiones posibilite la fuga de internos no cerrando con llave la puerta, o abriéndola, o de cualquier otro modo, no tiene influencia alguna en la reprochabilidad de su conducta.

A la vista de todas estas circunstancias, hay que admitir que los resultados prácticos de nuestra teoría son satisfactorios en todos los aspectos y que ésta evita las muchas incongruencias de la concepción que criticamos. La objeción en contra, de la que partíamos, debe su capacidad de impresionar al hecho de que injustificadamente sujeta la autoría por comisión y por omisión al mismo marco penal, no advirtiendo que la autoría por omisión en el plano dogmático ciertamente cabe entenderla al mismo tiempo como complicidad por comisión, pero no como autoría activa.

Consiguientemente, la concurrencia entre hacer y omitir ha de resolverse como sigue: si existe tipo de omisión y el garante permanece inactivo incumpliendo su deber, se le castiga como autor del delito omisivo con arreglo al marco penal de la complicidad, y ello incluso cuando un tercero ha realizado el tipo comisivo actuando. La complicidad en el delito comisivo, que en tales casos reside al mismo tiempo en la inactividad, queda desplazada por la autoría por omisión. De no existir tipo de omisión, el garante que no interviene responde simplemente como cómplice del autor por comisión.

[77] Pp. 502-505.

[78] Cfr. al respecto en concreto, *supra*, pp. 497 y 498-499.

Si, por el contrario, el obligado omite evitar el resultado y asimismo auxilia al autor comisivo mediante hacer positivo, con independencia de que concurra un tipo omisivo, sólo ha de responder por complicidad con el delito comisivo, pues si el garante actúa positivamente en dirección al resultado que debería evitar, esto prepondera sobre el hecho de que haya omitido; entonces, el hecho omisivo que coexiste con la complicidad activa es subsidiario. Así pues, la autoría por omisión desplaza a la complicidad por omisión en el delito comisivo, pero a su vez es desplazada por la complicidad activa con el hecho comisivo.

Todas estas consecuencias se ajustan tanto a los datos objetivos como al sentimiento jurídico imparcial. Por eso ha de reclamarse *de lege ferenda* que se prevea en la ley expresamente una atenuación facultativa de la pena para el hecho omisivo. El Proyecto de 1962 ha optado por no incluir un precepto en tal sentido, aunque en las sesiones de la Comisión numerosos penalistas así lo preconizaron. Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Proyecto se admite que en favor de la posibilidad de atenuación "pueden aducirse motivos de peso" [79].

El propósito de este trabajo veda abordar en detalle los argumentos contrarios del Proyecto. Cuando en éste se dice: «una madre que deja morir de hambre a su bebé en ocasiones cometerá un injusto más grave que aquella que lo mata indoloramente» ello es cierto, pero por los motivos ya tantas veces indicados no puede considerarse como regla de la omisión. Y resulta equivocado que se estime que la admisibilidad de la atenuación facultativa se encuentra «en contraposición llamativa con el requisito de la equivalencia del hecho omisivo».

La "equivalencia" con el hacer positivo, de la que el § 13 del Proyecto de 1962 hace depender la punición del omitir, como dice con razón la Exposición de Motivos [80], sólo puede entenderse en el sentido de que hay que demostrar si (y cuándo) una omisión «cae dentro del ámbito del injusto de la norma penal en cuestión, interpretando conforme a sentido la ley». Lo cual nada tiene que ver con la cuestión de la determinación de la pena. También la Exposición de Motivos del Proyecto lo deja entrever cuando alude a que "se puede tener en cuenta [la menor gravedad de la omisión] en la determinación de la pena, dentro del marco penal" y además que cabe estimar a veces complicidad por omisión [79].

Y sin embargo, estas dos concesiones son cuestionables metodológica y dogmáticamente, pues la teoría de la participación, como se ha expuesto en repetidas ocasiones, no es asunto de determinación individual de la pena. Y además esta solución a menudo no lleva muy lejos, puesto que el garante que por miedo no interviene ante el incendio de una casa, aun cuando le

[79] Esta cita y lo siguiente: p. 126 de la Exposición de Motivos.
[80] P. 125.

fue posible y exigible, según la actual regulación ha de ser castigado necesariamente, por el § 306 StGB, con pena de prisión, aun cuando su merecimiento de pena de ningún modo equivale a la del incendiario activo.

Si el legislador, a pesar de todo, no pudiera decidirse a introducir la posibilidad general de atenuación de la pena, en el futuro se podría condenar al autor de omisión, en el caso de que haya terciado un sujeto agente, no obstante, por el marco penal de la complicidad. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto [80] subraya expresamente que es de justicia «imponer la pena atenuada del cómplice a las omisiones mediante las que simplemente se apoya el hecho principal de otro y que no son más graves que una complicidad». Así pues, la circunstancia de que dogmáticamente se trate de una autoría nada cambia en que estos supuestos tienen que someterse materialmente al marco penal atenuado; la cuestión de cómo han de calificarse jurídicamente se sustrae desde luego a la influencia del legislador; además, el tenor literal del Proyecto nada dice al respecto.

Naturalmente puede ser dudoso si, como ha de estimarse dado el silencio actual de la ley, también el "autor único" por omisión a partir de la Exposición de Motivos del Proyecto tendría que estar sometido al marco penal atenuado. Los aspectos intolerables que se deducirían si se le equiparara en la punición al autor por comisión, afectarían simplemente al Derecho positivo y no a nuestra teoría de la participación, pues el que en este supuesto se da autoría por omisión está fuera de duda. Si el legislador le aplica una conminación penal inadecuadamente elevada, el error es suyo.

De la misma raíz provienen asimismo las diferencias valorativas que pueden surgir en la relación con la complicidad intentada y sobre las que no se ha dicho nada concluyente. Si —modificando nuestro ejemplo de partida— la madre supone erróneamente que el padre se dispone a matar al hijo extramatrimonial, y si para cuidar de que no se vea perturbado el hecho, impide que se acerquen ciertos conocidos, cierra con llave la puerta, etc., estas acciones activas son impunes como tentativas de complicidad; pero la mera inactividad estaría sujeta a pena como tentativa de omisión a título de autoría.

Que tal tratamiento parezca curioso se debe simplemente a que el legislador, al prever las conminaciones penales, no ha reducido a común denominador la omisión con la complicidad. De estar punida la complicidad intentada, desaparecería esta diferencia. En todo caso, el problema no cabe resolverlo negando de entrada la concurrencia de autoría por omisión, pues no se entiende por qué en nuestro caso la madre —aun cuando sólo le costara una palabra disuadir al padre de su hecho— tendría que quedar impune, mientras que (incluso desde el punto de vista de la doctrina contraria) tendría que ingresar en prisión si no salva a su hijo que, según cree ella, se está asfixiando con la almohada sin intervención ajena.

Una delimitación entre conducta merecedora de prisión e impune, como la que efectúa la doctrina que aquí se rechaza, sería sumamente incongruente, porque existiendo deber de evitar el resultado, razonablemente no puede representar diferencia tan fundamental que la madre tenga que salvar a su bebé, en la situación concreta, dando un grito al padre o retirando la almohada. Los despropósitos que podrían surgir, estimando en general la autoría por omisión, en la relación con la tentativa de apoyo activa, no residen, por el contrario, en la propia materia, sino únicamente en la impunidad legal de la complicidad intentada. Ya por razones metodológicas resulta que tal circunstancia no puede tener influjo alguno en la determinación de la autoría y la participación, pues los criterios de delimitación sólo pueden obtenerse, obviamente, a partir de la propia dogmática de la omisión y no a partir de las conminaciones penales legales de conductas activas totalmente independientes de ella.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que en la punibilidad de la omisión intentada, en relación con la impunidad de la complicidad por comisión intentada, a la actividad del sujeto agente no se contrapone un mero no hacer. La punibilidad del omitente no queda fundamentada por la inactividad, sino sólo por su posición de garante, mientras que esta circunstancia, en la complicidad activa, sometida al principio del dominio del hecho, no se tiene en cuenta. A la vista de todo, habrá que admitir que incluso con respecto a la complicidad intentada, la postura que aquí se mantiene ofrece la mejor solución.

4. Schröder

Schröder [81] parte en esencia —como Armin Kaufmann y nosotros— de que el garante omitente es autor también cuando tercia un sujeto actuante. «El padre que deja morir de hambre a su hijo, es autor por omisión, al igual que el padre que no impide que la madre mate al hijo de ambos» [82]. Y lo fundamenta considerando que el omitente «ha realizado aquí en su persona y en su conducta todos los requisitos de los tipos delictivos». Lo cual es cierto si —lo que no hace Schröder expresamente— se da por supuesta la existencia de tipos de omisión autónomos; en otro caso no cabe hablar de realización personal de los elementos del tipo, porque desde luego no se da la muerte de propia mano en el sentido de los delitos comisivos.

Schröder, sin embargo, más allá de los supuestos que establecíamos [83], reconoce dos excepciones más al principio de la autoría por omisión.

[81] Schönke-Schröder, 10.ª ed., ante § 1, VI, 8, pp. 35-37.
[82] *Op. cit.*, p. 36.
[83] Cfr. al respecto *supra*, pp. 516-520.

a) En primer lugar, la omisión ante una autoría por comisión se presenta sólo como complicidad cuando la posición de garante se basa en el hacer precedente. «Así pues, quien sin precauciones tiene guardado veneno es cómplice si descubre que otro ha tomado el veneno para cometer un asesinato. Quien deja colgada en la taberna la escopeta cargada es cómplice del asesino que la autiliza para matar, si tuvo la posibilidad de impedir el hecho» [84].

Schröder lo fundamenta entendiendo que el hacer precedente, efectuado con dolo (esto es, cuando el que después omite habría entregado el veneno o la escopeta al asesino, conociendo la situación), "por lo general constituiría complicidad".

En contra cabe esgrimir varias razones. En primer lugar, la indicación de Schröder no altera en nada que el omitente también aquí ha realizado "en su persona y en su conducta todos los requisitos" del tipo de omisión. Si Schröder, invocando la sentencia BGHSt 8, 393 ss., siempre estima autoría en casos así, aquí no puede proceder de otro modo.

Asimismo, es inexacta la comparación con el hacer doloso, pues si se pune al garante no es desde luego por su hacer precedente no doloso (que ni siquiera constituye complicidad, quedando impune), sino por su posterior inactividad contraria a deber. Cierto que ésta, en caso de deber de evitar el resultado basado en injerencia, casi nunca será más merecedora de punición que la complicidad activa —en esto hay que darle la razón a Schröder—, pero también hay que tener en cuenta que el marco penal de la omisión en general se rebaja ajustándolo al de la complicidad [85].

Pero ello nada tiene que ver con la delimitación entre autoría y participación, ya porque el omitente, en el supuesto de injerencia, faltando un autor comisivo, no es más merecedor de pena y, sin embargo, sigue siendo autor. No es evidente, ni mucho menos, que aquel que en el ejemplo de Schröder ha dejado descuidadamente guardado el veneno sea menos merecedor de punición cuando deliberadamente no impide que el asesino lo eche al café de la víctima que cuando deja que una persona lo tome por error, sin mediación de tercero.

b) La segunda excepción de Schröder se refiere a los supuestos en los que «el omitente no está obligado para con el bien jurídico protegido, sino que tiene la responsabilidad» de que personas de su esfera de influencia no cometan delitos [86]. Se está pensando en situaciones como la de un cónyuge que no interviene para impedir que el otro perpetre un aborto en el domicilio conyugal u oculte bienes receptados. Aquí, por lo general, sólo habrá que estimar complicidad en el delito del sujeto agente; sin embargo, existiendo "acuerdo bilateral" se dará coautoría.

[84] *Op. cit.*, p. 36, apdo. *b)*.
[85] Cfr. al respecto pp. 537 ss.; asimismo, Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, p. 297, nota 207.
[86] *Op. cit.*, p. 37, apdo. *c)*.

SCHRÖDER no aduce fundamentación propia para el tratamiento especial de este grupo de casos. Su consideración de que aquí no se da obligación para con el bien jurídico protegido debería excluir la punición del omitente, pues la vulneración de un mero deber de vigilancia a lo sumo podría quedar abarcada por una norma a imagen y semejanza del § 143 StGB (descuido del deber de vigilancia de menores que habría evitado el delito de éstos), lo que aquí falta. Si en cambio se atribuye al omitente un deber de evitar el resultado (y éste es en tales casos requisito tanto de la autoría como de la participación), no es posible, como hace SCHRÖDER, negar al mismo tiempo la obligación para con el bien jurídico protegido [87].

c) Las distinciones de SCHRÖDER entre aquellas posiciones de garante que siempre comportan la autoría y aquellas otras que sólo fundamentan complicidad por omisión, tienen su causa última en la acertada idea de que no es pertinente someter la omisión a otro marco penal que al de la complicidad activa. Pero este objetivo no lo persigue SCHRÖDER por medio de una atenuación general de la pena para la omisión, sino por otro procedimiento. Divide las posiciones de garante en dos grupos: en uno —que eleva a regla— todo omitente es autor, con la consecuencia de que también el que apoya activamente asciende a autor del delito comisivo, de manera que resultan equivalentes las conminaciones penales [88]. En el otro —que considera una excepción— el omitente, en tanto que hay autor comisivo doloso, no pasa de cómplice, mientras que al mismo tiempo el garante que apoya activamente sólo responde por complicidad, de manera que también aquí coinciden los marcos penales.

La argumentación mediante la cual se distingue aquí entre autoría y participación del omitente no queda muy lejos del círculo vicioso. Cuando SCHRÖDER, por ejemplo, califica como autor por omisión al padre que no impide que la madre mate al hijo de ambos, deduciendo que incluso un padre que auxilie aunque sea de manera insignificante tendría que ser autor por comisión, con la misma coherencia formal podría proceder a la inversa, diciendo que, dado que un padre que, sin dominio del hecho o sin voluntad de autor, apoya a la madre, únicamente es cómplice, el mero omitir, con más razón, no puede ser sino complicidad. Igualmente, en la injerencia, en lugar de complicidad del omitente, del hecho de que el hacer doloso precedente sólo habría fundamentado complicidad activa, se podría en sentido contrario deducir que el auxilio positivo es autoría porque el omitir subsiguiente comportaría igualmente la pena de autor (lo que, dada la posterior posibilidad de evitar el resultado, desde luego excluiría prácticamente la complicidad).

[87] Cfr. también Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* p. 297, nota 207: «A mi juicio, también en estos casos existe el deber de garante para con el bien jurídico protegido, sea cual sea la base de la que surja la posición de garante.» Como aquí en esto, asimismo, GALLAS, *JZ,* 1960, p. 687, nota 66.

[88] Cfr. al respecto *infra,* 3.º; *supra,* pp. 537-539.

Obviamente, la distinción entre posiciones de garante fundamentadoras de autoría y de complicidad podría estar justificada materialmente si cupiera hacer ver los motivos de la diferencia valorativa material entre deberes de evitar. Esta cuestión requiere aún debatirse (*infra* 5).

5. Intentos de graduación de las posiciones de garante (GALLAS, SCHRÖDER)

Otra posibilidad de delimitar objetivamente autoría y participación en las omisiones podría consistir en asignar distinta jerarquía a las posiciones de garante dependiendo de su fundamentación, de manera que, por ejemplo, el deber de evitar el resultado basado en una estrecha comunidad vital siempre convertiría en autor al omitente, mientras que la injerencia o la posición de garante contractual, de concurrir con otra autoría por comisión, comportaría estimar sólo complicidad.

Una teoría elaborada de esta suerte no existe hasta ahora; no obstante, se encuentran en la bibliografía diversos planteamientos en esta dirección que merecen valorarse al menos brevemente. Así, por ejemplo, GALLAS, al objeto de "mitigar" los reparos que contra su concepción «se han deducido de la impunidad de la tentativa de complicidad», reflexiona acerca de «si en ciertos casos de dependencia extrema de la víctima con respecto a la posición de protección del garante (relación paterno-filial), no habrá que enjuiciar el hecho de que éste permanezca inactivo, ante la actividad del sujeto agente, como conducta equivalente a la de autoría» [89]. SCHRÖDER propugna, como se deduce del contexto de su teoría tratada *supra*, que los deberes de evitar el resultado derivados del hacer precedente o de la esfera de influencia del omitente quedan relegados por los supuestos de "deber de protección frente a un objeto determinado". Las posiciones de garante del primer género fundamentan por lo general, según su postura, dada la simultánea autoría por comisión de un tercero, sólo complicidad por omisión; las del segundo género comportan sin excepción la autoría por omisión.

Sin embargo, tales distinciones han de rechazarse. Lo cual se deduce en primer lugar del hecho de que para clasificar jerárquicamente los deberes de evitar el resultado en aquellos que fundamentan autoría y los que fundamentan complicidad no se encuentra punto de apoyo alguno en la ley. Asimismo, resulta cuestionable sistemáticamente distinguir entre posiciones de garante "primarias" y "secundarias", pues *de iure* a evitar un resultado uno sólo puede estar o bien obligado o bien no obligado, no pudiéndose establecer diferencias entre un "más" y un "menos". Además, tampoco se entendería por qué las posiciones de garante de rango inferior, al faltar un tercero agente, de repente vuelven a comportar la autoría.

[89] *JZ,* 1960, p. 687, nota 69.

Las dificultades residen, en definitiva, en lo equivocado del punto de partida. Se trata aquí del intento —que ya en los delitos comisivos inducía a error [90] y que en la omisión aparece con especial frecuencia— de convertir en fundamento de la doctrina de la autoría consideraciones sobre determinación de la pena. En el ámbito de la omisión, como en los demás, ello no es posible porque no cabe hacer declaraciones generalizables acerca de la magnitud de la culpabilidad del caso concreto (y que asimismo nada tienen que ver con la teoría de la participación circunscrita al injusto): quien está obligado a evitar el resultado debido a su hacer precedente puede en concreto merecer una pena más grave que aquel que no evita que se produzca una lesión de bien jurídico en una persona allegada. Al margen de lo cual la problemática del marco penal ha de decidirse materialmente de otro modo (a saber, en el sentido de la posibilidad general de atenuación).

§ 39. INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD RELATIVAS AL HECHO OMISIVO

I. ¿EXCLUYE LA FALTA DE DOLO DE OMITIR LA POSIBILIDAD DE INDUCCIÓN A OMITIR?

Hasta muy recientemente jamás se ha discutido que fuera posible la inducción al hecho omisivo de acuerdo con las reglas generales de la teoría de la participación (esto es, paralelamente a los principios válidos para los delitos comisivos). Se pensaba en situaciones en que un sujeto determinaba que se abstuviera de intervenir la persona dispuesta a auxiliar y obligada a hacerlo en virtud de su posición de garante o del § 330c StGB (omisión de socorro). Parecía evidente que el instigador podía y debía ser castigado como inductor, bien sea al delito de omisión propia, bien al del § 330c.

Esta seguridad ha quedado perturbada recientemente por los estudios de KAUFMANN sobre la problemática de la omisión, a cuyos resultados se ha sumado WELZEL [1]. KAUFMANN propone la atrevida tesis siguiente [2]: «La inducción a omitir es inconcebible». Con una sola frase intenta rebatir la opinión contraria diciendo [2]: «... como no existe el "dolo de omitir", no puede realizarse tampoco el elemento esencial de la inducción, esto es, el suscitar la decisión del hecho».

Naturalmente, esta frase está respaldada por todo un libro. Para comprender lo que aquí se expresa lacónicamente hace falta al menos esbozar telegráficamente su razonamiento:

La inducción presupone provocar la resolución del hecho. La realización del hecho requiere dolo. Dolo equivale a finalidad. La finalidad consiste

[90] Cfr. al respecto, en cuanto a los principios, *supra*, pp. 47 ss.

[1] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 182.

[2] *Unterlassungsdelikte*, p. 191.

en la dirección de un curso causal. El omitente no es causal del resultado. Así pues, tampoco puede dirigir un curso causal, o sea, no puede actuar finalmente. Como no hay finalidad de la omisión, tampoco puede existir dolo de omisión. Si el omitente no puede obrar dolosamente tampoco puede adoptar resolución del hecho alguna. Donde no es posible ninguna resolución del hecho tampoco cabe provocarla. Luego la inducción a omitir es inconcebible.

Las tesis de KAUFMANN se basan, pues, en lo esencial, en su negación del dolo de omitir. Y tiene a buen seguro razón en la medida en que en el autor por omisión no cabe hablar de "dirección del curso causal". Si no obstante se pretende reconocer "dolo" de omisión, hay que desligar este concepto de su conexión a la finalidad comisiva y hacer que baste la "omisión consciente", cuya posibilidad KAUFMANN no niega [3]. Ciertamente, KAUFMANN no considera factible esta vía; no sólo porque, como finalista, cree no poder renunciar a la "supradeterminación del curso causal" como elemento esencial del dolo, sino ante todo porque mantiene con énfasis la opinión de que también basta la "omisión inconsciente" para castigar al garante por el marco penal del delito doloso de comisión [4]: «Aquel que, a la vista de una desgracia, ni siquiera para mientes en si (y cómo) puede socorrer, omite "inconscientemente" justo porque las consecuencias de la desgracia le son indiferentes o incluso deseadas» [5]. No procede privilegiarle con respecto a aquel que al menos ha sopesado la posibilidad de salvación y la ha desatendido, pues privilegiarlo "comportaría premiar al insensible o indiferente" [6].

Obviamente este último argumento carece de fuerza probatoria en los supuestos de inducción que nos ocupan, puesto que si se determina a la persona dispuesta a socorrer para que abandone el plan de salvación, éste omite siempre, necesariamente, de modo consciente. Así pues, tampoco tendría que haber "inducción a la omisión inconsciente" de tratar a ésta igual que una inactividad consciente.

Subsiste, pues, la cuestión de si (y, en su caso, cuándo) puede considerarse dolosa la "omisión consciente". Esclarecerla requeriría un análisis del concepto de dolo que sobrepasaría el marco de nuestro tema [7]. Pero ello tampoco hace falta, pues, a mi juicio, en la demostración de KAUFMANN se halla una incoherencia que priva de base a su tesis de que es "inconcebible" la inducción a omitir.

[3] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, pp. 79 y 80.

[4] *Op. cit.*, pp. 110-127, y *passim*.

[5] *Op. cit.*, p. 116.

[6] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 181; en el mismo sentido, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 112.

[7] Cfr. las primeras tomas de posición de ENGISCH, *JZ*, 1962, p. 190; HARDWIG, *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 27 ss.; asimismo, mi artículo «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 515 ss. (530).

Negando el dolo de omitir, sería evidente argumentar así: la punición por el § 212 StGB (homicidio) requiere indudablemente el dolo del autor. El omitente, aun cuando conscientemente no evite el resultado como garante, no puede obrar dolosamente. Así pues, tampoco se le puede castigar. KAUFMANN, sin embargo, no extrae esta conclusión. Más bien aplica el marco penal del dolo también a la omisión, sustituyendo el dolo por otros criterios ajustados a la peculiaridad estructural de la omisión.

De aprobar este proceder —y de otro modo, según las premisas de KAUFMANN, no es posible fundamentar la condena de las omisiones impropias por el marco penal de los delitos dolosos—, de entrada no cabe referir la inducción a una autoría estructurada de modo distinto que la de los delitos comisivos. No se puede considerar superfluo el dolo en la autoría por omisión, pero cuando se trata de la inducción a tal conducta presuponerlo como algo imprescindible. La idea directriz de KAUFMANN de que la inducción requiere una "resolución del hecho" (lo que para él significa: dolo de cometer) en el fondo no es sino una *petitio principii*. Afirma precisamente lo que habría que explicar, algo para lo que tampoco aporta a continuación fundamento probatorio alguno. Si anticipadamente se define el concepto de inducción de manera que sólo se ajuste a los delitos comisivos, luego no se puede estimar su inaplicabilidad a la omisión como prueba de que la inducción no es posible aquí. En definitiva, se trata del siguiente argumento: «La inducción a omitir no es concebible porque sólo hay inducción al hecho comisivo.»

Más bien haría falta fundamentar autónomamente por qué la inducción requiere ineludiblemente dolo de cometer en el autor. En realidad, no cabe evidenciar este principio. Lo cual se deriva de una serie de consideraciones:

En primer lugar, la ley, en la definición de inducción del § 48 StGB, habla sólo de que el inductor tiene que haber "determinado" a otro a una acción conminada con pena. El concepto de "acción conminada con pena" abarca también las omisiones. Y ¿por qué no va a poder uno ser determinado a omitir? Si un sujeto se dispone a auxiliar a un accidentado y otro le disuade, éste lo ha "determinado" a una conducta que se presenta como hecho omisivo. Ni el tenor literal de la ley, ni el lenguaje cotidiano, ni la sustancia del acontecer impiden hablar aquí de "inducción a omitir".

Pues bien, KAUFMANN ciertamente esgrime que no se trata de un "inducir", sino de un "disuadir" de cumplir el mandato [8]. Con este criterio del "disuadir", esto es, de impedir la resolución del hecho o de hacer que se desista de ella, el suceso está descrito de forma absolutamente exacta. Pero no por ello queda descartada la "inducción a omitir"; antes al contrario: únicamente cabe determinar a alguien a una inactividad determinándolo al mismo tiempo a abstenerse de una acción posible.

[8] *Unterlassungsdelikte*, pp. 191-195 (191).

Tampoco una eventual "esencia" de la inducción, dada para el legislador, impide la aplicación de este concepto a la omisión. Ciertamente también la figura jurídica de la "inducción" tiene un núcleo conceptual inmutable; presupone en todas sus manifestaciones que el inductor, sin ser autor, haya determinado, por la vía del influjo psíquico, a una conducta penalmente relevante. Este requisito mínimo conceptual se realiza en la inducción a omitir; al igual que, por ejemplo, la inducción al hecho no doloso queda cubierta con esta fórmula en los delitos de infracción de deber.

Si, dando un paso más, se hace requisito irrenunciable de la inducción el que se provoque en el autor dolo de cometer, ahí (al margen de que falta fundamentación para tal tesis) residiría un desconocimiento de la singularidad estructural del concepto de partícipe: inducción y complicidad son de naturaleza "secundaria" [9], esto es, jurídicamente sólo pueden surgir en el espacio no acotado ya por el concepto "primario" de autor. Lo cual rige no sólo en el sentido "negativo" ya debatido *supra*, conforme al cual participación sólo puede ser lo que *no* realiza el criterio de la autoría; más bien la autoría tiene para la participación también un significado positivo-constructivo en la medida en que establece aquello a lo que tienen que referirse inducción y complicidad. La clase de la conducta a la que en la inducción tiene que instigarse al autor se determina con arreglo al respectivo concepto de autor; no es que, a la inversa, un concepto de inductor preconcebido decida sobre qué cualidad haya de tener una autoría para poder ser objeto de participación. Por consiguiente, también en los delitos comisivos inducción y complicidad muestran una impronta cambiante, ajustada al respectivo concepto de autor en los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano: así, la coacción en los términos del § 52 StGB, que por lo general comportaría autoría mediata, en los delitos de propia mano y de infracción de deber fundamenta simplemente inducción [10]; determinar a un hacer no doloso representa inducción en los delitos de infracción de deber, mientras que en los delitos de dominio por lo general autoría mediata y en los delitos de propia mano es impune [11]. Pues bien, al igual que aquí las manifestaciones de la participación quedan fijadas por medio del concepto de autor, también ocurre así en los hechos omisivos: sólo disuadir de cumplir el mandato, esto es, determinar a permanecer inactivo, aparece como forma genuina de inducción. La provocación de una decisión del hecho, en el sentido de los delitos comisivos, que en vano busca KAUFMANN, de entrada no se ajustaría al concepto de inducción aquí aplicable.

Así pues, llegamos al resultado de que, aun cuando no hubiera dolo de omitir, esta circunstancia en ningún caso excluiría la posibilidad de inducción a omitir.

[9] Cfr. la problemática relacionada con ello, pp. 295 ss. y 397 ss. (401).
[10] Pp. 460 ss., 394-396 y 401.
[11] Cfr. pp. 454 ss. y 396 ss.

II. ¿SE OPONEN CONSIDERACIONES DE JUSTICIA MATERIAL Y DE MERECIMIENTO DE PENA A ESTIMAR INDUCCIÓN A OMITIR?

No obstante, KAUFMANN intenta demostrar que la solución obtenida por vía constructiva es también la única razonable a la vista de numerosos ejemplos prácticos [12] y la que garantiza una aplicación uniforme del Derecho. Al respecto aduce varias consideraciones:

1. ¿Resultados aleatorios?

KAUFMANN construye algunos supuestos que, en cuanto a sus resultados, llevarían *ad absurdum* la idea de la inducción a omitir. «Tras un accidente, R se dispone a socorrer al accidentado. G, entregando a R un billete de cien marcos, determina que éste siga su camino» [13]. Pregunta KAUFMANN: «¿Puede ser acertado, en función de que la persona dispuesta a auxiliar, sea garante o simplemente obligado a socorrer por el § 330c StGB, aplicar a G este o aquel marco penal?» [14]. Otro ejemplo ilustraría con más nitidez lo aleatorio de los resultados: «R ha conseguido con gran esfuerzo para su pariente X, gravemente enfermo, sin que éste lo sepa, un medicamento, el único que puede ser eficaz.» Cuando se dirige a buscar a X, encuentra a K, «que, tirando de talonario y extendiendo un cheque de más de mil marcos, disuade a R de que le lleve la ampolla salvadora a X» [13]. Como ni R ni K están obligados a actuar, K indujo a una conducta atípica y debería quedar impune, entiende KAUFMANN, resultado que considera "inaceptable" [14].

Él, que rechaza la inducción en los tres supuestos, no quiere dejar impune al sujeto de detrás. Más bien propugna —tanto si el omitente responde por el § 330c StGB, o como garante, o como si no responde— castigar a quien da el dinero como autor mediato de asesinato o de homicidio por comisión. Esta postura, que requiere revisión crítica desde la perspectiva del concepto de autor, se tratará más adelante (*infra* III). Aquí interesa, de momento, averiguar si estimar inducción comporta realmente resultados insoportablemente injustos.

Comencemos con el útlimo ejemplo, el más clamoroso. Aquí habría que plantear en primer lugar la cuestión de si no habría que considerar a R como obligado a actuar por el § 330c StGB. Obtener el medicamento puede haber sido originariamente tan difícil que ello no hubiera sido exigible; pero

[12] *Unterlassungsdelikte*, pp. 195 ss.
[13] *Op. cit.*, p. 196.
[14] *Op. cit.*, p. 197.

una vez que lo tiene en sus manos, el auxilio es, sin embargo, fácilmente posible y desde luego ya no inexigible. Si al no entregarlo, la enfermedad se agrava, tal evolución, no susceptible de remedio por otra vía, habrá que considerarla como "accidente" *(Unglücksfall)* [15], pudiéndose castigar a K por inducción al § 330c.

Sin embargo, ésta es una cuestión fáctica. Supongamos, pues, que la enfermedad de K no corre peligro de agravarse súbitamente. Entonces el sujeto de detrás no es responsable penal. Y al contrario que KAUFMANN, entiendo que este resultado es correcto, puesto que en otro caso habría que castigar como autor de lesiones a todo aquel que disuade a otro de curar a un enfermo, aunque la persona dispuesta a curar no estuviera obligada a lo que constituye un favor. Esta objeción rige asimismo en general: no es aceptable que acabe en prisión quien instiga a otro a una conducta acaso moralmente censurable, pero no prohibida penalmente, mientras que el instigado, que mantiene en sus manos la decisión sobre si actúa, a pesar de su motivación reprobable, indiscutiblemente quede impune. Ni la lógica ni el sentimiento jurídico hablan, a mi juicio, en favor de que la instigación a una conducta impune tenga que ser punible; es más, cabe aducir numerosas razones en contra, que se analizarán *infra* [16].

Así pues, sólo queda la diferencia de marco penal entre el § 330c y el delito de omisión impropia, que ciertamente es inevitable *de lege lata*, pero que se justifica por el evidente principio de que la inducción sólo puede punirse por la medida de la autoría. Ciertamente KAUFMANN esgrime: «Que no se objete que tal es la situación de la participación, pues precisamente se trata de determinar si estamos o no hablando de participación» [17]. Sin embargo, esta réplica anticipada a su vez no es concluyente, puesto que si, en contra de estimar inducción, se pretende derivar objeciones de las consecuencias de la esencia de su accesoriedad, en todos los delitos habría que excluir la participación y en su lugar preconizar que concurre autoría.

Sin embargo, al margen de ello tampoco es materialmente injusto que el instigador tenga que ser castigado ora por el marco penal del § 330c, ora por el del delito de omisión impropia. En efecto, si el legislador parte de que omitir salvar muestra un contenido de injusto mayor o menor en función de la persona que permanezca inactiva, otro tanto debe predicarse de la inducción a tal hecho. Si se instiga a un padre a dejar que se ahogue su hijo, ciertamente esto es, según los baremos valorativos del legislador,

[15] Cfr. *BGHSt*, 6, 148, 155 (152 ss.), donde se señala que «lo repentino e inesperado no [ha de] interpretarse de manera excesivamente estricta». En enfermedades, basta que ésta tome un "cariz de rápido empeoramiento", lo que cabe estimar sin más en caso de peligro agudo y cuando fracasan otras posibilidades de auxilio.
[16] Cfr. al respecto pp. 520-521 ss. y 521 ss.
[17] *Unterlassungsdelikte*, p. 197.

más merecedor de pena que si se anima a seguir su camino a un desconocido que pasaba por casualidad por el lugar del accidente.

En un aspecto puede que quede parte de injusticia (lo que, por lo demás, cabrá decir con más motivo contra la solución de KAUFMANN): el inductor al delito de omisión impropia responde por el marco penal del garante, aun cuando a él no le incumbe el deber fundamentador de la pena. Sin embargo, ésta no es ninguna peculiaridad de la inducción a omitir, sino que ocurre en todos los delitos de infracción de deber. Así, la diferencia de los marcos penales en los delitos propios e impropios de funcionarios siempre ha estado sujeta a objeciones. El § 33.1 del Proyecto de 1962, que en los elementos de la autoría personales fundamentadores de pena prevé atenuación de la pena para los partícipes, surtiría efecto también sobre la inducción a omitir. La diferencia en la magnitud de la pena que sigue habiendo frente a la inducción al § 330c está completamente justificada por la distinta gravedad del contenido de desvalor ético-social.

Por eso no cabe admitir que, reconociendo la inducción a omitir, como consecuencia se produzcan resultados fortuitos incongruentes.

2. ¿Es la inducción en los delitos omisivos relativamente más merecedora de pena que en los hechos comisivos?

a) La afinidad entre la inducción y la "disuasión", la única que cabe en los delitos omisivos, es simplemente externa, opina KAUFMANN [18]: «Para la inducción es esencial precisamente que tras tener éxito, tras suscitar la resolución del hecho, el autor inducido tiene que mantener su dolo y renovarlo constantemente... El inducido mantiene en sus manos si realiza o no la resolución... En la disuasión es distinto: la disuasión de cumplir el mandato sólo tiene éxito... cuando, en el instante decisivo en que la acción habría tenido que producirse, no se dio la decisión del hecho. A partir de ese instante ya no hay vuelta atrás —ni avance posible— para el omitente.»

Sin embargo, frente a la opinión de KAUFMANN, su comparación habla más bien en favor que en contra de la semejanza de ambas formas de inducir. De ocurrir efectivamente que el autor por comisión inducido mantenga el suceso en sus manos hasta la consumación, mientras que para el omitente, después de que lo hayan determinado a permanecer inactivo, ya no hubiera vuelta atrás, en el segundo caso el inductor se enfrentaría seguramente a una responsabilidad mayor. Pero no es así, sino que el omitente también decide, mucho después de que se le haya instigado, sobre su hecho libre y autónomamente en la medida en que aún le es posible evitar el resultado;

[18] *Op. cit.*, p. 193.

exactamente igual que si se hubiera decidido al hecho *motu proprio*. La inducción no le reduce en absoluto su margen de decisión.

Si KAUFMANN llega a otro resultado es porque emplea el concepto de "tener éxito" con distinto significado. La inducción a cometer, según sus propias palabras, ha tenido éxito al "suscitar la resolución del hecho"; a ello correspondería calificar de "exitosa" la inducción a omitir cuando el instigado se manifiesta dispuesto a permanecer inactivo. En este instante, sin embargo, el omitente aún puede decidirse en otra dirección. En lugar de ello, KAUFMANN sitúa el "tener éxito" en el último momento en que es posible evitar el resultado, o sea, en el instante que se correspondería con la acción del hecho en los delitos comisivos: si se considera que la inducción a omitir sólo ha "tenido éxito" cuando ya no es posible evitar el resultado, sólo cabría hablar de "éxito" de la inducción en los delitos comisivos cuando el ejecutor ha efectuado la acción del hecho y ya no puede desistir.

Así pues, empleando el mismo patrón resulta que el inductor a la omisión no tiene más influencia sobre el suceso penalmente relevante que el inductor al delito comisivo. Por tanto, este aspecto no representa argumento alguno en favor de castigar al inductor al hecho omisivo como autor de un delito comisivo, como pretende KAUFMANN.

b) Asimismo, esgrime KAUFMANN [19] que la doctrina dominante se ve expuesta a la objeción de que califica como hecho principal una omisión, pero como supuesta inducción a este hecho principal, en cambio, una acción, aun estableciendo para ambas el mismo marco penal. Aduce, invocando a GRÜNWALD [20], que el desvalor de tal acción de inducir prepondera sobre el del mero omitir, esto es, el del hecho principal, deduciendo: «Ciertamente... es singular que —*ceteris paribus*— en general en un grupo de delitos ¡la (supuesta) inducción muestre un contenido de desvalor considerablemente superior al del hecho principal! Lo cual contradice la valoración que subyace al § 48 StGB y debe suscitar la sospecha de que aquí reside un problema no resuelto.»

Sin embargo, tampoco con este argumento se demuestra que la inducción a omitir sea una figura mal construida, pues al margen de que la inducción, según la valoración legal, no es menos grave que la autoría y que las consideraciones sobre merecimiento de pena no desempeñan un papel determinante en la delimitación de las formas de participación [21], ya es discutible el presupuesto sobre el que descansa estimar que hay un "problema no resuelto". No es cierto que la instigación a omitir en general muestre un desvalor superior al del omitir. Más bien ocurre lo siguiente:

[19] *Op. cit.*, p. 194.
[20] *Das unechte Unterlassungsdelikt*, p. 124.
[21] GRÜNWALD *(op. cit.)*, por ejemplo, de ningún modo extrae del contenido de desvalor de la inducción, que él asume, la conclusión de que por eso no se trate ya de inducción.

Cuando un sujeto comete un delito mediante hacer positivo, o toma parte en su realización, ello es más grave que si meramente omite intervenir contra el autor comisivo. A esta consideración obedece que la autoría por omisión, en el pronunciamiento de la pena, quede desplazada por la complicidad activa (y con más razón por la inducción) y que se le aplique en el marco penal una atenuación facultativa conforme a los principios de la complicidad. Sin embargo, de esta idea no se deduce nada sobre la relación entre el desvalor de la inducción a omitir y el de la omisión misma.

Lo cual se comprende en seguida si se tienen presentes las relaciones estructurales subyacentes a la distinta valoración de hacer y omitir. Omitir evitar el resultado es menos grave que el hecho comisivo de un sujeto agente porque la autoría del omitente, referida al delito de dominio del ejecutor, ya desde la perspectiva dogmática, aparece sólo como cooperación sin dominio y, por tanto, como complicidad [22]. En la inducción a omitir ocurre justamente el contrario: la figura central del tipo omisivo es el garante inactivo, y con respecto a este tipo el instigador es una mera figura periférica situada fuera de la vinculación de deber.

Que aquí la inducción no es en general más merecedora de pena que la omisión es evidente incluso dejando de lado las categorías específicas de nuestra doctrina de la autoría, pues mientras que en los casos antes tratados, en los que la omisión le va a la zaga al hacer positivo en cuanto a merecimiento de pena, la conducta comisiva dirigida a la lesión del bien jurídico se encuentra "más próxima al resultado" que el mero omitir, aquí ocurre que precisamente la omisión muestra la relación más estrecha con la realización del delito. Lo que produce el resultado no es directamente el hacer, sino lo que aquí integra la materia de prohibición: la omisión contraria a deber.

Y por último, por decirlo más sencillamente: en pura lógica, la instigación a una conducta —prescindiendo del factor de la corrupción, que para KAUFMANN no desempeña papel alguno— sólo puede ser merecedora de pena en la medida de la propia conducta que se persiga. En efecto, la lesión del bien jurídico, que constituye el fundamento de punición de la inducción, conforme a las intenciones del sujeto de detrás, como máximo puede tener la medida que se plasma en la conducta del autor. Lo cual viene confirmado por el sentimiento jurídico: que un sujeto incite a una madre a que no lleve al médico a su hijo enfermo y a que lo deje morir ciertamente es execrable; pero aún más lo es (o como mínimo: no es menos reprobable) la conducta de la madre que hace caso a tal incitación.

Así pues, no cabe admitir que la inducción a omitir muestre en general un desvalor superior al del hecho principal. Por eso, a partir de consideraciones sobre merecimiento de pena no es posible extraer un argumento en contra de que exista tal forma de participación.

[22] Cfr. *supra*, pp. 520-521.

III. ¿CABE CONCEBIR LA INDUCCIÓN A OMITIR COMO AUTORÍA COMISIVA DIRECTA?

1. La teoría de Armin KAUFMANN y WELZEL

En lugar de la figura jurídica, que rechazan, de la inducción a omitir, Armin KAUFMANN y WELZEL estiman en todos los casos —tanto si el instigado es garante, como si está llamado a intervenir en los términos del § 330c StGB, como si no está obligado a socorrer— autoría comisiva directa. Así dice, por ejemplo, WELZEL [23]: «Quien en una situación de desamparo determina, entregándole un billete de cien marcos, al obligado a socorrer a que abandone su resolución de salvar, no ha de responder por "inducción al § 330c", sino por homicidio o asesinato.» Ya se indicó *supra* [24] que Armin KAUFMANN decide sus ejemplos en el mismo sentido.

La cuestión requiere verificación autónoma, pues aun cuando —como hemos hecho— se entienda que en tales casos se da inducción a omitir, si concurriera al mismo tiempo autoría ésta desplazaría desde luego a tal forma de participación, de manera que en cuanto al resultado práctico tendrían razón Armin KAUFMANN y WELZEL. La fundamentación que aducen en favor de su postura, sin embargo, es bastante escasa. En lo esencial, consiste en entender que la "inducción" a omitir representa una acción que es causal del resultado y, por tanto, puede subsumirse en el tipo del delito comisivo. Así, leemos en KAUFMANN [25]: «Como existe causalidad "genuina", la acción en cuestión realiza el tipo de un delito comisivo con tal de que se den los demás requisitos típicos.» Sin embargo, los elementos especiales de la autoría, que trascienden la causalidad, no se cuentan entre los "demás requisitos típicos".

Esta línea argumental sería impugnable, en principio, en tanto que cabría dudar de la causalidad de la inducción a omitir. Si se parte de que el propio omitir —o sea, el hecho principal— no es causal del resultado, es evidente estimar que tampoco el determinar a una conducta omisiva puede ser causal en el sentido de un delito comisivo. De hecho, para WELZEL estimar autoría comisiva tendría que ser imposible ya debido a la cuestión causal. Así mantiene, conectando con SPENDEL [26], que en los delitos comisivos para averiguar la causalidad fundamentadora de responsabilidad no se puede «añadir men-

[23] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 182.
[24] Pp. 552-553.
[25] *Unterlassungsdelikte*, p. 203.
[26] *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948.

talmente aquellas circunstancias posibles o probables que no han acontecido» [27]. Precisamente de eso se trata aquí: sólo cabe mantener la causalidad de la inducción a omitir si se añade mentalmente que en otro caso el omitente habría evitado el resultado. Esta contradicción en la concepción de WELZEL es más llamativa cuando KAUFMANN [28] había abordado la problemática cuasal que se plantea aquí y se había pronunciado en contra de la teoría de SPENDEL.

Polemizar en torno a esta controvertida cuestión queda fuera del tema de nuestro estudio. Pero para la solución que sustentamos tampoco importa, porque la "disuasión" (para cualquier teoría) es causal de la resolución de no actuar, no requiriéndose en la inducción a omitir ninguna causalidad con otro contenido. Por eso baste indicar que es adecuado no excluir de entrada en tales casos la imputación desde la perspectiva de la autoría por comisión; de lo contrario, tendría que quedar impune aquel que retiene el bote neumático que la corriente impulsa hacia X, que se está ahogando [29], pues también aquí hay que añadir mentalmente que X en otro caso se habría salvado. Quede sin decidir si se trata de causalidad "genuina", como opina KAUFMANN [30]; en todo caso, para la imputación de un hacer positivo basta un encadenamiento lógico de condiciones (lo que aquí se da); no hace falta que exista un encadenamiento mecánico de efectos.

2. El requisito del dominio del hecho como factor excluyente de la autoría

Estimar autoría comisiva, sin embargo, no es posible debido a la falta de dominio del hecho. La construcción con ayuda de la cual Armin KAUFMANN y WELZEL eluden la impunidad de la inducción a omitir, en otro caso inevitable, se basa en un concepto de autor puramente extensivo: el que causa el resultado típico ya por eso es autor.

Tal proceder está expuesto a todas las objeciones que ya se adujeron *supra* [31] para rechazar la teoría extensiva, no siendo necesario repetirlas. Sin embargo, resulta curioso que Armin KAUFMANN y en especial WELZEL, que en el terreno de los principios siguen la teoría del dominio del hecho sin limitaciones, afirmen aquí la autoría, sin reparar en que de este modo entran en contradicción insalvable con las premisas de su propia doctrina de la autoría. Si la "eficacia causal psíquica" [32] existente en tales casos ha de fundamentar la autoría por sí sola, sin requerir ejercicio de coacción alguno, no se entiende entonces que en otros casos se impongan requisitos

[27] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 42.
[28] *Unterlassungsdelikte*, pp. 201-203, pp. 57 ss.
[29] Ejemplo de Armin KAUFMANN, *op. cit.*, p. 195.
[30] *Unterlassungsdelikte*, p. 302.
[31] Pp. 45-47.
[32] Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 199.

mucho más estrictos y, según la teoría de Armin KAUFMANN, incluso el que coacciona en los términos del § 52 StGB —siempre que no fuerce a omitir— no sea autor mediato, sino sólo inductor [33].

Por no tener en cuenta, de contrariedad a la sistemática, el principio del dominio del hecho se explica asimismo que Armin KAUFMANN emplee por las buenas algunos de sus ejemplos de auténtico dominio del hecho como argumento en favor de que también en otros casos, en los que al sujeto de detrás le falta el dominio del hecho, tendría que decaer la inducción a omitir [34]. Es cierto que hay que considerar autor por comisión al sujeto agente en el siguiente caso [35]: «Al encontrarse con un accidente, el conductor R se detiene para prestar auxilio. F pretende impedirlo, para lo cual engaña a R haciéndole creer que al herido ya se lo han llevado.» Pero F no es aquí autor porque sea imposible la inducción al faltarle el dolo a R o porque haya causado la muerte del herido [36], sino porque el engaño le procura el dominio del suceso: tras haber desactivado el factor que evitaría el resultado, el hecho aparece como obra de F, al igual que si le hubiera cerrado el paso a un cosa que iba a determinar la salvación (el bote neumático que se dirigía hacia el que se ahogaba, o el perro pastor que se le acercaba nadando), pues R, no siendo conocedor de la situación, ya no pudo decidir sobre su actuación con la consciencia de las posibilidades de salvación. Lo mismo ocurre si se retiene con violencia a la persona dispuesta a socorrer o —en nuestro anterior ejemplo— otro destruye la ampolla salvadora.

Todos estos ejemplos, a los que se añaden la intimidación en los términos del § 52 StGB («amenaza de un peligro para la vida o integridad física de uno mismo o de persona allegada»), la instigación de enfermos mentales, niños, etc., se distinguen de la mera inducción a omitir en el elemento del dominio del hecho, el único que puede elevar la causación a autoría. Quien es persuadido a omitir, o es seducido con el señuelo del billete de cien marcos, no obstante tiene la responsabilidad, con arreglo a los baremos del ordenamiento jurídico, por su hacer u omitir; sólo allí donde dicha responsabilidad se le quita, avanza el otro al centro del acontecer y llega a ser autor. Ahí reside el motivo interno, en vano buscado por KAUFMANN, para el distinto tratamiento de estos casos.

Solución distinta no puede justificarse entendiendo que la inducción, en tanto que acción, no puede subsumirse en el tipo del delito de omisión, debiendo por eso ser valorada autónomamente como autoría única por comisión [37]. En efecto, como el tipo en todo caso describe sólo la autoría, la inducción desde luego no puede realizarlo, esto es, no hace falta que se

[33] *Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187.
[34] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, p. 197.
[35] *Unterlassungsdelikte*, p. 196, núm. 6.
[36] Cfr. KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 197.
[37] Así Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 199.

iguale estructuralmente a la autoría, mientras que en los delitos comisivos que aquí vienen en consideración la autoría única que realiza el tipo requiere algo más que la mera causalidad, esto es, requiere el dominio del hecho.

3. La inviabilidad práctica de considerar al sujeto autor por comisión

En contra de considerar a la inducción a omitir como autoría por comisión hablan, asimismo, sus resultados prácticos. El propio Armin KAUFMANN admite que hay casos de disuadir de actuar en los que la pena del delito comisivo —singularmente de los §§ 212 ss. (delitos contra la vida)— aparece como excesivamente alta. Pone el ejemplo en que R se dispone a arrojarse al agua para salvar a X, que se está ahogando, y su amigo L le hace cambiar de idea diciéndole: «¡Que te vas a resfriar!» [38]. ¿Va a ser aquí L autor de un homicidio? Asimismo, KAUFMANN modifica el varias veces citado caso de la ampolla. Si K hace cambiar a R de parecer diciéndole: «Usted no está obligado a llevar a X el medicamento que le va a salvar; además, X no va a poder pagarle». Si acto seguido R se marcha a casa, ¿va a condenarse a K a cadena perpetua por asesinato?

También KAUFMANN considera insoportables estos resultados, diciendo: «Aun cuando tal proceder esté sustentado en el dolo de matar (el dolo de instigar a que otro abandone la resolución de salvar), sigue siendo socialmente adecuado.» Pero esta solución es muy cuestionable, tanto si se considera la adecuación social con KAUFMANN, "como limitación de la tipicidad", como, con WELZEL, como mera causa de justificación, pues ¿acaso alguna vez puede considerarse socialmente adecuada una muerte dolosa? La legítima defensa justificada nunca lo es, según KAUFMANN y WELZEL, aun cuando en ésta el autor actúa más impecablemente que en nuestros ejemplos. De todos modos, se introduce una nueva forma de homicidio impune, carente de fundamento en la ley.

Asimismo, KAUFMANN, cuando en sus ejemplos declara socialmente adecuado el homicidio, deja totalmente de lado las motivaciones y tendencias del autor (su eventual intención de matar, los móviles viles, etc.). De tenerlas en cuenta, seguramente se verían influidas las valoraciones de nuestro "orden ético-social formado históricamente" [39], sobre todo considerando que según la teoría finalista tambien en las causas de justificación la impunidad depende de "especiales tendencias subjetivas de justificación" [40].

También debido al principio de legalidad aparece como no adecuado un criterio tan poco fijado típicamente como el de la adecuación social para

[38] Esta cita y las siguientes, *Unterlassungsdelikte*, p. 200.
[39] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 76.
[40] WELZEL, *op. cit.*, p. 77.

trazar la frontera entre el hacer impune y el delito conminado con cadena perpetua. ¿Cómo hay que decidir cuando, por ejemplo, el sujeto de detrás hace que el omitente repare en los peligros de la salvación o en la falta de deber de evitar el resultado, pero además le ofrece dinero para que se abstenga de salvar?, y ¿qué ocurre si, por puro desvelo hacia el salvador temerario, dado que por su forma de ser no atiende a advertencias objetivas, desde el principio simplemente se le ofrece un regalo? ¿Hay que atender aquí de nuevo a los motivos o a la actitud del agente, que declarábamos irrelevantes, y cómo se valorarían ambos? Los posibles grupos de casos y factores impelentes son tan plurales y están tan inabarcablemente ramificados, las ideas valorativas ético-sociales están en este ámbito tan poco diferenciadas y el propio sentimiento jurídico individual reacciona de modo tan vacilante y ambiguo, que comportaría insoportable inseguridad jurídica y resultados contradictorios el dejar decidir, como pretende KAUFMANN, a la adecuación social sobre la punibilidad.

Por el contrario, la postura que aquí se mantiene conduce a soluciones absolutamente nítidas: si el omitente no está obligado a intervenir ni por el § 330c StGB ni como garante, se trata —siempre que el sujeto de detrás no tenga el dominio del hecho— de instigación impune a un comportamiento atípico. El que el instigador se conforme con un mero consejo o formule promesas de cualquier género es tan indiferente como la índole de sus motivos o actitudes.

Si, en cambio, al omitente le incumbe un deber concreto de actuar, el sujeto de detrás, siempre que conozca sus presupuestos materiales, ha de responder siempre como inductor. La supuesta adecuación social nada cambia en esto. Si, por ejemplo, ocurre que los riesgos que amenazan a un garante al salvar no son tan elevados como para que su intervención aparezca como inexigible según baremos jurídicos, el inductor responde si hace que el garante se abstenga de actuar aludiendo al riesgo (reducido) que le representa verazmente [41]. Pero si el peligro realmente es tan elevado que no se le puede exigir actuar al omitente, decae su deber concreto; el instigador induce entonces a una conducta no típica, tanto si ofrece un billete de cien marcos como si no.

KAUFMANN entiende, obviamente, que las dificultades que surgen al estimar autoría por comisión existen asimismo "desde siempre" para la inducción al delito de omisión impropia. Así, pregunta [42]: «Desde el punto de vista de la doctrina dominante, ¿constituye inducción al homicidio que el tercero le diga al socorrista que corre peligro de contraer la gripe al intentar salvar del agua?» Pero justamente este ejemplo pone de relieve las ventajas de la doctrina dominante frente a su teoría, pues KAUFMANN, al parecer, pretende

[41] Cuestión distinta es que en el caso concreto pueda darse aquí error de prohibición.
[42] *Unterlassungsdelikte*, p. 200.

estimar aquí, por lo que respecta a la conducta del tercero, un homicidio del bañista adecuado socialmente y por tanto impune.

Y esta solución no es acertada. Si, lo que no queda claro en la formulación elegida, las palabras del tercero han de entenderse en el sentido de que aludiendo a la posible gripe quiere instigar al socorrista a dejar morir al bañista que se está ahogando, desde luego esto hay que castigarlo, sin duda, como inducción al homicidio. Efectivamente, en primer lugar, el peligro de contraer la gripe (¡en un socorrista!) es muy lejano, y en segundo lugar, dada la clase de posición de garante, éste tiene que asumir ese riesgo. Así pues, el instigado comete, al dejar morir al bañista, homicidio por omisión. Pero entonces no existe ni la menor razón para dejar impune al inductor sólo porque haya adornado su instigación con una advertencia bastante ridícula. Desde el punto de vista que aquí se mantiene, no se entiende en qué consistirían las dificultades de delimitación. Que la opinión contraria vea en este caso un problema sólo confirma lo poco que da de sí el criterio de la adecuación social.

Así pues, ocurre lo contrario de lo que dice KAUFMANN: no es la construcción de la inducción a omitir, sino el estimar autoría por comisión lo que contradice los principios de la doctrina de la autoría, conduciendo a resultados aleatorios incongruentes.

4. Las lagunas de punibilidad en la solución de considerar al sujeto autor comisivo

Sin embargo, lo que lleva *ad absurdum* la calificación de autoría comisiva en vez de inducción son las abismales lagunas de punibilidad que con tal solución se abren. Mientras que, por ejemplo, KAUFMANN y WELZEL parten de que la figura jurídica de la inducción no puede abarcar ciertos supuestos merecedores de punición (tesis a la que nos oponíamos *supra*), en realidad ocurre al revés:

En el fondo, la autoría comisiva sólo cabe construirla (al margen de todos los reparos que cabe oponerle) en algunas pocas inducciones a omitir; a saber, en aquellas que se encaminan a que no se eviten daños cuya causación es imputable al sujeto de detrás como puro delito de resultado; esto es, por ejemplo, en el homicidio y en los daños. Pero la mayoría de los tipos requieren un determinado género de actuar a título de autor que no se da en el que determina. Piénsese en que A instiga a B para que estafe a un socio, silenciándole, con quebrantamiento de su deber aclaratorio, circunstancias esenciales. B comete estafa por omisión. Según la teoría de KAUFMANN y WELZEL, A tendría que ser, dado que "no es concebible" [43] la inducción, autor de estafa por comisión. Por tanto, habría que entender su instigación a B como "acción engañosa" directa, lo que desde luego resulta difícilmente posible.

[43] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 182.

De ejemplos así cabe acumular infinidad. KAUFMANN y WELZEL se encuentran aquí siempre ante la alternativa de o dejar impune al sujeto de detrás, lo que me parece un resultado inadmisible, o estimar autoría por comisión, lo que reduciría el concepto de autoría a un puro encadenamiento de condiciones y anularía todos los logros de la moderna doctrina de la autoría (en los que a la propia doctrina final de la acción le corresponde una parte importante).

Sin embargo, aun cuando uno se resignara a ello, esta salida está cerrada en todo un grupo de delitos, los de infracción de deber por comisión. Basta con sustituir, en nuestro ejemplo anterior, la estafa por el perjurio: A instiga a B para que omita, en su declaración bajo juramento ante el tribunal, indicar circunstancias esenciales. O bien: en un proceso, la parte contraria, A, le entrega mil marcos al abogado B para que deje transcurrir un plazo, coadyuvando así a que se convierta en firme una sentencia. En ambos casos B responde como autor de los §§ 154 (perjurio) o 356 StGB (deslealtad profesional).

Pero ¿qué ocurre con A? Según la doctrina aquí criticada, la respuesta sólo puede ser: ¡nada! En efecto, la inducción a omitir es imposible, y para castigar por autoría comisiva falta la posición de deber que la fundamenta. Y ¡no estamos hablando de excepciones! Más bien, lo mismo cabe ponerlo de manifiesto con respecto a numerosos delitos de infracción de deber, de gran trascendencia práctica: A instiga a B para cometer administración desleal por omisión; un *extraneus* determina al funcionario de prisiones para que posibilite la fuga de un delincuente omitiendo cerrar con llave el portón, etc.

Que estimar impunidad del *extraneus* en todos estos supuestos no puede ser acertado no necesita más fundamentación. Simplemente los resultados que aquí se ponen de relieve bastarán para forzar a KAUFMANN y WELZEL a revisar su teoría en este punto.

IV. COMPLICIDAD EN LA OMISIÓN

1. Se considera posible [44] la complicidad, mediante hacer positivo, en el delito omisivo, por lo general en forma de apoyo psíquico, por ejemplo, reafirmando al omitente en su decisión de no intervenir.

[44] Cfr. simplemente MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 52, II, A, 2, a, p. 544.

Para Armin KAUFMANN [45] y WELZEL [46], en cambio, tal posibilidad está descartada por los mismos motivos que en la inducción. Así pues, en tanto que el apoyo psíquico es causal del resultado, el sujeto de detrás responde como autor comisivo directo. Los reparos aducidos *supra* en contra de tal solución son aplicables tambien aquí. Incluso surgen antes aquí debido a que la complicidad psíquica con el hecho omisivo, esto es, la forma de participación con relevancia penal menor, se conminaría con el marco penal entero de la autoría comisiva, aun cuando la persona cuya decisión se refuerza sólo responda, por ejemplo, por el § 330c StGB.

2. La complicidad activa en el delito omisivo realizada de otro modo en muchos casos se considera no concebible [47]. Lo cual se basa en suponer que el sujeto tiene necesariamente que tener el dominio del hecho si es el único que causa el resultado dolosamente. Pero ello no es cierto en todos los casos, como muestra un ejemplo de Armin KAUFMANN [48]: «A se había decidido a denunciar a tiempo un plan delictivo y echado al correo una carta en este sentido. Habiéndose arrepentido de esa decisión, resuelve recuperar la carta, para lo cual se sirve de B (al que le cuenta todo), que efectivamente se hace con ella.» Esto constituiría complicidad, realizada mediante hacer positivo, con el delito de omisión del § 138 StGB (omisión de denunciar delitos planeados); pero al mismo tiempo habría que castigar por este precepto a B como autor por omisión. Otro tanto rige para todos los demás casos en los que el sujeto, desistiendo del intento de cumplir el mandato, se hace ayudar por otro.

Armin KAUFMANN entiende, consecuentemente, que el sino dogmático de tales grupos de casos no puede ser otro que el de la "disuasión": así pues, si el plan delictivo consistía en un homicidio, habría que considerar a B como autor comisivo directo del § 212 StGB. Contra tal solución hablan, junto a todos lo argumentos ya aducidos *supra*, otras dos objeciones fundamentales:

a) En primer lugar, la contradicción con el principio del dominio del hecho resulta aquí más palmaria, pues mientras que en la "disuasión" sólo es un omitir no fundamentador de dominio del hecho lo que forma el hecho principal, aquí hay claramente otros, los homicidas, que tienen en sus manos activamente el suceso. Si en tal caso se hace autor a B, se están allanando todas las diferencias objetivas entre las formas de participación y convirtiendo a la autoría en un concepto "secundario" que sirve de tapahuecos [49]. Dado que a algún sujeto no se le puede captar como cómplice, se le declara autor:

[45] *Unterlassungsdelikte*, p. 195, nota 249a.
[46] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 182 y 183.
[47] Cfr. GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, p. 124; cfr., asimismo, PERTEN, *Die Beihilfe zum Verbrechen*, p. 119, nota 215.
[48] *Unterlassungsdelikte*, p. 195, nota 249a.
[49] Cfr. *supra*, pp. 43-47.

huelga repetir aquí que un proceder en tal sentido es incompatible con los principios de la doctrina de la autoría.

b) En segundo lugar, a mi juicio, el propio A, si retira su denuncia del delito planeado, tendría consecuentemente que responder, conforme a la teoría que aquí se rechaza, como autor comisivo directo. En efecto, la condición del resultado puesta por su actividad de desistir no merece calificación distinta que la causalidad que se da en B. Esta consecuencia no la extrae, sin embargo, KAUFMANN [50], sino que considera el supuesto, acertadamente, como un desistimiento de la tentativa acabada de evitar el resultado, que comporta la pena de la omisión. Pero entonces la consecuencia no puede ser distinta para B: B presta complicidad a este desistimiento y, por tanto, sólo puede responder por complicidad en el hecho omisivo.

[50] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, p. 108.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

PROBLEMA, SISTEMA Y CODIFICACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

§ 40. IDEAS PARA FORMAR UN SISTEMA DE TEORÍA DE LA AUTORÍA

I. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS

Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema:

1.º El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.

2.º La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.

3.º El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.

4.º El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.

5.º El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.

6.º El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.

7.º El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes.

8.º La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado.

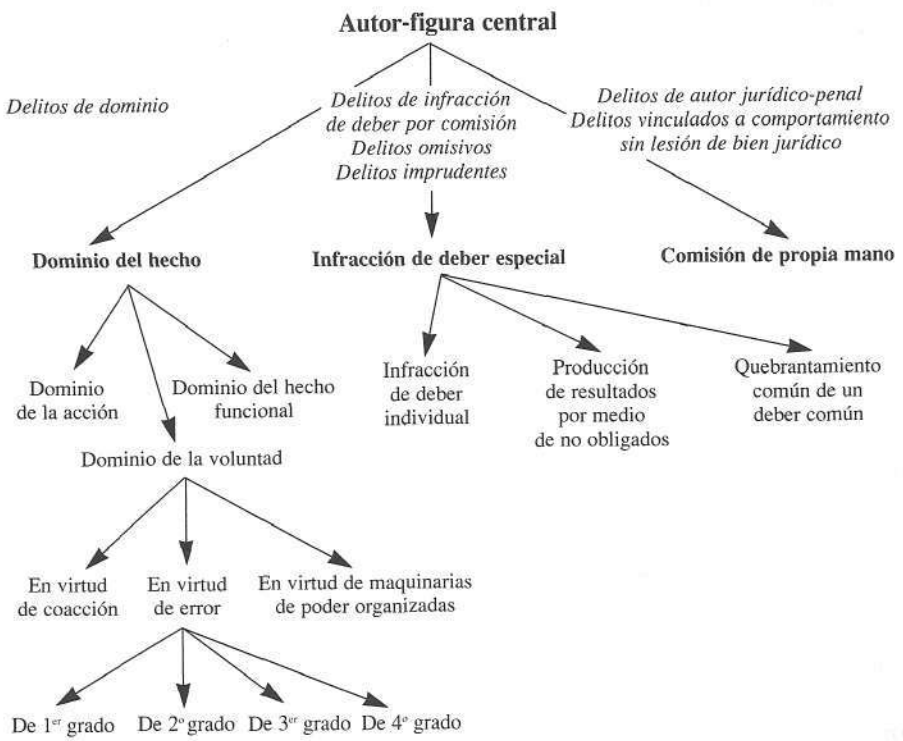
9.º La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto.

10. Los delitos de propia mano se encuentran en el Derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico.

11. La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.

12. La participación en un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo.

Esta síntesis expresada en principios, que reproduce, obviamente, el armazón de nuestra exposicion a modo de esbozo y que no da idea del desarrollo diferenciado de las ideas básicas en la concreta materia jurídica, se presentaría esquemáticamente así:



II. DIALÉCTICA DEL CONCEPTO DE AUTOR

Las panorámicas esquemáticas en forma de tesis, como la que acabamos de exponer, sin embargo no sólo son insatisfactorias por su relativa pobreza de contenido, sino sobre todo porque suscitan la impresión, que hemos tratado de despejar en repetidas ocasiones, de que las distintas manifestaciones de la autoría constituyen deducciones de un concepto supremo abstracto. Pero en realidad, el criterio de la "figura central", del que hemos partido y cuya riqueza de contenido podemos ahora vislumbrar, es un concepto dialéctico "concreto" que se destaca, como "unidad de distintas determinaciones" [1], con respecto a los conceptos tradicionalmente empleados en Derecho penal. Permítaseme, pues, exponer esto algo más pormenorizadamente:

1.º El elemento de la "figura central" con el que empezábamos es, en principio, un concepto vacío, sin contenido, del que no cabe derivar prescripciones, con contenido positivo, de la autoría. Así, al igual que en la lógica hegeliana el "ser puro", como "abstracción pura", equivale a la nada y sólo a continuación, mediante la serie de los fenómenos, adquiere contenido en el "devenir", el concepto de la figura central sólo va recibiendo forma y contenido al recorrer la materia jurídica mediante la plétora, continuamente creciente, de sus manifestaciones.

El método que, al hacerlo, hemos empleado es dialéctico en el sentido que Nicolai HARTMANN [2] caracteriza soberanamente con estas palabras: «La dialéctica no es deducción, sino que es un vagar que se va adaptando a la articulada y enmarañada estructura del objeto» [3]. Por tanto, el concepto de autor no puede quedar fijado desde el principio, sino que debe "desplegarse" paso a paso en la materia jurídica, de manera que, lejos de que cada una de sus manifestaciones se presente como mera "aplicación" de un principio dado o como resultado de subsunción en un concepto superior, lo amplíen y enriquezcan en su contenido. "Cada predicado le añade un nuevo elemento" [4].

Sólo una vez que se ha recorrido toda la serie de configuraciones y la materia jurídica completa, incluidos los delitos omisivos e imprudentes, se puede saber, procediendo así, lo que *son* la autoría y la figura central. Antes,

---

[1] HEGEL, *Enzyklopädie*, § 82, 2.

[2] *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, pp. 384 y 385.

[3] Así pues, la concepción aún muy difundida de que el modo de proceder dialéctico es una pura construcción mental es absolutamente errónea. Cfr., asimismo, N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 385: «Sería el *summum* de la falsedad considerar una deducción la dialéctica de Hegel. Con la misma razón cabría tildar de deducción a la zoología descriptiva. Por el contrario, no puede pasar inadvertida la nota descriptiva en la dialéctica.»

[4] Como dice HARTMANN, *op. cit.*, p. 388 (obviamente, sin referencia alguna a nuestro tema específico).

uno sólo ve manifestaciones individuales ciertamente fundamentadoras de autoría, pero imposibles de establecer con carácter absoluto, que se presentan simplemente como "elementos" del concepto global. "Lo verdadero es el todo" [5]. Y ese todo lo conocemos sólo al final del camino que, como un círculo que se cierra, torna al comienzo y nos vuelve a poner a la vista, por fin, a la figura central, "como una unidad diferenciada en pluralidad determinada" [6], figura central que al principio se nos presentaba como una forma vacía regulativa y luego se perdía en sus manifestaciones.

2.º Pero el concepto de autoría es también dialéctico en el sentido de que se despliega mediante antítesis. Esto se advierte con claridad en el curso de nuestro estudio. El dominio de la acción no es lo mismo que el dominio de la voluntad, sino que se contrapone a él. Mientras que en el primer caso se presupone la realización autónoma de la acción típica, el segundo se basa en la falta de este criterio. Sin embargo, ambas formas se oponen al dominio funcional del hecho. Por otra parte, el dominio del hecho, estructurado en sí de modo contrapuesto, se opone como un todo a su vez al criterio de la infracción del deber especial y a ambos se les añade el elemento de la comisión de propia mano como una contraposición más.

Esta estructura dialéctica se advierte hasta en las ramificaciones del concepto de autoría. Así, el dominio de la voluntad, que a su vez sólo aparece como elemento parcial de un elemento parcial (a saber, del dominio del hecho como manifestación de la figura central), se despliega en tres formas de configuración contrapuestas entre sí: en el dominio por coacción el instrumento obra coaccionado, pero de modo vidente; en el dominio por error, a la inversa, el ejecutor es libre, pero está engañado, y en el dominio de la organización, por último, la persona interpuesta, en contraposición a las otras dos formas, ejecuta el hecho libre y videntemente, representando la antítesis el elemento de la fungibilidad. Por su parte, en el dominio por error los distintos grados se contraponen en tanto que el superior siempre presupone el conocimiento de lo que se desconoce en el grado inmediato inferior.

De este modo, la doctrina de la autoría se va elevando, mediante nuevas dicotomías, a síntesis cada vez superiores. El dominio por error, el dominio por coacción y el dominio de la organización se reúnen en el concepto del dominio de la voluntad, que asume a los tres junto con sus contraposiciones. En el siguiente escalón se encuentran a su vez dominio de la voluntad, dominio de la acción y dominio funcional del hecho, en su contraposición dialéctica, en el concepto común de dominio del hecho. Y también este concepto, junto con los criterios opuestos de la infracción del deber y de

[5] HEGEL, *Phänomanologie des Geistes,* Prefacio, p. 21 (Philosophische Bibliothek, 6.ª ed., 1952).
[6] BLOCH, *Subjekt-Objekt, Erläuterung zu Hegel,* edición ampliada 1962, p. 127.

la comisión de propia mano, está abarcado por el elemento de la figura central. En esta articulación, mediante síntesis cada vez más amplias, los distintos elementos de la autoría son "alzados" *(aufgehoben)* en el sentido clásico del término, esto es, en las acepciones de elevar, negar y mantener (*N. de los T.*: en efecto, se trata de las tres acepciones más comunes del verbo *aufheben*): la síntesis los eleva a un grado superior (1), los niega en su carácter absoluto (2) y los mantiene como parte del todo (3).

Así, la figura central se presenta como quintaesencia de todos los elementos de la autoría, como una síntesis en la que «nada se aniquila, sino que todo se "articula" añadiéndose y contraponiéndose, de manera que se sostiene conjuntamente. De todos modos asume lo contradictorio, A y no-A coexisten en ella» [7]. «El todo no es suma, ni generalidad abstracta, sino una multiplicidad articulada al máximo, y todo detalle es esencial en él» [8]. Esta vinculación de unidad y diversidad posibilita a la doctrina de la autoría proporcionar igualmente armonía de conjunto y plétora de contenido, sustrayéndose tanto a la yerma abstracción como a la atomización en individualidades dispares.

3.º Un concepto de autor de esta índole cabe denominarlo "concreto", permaneciendo en el marco de la terminología hegeliana, entendiendo lo "concreto" al pie de la letra, en el sentido del término latino *concrescere* * y, en contraposición a la generalidad abstracta de los conceptos genéricos comunes, como algo que se va aglutinando, a partir de distintas determinaciones, hasta ser totalidad [9].

La trascendencia práctica de conceptos tales reside principalmente en que sólo con su ayuda es posible comprender en su globalidad y relaciones recíprocas la multiplicidad de teorías y puntos de vista aparentemente incompatibles, multiplicidad que surge en la historia dogmática casi inevitablemente y en la doctrina de la autoría de manera particularmente enmarañada, esclarecer su unilateralidad y darse cuenta de la compleja envergadura del concepto. El criterio de la figura central no sólo reúne en una unidad los aspectos parciales de la autoría de manera en cierto modo "horizontal", sino que, como ya vimos antes circunscribiéndonos al elemento del "dominio del hecho" [10], ofrece al mismo tiempo una síntesis "vertical" de todas las teorías de la participacion aparecidas en la historia doctrinal, que en su conjunto contienen algo acertado y sólo devienen incorrectas al absolutizar sus ideas

[7] N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 398.
[8] N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 403.
* Y del alemán *zusammenwachsen,* esto es, crecer conjuntamente y, por extensión, adherirse, aglutinarse, cuajar *(N. de los T.)*.
[9] Compárense aquí las consideraciones de LARENZ en la conclusión de su *Juristische Methodenlehre* (pp. 353 ss.) acerca del «despliegue de sentido por medio del concepto concreto-general en la Filosofía del Derecho». Aquí se encuentran varias líneas de pensamiento comparables. Naturalmente, LARENZ entiende que se trata de tareas más de Filosofía jurídica que dogmáticas.
[10] Cfr. *supra,* pp. 352-356.

limitadas. Además, de este modo, también en el aspecto metodológico, es posible superar las contradicciones, irremediables para la concepción abstracta, entre planteamientos "ontológicos" y "teleológicos", entre formación de conceptos descriptiva y normativa y dualismos análogos, sin allanar por ello las diferencias verdaderamente existentes.

En este sentido le conviene también a la doctrina de la autoría lo que dice Nicolai HARTMANN en general sobre la dialéctica de los conceptos concretos: que «no mira puntualmente al contenido específico artificialmente delimitado, sino a amplios contextos de contenido. Mira "conspectivamente"... Por eso tiene que apuntar a los contextos, aprender a ver lo mismo desde muchos lados como algo distinto y en sí contradictorio, no sólo teniendo en cuenta tal multiplicidad, sino también intentando superarla» [11]. Que al hacerlo la autoría cambia en función de la materia jurídica y que «cada paso requiere modificar y recrear el concepto» [12] se ha puesto de relieve suficientemente en el curso de nuestro estudio.

III. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Pues bien, ¿ha ganado algo la dogmática con esta terminología de dialéctica, negación, concreción y síntesis? En el curso de nuestras disquisiciones desde luego no la hemos necesitado. Los resultados a los que hemos llegado se sustentan, pues, por sí solos, con independencia de ésta. Naturalmente, así simplemente se pone de manifiesto que, al avanzar en las relaciones de la materia de regulación, el método va surgiendo por sí solo, esto es, que no es algo añadido desde fuera, sino que reside en las estructuras de la realidad. Pero al tomar conciencia de ello se acentúan algunos de los aspectos esenciales para la dogmática y la sistemática de la teoría de la participación, y por eso merece la pena examinar un poco más de cerca estas cuestiones con tal enfoque:

1.º Los dos defectos capitales de la dogmática de la participación

Aceptada la tesis de que sólo un concepto "concreto" en el sentido expuesto puede dar cabal cuenta de la multiplicidad de los fenómenos y de sus relaciones, se advierte con toda claridad por qué son insuficientes los dos modos de proceder seguidos con más frecuencia, consistentes en emplear conceptos abstractos o fijados.

El concepto abstracto, como el que subyace a un criterio determinado del dominio del hecho, al recurso a una "consideración global" indiferenciada

[11] *Op. cit.*, p. 384.
[12] *Op. cit.*, p. 386.

y a la remisión (recurrente en la jurisprudencia) a la valoración del caso concreto, es lo suficientemente comprensivo como para acoger la plétora de contenido de los fenómenos, pero se queda en mayor o menor medida por desarrollar en la vaga generalidad inicial y se recata de descender a las configuraciones concretas de la autoría. Lo cual obedece en parte a la idea acertada de no poder abarcar lo poliédrico de la materia mediante determinaciones sustanciales de esta o aquella índole. Pero en la resignación prematura que se manifiesta en obstinarse en la generalidad vacía también reside, desde el punto de vista científico, un fenómeno de cansancio, de eludir el "trabajo del concepto", que presupone recorrer pormenorizadamente los múltiples estratos de la materia.

Ahí estriba también, en el fondo, el defecto principal de la teoría subjetiva, entendida tal como se la aplica en la praxis. El elemento de la "voluntad de autor", que en la jurisprudencia se entiende cada vez menos como realidad psíquica y cada vez más como vacua cláusula general para innumerables indicios de la autoría objetivos y subjetivos, designa un concepto sin estructura fija, no desplegado, "embrionario", por así decirlo. No se sabe cuántos "indicios" hay aún y qué rango tienen. A ello se debe también que los resultados muestren cierta arbitrariedad en la jurisprudencia y que la teoría de la participación vaya yendo cada vez más a parar al ámbito, exento de regulación, de la "valoración" judicial individual.

El defecto contrario se manifiesta en las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales, que delimitan de modo definitorio exacto la autoría. Aquí se encuentra la idea de que es necesario internarse hasta prescripciones concretas, pero esta idea lleva aparejada cierta ceguera para con la riqueza de contenido del concepto. Se concibe acertadamente un aspecto y se le toma por el todo. Se tiene el valor de dar el salto desde las alturas de la generalidad abstracta al contenido concreto, pero tras los primeros pasos llega la detención, creyéndose erróneamente que se ha cruzado el país y que se ha acabado el camino. Así pues, desde el detalle limitado se pierde el panorama, manifestándose el mismo fenómeno de cansancio que en los partidarios del proceder abstracto, que desde la amplitud del panorama de su elevado punto de vista ni siquiera son capaces de comenzar, porque desde un principio desesperan de alcanzar alguna vez el objetivo.

Al concepto abstracto y al concepto fijado, pues (por seguir con el símil), "les falta el aliento"; ahí ha patinado siempre nuestra doctrina de la participación. La propia teoría del dominio del hecho, la que más lejos ha llegado en su penetración del complejo global, se limita a su círculo y o bien tiene que amoldar los delitos de infracción de deber y de propia mano, así como todo el ámbito de los hechos omisivos e imprudentes, al lecho de Procusto de sus categorías que no se les ajustan, o bien tiene que dejarlos como *terra incognita* fuera de sus fronteras.

2.º La "resistencia del objeto" como criterio de acierto en cuanto al contenido

La problemática de la formación jurídica de conceptos en la teoría de la participación quizá quepa seguir dilucidándola mediante otro punto de vista. En un estudio reciente [13] BOLLNOW ha intentado exponer que en el ámbito de las ciencias del espíritu cabe emplear la "resistencia del objeto" en cierto modo como piedra de toque de lo acertado de una idea. Donde todo se amolda "sin fricciones" a una «teoría suave, ininterrumpida, donde el principio encontrado a partir de un ejemplo [se deja] trasladar fácilmente a otro», hay que ser precavidos. En cambio, donde la resistencia del objeto obliga a redoblar los esfuerzos ahí está uno seguro de no haber perdido el contacto con la realidad [14].

Creo que estas palabras son válidas también para la dogmática penal y en particular para la doctrina de la participación. La ventaja de un concepto de autor "concreto", comprensivo de las determinaciones más dispares, estriba precisamente en que de continuo tiene que dedicarse al trabajo de detalle siempre nuevo, no pudiendo alejarse de él sin resistencia. Del curso de nuestro estudio se deduce lo que ello significa: así, lo que se elabora para la autoría mediata en el caso el § 52 StGB (estado de necesidad debido a violencia irresistible o intimidación) no nos permite eludir el esfuerzo de indagar en concreto las relaciones de participación en el § 54 StGB (estado de necesidad por peligro para la vida o integridad), o en el estado de necesidad disculpante supralegal, etc. Lo que rige para el dominio por error en los delitos no por ello tiene que valer igualmente para los autodaños. Los delitos omisivos ofrecen dificultades distintas que los comisivos, la situación problemática en un tipo es distinta de la de otro. El "contacto *(Fühlunghabe)* con el objeto" [15] permite al juzgador reflexivo verificar con exactitud las soluciones y argumentos particulares, refutar errores y continuar trabajando fructíferamente en los detalles.

Sin embargo, justo lo contrario se hace cuando, como es habitual, se "fija" o se "abstrae" el concepto de autor. Se toma, como por ejemplo ocurre en las teorías objetivo-materiales fijadas a manera de fórmulas, cualquier género especial de causación y se aplica sin más el esquema de las relaciones de participación que de ahí surge, en general, al igual que el pintor va haciendo rodar por la pared la muestra del papel pintado. Obviamente aquí

[13] Sobre «Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit» («La objetividad de las ciencias del espíritu y la cuestión de la esencia de la verdad»), en *Zeitschr. f. philosophische Forschung,* núm. 1, 1962; reimpreso en la colección de ensayos *Maß und Vermessenheit des Menschen,* 1962, pp. 131-159.

[14] *Op. cit.,* pp. 146 y 147.

[15] Nikolai HARTMANN, *op. cit.,* p. 385.

ya no cabe hablar de "resistencia del objeto". Que, por ende, también devienen incorrectos los resultados lo ha puesto suficientemente de manifiesto la panorámica del principio de nuestro estudio.

No ocurre de modo distinto en la abstracción. Forma parte de su esencia excluir las respectivas peculiaridades del objeto y atenerse a lo común a todos. Así se supera la "resistencia del objeto", pero no teniéndola en cuenta, lo que constituye un modo incorrecto. El mejor ejemplo lo representa el concepto extensivo de autor, en el que de la riqueza de contenido de la materia de regulación sólo queda la mera causación. Resulta fácil darse cuenta de cuánto se aparta este proceder del modo de las síntesis desarrolladas *supra*. Mientras que allí los elementos de la autoría de diversa estructura se mantienen en el todo, aquí desaparecen en la uniformidad de la relación causal siempre igual. Y eso no es superar las contradicciones, sino sólo no hacer caso de ellas, cómodamente.

Análogamente ocurre con el empleo de la vacua fórmula del *animus*, de la "consideración global intuitiva" y otros métodos tan del gusto de la praxis. La "voluntad de autor" inespecífica y el tener algún tipo de "interés" en el resultado cabe estimarlos y rechazarlos en toda clase de delito y en toda forma de conducta sin tener que abordar la estructura del supuesto de hecho a evaluar. Así pues, también falta la "resistencia del objeto" y justamente por eso tenía que ocurrir que el *animus auctoris* acabara siendo una mera etiqueta ya no ajustada a la realidad. Como consecuencia de tal punto de partida, la solución del caso concreto ya no es controlable en la práctica, la "valoración judicial del caso concreto" se antepone a los baremos objetivos (como repetidamente ha subrayado un conocido autor), las decisiones irracionales guiadas por sentimientos se envuelven con justificaciones aparentemente teóricas [16] y la doctrina de la participación sigue siendo hasta la fecha "el capítulo más oscuro y enmarañado de la ciencia penal alemana" [17]. Incluso en la jurisprudencia reciente siguen surtiendo efecto estas tendencias. Y las dificultades no residen en el objeto, sino sólo en que se imagina que cabe prescindir de éste y de su resistencia.

3.º Realzar las antítesis en lugar de allanarlas

La "unidad de las determinaciones en su antítesis" [18], propia del concepto de autor "concreto" aquí preconizado, se caracteriza por acentuar especialmente otro punto de vista más, en el que la dogmática de la participación no ha solido reparar: a saber, por realzar con exactitud las diferencias estructuales que existen en las concretas formas de autoría. La tendencia tan difun-

[16] Cfr. al respecto, con bibliografía, *supra,* pp. 130-131 y 138 ss.

[17] Cfr. al respecto *supra,* p. 1.

[18] HEGEL, *Enzyklopädie,* § 82.

dida a la abstracción unificadora o a la aplicación por igual de un criterio concreto limitado se opone diametralmente a esto, revelándose como fuente de innumerables errores y ambigüedades.

Ello cabe ponerlo de relieve fácilmente mediante ejemplos tomados al azar: una y otra vez se ha intentado demostrar que la autoría mediata es exactamente lo mismo que la ejecución directa del hecho, o bien se ha negado con carácter absoluto la existencia de tal forma de autoría. Y la identificación es tan funesta como la negación, pues la equiparación sólo puede fundamentarse en la causalidad y tiene que conducir a un concepto extensivo de autor que incorpora a la inducción y a la complicidad y que ya no permite distinguir las distintas formas del dominio de la voluntad.

Análogamente, hasta hoy se ha esforzado la doctrina por presentar la coautoría como un supuesto de autoría mediata. En el curso de nuestra exposición se ha evidenciado que mediante ese allanamiento de las diferencias no se da cumplida cuenta de ninguna de las dos formas de intervención, cerrándose uno mismo el paso para entender la estructura del dominio funcional del hecho y del dominio de la voluntad. Mediante este tratamiento paritario de lo distinto, al determinar se acaba incurriendo en una generalidad imprecisa, que diluye toda posible solución exacta. Otro tanto ocurre con la falta de precisión de las estructuras divergentes del dominio por coacción y dominio por error. Ya hemos visto cómo la incorrecta negación del dominio de la voluntad en virtud de error en los supuestos del cuarto grado de dominio del hecho, en el empleo de menores, enfermos mentales y supuestos similares, una y otra vez se debía al argumento, prestado del dominio por coacción, de que el sujeto agente es "libre" y puede desplegar una voluntad autónoma (lo que resulta absolutamente irrelevante para la estructura del dominio por error).

Con más nitidez se revela esto en los delitos de infracción de deber. Las diferencias con respecto a los delitos de dominio se evidencian en las dificultades que generan a la teoría de la participación. No obstante, se intenta (aun cuando nunca se consigue) fundamentar la identidad de dominio y deber, con la consecuencia de que se desconocen los problemas del instrumento doloso sin cualificar y de que no cabe vislumbrar las relaciones de accesoriedad. Lo mismo rige cuando se pasan por alto las divergencias entre las estructuras de comisión y de omisión y se pretende someter ambas formas de delito al criterio del dominio del hecho. O en los delitos imprudentes; y no de otro modo ha de enjuiciarse el intento de negar de plano la existencia de los delitos de propia mano cuando no se es capaz de explicar sus peculiaridades.

No hace falta seguir acumulando ejemplos para darse cuenta de que la frecuencia poco común con la que aparece el mismo fallo en los autores y los objetos más dispares sólo puede basarse en que aún falta la consciencia

del problema en este punto. Al proceder tradicional de la formación jurídica de conceptos, la de la abstracción y la fijación, le repugna tomar consciencia de las distinciones obstativas. Hace falta el proceder dialéctico para advertir el sentido al "agudizar todo lo antagónico" y plantearse la exigencia de "captar como uno lo antitético" [19].

Sin embargo, que en la teoría de la participación sólo cabe avanzar de este modo y que merece la pena dedicar más atención a esta cuestión incluso en el aspecto metodológico debe evidenciarlo la presente obra. Se pone aquí de manifiesto que el viejo adagio *bene iudicat, qui bene distinguit* encierra más sabiduría de la que muchas veces se cree.

IV. PROBLEMA Y SISTEMA EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

Si, para concluir, intentamos elevar nuestras consideraciones generales a un nivel algo superior, es posible lanzar la pregunta de si de ellas cabe aprovechar algo para resolver el conflicto que nuevamente ha devenido actual sobre la prevalencia del pensamiento problemático o del pensamiento sistemático. La controversia a que así se alude es demasiado poliédrica como para despacharla al paso. Por eso, en el marco de esta obra, tenemos que limitarnos a algunas indicaciones para la doctrina de la autoría, sin polemizar con la bibliografía y los demás aspectos del tema.

Puede decirse que el desarrollo dialéctico de un concepto concreto, que caracteriza a nuestro proceder descriptivo, se presenta a este respecto como síntesis superadora del dualismo de ambos métodos.

1.º Del pensamiento problemático se da cabal cuenta en tanto que ha de elaborarse nueva y autónomamente todo fenómeno de la realidad, sin ideas dogmáticas preconcebidas, y ha de tratársele con arreglo a sus estructuras inherentes. Esto se ha mostrado con tanta frecuencia a lo largo de nuestra exposición e incluso descrito teóricamente subrayando la "resistencia del objeto" que no hacen falta más indicaciones. Al atender a los problemas materiales respectivos se evitan todos los inconvenientes que cabe reprochar con razón al pensamiento sistemático: decaen todas las deducciones que descartan una u otra solución que materialmente valdría la pena considerar, debido a su supuesta "imposibilidad conceptual". Tampoco las consecuencias sistemáticas pueden acuñarse por vía puramente constructiva como resultados prácticos: la "esencia" de la acción, la delimitación entre dolo e imprudencia consciente, la teoría del error, la incardinación sistemática de este o aquel elemento del delito plantean sus problemas respectivos, de los que, sin embargo, nada cabe extraer directamente para la delimitación entre autoría y participación. Así se exonera a la teoría de la participación de muchas cuestiones

[19] N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 36 y 395.

teóricas que desvían la mirada del supuesto de hecho concreto, no aportando nada para clarificar las respectivas relaciones de participación.

2.º Por otra parte, en una doctrina de la autoría así se tiene en cuenta sin limitaciones la relativa razón del pensamiento sistemático, pues en el método que seguimos no ocurre que la doctrina de autoría se deshaga en una pluralidad de resultados concretos inconexos. Al peligro de que la delimitación entre autoría y participación se desligue de baremos objetivos y quede a merced de un casuismo ecléctico, como ya se ha expuesto en repetidas ocasiones, está mucho más expuesto el pensamiento abstractivo, porque no tiene contacto con el objeto y, por tanto, ha de dejar todo a la "valoración judicial del caso concreto". Por el contrario, si se tratan de aclarar descriptivamente los fenómenos, resulta evidente por sí solo que las relaciones existentes en ellos se van desvelando paulatinamente, dejando apreciarse al final un sistema obtenido a partir del objeto, que abarca la materia jurídica como una unidad articulada racionalmente. La posibilidad de sintetizar los resultados de nuestro trabajo en principios expresivos de tesis y en panorámicas esquemáticas, muestra que un sistema así compuesto resulta claro, comprensible y aplicable en la práctica.

Naturalmente, no merece la pena reflexionar sobre por qué esto es así. Si uno está familiarizado con establecer sistemáticas mediante conexiones deductivas de conceptos, no se comprende al mismo tiempo cómo es que también los contenidos materiales no circunscritos constructivamente así pueden reunirse en síntesis, sin resistirse a la unidad. Cabría preguntar: ¿no se daría lugar a un caos que rehuyera todo orden, que condujera todo el método *ad absurdum*? Sin embargo, no hace falta recurrir a tesis metafísicas sobre la racionalidad de todo lo real para entender por qué también en un proceder inductivo, que se inicie sin sistema preconcebido y que vaya recorriendo los fenómenos concretos, al final surja un todo racionalmente articulado.

En efecto, el "objeto" al que hemos de orientarnos no es desde luego la facticidad desnuda, sino un material ya con impronta jurídica. Los delitos de infracción de deber, los supuestos de coacción, los delitos de propia mano, etc., portan estructuras surgidas de la interacción de contenidos de sentido sociales y señalamiento de objetivos legislativos. A lo cual se añaden líneas supremas de la propia doctrina de la autoría, tal como las hemos elaborado al principio, como síntesis, de varios grados, de captación de sentido y formación teleológica de conceptos. Considerando lo cual se entiende que los puntos de vista desde los que cabe contemplar racionalmente, en el ámbito de la autoría, los fenómenos de la realidad, sean tan limitados como las distinciones que la materia jurídica admite sin desgarrarse. Ocurre aquí lo mismo que en todas las materias jurídicas en que el norte amenaza con perderse en la pluralidad de opiniones contradictorias: en realidad, los problemas materiales y los "topoi" a los que cabe recurrir para resolverlos son totalmente limitados. Precisamente por eso es posible llegar a resultados que pueden surgir con la pretensión de ser "correctos" y a los que les es inherente cierta suprapositividad, ya explicada antes [20]. De lo contrario, también la labor dogmática sería mero juego conceptual y cualquiera de las teorías, todo lo numerosas que se quiera, podría ser igualmente correcta o incorrecta.

3.º Por consiguiente, nos encontramos ante un método que conserva los logros tanto del pensamiento problemático como del sistemático. En él, el sistema de la doctrina de la autoría es "abierto" en la medida en que ni relaciones deductivas cerradas ni *numerus clausus* lógico-conceptuales impiden procesar nuevos fenómenos. Se trata simplemente de una fenomenología de las formas de autoría que trata de esclarecer las estructuras de la materia, y es propio de la naturaleza de tales empresas que, se emplee el esfuerzo que se emplee por iluminar completamente la materia jurídica, se sustraigan a la mirada este fenómeno o el de más allá. Así como, por ejemplo, nosotros, con los delitos de infracción de deber, los distintos grados del dominio por error y del dominio de la organización, hemos incluido criterios de la autoría en los que hasta ahora no se había reparado y hemos precisado otros, también tiene que ser así con datos que se hayan pasado por alto y que eventualmente se descubran, por no hablar de la elaboración pormenorizada y de las inevitables correcciones en cuestiones de detalle. Sólo manteniéndose abierta a tales posibilidades puede conservar la doctrina de la autoría la elasticidad que le permita no perder el paso del desarrollo en continua progresión, impidiendo la parálisis doctrinaria.

4.º No es posible seguir tratando aquí si (y hasta qué punto) cabe obtener provecho globalmente también para la sistemática de la teoría del delito a partir de estas ideas relativas al aspecto parcial aquí abordado. Con todo, digamos que los conceptos concretos del género descrito prometen resultados siempre que se trate de figuras jurídicas que puedan presentarse en toda la materia jurídica. Lo cual es válido no sólo para la autoría y la participación, sino también, por ejemplo, para el concepto de acción, que de esta manera podría liberarse de su existencia estéril como "espíritu exangüe". O por mencionar un ejemplo con mayor importancia práctica: mediante un proceder así se podría desarrollar con mucha más amplitud y coherencia, a partir de las estructuras de la materia de regulación que aquí se muestran, los delitos de omisión, cuyas manifestaciones en su forma actual se basan en contingencias históricas.

Conceptos fijados con precisión en el sentido de la técnica definitoria tradicional, en cambio, se encuentran siempre allí donde hay que describir segmentos de realidad con arreglo a las exigencias del principio del *nulla*

[20] Cfr. pp. 483 ss.

poena. Lo que es un "edificio", un "espacio cerrado", un "documento", etc., ha de caracterizarse, en vía de subsunción, mediante fórmulas descriptivas con aportaciones normativas que en todo caso den mayores facilidades. Pero también entraña una diferencia capital que se trate de determinar, por ejemplo, el concepto de "persona" en el sentido del § 212 StGB (homicidio) o el concepto de autor determinante para todos los tipos y formas de conducta. De imponerse esta idea, habría que abandonar ya por esta razón tanto la búsqueda de una fórmula fácil de autor como la opinión de que se haya encontrado una solución con un término como el de la "voluntad de autor".

§ 41. SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

I. El Código penal alemán vigente dedica a la autoría un solo precepto, el § 47, que caracteriza a la coautoría señalando que "varios ejecutan conjuntamente una acción punible". Sobre la autoría única y la autoría mediata no se manifiesta la ley. El Proyecto de 1962, hasta la fecha el último resultado de los esfuerzos en pro de la reforma penal, vuelve a contener una sola norma relativa a la autoría, que reza así:

§ 29. Autoría

I. Se castiga como autor a quien comete el hecho personalmente o mediante otro.

II. Si varias personas cometen el hecho conjuntamente, cada uno de ellos es castigado como autor (coautor).

Así pues, el legislador se conforma con reconocer las figuras jurídicas de la autoría directa, de la autoría mediata y de la coautoría como manifestaciones distintas de la autoría y con caracterizarlas remitiéndose en forma alusiva a las peculiaridades de la comisión (personalmente, mediante otro, conjuntamente). En cambio, el Proyecto se abstiene de concretar más estos conceptos. En la Exposición de Motivos se dice expresamente que el § 29 renuncia a «determinar el concepto de autor de modo taxativo y exhaustivo. Sólo en unión con los respectivos tipos de la Parte Especial indica el precepto quién es y puede ser autor» [1]. No se dice por qué el legislador quiere proceder así. Sólo con respecto a la autoría mediata se señala que «ciertas cuestiones aún requieren clarificación por parte de la jurisprudencia, no debiéndose anticipar el desarrollo jurídico».

II. Esta reserva es plausible. Lo peligroso que es pretender asumir en la ley indicaciones detalladas sobre las distintas formas de autoría lo evi-

[1] Esta nota y las siguientes en la Exposición de Motivos, p. 149.

dencian varios de los intentos de los últimos años de recoger en un Código las ideas afianzadas.

1.º Así, por ejemplo, dice al § 28.2 del Proyecto de 1958, coincidente en lo esencial con las propuestas de GALLAS [2], acerca de la autoría mediata: «Como autor se castiga asimismo a quien ejecuta el hecho dolosamente por medio de otro que obra sin dolo, u obra a pesar de su dolo inculpablemente, o de aquel en el que no concurren las cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales (especiales elementos personales) que fundamentan la punibilidad.»

Mediante esta redacción, lingüísticamente bastante circunstanciada, quedarían abarcadas las situaciones de error y de coacción, así como los supuestos de "instrumentos" sin cualificación o sin intención como únicas formas existentes de autoría mediata. Y sin embargo, hay múltiples objeciones que formular: se pasan por alto los supuestos en los que la persona interpuesta obra dolosa *y* culpablemente, esto es, los casos de los grados segundo, tercero y cuarto del dominio del hecho, con sus manifestaciones especiales (*error in persona*, error sobre el riesgo, error de prohibición culpable, etc.), así como el dominio sobre la organización. Las circunstancias especiales en el obrar imprudente consciente del ejecutor tampoco se tienen en cuenta. El criterio de la autoría de los delitos de infracción de deber queda caracterizado con suma imprecisión y más bien oscurecido por la alusión a las "cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales". La mención de los delitos de intención, que no fundamentan forma alguna propia de autoría mediata, carece de justificación. Además, se vuelve así a hacer posible lo que precisamente se trataría de evitar: que se estime autoría mediata cuando meramente exista "voluntad de dominio del hecho" por parte del sujeto de detrás aun dándose la plena responsabilidad del ejecutor; puesto que con la jurisprudencia actual se eleva a criterio de la autoría la "voluntad de cometer el hecho como propio", el paso siguiente consiste en concebir su ausencia en el ejecutor directo como excluyente del tipo y su presencia en el no ejecutor como una "intención especial" que en tales casos fundamenta la punibilidad.

Véase cómo una formulación de la ley en tales términos no favorecería el desarrollo de la doctrina de la autoría: en tanto que es correcta, es opinión general que también valdría sin estar establecida; pero allí donde se interna en terreno controvertido, más bien impediría que se impusiera la concepción acertada.

2.º SAX, que igualmente critica con énfasis el Proyecto de 1958 [3], sitúa en lugar de la redacción de éste algunas propuestas del tenor siguiente [4]:

[2] Cfr. *Niederschriften (Actas)*, t. 2, apéndice núm. 14, rep. R 29.
[3] Cfr. *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 430 ss.
[4] *Op. cit.*, pp. 435 y 436.

§ a) *Autoría*

«Como autor se castiga a quien ejecuta el delito.»

§ b) *Autoría mediata*

«Si alguien ejecuta el delito por medio de otro, cuyo actuar domina conscientemente, es autor mediato.»

§ c) *Coautoría*

«Si varios ejecutan su delito cooperando en forma de división del trabajo y cada uno de ellos co-domina conscientemente el actuar de los demás, son coautores.»

En esta redacción el § *a)* abarcaría, como "precepto comprensivo de partida", a todas las formas de autoría, mientras que los §§ *b)* y *c)* indicarían los criterios «que en el autor mediato y en el coautor permiten decir que también han cometido el delito» [5]. Brevemente cabe aducir lo siguiente:

Una formulación como la que se ha elegido en el § *a)* ciertamente no es objetable en cuanto a su contenido, pero por la sola razón de que no contiene una declaración sustancial, pues "ejecutar" no significa aquí "hacer personalmente", sino "ser autor". También en caso de "apoyo [simplemente] espiritual", que Sax propugna que baste para la coautoría [6], el sujeto de detrás que externamente permanece inactivo del todo es "ejecutor" en su terminología. Dudo mucho que se trate de una expresión afortunada si se repara en que tradicionalmente se distingue precisamente entre preparación y ejecución, de manera que puede comportar malentendidos llamar "ejecutor" al autor de actos preparatorios (lo que no debe reconocerse, según la opinión que aquí se mantiene).

Pero sea como fuere, el § *a)* apenas va más allá de la significación terminológica, dado que queda en el aire lo que ha de entenderse por "ejecutor". No se pierda de vista que este concepto, en el sentido de concepción de la autoría acertadamente restrictiva, caracterizaría al comportamiento típico específico como fundamentador de autoría. Sin embargo, tal idea es más propia de un Tratado, en tanto que sólo proporciona un método para averiguar la autoría y no resultados prácticos.

El § *b)*, que describe la autoría mediata, ciertamente evita los escollos de la enumeración exhaustivamente ejemplificadora; pero a cambio se queda

[5] *Op. cit.*, p. 435.
[6] *Op. cit.*, pp. 434 y 435.

en el concepto indeterminado del "dominar", el cual, a falta de indicaciones más precisas, puede dotarse de contenido prácticamente a voluntad. Como Sax considera posible en general el "dominio" también en la cooperación espiritual y preparatoria en el hecho de un ejecutor responsable, se pone de relieve que este concepto ha perdido ya su significado, no indicando nada más que, pongamos por caso, la "voluntad de autor". Asimismo, Sax considera los supuestos de "instrumento" no cualificado y doloso no intencional como situaciones de estar sujeto a dominio, incurriendo así en los mismos errores ínsitos en el Proyecto de 1958. La formulación del Proyecto de 1962, que sólo habla de cometer el hecho "por medio de otro", es materialmente más correcta.

Por último, el § *c)* interpreta la coautoría en el sentido de una de las concepciones que se rechazaron *supra* como "autoría mediata recíproca" [7]. Aun no sumándose a ese rechazo y considerando acertada la equiparación general de ambas formas de autoría, sin embargo hay que preguntarse si es cometido del legislador codificar una opinión así, de ningún modo dominante; sobre todo porque también este problema es de naturaleza predominantemente teórica y, dada la indeterminación del concepto de dominio que se emplea en la práctica, son posibles todos los resultados. La alusión a la "cooperación en división del trabajo" apunta a algo correcto, pero en el marco del § *c)* comporta confusión, pues cuando Sax pretende estimar división del trabajo también en el supuesto en que «un sujeto ejecuta él solo la acción exterior del hecho y su compañero le apoya sólo espiritualmente», se volatiliza hasta tal punto este concepto (que ha de referirse al curso de la acción) que no se aprecia entonces qué cooperación ya *no* constituye división del trabajo. Además, tampoco se entiende por qué hay que atender a esta "división del trabajo" si uno domina al otro al modo de la autoría mediata, lo que, conforme al § *b)*, ya tendría que bastar para fundamentar la autoría.

Por todas estas razones no creo que fuera recomendable tomar la propuesta de Sax como base para una eventual codificación.

III. Se prescinde de indicar más ejemplos, así como de debatir los numerosos Proyectos más antiguos, porque la toma de postura con respecto a ellos se deduce fácilmente de los resultados de este estudio. Al mismo tiempo, la concepción de la doctrina de la autoría que hemos desarrollado deja traslucir por qué es tan difícil encontrar una redacción de la ley que satisfaga los datos de la materia y pueda ayudar al juez a resolver los casos. Schwalm tiene dicho [8] en las sesiones de la Comisión de Derecho penal, con buen criterio, que «los límites del anclaje del legislador residen en la esencia de la propia realidad». En efecto, un concepto concreto, el único adecuado

[7] *Op. cit.*, p. 434.
[8] *Niederschriften*, t. 2, p. 92.

para la materia jurídica, difícilmente puede encontrar acogida, sin reducción de su contenido material, en los parágrafos de la ley. Una "determinación conceptual cerrada y exhaustiva", de la que también habla la Exposición de Motivos del Proyecto, no es aquí posible en ningún caso. Definiciones fáciles de manejar, como las propias de un concepto fijado de autoría, o una cláusula general, en la que estuviera recogido un concepto de autoría indeterminado, se oponen mucho más a los métodos comunes de la técnica legislativa. Por el contrario, un concepto que contenga todo un sistema de la doctrina de la autoría múltiplemente articulado necesita, si pretende responder a cuestiones de detalle, de despliegue descriptivo, lo que corresponde más bien a un Tratado que a la ley.

A la vista de esta problemática es conveniente caracterizar, sugiriéndolas, las manifestaciones de la autoría, renunciando por lo demás a "fijar" el concepto de autor, lo que simplemente sería una rémora para el desarrollo, orientado a los objetos de regulación, de doctrina y jurisprudencia. El Proyecto de 1962, al proceder así, da pruebas de una notable perspicacia. La objeción obvia de que tal proceder no se ajusta a la exigencia de taxatividad de la ley no es pertinente en este caso, pues a diferencia de en una cláusula general, que deja al juez todo lo demás, el Proyecto se remite, correctamente interpretado, a las formas concretas de la autoría mediata, de la coautoría, etc., sin querer decir que no sean susceptibles de precisión y que el dotarlas de contenido deba dejarse a criterio de la valoración individual.

Naturalmente, de poco serviría esto en tanto que la ley se conformara con tales indicaciones. Pero en realidad no ocurre así, de aceptarse los principios metodológicos que aquí se expusieron. En efecto, los elementos de la autoría no se deducen entonces únicamente del § 28, previsto para ella, sino que sólo a partir de la interacción de esta norma con las estructuras inherentes a los tipos de la Parte Especial, los delitos de infracción de deber, los de dominio, los de propia mano, etc., resaltan con claridad, proporcionando resultados absolutamente precisos a la contemplación penetrante. Así pues, el concepto de autor así entendido sigue sin estar auténticamente codificado en cuanto a sus detalles. Simplemente, se resiste tanto a la abstracción como a la fijación unilateral, y esto no es un defecto, sino una ventaja, fundada en la naturaleza de la materia.

IV. De cuanto antecede, sin embargo, no cabe deducir que esté descartado describir las manifestaciones de la autoría también en la Parte General mediante indicaciones más precisas. La vía adecuada para ello reside en formular, del modo más conciso posible en sus resultados más importantes para la aplicación del Derecho, las síntesis en las que se funden las ramificaciones de la figura central. Obviamente, si se quiere ir más allá de generalidades indeterminadas, no se debe temer cierta amplitud codificatoria. Cabría entonces decir, por ejemplo, sobre la base de las soluciones que aquí se han desarrollado:

§ a) *Autoría directa*

Autor directo es aquel que realiza la acción típica personalmente.

§ b) *Autoría mediata*

I. Autor mediato es aquel que domina la realización del tipo, al

1. coaccionar de manera exculpante al sujeto que actúa directamente o aprovechar su falta de libertad volitiva basada en otras razones;
2. dirigir de manera configuradora de sentido la acción típica, sustrayéndose a la voluntad del ejecutor directo mediante la provocación o aprovechamiento de un error;
3. servirse para realizar el delito de un órgano a él sometido en el marco de maquinarias de poder oganizadas.

II. En las infracciones penales en que la autoría se fundamenta en el quebrantamiento de un deber especial (delitos de infracción de deber) es autor mediato aquel que produce el resultado típico por medio de una persona no obligada.

§ c) *Coautoría*

I. Coautor es aquel que, sobre la base de la cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva, presta una aportación no inesencial al hecho.

II. En los delitos de infracción de deber es coautor aquel que, mediante la infracción en común de un deber conjunto, contribuye a la realización del tipo.

Hay que admitir que una regulación legal en estos términos (desde luego, aún mejorable en cuanto a su formulación) pondría en manos del juez principios bastante precisos para determinar la autoría. Ciertamente los conceptos que aquí se emplean aún requerirían desarrollarse más, pero esta necesidad no cabe eludirla de ningún modo. Sería también perfectamente posible (en función de los planes del legislador) ampliar más tal descripción de las formas de autoría, por ejemplo, caracterizando en la Parte General la naturaleza de los delitos de propia mano, o desarrollando pormenorizadamente los distintos grados del dominio en virtud de error. Por otra parte, asimismo se podría limitar el alcance de la fórmula de codificación propuesta, por ejemplo, prescindiendo de desglosar las distintas formas del dominio de la voluntad.

Forma parte de la discrecionalidad del legislador elegir alguna de las formas de proceder concebibles. Como los resultados de nuestro estudio no cuentan con el reconocimiento general, difícilmente cabe plantearse de momento su asunción expresa en la ley, de manera que la regulación del Proyecto de 1962, que deja margen para el ulterior desarrollo científico de la materia, merece preferirse en todo caso actualmente. Pero aun cuando fuera de otra forma, podría dudarse sobre si son convenientes en este ámbito codificaciones detalladas. Bien es verdad que facilitan al juez el manejo de la ley, pero dificultan la superación de errores y el tener en cuenta ideas nuevas. Es mucho lo que habla en favor de que el legislador tenga esto presente, pues mientras que una buena ley perdura, sin embargo la ciencia progresa y nunca va a poner fin a su labor.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

PARTE FINAL DE 1999. SOBRE EL RECIENTE ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

§ 42. DESARROLLO DE LA AUTORÍA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY

La nueva Parte General del Código penal alemán (StGB) que entró en vigor el 1 de enero de 1975 ha dado también a la doctrina de la autoría y la participación un nuevo fundamento legal en los §§ 25 a 31. En cuanto al contenido, en el ámbito de la delimitación entre autoría y participación han de reseñarse sólo dos notables (en su alcance, con todo, aún hoy muy controvertidas) modificaciones (o, por ser más exactos, concreciones). La primera apoya la teoría el dominio del hecho sustentada en esta obra, al privar de base a la teoría subjetiva de la participación en un punto decisivo; la segunda contradice la tesis aquí preconizada de que también sea posible la participación en el hecho no doloso. De ahí se deduce en concreto lo siguiente:

I. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO

El nuevo § 25 StGB es del tenor siguiente:

1) Será castigado como autor el que cometa el hecho personalmente o por medio de otro.

2) Si varios cometen el hecho en común, se castigará a cada uno como autor (coautor).

De este modo se fijan legalmente las tres formas de autoría: autoría única, autoría mediata y coautoría, del modo en que subyacen a la presente obra; hasta ahora sólo se hacía así para la coautoría (§ 47, redaccion antigua). La redacción se corresponde literalmente con el proyecto de ley, contenido

ya en el Proyecto de 1962 (§ 29) y en el Proyecto Alternativo (§ 27), y ya propugnada en las dos primeras ediciones de esta monografía (cfr. ahí pp. 590 ss.).

Este texto legal, por cuanto se refiere a la autoría mediata y a la coautoría, cabe compatibilizarla con todas las teorías que reconocen estas dos formas de autoría [1]. Por el contrario, bajo la nueva ley habrá que castigar siempre como autor directo a aquel que ejecuta el hecho de propia mano y culpablemente, esto es, cuando lo "comete personalmente" en el sentido del tenor literal del precepto. Así, el legislador ha pronunciado un "no" definitivo a una de las consecuencias más trascendentales de la teoría subjetiva de la participación, que precisamente en los años previos a 1975 había vuelto a imperar especialmente en la jurisprudencia, esto es, la de que el que ejecuta el hecho personalmente sin embargo únicamente es cómplice si le falta la "voluntad de autor".

También la doctrina dominante parte hoy de que aquel que realiza el tipo de propia mano siempre es autor [2]. Esta opinión ha llegado a imponerse asimismo en la jurisprudencia. El OLG de Stuttgart [3] establecía ya en 1978: «El que realiza personalmente todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo no es cómplice, sino autor.» Tres sentencias de la Sala III de lo Penal, de las que dos proceden de fechas recientes, también han hecho valer esta concepción en la jurisprudencia del BGH [4]. Las sentencias no se pronuncian sobre si sería de aplicación algo distinto para "casos excepcionales extremos". Como tales supuestos no se han producido hasta ahora y ni siquiera son concebibles, esta semirreserva no modifica nada en cuanto al resultado práctico.

[1] Así pues, no cabe ya mantener una postura como la que últimamente aún defendía LANGE [*ZStW*, 77 (1965), pp. 262 ss.], a tenor de la cual la autoría mediata se desharía en la inducción.

[2] BLEI, *AT*[18], 1983, p. 251; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 96 ss.; BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], p. 175; CRAMER, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, p. 392; ESER, *Strafr.*, II[3], 1980, supuesto práctico 37, núm. marg. 13; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 41 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 5 ss.; el mismo, *ZStW*, 99 (1987), pp. 52 ss.; HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 233; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-36; JESCHECK, *SchwStr*, 1975, p. 31; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 652; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 504 ss.; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núms. margs. 36 ss.; KÜPPER, *GA*, 1986, p. 444; MAIWALD, *ZStW*, 88 (1976), p. 729; ROXIN, *LK*[11], § 25, núm. marg. 33, pp. 47 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, núm. marg. 79, ante § 25; SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 33; el mismo, *Strafr.*, I[7], 1988, supuesto práctico 39, p. 214; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, § 25, núm. marg. 2; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 504 ss.

[3] *NJW*, 1978, 715.

[4] BGH, *NStZ*, 1987, pp. 224 ss.; *BGHSt*, 38, 315; BGH *NStZ*, 1993, p. 138. Con más detalle acerca de estas sentencias, *infra* núms. 27, 50 r y 50 t. Últimamente, BGHR, *StGB*, § 25, I, comisión, de propia mano, 3: «Pero quien, obrando dolosamente, realiza de propia mano todos los elementos de un delito, es autor... No puede invocar que le falta voluntad de autor o que sólo habría de auxiliar a otro... Puede quedar al margen aquí si en "supuestos estremos excepcionales" regiría algo distinto». Luego, BGHR, *BtMG*, § 29, I, núm. 1, importación, 34: «... En esencia es autor quien realiza el tipo de propia mano, aun cuando obre bajo la influencia y en presencia de otro, únicamente en interés de éste....»

Por el contrario, en la doctrina no deja por completo de ser controvertida la autoría del que realiza el tipo de propia mano. Así, BAUMANN-WEBER [5], como casi los últimos representantes (en la doctrina) de la teoría subjetiva [6], perseveran impasibles en que «no puede admitirse que se estime con carácter general autoría en caso de realización del tipo "enteramente de propia mano"». Y LACKNER [7] llega a intentar deducir, de los trabajos preparatorios de la ley, la concepción de que el problema sigue estando abierto [8]. Así «en el seno del Comité Especial se cuestionó la equiparación del concepto de comisión del hecho con el de ejecución del hecho, manteniéndose reservada a la jurisprudencia la verificación de si no son concebibles, en la realización de propia mano de todos los elementos del tipo, casos extremos —p. ej., homicidios en el marco de un pelotón de fusilamiento— en los que estimar autoría no da cabal cuenta del papel de los intervinientes (cfr. Prot. V, p. 1825). Por ende, la polémica en torno a la delimitación entre autoría y participación no está decidida en contra necesariamente de la teoría subjetiva».

Yendo más allá que LACKNER/KÜHL, entiende SCHMIDHÄUSER [9] que, conforme a "la naturaleza de las cosas", la cuestión no ha de regularse en la ley; estimar que a partir del tenor literal de la ley ("el que comete el hecho personalmente") resulta que es imposible afirmar la mera complicidad del que ejecuta el hecho de propia mano, significa un "nuevo positivismo legal". «Se dejaría de tener en cuenta toda experiencia en la interpretación de leyes si se pretendiera calificar de trasnochada a la teoría subjetiva sólo por una redacción legal en tal sentido» [10].

Más recientemente, SCHILD [11] ha desarrollado la idea de que el hecho de que el ejecutor desempeñe un papel socialmente auxiliar puede convertirlo en cómplice, en virtud de lo cual el camarero que sirve la comida envenenada por el cocinero, sabiéndolo, sólo sería cómplice. Por el contrario, sería autor si sirviese la sopa a persona distinta a la que le ha indicado el cocinero,

[5] *AT*[9], 1985, p. 532, en nota 26; una exposición más detallada de la opinión de que la ley ha dejado abierta la cuestión la proporciona BAUMANN, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 108 ss.

[6] Con la observación de que mis argumentos, derivados de la nueva redacción del § 25, I, en contra de la teoría subjetiva, «no [son] sólidos»; desde la 7.ª ed. se añade que del adverbio "personalmente" no puede "derivarse que se haya asumido la teoría subjetiva"; cfr. al respecto *infra* en el texto.

[7] *StGB*[20], 1993, § 25, núm. marg. 1; en términos semejantes JÄHNKE, *LK*[10], § 212, núm. marg. 6; MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, 47-64, y para "supuestos extremos" también JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 647.

[8] Aun cuando él por su parte es un oponente a la teoría subjetiva y "prefiere" la teoría del dominio del hecho (*StGB*[20], 1993, núm. marg. 6 ante § 25).

[9] *AT*[2], 1975, 14-168, p. 58; pero también él saludaría para la mayoría de los casos un "alejamiento" de la teoría subjetiva extrema. En tal sentido, de nuevo SCHMIDHÄUSER, *Stree-Wessels-Festschrift*, 1993, p. 345, nota 7.

[10] *StuB*, 1982, p. 323.

[11] *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 45 ss.

por cuanto que se excedería de su función. Lo cual, sin embargo, resulta poco convincente [12], pues en ambos casos el camarero tiene en sus manos el que muera alguien, y quién muera. En todo caso, matar a un cliente queda muy lejos de la función social de un camarero.

Por lo demás, en contra de BAUMANN, LACKNER/KÜHL, SCHMIDHÄUSER y SCHILD, hay que dar la cuestión por ya resuelta legalmente. De entrada, es evidente el tenor literal del § 25.1 StGB; si según éste se "castiga... como autor a quien comete el delito por sí mismo", no es posible compatibilizar con la ley el considerar no obstante a quien así actúa, en ocasiones, sólo como cómplice; el sentido de la redacción legal no permite decir que alguien que realiza dolosamente y de propia mano todas las circunstancias del hecho, no ha cometido el delito "por sí mismo". No comparto la posición de SCHMIDHÄUSER de que la redacción de la ley nunca podría impedir otra interpretación distinta, pues significaría que el legislador nunca podría imponer una indicación vinculante frente a las modificaciones de sentido de los intérpretes, lo cual vulneraría el principio *nullum crimen sine lege* y negaría la prevalencia de la ley.

Sin embargo, en contraposición a BAUMANN, LACKNER y SCHMIDHÄUSER, hay que considerar como cuestion ya decidida legalmente la autoría del ejecutor. De entrada, es inequívoco el tenor literal del § 25.1. Si se "castiga como autor" al que "ejecuta el hecho personalmente", no cabe compaginar con la ley punir en determinadas circunstancias a quien así actúa sólo como cómplice; el sentido literal de la redacción legal no permite decir que alguien que realiza todas las circunstancias típicas dolosamente y de propia mano no ha cometido el hecho "personalmente". La postura de SCHMIDHÄUSER de que la redacción literal de la ley nunca podría impedir otra interpretación divergente, no la comparto, pues significaría que el legislador nunca estaría en condiciones de imponer una indicación vinculante en contra de lecturas en otro sentido del intérprete; eso no se compaginaría con el principio *nullum crimen sine lege* y negaría por principio la prevalencia de la ley.

Asimismo es inequívoco, en el sentido del criterio de interpretación historica, el Proyecto de 1962, del que procede la actual redacción legal. El Proyecto entiende por autor directo [13] «un autor que comete la infracción penal personalmente, esto es, que realiza en su persona todos los elementos del tipo... Esta definición evidencia que quien comete el hecho personalmente, esto es, p. ej., mata él, es siempre autor, y no, pongamos por caso, va a ser cómplice por falta de voluntad de autor, como en ocasiones estimaba la jurisprudencia». El informe escrito del Comité Especial de Reforma Penal, relativo al Proyecto de la 2.ª StrRG (Ley de Reforma Penal) [14], que asume

[12] Con respecto a SCHILD, críticamente BLOY, *GA*, 1996, p. 243. Cfr. asimismo RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und Fahlässige Beteiligung*, 1997, pp. 23 ss.

[13] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.

[14] *Bundestagsdrucksache*, V/4095.

la redacción del Proyecto de 1962 (y como correspondía a su carácter circunscrito a la complementación de las modificaciones del Proyecto de 1962) no ha repetido la anterior fundamentación, pero tampoco ha indicado nada que la contradijera, pudiendo, pues, concebirse como válida también para la ley actualmente vigente.

Cuando LACKNER/KÜHL, en contra, invocan "sesiones del Comité Especial" de contenido divergente, hay que decir que los debates en el seno de una Comisión parlamentaria que no han tenido consecuencias en el texto legal ni en su Exposición de Motivos, no pueden cuestionar una decisión del legislador que no deja lugar a dudas. Al margen de ello, las actas de las sesiones del Comité tampoco indican en modo alguno que la autoría del ejecutor, según la opinión de sus miembros, tenga que quedar "reservada" a "verificación" por parte de la jurisprudencia. STURM, que en las sesiones 82.ª y 91.ª del Comité Especial abrió el debate relativo a "autoría y participación" con una ponencia introductoria desde la perspectiva del Ministerio Federal de Justicia [15], precisamente puso el problema de la posible complicidad del ejecutor en el centro de su exposición. El Ministerio había ofrecido dos formulaciones auxiliares, la primera de las cuales contenía una descripción del autor directo en los términos del actual tenor literal de la ley ("quien comete el hecho personalmente"), mientras que la segunda prescindía de definir al autor directo y al autor mediato. En relación con lo cual aclaraba lo siguiente [16]: «De hecho, habrá que ver en la definición del autor del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo una indicación del legislador en el sentido de que aquel que, espontáneamente y sin ser dependiente de otro de un modo que exceda a lo socialmente normal, realiza personalmente todos los elementos del tipo, es autor y no partícipe. Así pues, en el caso de la bañera y en el caso Staschynskij, con la definición de autor prevista, ya no va a ser posible estimar sólo complicidad. El que desee ese resultado tiene que acoger en la ley esta definición de autor. Pero quien, como hasta ahora, en este punto trascendental quiera dejar margen al desarrollo ulterior por parte de doctrina y jurisprudencia, tendría que prescindir de la definición de autor y del autor directo.» Hacia el final del debate volvió a confirmar [17] que «la decisión material que ha de adoptarse aquí se refiere a si se quieren evitar en el futuro sentencias como la del caso Staschynskij». En la "votación de principio" que tuvo lugar acto seguido, el Comité Especial se decidió, con un solo voto en contra, y en la "votación final" incluso por unanimidad, en favor de la definición de autor del Derecho vigente, y ello a sabiendas y con la voluntad de cerrar así el paso en el futuro a la jurisprudencia sobre la participación de tendencia subjetiva extrema.

[15] Sesión 82.ª, de 4 de octubre de 1967, *Protokoll*, pp. 1647-1650; sesión 91.ª, de 14 de diciembre de 1967, *Protokoll*, pp. 1821-1824.

[16] *Loc. cit.*, p. 1823.

[17] *Loc. cit.*, p. 1826.

Desde luego, STURM había querido dejar abierta desde el principio, en contra de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, la posibilidad de castigar al ejecutor sólo como cómplice en raras situaciones excepcionales (los "casos extremos" mencionados por LACKNER). Obviamente, tales supuestos tendrían que ser *expressis verbis* "más extremos" que el propio caso Staschynskij, de manera que apenas se producirán; de todos modos, uno se pregunta cómo van a fundamentarse tales excepciones. El único intento en este sentido lo emprendió, en las sesiones del Comité, DREHER, cuyas consideraciones están así recogidas en actas [18]: «Intencionadamente se ha dicho: "Quien comete el hecho personalmente" y no "quien ejecuta". "Cometer" es un concepto normativo, susceptible de interpretación. Cabe imaginar casos extremos en que el sujeto realice todos los elementos del tipo pero sólo sea cómplice. Como ejemplo menciona a un pelotón de fusilamiento en el que un superior ordena a cinco de sus hombres que fusilen a un prisionero, lo que éstos llevan a cabo en la situación coactiva. Los cinco hombres no tienen el pleno dominio del hecho y no son las figuras centrales del curso del hecho; sólo son instrumentos. En un caso así, la redacción propuesta posibilita castigar a los cinco sólo por complicidad. El que da la orden queda comprendido como mínimo por las palabras "o comete por medio de otro".»

Esta deducción es la única que aún hace posible los debates futuros sobre la calificación de "supuestos extremos". Sin embargo, no cabe suscribir la argumentación de DREHER. Evidentemente es cierto que el término "cometer" tiene naturaleza "normativa" en tanto que abarca asimismo la autoría no de propia mano; de lo contrario, el legislador no podría emplearlo asimismo, como ha hecho en el § 25, para caracterizar a la autoría mediata y a la coautoría. En este sentido había aclarado sus palabras el Ministerio Federal de Justicia ya en su primera propuesta de 1955 [19], coincidente con el actual texto de la ley: «Se ha preferido la expresión "cometer" a la de "ejecutar" porque ésta alude a la realización de propia mano.» Pero así, obviamente, sólo se dice que el "cometer" un hecho no tiene que ser "ejecución" de propia mano, pero no que el "ejecutar" (esto es, la realización del tipo de propia mano) no necesite ser comisión en concepto de autor. Que al hablar de aquel que "comete [el hecho] personalmente" y con arreglo al § 25 es autor sin excepción, se aluda al ejecutor de propia mano, no se deduce en absoluto del concepto del "cometer", sino del adverbio "personalmente", que no cabe entenderlo en otro sentido que en el de la realización del tipo personal y directa [20]. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, nunca se ha entendido de otro modo al incluir el precepto en los Proyectos. Dado que el tenor literal de la ley no deja el menor margen para estimar que en el supuesto de comisión personal —aunque sea en casos extremos— pueda negarse la autoría, se cierra así a la jurisprudencia la posibilidad de tal interpretación. Tampoco ha votado el Comité Especial sobre una interpretación en tal sentido (de esta forma sólo DREHER la ha sacado a colación), sino únicamente sobre la definición de autor del Derecho actualmente vigente, no habiéndose producido nunca una opinion articulada del Comité Especial sobre el problema de los "casos extremos" de DREHER. Cuando éste [21], en su comentario posterior al § 25, conviene conmigo en que "aquel que realiza todos los elementos del tipo siempre es autor", se evidencia que él mismo tampoco mantiene ya la opinión que expresó en el Comité Especial. Y mucho menos hay razón, ni siquiera posibilidad, de introducirla intepretativamente en la ley.

Pero tampoco se da en realidad una necesidad político-criminal de, en casos extremos, castigar al ejecutor sólo por complicidad. Dado que también en el Comité Especial todos los oradores se mostraron de acuerdo en que en casos como el de la "bañera" [22] o el "Staschynskij" [23] el sujeto que actúa directamente tendría que ser considerado autor, como único presunto caso extremo quedaría el del pelotón de fusilamiento. Al margen de que aquí por lo general sólo se daría un homicidio (entre tanto prescrito en casi todos los casos) castigado, en su caso, por el marco penal extraordinariamente reducido del § 213, incluso no dándose una situación coactiva no exculpada con arreglo al § 35.1, los preceptos sobre el error de prohibición (§ 17) y el estado de necesidad putativo (§ 35.2) ofrecen posibilidades de atenuación tan amplias que a su lado no existe la necesidad de aplicar el marco penal reducido de la complicidad. Pero si uno de los soldados del pelotón advierte la antijuricidad de su actuar y ni siquiera subjetivamente ha creído que, al negarse a cumplir la orden, arriesgaría su libertad personal (pues también este caso se encuadraría en el tenor literal del nuevo § 35), con razón ha de aplicársele la pena de la autoría. No cabe hablar entonces de la "situación coactiva" que invoca DREHER en su ejemplo.

Como resultado, pues, cabe indicar que quien ejecuta el hecho de propia mano es siempre autor con arreglo al § 25.1 StGB; no existe posibilidad legal

[18] *Loc. cit.*, p. 1825.

[19] Propuestas y observaciones de los expertos del Ministerio Federal de Justicia respecto al tema "autoría y participación", en *Niederschriften (Actas) über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. 2, 1958, apéndice pp. 38 ss. (40); asimismo el Ministerio Federal de Justicia en el informe de SCHWALM, *Niederschriften*, t. 2, p. 92.

[20] También HORSTKOTTE subrayó en las sesiones de la Comisión (*loc. cit.*, p. 1826): «Así la expresión "personalmente" adquiere particular importancia. El alcance de una regulación así resulta de que haga recaer el acento aquí, en contra de la actual jurisprudencia.»

[21] *StGB*, desde 35.ª ed., 1975, 1, A ante § 25; así ya, asimismo, DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [46], 1993, § 25, núm. marg. 2.

[22] Cfr. al respecto la amplia bibliografía en el registro de este volumen.

[23] Cfr. al respecto la bibliografía en el índice de materias así como el detallado análisis del supuesto *infra* pp. 606 ss.

ni necesidad político-criminal de reconocer excepciones —ni siquiera en "casos extremos"— a este principio.

II. PARTICIPACIÓN SÓLO EN CASO DE HECHO DOLOSO

La segunda clarificación importante de la nueva ley consiste en que los §§ 26 y 27 StGB admiten ya *expressis verbis* la inducción y la complicidad únicamente en el "hecho antijurídico cometido dolosamente". Con lo cual el legislador ha decidido, en el sentido de la jurisprudencia antigua [24], que está excluida la participación en el hecho no doloso. Ello contradice la opinión —defendida en esta obra [25], y en gran medida en la doctrina y en la jurisprudencia, así como en el Proyecto Alternativo— de que al liberar a la participación del requisito del hecho principal doloso se permite la punición del sujeto de detrás no cualificado cuando éste ha determinado al *intraneus* que actúa directamente a que realice el tipo, mediante engaño excluyente del dolo de éste. Los argumentos aducidos en favor de esta concepción son tan válidos hoy como ayer. Tampoco se ve afectada por el pronunciamiento del legislador la problemática dogmática y político-criminal de esta controvertida cuestion de accesoriedad, razon por la cual examinarla en esta obra sigue siendo pertinente (ya con vistas a debates sobre futuras reformas). Como asimismo está claro que hemos de plegarnos a la decisión del legislador, de manera que con arreglo al Derecho vigente el partícipe en el hecho no doloso queda impune.

De todos modos, la nueva redacción legal no es tan unívoca como para que su interpretación, ya antes de la entrada en vigor, no haya dado lugar a diferencias de parecer.

a) SCHMIDHÄUSER [26], al principio como único autor, defiende la postura de que la nueva redacción de la ley nada cambia con respecto a la situación jurídica anterior, o sea, que cabe seguir estimando la punibilidad de la participación en el hecho no doloso. Y lo fundamenta con la tesis de que la dolosidad es un elemento de la culpabilidad y de que, a tenor del principio de la accesoriedad limitada expresado en el § 29, la participación es independiente de la culpabilidad del autor (y con ello también del dolo de éste). Esta decisión fundamental prevalece sobre "cualquier regulación singular divergente", esto es, también sobre los nuevos §§ 26 y 27 StGB; ambos preceptos no han de entenderse en el sentido de que requieren hecho principal

[24] Desde *BGHSt*, 9, pp. 370 ss. La decisión del legislador se adoptó, no obstante, en contra del parecer del representante del Ministerio Federal de Justicia (DREHER, *MDR*, 1976, p. 436).

[25] Cfr. las amplias referencias en el registro bajo el epígrafe «participación en el hecho principal no doloso».

[26] *AT*[1], 1970, pp. 14-87 ss.; en *AT*[2], 1975, pp. 14-94, 97, 115, 134; SCHMIDHÄUSER había aceptado de pasada el requisito, para él desacertado, de hecho principal doloso.

doloso, sino «en todo caso, en el de que se presupone como hecho principal un hacer querido».

Sin embargo, tal interpretación constituye una tergiversación de la ley que no puede suscribirse. En todas las sesiones de la Comisión y del Comité que se han celebrado desde la época de la Gran Comisión de Derecho Penal, el debate sobre la accesoriedad giraba en torno al requisito de hecho principal doloso con tanta claridad que no existe el menor apoyo para suponer que el legislador se haya querido referir a algo distinto de lo que se deduce del sentido literal de sus palabras. Y la contradicción sistemática entre los §§ 26 y 27 y el principio de la accesoriedad limitada expresado en el § 29, no existe ni siquiera cuando, con SCHMIDHÄUSER, se considera el dolo no en el injusto, sino como "elemento de la culpabilidad" [27], pues si con arreglo al § 29 la participación es independiente de la culpabilidad del autor, esto en absoluto excluye la posibilidad de hacer depender la participación de un elemento de la culpabilidad concreto (la dolosidad del hecho principal en los términos de los §§ 26 y 27). La sugerencia de SCHMIDHÄUSER de entender el concepto de "hecho doloso" en el sentido de un "hacer querido" caracterizador de la acción comisiva, subsume bajo esta denominación precisamente también hechos no dolosos. Y ello no cabe reconocerlo ya como una interpretación posible.

b) Sin embargo, con razón es discutible la cuestión de cómo ha de tratarse, con arreglo al Derecho vigente, el supuesto en que un *extraneus* engaña a un obligado especialmente sobre los presupuestos de una causa de justificación. Como ejemplo canónico de estos supuestos sirva el tan repetidamente tratado por la jurisprudencia, en que haciendo creer engañosamente a un médico sobre que está liberado del deber de sigilo, se le sonsacan informaciones sobre la enfermedad de un paciente [28]. Si uno se pregunta si el sujeto de detrás ha de responder por inducción a la revelación de secretos del § 203, párrafo 1, núm. 1, StGB cuando hace creer a un médico que el paciente está de acuerdo en que se revelen datos sobre su enfermedad, desde luego es posible hacer depender la respuesta de decisiones jurídico-materiales situadas fuera de la teoría de la participación. Pero si se considera la exoneración del deber de sigilo (= conformidad con la revelación del secreto) como excluyente del tipo, está claro que no procede la inducción; por otra parte, si se estima una causa de justificación y al mismo tiempo se mantiene la teoría estricta de la culpabilidad, para la que desde luego el nuevo Derecho aún deja espacio [29], no plantea problemas la existencia de inducción, debido al dolo de autor que ha de afirmarse claramente.

[27] Cfr. al respecto ya mi toma de postura en *ZStW*, 83 (1971), pp. 398 ss.; en el sentido del texto, en contra de SCHMIDHÄUSER y BOCKELMANN, *Gallas-Festschrift*, 1973, p. 263, nota 3.

[28] Cfr. *BGHSt*, 4, pp. 355 ss.; OLG Köln, *MDR*, 1962, pp. 591 ss.; al respecto con detalle *supra* pp. 401 ss.

[29] Cfr. al respecto mi aportación a ROXIN-STREE-ZIPF-JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.ª ed., 1975, pp. 12 ss.

Sin embargo, la doctrina dominante le reconocerá también en el futuro en situaciones de esta índole al médico un error que, conforme a la teoría limitada de la culpabilidad, excluye la pena del dolo (y así, por lo general, la punibilidad). El que el sujeto de detrás pueda responder como inductor se decide entonces sólo en función de si el dolo que los §§ 26 y 27 requieren se limita al dolo de tipo en sentido estricto o si incluye también el no suponer elementos de justificación. En el primer caso, a pesar de la no punibilidad del "autor", es posible la inducción; en el segundo, no. La problemática que de ahí surge ha sido abordada hasta ahora sobre todo por DREHER, que interpreta el dolo de autor exigido en los §§ 26 y 27 StGB en el sentido del dolo de tipo, entre otras razones porque así se posibilita el castigo del sujeto de detrás como partícipe [30]. Entonces hay que trabajar en el StGB con un doble concepto de dolo, de manera que la errónea suposición de presupuestos de justificación ciertamente excluye el dolo en el sentido de la teoría del error (esto es, en los términos del § 16 StGB), pero no en el sentido de la teoría de la participación (o sea, en los términos de los §§ 26 y 27 StGB). Como el legislador ha dejado el dolo sin definir, legalmente no está descartada esta solución, y DREHER entiende también el error sobre el "tipo de autorización" expresamente de manera [31] que «ciertamente queda intacto el dolo como dolo de tipo, pero se excluye el dolo como forma de culpabilidad». Por una construcción distinta, pero equivalente, opta JESCHECK [32], al considerar excluido, en el error sobre circunstancias de la justificación, no el dolo, sino sólo la pena del dolo, con el efecto de que sigue siendo posible la participación del astuto sujeto de detrás a pesar de la impunidad del obligado especialmente que se cree justificado [33].

En todo caso, ambas concepciones coinciden en que el "hecho antijurídico cometido dolosamente" en el sentido de los §§ 26 y 27 StGB es una acción en la que el autor realiza los elementos del tipo (figura rectora) objetivo con consciencia y voluntad; así pues, el error sobre la justificación que impide la punición del autor por delito doloso no afecta en los delitos de infracción de deber a la posibilidad de participación del *extraneus* que entrevé la situación. Esto merece aprobación, a pesar de las dificultades constructivas de una solución así, por las razones que ya se expusieron pormenorizadamente *supra* [34] y que, no obstante el pronunciamiento del legislador, mantienen su significado para la regulación actual. Resulta, pues, que en los delitos

[30] Cfr. últimamente DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [47], 1995, § 16, núm. marg. 27; *Heinitz-Festschrift*, 1972, 222; también en la última edición de TRÖNDLE-FISCHER, la 49.ª, 1999, se contiene ese pasaje; en otro sentido, ante todo, PREISENDANZ, 30.ª ed., 1978, § 26, 2, a.

[31] DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [47], 1995, § 16, núm. mag. 27.

[32] Cfr. simplemente *AT* [5], 1996, pp. 464 ss.; en otro sentido abiertamente *AT* [2], 1972, pp. 348 ss.

[33] Así expresamente *AT* [5], 1996, p. 465.

[34] Pp. 401-413; asimismo RUDOLPHI, *SK* [5], 1989, § 16, núm. marg. 13; SCHMIDHÄUSER, *StuB* [2], 1984, pp. 10-22 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, núm. marg. 9 ante § 25; de otra opinión la doctrina dominante, cfr. p. ej. MAURACH-GÖSSEL, *AT* [27], 1989, pp. 53-107 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, núm. marg. 30 ante § 25; SAMSON, *SK* [5], 1993, núm. marg. 27 ante § 26; el mismo, *Strafr.*, [7], 1988, caso 40, pp. 220 ss.; OTTO, *Grundkurs, AT* [5], 1996, § 22, núms. margs. 29 ss.

de infracción de deber —en los delitos de dominio se trata sin más de autoría mediata— sigue siendo punible, bajo la nueva regulación, la participación en un hecho no doloso en el sentido de la teoría limitada de la culpabilidad, en el ámbito de los errores sobre la justificación.

De todos modos, esta solución de emergencia no sirve de ayuda precisamente en los supuestos para los que podría tener mayor importancia práctica: aquellos en que se engaña al autor (principalmente, al médico que se manifiesta sobre enfermedades del paciente) sobre el consentimiento del titular del bien jurídico. En efecto, el consentimiento no es, según la opinión mejor fundada, causa de justificación, sino causa de exclusión del tipo [35]. El médico, p. ej., que cree estar liberado del deber de sigilo, no pretende vulnerar secretos del paciente. Por eso, le falta ya el dolo dirigido a la lesión típica del bien jurídico, de manera que en esa medida tampoco es posible la participación cuando no se requiere en el autor más que el dolo de tipo. Las lagunas de punibilidad decisivas, pues, se mantienen [36].

III. LA INTERVENCIÓN EN EL HECHO QUE SE HA SUPUESTO DOLOSO

El tercer grupo de casos cuyo tratamiento ha sido trazado por la nueva regulación se refiere al supuesto (tan debatido como poco trascendente en la práctica) de la intervención en el hecho que se ha supuesto doloso [37]. Se trata de casos como aquel en que la amante proporciona veneno al hombre casado para matar a su mujer, suponiendo que el hombre va a entender sus veladas alusiones a la eficacia letal de la "medicina" y, por tanto, va a matar dolosamente a su esposa. Sin embargo, el marido toma el veneno realmente por una medicina y se lo da, sin sospechar nada, a su esposa; esto es, a lo sumo puede responder por homicidio imprudente. La amante, en esta situación, no puede ser captada como autora mediata, por faltarle la consciencia de dirigir a un instrumento no doloso y, por tanto, el dominio del hecho. Conforme a la regulación anterior, no obstante, podía responder por inducción al asesinato, porque su disposición psíquica era la de una

[35] Con más detalle ROXIN, *AT* I [3], 1997, § 13, núms. margs. 12 ss.; § 14 núm. marg. 74.

[36] Por eso incluso hoy se sigue subrayando con razón que el requisito del dolo en los §§ 26 y 27 constituye un desacierto de política jurídica; cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, núm. marg. 29, ante § 25; JAKOBS, *AT* [2], pp. 22-13 ss.

[37] Al respecto ya para la nueva regulación, ampliamente BOCKELMANN, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 261 ss.

partícipe y el peso objetivo de su aportación al hecho, debido a la ignorancia del ejecutor, era incluso más decisivo que lo planeado [38].

No cabe negar en serio que la punición como partícipe es político-criminalmente deseable, pues si el sujeto de detrás lleva a cabo la realización del tipo y subjetivamente cumple todos los requisitos de la inducción o la complicidad, no se entiende por qué ha de quedar impune (o, en su caso, ser castigado sólo por inducción intentada al delito). Pero sigue discutiéndose mucho el que un resultado así aún quepa mantenerlo con arreglo a la nueva redacción de los §§ 26 y 27 StGB. Desde el principio, yo he defendido la tesis [39] de que la punición ya no es posible, puesto que si la participación presupone un hecho principal doloso, no puede bastar la suposición errónea de un dolo no existente en realidad. Esta opinión es mantenida por toda una serie de partidarios en la doctrina [40]. Sin embargo, tras ser introducida por JESCHECK [41], se ha formado otra concepción contraria [42] que defiende el castigo por participación en tales casos también con arreglo al Derecho vigente. Se basa en que el Proyecto de 1962 contenía un precepto específico, conforme al cual había que castigar "como inductor" a «quien ha determinado a otro al hecho cometido antijurídicamente, en la suposición errónea de que el autor obraría dolosamente». El precepto fue suprimido por unanimidad en las deliberaciones del Comité Especial después de que STURM así lo suscitara y —según consta en las actas [43]— señalase: «El enjuiciamiento de tales casos es muy controvertido en la doctrina. En la praxis, sin embargo, sólo alcanzaban un papel muy secundario. Como el Proyecto de 1962, con el § 32, ha ido demasiado lejos en detallar, sería conveniente suprimir este precepto.» Con la indicación, sustentada en este motivo de supresión, de que el precepto no fue acogido en el Derecho futuro "únicamente por motivos

[38] Cfr. acerca del muy controvertido enjuiciamiento de estas situaciones en la doctrina y acerca de mi propia opinión, detalladamente *supra* § 26, pp. 288 ss. («el error sobre presupuestos de la autoría»).

[39] *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1.ª y 2.ª eds., 1070/73, pp. 20 ss., nota 46; *Einführung in das neue Strafrecht*, p. 29.

[40] Básico: BOCKELMANN, *Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlichen Taten, Festschrift für Gallas*, 1973, p. 261; asimismo, BLOY, *Zurechnungstypus*, p. 98; CRAMER, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 399 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 46; JAKOBS, *AT*[2], 1991, 22, 18; MAIWALD, *ZStW*, 88 (1976), pp. 731 ss.; MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, pp. 53-107 ss.; OTTO, *Grundkurs, AT*[5], 1996, § 22, núms. margs. 29 ss.; SAMSON, *SK*[5], 1993, núms. margs. 26, 27 ante § 26; el mismo, *Strafr.*, I[7], 1988, caso 40, pp. 221 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 961 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 553 ss. Asimismo KG, *NJW*, 1977, 817, 819, con comentario de SCHALL, *JuS*, 1979, 104, defiende esta postura.

[41] *AT*[2], p. 499; la abandona en *SchwZSt.*, t. 90, 1975, p. 32; en otro sentido ahora asimismo JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 656.

[42] Mantenida sobre todo por BAUMANN-WEBER-MITSCH, *AT*[10], 1995, § 30, núms. margs. 23 ss.; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, núm. marg. 10 ante § 25; ESER, *Strafr.*, II[3], 1980, caso 41, núms. margs. 20, 22; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, núm. marg. 10 ante § 25, y SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), p. 911, nota 38.

[43] Actas de la Comisión, p. 1829; asimismo el informe escrito de la Comisión, *Bundestagsdrucksache*, V/4095, p. 13.

de redacción" (JESCHECK) y de que el Comité Especial con ello no quiso decidir nada (LACKNER), aún hoy se defiende la posibilidad de interpretar la ley en el sentido del § 32 del Proyecto de 1962.

Sin embargo, esta posibilidad no existe. En pimer lugar, el Comité Especial no tiene competencias para dejar abiertas determinadas posibilidades interpretativas en contra del tenor literal inequívoco de la ley. En segundo lugar, con todo, el Comité de ningún modo se ha manifestado en el sentido de que el precepto suprimido fuera superfluo porque mediante interpretación de los demás preceptos legales se podría llegar al mismo resultado, sino que la supresión se efectuó debido al carácter muy específico y a la reducida importancia práctica del grupo de supuestos. Así pues, se comprende que en aras de simplificar la ley se quisiera asumir también esta pequeña laguna, después de haber abierto a sabiendas lagunas de punibilidad mucho más amplias mediante el requisito del dolo. Pero sea como sea, el tenor literal de los §§ 26 y 27 StGB no deja espacio alguno para prescindir del requisito de al menos dolo de tipo en el autor del hecho principal, y en ese estado nada puede cambiar una eventual opinión discrepante de miembros del Comité. La única vía interpretativa factible para fundamentar la punibilidad por participación en tales casos consistiría en aplicar analógicamente los §§ 26 y 27 StGB. Una analogía así, dado que se trata de casos de auténtica participación [44], sería adecuada teleológicamente, por las razones mencionadas en esta obra; y justamente de esta idea extrae su fuerza la opinión contraria aquí criticada. Pero como la participación consiste en causas de extensión de la pena, la prohibición de la analogía cierra toda posibilidad de ampliar la punibilidad a supuestos no abarcados por la ley [45]. Así pues, tendremos que conformarnos con este insatisfactorio resultado, que se habría evitado fácilmente prescindiendo de la necesidad absoluta de hecho principal doloso consagrada en los §§ 26 y 27 StGB. De todos modos, lo dicho simplemente legitima el deseo de reforma mediante un "plumazo" del legislador, pero no nos exonera del deber de obediencia para con la ley vigente.

§ 43. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS DE LOS AÑOS 1962 A 1999

La jurisprudencia, desde que apareciera la primera edición de esta obra, ha vuelto a profesar a veces la teoría subjetiva. Así pues, se podría considerar en buena parte trasnochada y prescindir de un análisis profundo de su evolución, de suponerse que la jurisprudencia, con arreglo a la nueva situación

[44] Cfr. *supra* pp. 288 ss.

[45] Así acertadamente BOCKELMANN, *Gallas-Festschrift*, p. 271.

legal, va a adoptar la teoría del dominio del hecho. Y, sin embargo, hasta ahora no se ha producido esa conversión fundamental. Bien es verdad que el legislador, al codificar la actual regulación, ha tenido presente esta teoría; pero no quiso comprometerse con ella unilateralmente. Ya en 1955 observaban los ponentes del Ministerio de Justicia, con motivo de la presentación de los primeros proyectos coincidentes con el actual tenor de la ley [46]: «La regulación propuesta de la participación se construye sobre la idea del dominio del hecho, pero prescinde de plasmar en detalle esta idea en la ley, pues el legislador ha de mostrarse reservado en la toma de postura ante tales cuestiones, debiendo dejar su ulterior clarificación en manos de doctrina y jurisprudencia.» Análogamente se dice aún en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962 [47]: «El Proyecto admite la idea del dominio del hecho. Sin embargo, se abstiene de consagrarlo legalmente.»

También en la doctrina se considera deseable la orientación de la jurisprudencia hacia la teoría del dominio del hecho [48]. Lo cual viene sugerido no sólo por la determinación del legislador en favor de esta teoría, sino también por su posición dominante en la ciencia y el pronunciamiento de la ley en contra de la teoría subjetiva en el nuevo § 25 (*supra* § 42, 1). Pero no está fuera de discusión, como ya vimos, para "casos extremos" ni siquiera la exclusión del castigo por participación del agente directo, de suerte que incluso defensores de la teoría del dominio del hecho, como LACKNER/KÜHL [49], no ven «decidida la controversia en torno a la delimitación entre autoría y participación necesariamente en contra de la forma extrema de la teoría subjetiva». En realidad, habrá que convenir en que la jurisprudencia, en todo caso, fuera de las situaciones de realización del tipo directa y de propia mano, aún tiene margen de interpretación, sobre todo teniendo en cuenta que también la teoría del dominio del hecho presenta ciertas variantes que en cuanto a sus resultados no se alejan mucho de la teoría subjetiva y que ya han sido combinadas con ésta por la jurisprudencia (singularmente en versión de la voluntad de dominio del hecho) [50]. Así pues, si la jurisprudencia, como es de esperar, se suma a la teoría (dominante) del dominio del hecho, previsiblemente no va a hacerlo en forma de ruptura brusca con la línea anterior, sino que, continuando la evolución de los puntos de partida, va a llegar a una concepción objetivo-material de la autoría que ya anteriormente fue desarrollada por el BGH. Las sentencias del pasado,

[46] *Niederschriften*, t. 2, apéndice núm. 16, J 8, p. 41.

[47] Pp. 147 y 148.

[48] ROXIN, en *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.ª ed., 1975, pp. 29-30; DREHER, en la sesión 91.ª de la Comisión Especial (*Protokolle*, p. 1826) consideró «una desgracia que la jurisprudencia siga trabajando con la fórmula subjetiva del *animus*»; en *MDR*, 1976, p. 436, ve en la presente obra una "llamada" a la jurisprudencia: «lejos de la teoría subjetiva de la participación y, con la nueva ley, hacia la teoría de la autoría de Roxin»; cfr. asimismo PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, ante § 25, 2, b, cc, y SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), p. 911.

[49] *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 1.

[50] Cfr. la panorámica *supra* pp. 111 ss.

pues, proporcionarán al menos importantes elementos constructivos para la jurisprudencia del futuro. Tampoco se ha apartado expresamente el BGH de ninguna sentencia anterior suya en materia de autoría y sus últimas decisiones muestran, al menos en el ámbito de la coautoría, influencia muy intensa de la teoría subjetiva en su manifestación de la teoría del interés [51]. Por eso las sentencias de los últimos treinta años siguen necesitando un análisis detallado, que ha de separar las líneas argumentales trasnochadas de las progresivas. Para lo cual en la panorámica subsiguiente vamos a proceder con arreglo a la secuencia historica, que conecta cronológicamente con el texto de la primera edición (*supra* pp. 111-127).

1. La sentencia de la Sala IV de 15 de junio de 1962 [52] resulta especialmente característica de la tendencia a la resubjetivización de nuevo en auge a lo largo de los últimos doce años previos a la entrada en vigor de la nueva Parte General, tendencia introducida por una sentencia de la misma Sala [53] de un año antes. El acusado (plenamente imputable) en este caso volvía en auto a casa con otras cuatro personas, tras haber estado en un baile, en el que él y sus amigos habían bebido en abundancia; el coche lo conducía su compañero de trabajo K. Yendo a gran velocidad, K embistió con el coche a un peatón, M, que fue lanzado hacia arriba por el impacto y cayó de cabeza, «quedando con el pie atrapado entre la barra delantera y el marco superior delantero de la puerta derecha, que se había abierto por la colisión, mientras que el tronco y la cabeza del accidentado quedaron sobre el extremo inferior del guardabarros delantero derecho».

El acusado y los demás ocupantes del automóvil, al ver el pie, instaron al conductor K a que parara. K, sin embargo, se negó, señalando que no quería tener nada que ver con la policía. Dirigiéndose al acusado, añadió K: «"¡Gerd, tíralo!", refiriéndose al pie del accidentado. Ayudado por otro pasajero, el acusado consiguio tirar a la víctima a la carretera. Prosigue entonces la sentencia: «Al actuar, el acusado sabía que la víctima podía resultar muerta al arrojarla desde el vehículo en marcha; aprobó esa posible consecuencia. Tras haber arrojado el cuerpo, el acusado y los demás pasajeros animaron a voces a K a seguir su camino. Éste ya estaba decidido a hacerlo, pero se sintió reforzado por los gritos y, pisando el acelerador, se alejó del lugar.»

Conforme a los hechos probados de la sentencia, se trata aquí de un supuesto clásico del dominio del hecho funcional, desarrollado ya *supra* [54]. Así, el BGH da por probado lo siguiente [55]: «Puede partirse de que los ocupantes del automóvil no supusieron que ya por caer desde el guardabarros

[51] Cfr. al respecto el Resumen II, *infra* pp. 676 ss.

[52] *VRS*, t. 23, pp. 207 ss. = *GA*, 1963, p. 187.

[53] *BGHSt*, 16, pp. 12 ss., cfr. *supra*, pp. 125 ss.

[54] Pp. 305 ss.

[55] *Loc. cit.*, p. 209.

del coche parado pudiera producirse la muerte del accidentado, sino que sólo esperarían este resultado de la caída desde el coche que circulaba a gran velocidad. Pero el conductor era K. Sólo la acción conjunta de K y del acusado fue, pues, idónea para matar a M.» Tal división del trabajo en la fase ejecutiva, en la que sólo dos conjuntamente pueden producir el resultado, es siempre, desde la perspectiva aquí seguida, un "ejecutar en común" en el sentido del § 47 StGB, redacción antigua (r. a.), o un "cometer en común" del § 25.2 StGB vigente, sin que haya que atender a la "disposición interna" de los intervinientes. Por eso también el tribunal de jurado había considerado autor al acusado sólo "porque realizó personalmente todos los requisitos del tipo".

El BGH, sin embargo, declara incorrecta esa calificación. A su juicio, el acusado es cómplice, fundamentándolo así: «El acusado no prestó su aportación al hecho espontáneamente, sino a instigación de K. El resultado del hecho sólo interesaba a K, puesto que éste era el que había causado el accidente culpablemente; el acusado nada tenía que temer de que se esclareciesen las circunstancias del accidente. Al realizar el deseo de K, que a todo trance quería huir, el acusado se subordinó a la voluntad de éste.»

Aun cuando en principio nos limitemos a este caso concreto, la sentencia pone especialmente de relieve la imposibilidad de que se mantenga la teoría subjetiva, pues la supuesta "subordinación de la voluntad" del acusado se está deduciendo simplemente de que había sido instigado al hecho por K y, por tanto, al actuar cumplía el deseo de éste. De ser correcta esta deducción, todo aquel que ha sido inducido a su hecho ya por eso sería cómplice; al plegarse a la instigación de otro, desde luego necesariamente realiza el deseo de éste. Es evidente que una interpretación así es absolutamente incompatible con el tenor literal y con el sentido de los §§ 25.2 y 26 StGB (§§ 48 y 48 r. a.). En efecto, llevándola hasta sus últimas consecuencias, ya no dejaría espacio alguno para la relación inductor-autor, que nuestro legislador presupone. La expresión de que «el acusado no prestó su aportación al hecho espontáneamente, sino a instigación de K» pone de relieve sin lugar a dudas la confusión conceptual. Esta instigación, que con arreglo a la postura del legislador (la única defendible materialmente) provoca la decisión del hecho y determina al autor a su hecho, según la concepción de la sentencia ¡impediría *eo ipso* que la decisión adoptada fuera autónoma! Sin embargo, no es que el acusado, que actuaba de manera plenamente libre y no coaccionada, fuera dependiente de K, sino que, viceversa, K, si quería eludir la persecución penal, dependía del asesinato por parte del acusado y de que éste realizase su deseo.

Si, por tanto, la "subordinación de la voluntad" en este caso no es distinta a la de cualquier autor que obre inducido, queda como único criterio material de delimitación el elemento del interés, que el BGH resalta expresamente

en varias ocasiones: ¡El "caso de la bañera" [56] celebra su resurrección! Aun cuando la fórmula de los intereses fuera inútil ya debido a la regulación positiva y a razones dogmáticas incontestables [57], con todo fracasaría, como evidencia este supuesto, por su inviabilidad práctica, puesto que el asesino que obre libremente siempre va a tener algún tipo de interés en su hecho. Así, en nuestro ejemplo, sólo cabe imaginar tres posibilidades: o bien el acusado creyó, sobre la base de un sentimiento de solidaridad mal entendido, tener que hacer suyo el asunto de su compañero de juerga, y entonces se expresaría en su conducta esa "diligencia complaciente" que el BGH ha calificado de elemento decisivo de la autoría en el caso Staschynskij, que en seguida se abordará. O bien cometió el asesinato porque le pareció útil ganarse o conservar la "amistad" de su compañero K; difícilmente se negará que sea posible tener un gran interés en granjearse así la gratitud de otro. O bien el acusado obró porque tenía prisa por llegar a casa —el incidente se desarrolló a las dos de la madrugada— y porque quería eludir las molestias derivadas de que la policía llegara a saberlo; también esto sería un motivo guiado por un interés propio suficiente.

El BGH no menciona cuál de los tres móviles indujo al autor a su hecho; probablemente éste obedeció a los tres a la vez. Cabe suponer que el BGH, contrastándolos con el interés preponderante de K, no considerara de entrada suficientes estos intereses como para fundamentar coautoría. Pero no lo dice; casi nunca se ha intentado [58] delimitar los intereses que fundamentan la voluntad de autor con respecto a otros sin tal virtualidad. Por lo demás, tal intento no tendría perspectivas de éxito, llevaría a distinciones escolásticas sin apoyo en la ley y, dado que con posterioridad apenas es posible reconstruir la imbricación de motivos en la psique del autor, superaría las posibilidades de verificación del juez. Así hemos llegado a lo que yo quería demostrar: Los resultados que se consiguen con la fórmula del interés son arbitrarios. El afirmar un interés sobre el que se base una "voluntad de autor" psíquicamente imposible de encontrar, es materia de una decisión no verificable [59]. Lo que quiere decir que la teoría subjetiva, al recurrir al "interés", no ofrece criterios de contenido, limitándose a proporcionar simplemente etiquetas para un acto de voluntad judicial falto de pautas. Más adelante se insistirá sobre el aspecto metodológico de tal hallazgo. Con todo, ya debe

[56] *RGSt*, 74, 85.

[57] Cfr. simplemente *supra* pp. 74 ss., y ROXIN, *JZ*, 1966, pp. 294-295.

[58] Representa una excepción BAUMANN, *NJW*, 1963, pp. 561 ss. Sin embargo, sus distinciones a la medida de los asesinatos de los comandos nazis *(NS-Einsatzgruppen)* nada aportan para el enjuiciamiento de nuestro caso.

[59] Hasta qué punto esto es así lo evidencia, p. ej., la comparación con la sentencia de la misma Sala (la IV) de 28 de octubre de 1954, *MDR*, 1955, p. 244 (cfr. al respecto *supra*, p. XXX): Aquí, en caso de delito sexual violento, ya los gritos de aliento de un no partícipe directo, que nada aportó a la ejecución del hecho y no esperaba beneficio en absoluto, fundamenta coautoría. Sólo siendo conscientes de que resultados contrapuestos a la «voluntad de autor» son en seguida fácilmente fundamentables se tomará nota sin asombro de tales divergencias.

haberse evidenciado que la arbitrariedad de soluciones tales suscita fundados reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho.

Para concluir el análisis crítico de nuestro "compañero de juerga", valga una última reflexión: Aun admitiendo todas las premisas del BGH y aceptando sin el menor reparo que el acusado hubiera asesinado a M sin ningún interés personal, sólo en favor de K, no cabría encontrar argumento alguno que explicara por qué esta circunstancia ha de comportar un privilegio para el acusado. En la ley, que sólo requiere "cometer en común", no se encuentra ningún punto de apoyo para ello. Pero si, como suele hacer la jurisprudencia, se hace "averiguar valorativamente" la autoría por el juez según puntos de vista de merecimiento de pena, también desde esta perspectiva parecería mucho más evidente la "valoración" inversa, que considera autor al acusado, pues el "asesino por complacencia" que actúa por agradar desinteresadamente, que según los principios de nuestra sentencia constituiría el prototipo del cómplice a quien menos se debería castigar, ciertamente es peor y más peligroso que el conductor K, que se ve arrastrado a su hecho por el miedo a la policía. El interés pasional bien es verdad que no puede disculpar un hecho; sin embargo, la brutalidad desapasionada y fría con la que el acusado de nuestro supuesto (suponiendo que le neguemos el interés) extingue "por las buenas" la vida de un accidentado lesionado, como si tirara un bicho molesto desde el coche, constituye una razón más para que no se sustraiga a las consecuencias jurídicas que la ley vincula a la realización del tipo personal y no coactiva.

2. Poco más de cuatro meses después, el 19 de octubre de 1962, fue sentenciado por la Sala III del BGH el "caso Staschynskij" [60], que luego ha llegado a ser famoso, en que el acusado que, según su confesión no rebatida, por encargo de un servicio secreto extranjero había matado a dos ex políticos de la República Federal de propia mano y no coaccionado con una pistola de veneno, fue castigado sólo por complicidad en el asesinato [61]. Con la aseveración expresada en el principio: «Quien comete un homicidio de propia mano, por regla general es autor», la sentencia atribuye a la ejecución autónoma del hecho más importancia para la fundamentación de la autoría que la que la Sala IV, en la sentencia acabada de debatir, le había dado; sólo "en determinadas circunstancias muy estrictas", se señala, puede el que mata de propia mano "ser simplemente cómplice". No obstante, en la valoración del caso concreto, la sentencia muestra un subjetivismo tan desmesurado

[60] *BGHSt*, 18, pp. 87 ss. Al respecto, BAUMANN, *NJW*, 1963, 561; SAX, *JZ*, 1963, 329; cfr. asimismo mi comentario al supuesto número 76 en ROXIN, *HRR-AT*, 1998.

[61] La sentencia sólo pudo abordarse *supra* con respecto a la autoría mediata de los sujetos de detrás (pp. 269 ss.); de la autoría del ejecutor directo, que en el texto sólo pudo esbozarse brevemente (p. 127, nota 52, pp. 152-153) se ocupa pormenorizadamente mi artículo en *GA*, 1963, pp. 193 ss. *(Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate)*, al que me remito. Con respecto a la reciente evolución de la problemática en la jurisprudencia, cfr. *BGHSt*, 40, 218 (*infra* núm. 38); la sentencia marca una inflexión decisiva.

que ha podido convertirse así en el *leading case* de una praxis que invierte la relación regla-excepción en los procesos por delitos nacional-socialistas. El elemento distintivo es también de naturaleza puramente intrapsíquica: Autor es "por regla general" el que «convierte objetivos criminales ajenos en base de la propia convicción y el propio actuar, o quien... de otro modo muestra diligencia complaciente o aprovecha tal terror asesino del Estado para fines propios»; por el contrario, hablaría en favor de la voluntad de partícipe de los que matan de propia mano que desaprueben la orden criminal, pero «no despliegan el valor para resistir o la inteligencia para sustraerse eficazmente, aunque tranquilicen su conciencia incidentalmente mediante consignas políticas e intenten autojustificarse» [62].

La sentencia no es plausible ya porque desplaza la delimitación entre autoría y participación a la teoría de la determinación de la pena. Más adelante volveremos sobre este problema básico; baste aquí indicar que los criterios que emplea, a pesar de su aparente viabilidad, son inaplicables en la práctica. Supongamos que el sujeto agente, de no ejecutar el delito que se le ha ordenado, ha de temer por su vida o integridad; entonces está exculpado y queda impune por estado de necesidad (§ 35 StGB). Si objetivamente no existe tal peligro, pero lo supone erróneamente, se da estado de necesidad putativo, que comporta, conforme al § 35.2, la impunidad o al menos la atenuación de la pena, pero que en cualquier caso hace aparecer como superfluo el recurso al marco penal de la complicidad, pues si el estado de necesidad real no excluye la autoría, sino sólo la culpabilidad [63], no puede ser de otro modo en el estado de necesidad putativo. Así pues, en supuestos como el sentenciado por el BGH, si es que se quiere que estimar complicidad tenga alguna trascendencia práctica, hay que partir de que el que mata de propia mano no se considera directamente en peligro y sabe que puede eludir cumplir la orden (en el caso Staschynskij, p. ej., presentando denuncia ante la policía de la República Federal). Pero entonces ya no son adecuados de entrada algunos de los elementos aducidos por el BGH: Quien no despliega el "valor para resistir" o por falta de inteligencia no ve escapatoria posible, cree estar expuesto a peligro para su vida o integridad en caso de no obedecer la orden. Para eximir de pena o para atenuarla hay que atender aquí a la teoría del estado de necesidad, no a la teoría de la participación.

Como criterio de delimitación para los supuestos pertinentes en la práctica queda, pues, la separación entre los destinatarios de órdenes "convencidos, dispuestos", que con diligencia complaciente basan su actuación propia en objetivos ajenos, y los que ejecutan "por debilidad humana" órdenes que desaprueban. Pero éste no es un criterio viable de discriminación, pues no es susceptible de investigación judicial (que además tendrá lugar casi siempre

[62] *Loc. cit.*, pp. 94 ss.

[63] Cfr. en detalle *supra* pp. 155 ss.

mucho tiempo después del hecho) cómo se entremezclan en el alma del que obra libremente convencimiento y desaprobación, conformidad y debilidad. Al margen de esta dificultad de orden práctico, la distinción tampoco es teóricamente factible. Así, si el ejecutor del asesinato u homicidio no obra en estado de necesidad putativo, se plantea la cuestión de por qué ha cometido el hecho, si lo desaprobaba. El BGH intenta sustraerse a este dilema mediante la construcción del "convencimiento temporal". Si el sujeto agente, al cometer el hecho, ha "tranquilizado su conciencia incidentalmente mediante consignas políticas", no se daría ahí suficiente voluntad de autor. Esta teoría se pone luego de manifiesto pormenorizadamente aplicándola al acusado del caso Staschynskij, cuando se dice en la sentencia [64] que no había surgido de "sugestión política propia" de Staschynskij considerar enemigos de su país a las dos víctimas a las que abatió con alevosía: «Tales ideas le fueron inculcadas en un proceso de adoctrinamiento desde la juventud sin resultado real y sin que llegaran a ser máximas fijas ni hubieran adormecido su conciencia. En el fondo nunca las había creído, sino que sólo buscó tranquilizarse con ellas temporalmente en el instante del hecho.»

Habrá que admitir que una distinción entre las formas de participación que en el adoctrinamiento político diferencia entre resultados de influjos motivadores del resultado, pero no suficientes para la autoría, y aquellos otros "reales", independientes de ello, que además discrimina "en el fondo" entre convicción superficial y creencia que indica la autoría, con tales distinciones se desliza al ámbito de lo puramente especulativo. ¿Cómo, en nuestro caso, habría recibido noticia un tribunal del estado anímico del acusado extranjero en los años anteriores al hecho? Está claro que en los hechos probados como los que considera el tribunal únicamente puede tratarse de interpretaciones intuitivas, que pueden adoptarse en un sentido o en otro en función de la persona que enjuicie. Así, también aquí decide sobre autoría y participación el arbitrio judicial irracional [65], que además está orientado a puntos de vista dogmáticos absolutamente inadecuados, pues no cabe defender en serio que el carácter del acusado tal como se formó desde la temprana juventud tenga que ser determinante, según la voluntad del legislador, para delimitar autoría y participación. La fundamentación de la sentencia del BGH deja entrever que el enjuiciamiento favorable de la personalidad que el tribunal se forma del acusado está motivado por el arrepentimiento ulterior de Staschynskij que, influido por su mujer alemana, se entregó posteriormente a las autoridades de la República Federal. Por mucho que una conducta así habría tenido que aconsejar pronto una medida de gracia, es extraño que acontecimientos que conforman la personalidad, que se desarrollan tras la comisión del delito, decidan sobre qué forma de participación se estima.

[64] *Loc. cit.*, p. 95.

[65] Cfr. al respecto mis consideraciones en *GA*, 1963, pp. 194-197.

Lo intercambiables que son las fundamentaciones en tales métodos de aplicación del Derecho lo pone de relieve la comparación con la sentencia del LG Stuttgart [66] en el llamado caso Hanke: Un policía de fronteras de la República Democrática Alemana, a "órdenes terminantes" de un sargento, había abatido, con dolo eventual, a un fugitivo de la RDA. El tribunal se apoya en la sentencia del caso Staschynskij, pero llega aquí al resultado contrario, la autoría del acusado, y lo fundamenta en los siguientes términos: «La misión de, llegado el caso, abatir a los fugitivos, ciertamente le parecía desde el punto de vista personal, tras larga reflexión, un deber desagradable, pero que debía cumplir en su caso incondicionalmente, porque por inconsideración simplemente asumió que el Estado le exigía, en relación con supuestas metas políticas, acciones que a él incluso podían parecerle ilícitas»; de este modo el acusado «ha llegado a ser prototipo del destinatario de órdenes complaciente, inconsiderado» [67]. El destinatario de órdenes "convencido" del BGH se convierte aquí, pues, en el que obedece "inconsideradamente", al que, sin embargo, en la misma frase se le atribuye "larga reflexión" (!). Mientras que, por una parte, su obrar le debía parecer "ilícito", en la siguiente frase se dice que lo ha considerado "justificado merced al interés estatal". Por último, cuando la sentencia afirma la autoría, ello es correcto en tanto que se entienda punible tal conducta [68]. Pero es evidente que, tras una fundamentación tan atormentada, absolutamente contradictoria, como la que se ha materializado aquí bajo la presión de la teoría subjetiva, hubiera sido igualmente posible afirmar la participación. En efecto, con la misma plausibilidad se habría podido mostrar que el autor, HANKE, había ejecutado la orden "terminante" sólo "por debilidad humana" y resistiéndose internamente. Y es en definitiva imprevisible en qué sentido se habría dictado la sentencia si el tribunal, en conexión con el BGH, se hubiera planteado la cuestión de si el agente había tranquilizado su conciencia temporal o definitivamente o si "en el fondo" estaba convencido o no.

No se trata de una exageración polémica, sino de una idea tan dolorosa como innegable para el cultivador de la ciencia penal, el que la teoría subjetiva, como muestran estos ejemplos, en lugar de resultados fundados científicamente sitúa el *hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas* judicial. Que este resultado no es fortuito, sino que en la praxis se procede así normalmente, lo han subrayado expertos de prestigio [69]. Y en el fondo no puede ser de otra manera, pues la aplicación de la fórmula del interés a delitos ordenados por el Estado, que hacen depender la "voluntad de autor" de si el agente está convencido por las consignas políticas con que le han adoctrinado, ni siquiera se comprende desde el punto de vista del merecimiento de pena.

[66] *JZ*, 1964, pp. 101 ss.

[67] *JZ*, 1964, p. 103.

[68] Cfr. al respecto GRÜNWALD, *JZ*, 1966, pp. 633 ss.

[69] Cfr. *supra* pp. 132-133 y 140.

El que entrevé los fines delictivos del mando del Estado y, sin embargo, ejecuta sus instrucciones sin coerción, no merece condena más leve que el militante convencido, que incluso, a la inversa, puede en ocasiones invocar su "fe" en el mando del Estado como circunstancia atenuante.

3. En llamativo contraste con las dos sentencias hasta ahora descritas se encuentra otra de la Sala II, de 14 de agosto de 1963 [70], lo cual se advierte ya en el principio en que se señala: «En caso de doble suicidio que haya fracasado con respecto a uno de los sujetos, hay que castigar al superviviente por el § 216 StGB, si ha dominado el suceso conducente a la muerte (dominio del hecho).» En el supuesto, una pareja de amantes, cuyos padres impedían sus relaciones, había resuelto (principalmente a instancias de la muchacha) quitarse la vida. Tras no conseguir su objetivo ingiriendo ciertas tabletas, se les ocurrió envenenarse con los gases del tubo de escape de su automóvil. El acusado conectó una manguera al tubo de escape, introdujó el otro extremo por la ventanilla al habitáculo del automóvil, subió el cristal al máximo y se sentó en el asiento del conductor. Después de que su novia Gisela se sentase a su lado y cerrase la portezuela por dentro, el acusado encendió el motor y mantuvo pisado a fondo el acelerador hasta que el monóxido de carbono que penetraba le hizo perder el conocimiento. A la mañana siguiente los encontraron inconscientes, pero aún con vida, si bien sólo pudieron salvar la del acusado.

El BGH parte de la "jurisprudencia afianzada" en el sentido de que «el tipo del § 216 StGB ha de distinguirse, con arreglo a los principios de la teoría de la participación, de la complicidad impune en el suicidio». Pero estos principios no son para él los de la teoría subjetiva. Las objeciones que se han formulado contra ella "en la teoría general de la participación", naturalmente, no quiere dejarlos sin debatir el BGH, pues en su opinión «en todo caso para el supuesto especial de la delimitación típica del § 216 StGB con respecto a la complicidad impune en el suicidio, los criterios determinados subjetivamente, como los de si el agente quiso el hecho como propio, si tuvo voluntad de autor, voluntad de dominio del hecho o interés propio en el hecho, no son adecuados para garantizar resultados razonables» [71]. En su lugar, sólo podría atenderse a "quién [ha] dominado el suceso conducente a la muerte" [72].

Conforme a su tenor literal, este profesar la teoría del dominio del hecho se circunscribe al tipo del § 216 StGB (de lo contrario, habría sido inevitable acudir al Pleno del BGH). Sin embargo, la trascendencia de la sentencia va

[70] *BGHSt*, 19, pp. 135 ss.

[71] *Loc. cit.*, p. 138.

[72] *Loc. cit.*, p. 139.

más allá [73], pues las razones con las que demuestra la improcedencia de la teoría subjetiva rigen en general, como muestra el cotejo con las sentencias analizadas con anterioridad. El "ruego expreso y serio de la persona muerta", del que habla el § 216 StGB, no es sino una instigación (= inducción) bastante enérgica, de manera que según los principios de la sentencia del caso Staschynskij, habría que investigar ahora concienzudamente si el acusado *fundamentó* su acción en el deseo de Gisela y *mostró diligencia complaciente* o si sólo se plegó a dicho deseo a regañadientes. No sería impensable tal distinción, sobre todo teniendo en cuenta que precisamente en el suicidio doble cabría fundamentar igualmente el interés del superviviente en la muerte común. También el BGH se plantea esta posibilidad, señalando que entonces la decisión tendría que depender de «con qué intensidad y obstinación la persona cansada de vivir o la pareja del superviviente ha seguido la decisión de suicidio y en qué medida se ha plegado y subordinado a la voluntad de su pareja» [74]. Lo notablemente nuevo de esta sentencia consiste, sin embargo, en que el BGH conscientemente se abstiene de internarse por el camino que él mismo ha mostrado, porque le parece inviable.

Acertadamente indica que la ley no permite tales distinciones, que "no se encuentra" a qué hechos se podría vincular la estimación de voluntad de autor o de partícipe a la vista de la decisión común y de las aportaciones al hecho realizadas por ambas partes, y que el resultado sería "necesariamente arbitrario e incontrolable" [74].

Tales son las ideas a las que se llega también en otros casos si se examinan los efectos de la teoría subjetiva. Quede sin tratar si cabe suponer a la sentencia una voluntad declarativa que pretenda trascender el caso concreto. DREHER [75] la interpreta en general en el sentido de "rechazo casi de plano de la teoría subjetiva", así como BAUMANN/WEBER/MITSCH [76] la llaman "sentencia que se sale del marco trazado". En todo caso, es claro que ninguna sentencia del BGH ha puesto al descubierto tan implacablemente las consecuencias de la teoría subjetiva. Si se impone la idea de que aquí —deliberada o indeliberadamente— se ha formulado algo con validez general, la sentencia, como ya se esperó en vano de la sentencia BGHSt 8, 393 ss., podría dar el impulso decisivo a la futura despedida de la teoría subjetiva.

En relación con la importancia fundamental que le corresponde a tal crítica de la máxima jurisprudencia al subjetivismo extremo, carece de trans-

[73] Cfr. asimismo DREHER, *MDR*, 1964, p. 337: «Esta solución, que en un ámbito tan básico de la teoría de la participación pretende tener una respuesta distinta según de qué precepto se trate, me parece sencillamente inviable».

[74] *BGHSt*, 19, p. 139.

[75] *MDR*, 1964, p. 337.

[76] *AT*[10], 1995, § 29, núm. marg. 70; en términos semejantes MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, pp. 47-84, que califican a esta sentencia de «rareza curiosa... en medio de un período de resoluciones subjetivas extremas».

cendencia científica si la sentencia, al aplicar la teoría del dominio del hecho en el caso concreto, llega a un resultado ajustado al § 216 StGB. Así, el BGH atribuye al acusado el dominio del hecho y lo castiga como autor del § 216 StGB. No obstante, los dos amantes de nuestro supuesto, aun cuando con DREHER traslademos sin más los criterios válidos para los delitos conjuntos al doble suicidio, son cuasi-coautores: Ambos han cooperado en división del trabajo en la fase ejecutiva para conseguir su objetivo. Hay mucho en favor de entender que una cuasi-coautoría así, con arreglo a la estructura teleológica del § 216 StGB, no puede convertir al acusado en autor de este tipo, pues Gisela habría sido entonces, como "coautora", también "autora" de su propia muerte. Esto es, se da un suicidio, al que el acusado sólo podría coadyuvar impunemente [77].

Sin embargo, la suposición de DREHER [78] de que toda cooperación en la ejecución de la muerte conjunta excluye el § 216 StGB, «y no porque el que mata ya no sea autor, sino porque la víctima ha dejado de ser mera inductora» es aún demasiado indiferenciada. Tiene en cuenta muy poco que en supuestos de esta índole, la existencia o ausencia de suicidio decide sobre la punibilidad y que el dominio sobre la propia muerte, que excluye el § 216 StGB, no sigue del todo las mismas reglas que el dominio sobre la ejecución conjunta del delito. Si la solución de DREHER conduce en el supuesto sentenciado por el BGH al resultado correcto es porque la muchacha, más allá de la inducción, cooperó activamente, al cerrar la puerta, en la realización del resultado. Pero ello no es susceptible de generalización, pues el favorecimiento activo al que atiende DREHER no convierte en todas las circunstancias a la víctima en suicida. Si una persona hastiada de la vida pone en manos de su amigo una pistola cargada, con el ruego de que lo mate, en tanto que éste cumple el ruego, no obstante el favorecimiento que el hecho ha experimentado por parte del suicida, responde por el § 216 StGB. Viceversa, la falta de cooperación activa no excluye necesariamente el suicidio. Quien pide a otro que abra la llave del gas, pero se expone voluntariamente al efecto del gas hasta quedar inconsciente, se ha quitado la vida a sí mismo, y el otro simplemente ha cooperado impunemente. Con razón establece asimismo el BGH [79]: «Si la aportación de un interviniente simplemente pone en marcha la cadena causal de manera que, tras su ejecución, al otro interviniente le queda aún la plena libertad de sustraerse a los efectos o de hacerlos cesar, sólo concurre complicidad en el suicidio...».

[77] Asimismo en definitiva DREHER, *MDR*, 1964, pp. 337 ss.; PAEHLER, *MDR*, 1964, pp. 647 ss.; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, p. 239, nota 1196a. La bibliografía reciente en comentarios y tratados sigue mayoritariamente la teoría aquí defendida; cfr. simplemente, BOCKELMANN, *BT*[2], 1977, p. 19; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, § 216, núm. marg. 2; KREY, *BT* 1[11], 1998, núms. margs. 103 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1995, § 216, núm. marg. 3; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *BT* 1[8], 1995, § 1, núm. marg. 22; OTTO, *Grundkurs, BT*[5], 1998, § 6, núms. margs. 2 ss.; SAMSON, *Strafr.*, 1[7], 1988, pp. 239 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *StGB*[25], 1997, § 216, núm. marg. 11; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 79.

[78] *Op. cit.*, p. 138.

[79] *Op. cit.*, p. 140.

Si a partir de estos ejemplos se intenta obtener un concepto de suicidio jurídicamente de validez general, adecuado para delimitar con respecto al § 216 StGB, cabe decir: Comete suicidio aquel que en el instante crítico, más allá del cual no es posible vuelta atrás, mantiene en sus manos la decisión sobre su vida; aquel que traspasa por sí mismo la línea que se halla al surgir la incapacidad de acción. Por el contrario, se trata de un caso del § 216 StGB cuando la víctima encomienda a otro la ejecución del acto último e irreversible, cuando hace que otro le impulse a traspasar el umbral de la muerte [80]. Así pues, el que se deja caer con la soga al cuello, el que salta al agua, el que se pone la pistola en la sien o apura la copa de veneno, se ha quitado la vida. El cómplice es impune, aun cuando éste, a tal objeto, haya anudado la soga, llenado la piscina, cargado la pistola o dispensado el veneno. Por el contrario, responde por el § 216 StGB el que, a ruego de otro, le inyecta la sustancia letal o tensa la soga para estrangular, aun cuando la víctima haya cargado la jeringa o se haya puesto la soga en torno al cuello. Por sutil que parezca la diferencia determinante de la punibilidad, sin embargo, es razonable, pues han sido muchos los que se han puesto la pistola en la sien, pero pocos los que han tenido el valor de apretar el gatillo. El que —supuesta la imputabilidad— persevera en esta última decisión, es responsable de su propia muerte. Sin embargo, si es otro el que le quita a la persona hastiada de la vida la decisión irrevocable ante cuya ejecución éste quizá aún se arredraría, asume la responsabilidad de la muerte de la víctima y debe ser castigado por el § 216 StGB.

Aplicando estos puntos de vista a nuestro supuesto, es evidente que se da suicidio de la muchacha [81], pues en todo momento hasta quedar inconsciente pudo, como reconoce asimismo el BGH, sustraerse al efecto de los gases con salir del automóvil. Al seguir aspirando los gases, cuando aún tenía oportunidad de salvarse, manteniendo esta decisión hasta el final, fue ella misma la que traspasó las puertas de la muerte [82]. A la vista de esta

[80] En definitiva coincidiendo en gran medida PAEHLER, *MDR*, 1964, pp. 648 ss.; como aquí, enlazando con el texto, sobe todo KREY, SAMSON, SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER; todos como en nota 77. Una defensa de mi tesis frente a sus críticos se encuentra en mi artículo «Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, pp. 177 ss.

[81] Solución distinta sólo podría caber si Gisela, de dieciséis años, fue incapaz de decidir responsablemente, debido a su juventud. Lo cual es, como la capacidad de delinquir de los jóvenes, cuestión del caso concreto (cfr. *supra* pp. 242 ss.), lo que aquí, sin embargo, hay que negar, ya que la chica, según hechos probados de la sentencia «era más madura de lo que cabría esperar de su edad».

[82] Postura distinta en este punto la defiende BLEI, *Prüfe dein Wissen, Strafrecht, Bes. Teil*/1[10], 1996, núm. 44, pp. 35 ss., que señala: «Sobre el instante decisivo no tiene dominio alguno la víctima, porque ya no queda espacio para ello tras producirse la pérdida de consciencia, el trastorno o perturbaciones, y antes la víctima no sabe que precisamente entonces se acerca el momento decisivo.»

decisión responsable, que excluye el § 216 StGB, es irrelevante quién condujo los gases al habitáculo del automóvil o quién cerró la puerta, pues que fuera ella u otro el que lo hiciera es irrelevante con respecto al comportamiento de ella en la situación crítica. Asimismo es indiferente quién de ambos perdiera primero la consciencia; esta cuestión carece de importancia para la existencia de suicidio. Por último, tampoco puede atenderse a la circunstancia que el BGH eleva a criterio para resolver, la de si la otra persona sólo inició la cadena causal conducente a la muerte y luego la dejó seguir su curso, o si continuó «la acción ejecutiva tendente a la muerte de ambos hasta que él mismo se desmayó [83]. Si la sentencia en el primer caso estima complicidad en el suicidio y en el segundo, en cambio, homicidio a ruego (punible) y afirma aquí la concurrencia de lo segundo porque el acusado, hasta perder el sentido, mantuvo pisado el acelerador, desde puntos de vista teleológicos no se entiende por qué este hecho ha de decidir sobre la punibilidad. El BGH tendría que llegar al resultado opuesto si el acusado hubiera dejado sujeto el pedal del acelerador, para que siguieran entrando gases por sí sólos, en lugar de seguir pisándolo [84]; pues entonces sólo habría puesto en marcha el curso causal, sin hacer "perdurar bajo la dirección de su voluntad" su aportación al hecho. Con tal distinción, las "circunstancias casuales del curso del suceso", lo que la sentencia precisamente se propone descartar, se convierten en determinantes de la punibilidad. En efecto, para la pregunta que el propio BGH sitúa en primer plano, la de si al otro «aún le quedaba la libertad plena de sustraerse a los efectos, o de hacerles cesar», los detalles de la conducción de los gases carecen por completo de importancia.

Así pues, que exista complicidad en el suicidio u homicidio a ruego depende del dominio sobre el instante que acarrea la muerte. El dominio del hecho, para el que en general basta (co-)dominio en la fase ejecutiva, se circunscribe así, en el tipo del § 216 al dominio sobre el instante decisivo. Lo cual tiene que ser necesariamente así debido a la identidad de autor y víctima, característica del suicidio, pues como la persona que muere —a

Lo cual no acabo de entenderlo, dado que la pérdida de consciencia por inhalación del gas no se produce como un relámpago en un cielo despejado, sino pasando por distintas fases, que comienzan con el malestar y el nublarse la consciencia, de manera que a la víctima, en un momento dado, puede pasársele por la cabeza la idea siguiente: «En este momento podrías aún abrir las puertas o bajar los cristales de las ventanillas y salvar la vida; si no lo haces, todo se acabó.» De todos modos, la postura de BLEI no representa diferencia de opinión alguna en el ámbito de la teoría de la participación, sino una interpretación distinta de la situación concreta a enjuiciar.

Por el contrario, argumentan con el mismo planteamiento que nosotros, ARZT-WEBER, *BT, LH,* 1[3], 1988, núm. marg. 215, al atribuir al § 216 sólo los casos «en que el suicida potencial supera la inhibición de atentar contra su vida *(Hand an sich zu legen)* poniéndose en manos de otro *(in die Hand eines anderen)*». En el mismo sentido, HORN, *SK*[5], 1993, § 216, núm. marg. 11. De todos modos, esto sólo puede comprobarse empíricamente de la mano de los criterios indicados en el texto.

[83] *Loc. cit.*, p. 140.

[84] Cfr. al respecto asimismo PAEHLER, *loc. cit.*, p. 648, con arreglo a cuya interpretación, el BGH se atiene a «si el autor puso en marcha el motor antes o después de subir la persona fallecida».

diferencia de en el resto de los casos— mantiene en sus manos su vida hasta el segundo crítico, todos los actos precedentes no pueden procurar a otro interviniente el dominio sobre la vida y la muerte. Por eso no es que la teoría del dominio del hecho no ofrezca en el caso del § 216 solución satisfactoria [85]; simplemente ocurre que el criterio del dominio, debido a la peculiar estructura del tipo del § 216 (cooperación de autor y víctima), se presenta en forma distinta que en los demás delitos contra la vida. Lo cual no es nada raro, sino sencillamente una prueba de la legítima referencia del concepto de autor al tipo, descrita *supra* [86], conforme a la cual sus «manifestaciones, como consecuencia de las cambiantes acciones típicas, reciben una impronta distinta en cada caso» [87].

HERZBERG [88] ha desarrollado una solución divergente en el sentido de aplicar sin modificación la teoría del dominio del hecho. Para ello, sigue expresamente mi tesis de que el acusado y la muchacha son "coautores" y de que, por tanto, la víctima cometió suicidio. Sin embargo, entiende HERZBERG que ello no justifica deducir la impunidad del acusado. «No existe ningún principio jurídico en el sentido de que toda forma de cooperación en un suicidio sea impune. Ello sólo es así para la participación en sentido estricto, esto es, inducción y complicidad, porque éstas presuponen una acción conminada con pena como hecho de referencia. Si la cooperación aparece como coautoría, no se aplican las reglas de la accesoriedad. La producción conjunta de la muerte es para G suicidio, pero para A homicidio (típico) de otra persona.»

Sin embargo, difícilmente cabe considerar acertada esta postura, pues de la impunidad absolutamente indiscutida de la complicidad activa con el suicidio hay que deducir, en contra de HERZBERG, que sólo cabe matar a otro imputablemente si éste no se ha matado a sí mismo de forma plenamente

[85] Como entienden SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, como nota 74, y BLEI, *BT*[12], 1983, p. 30.

[86] P. 480.

[87] En este contexto se inserta asimismo una nueva sentencia de la Sala 1 de 25 de noviembre de 1986 (*NStZ*, 1987, p. 365), que tan evidente considera estimar autoría que ni siquiera se plantea el problema. En el caso enjuiciado, un médico anciano, pero plenamente responsable, con intención de suicidarse, se había inyectado un narcoanalgésico. Su sobrino, el acusado, que se lo había encontrado inconsciente, y por un ruego anterior, le había administrado otra inyección, que —como hay que estimar en favor suyo— sólo había acortado una hora la vida de la víctima, ya imposible de salvar. El BGH aprecia que se da el § 216 StGB. Sin embargo, no valorando la inyección coadyuvante aisladamente como causa de la muerte, sino juzgando todo el suceso conducente a la muerte como un proceso unitario, es evidente estimar un suicidio ejecutado en dominio del hecho propio por parte del tío y considerar al auxilio del acusado simplemente como complicidad impune. Con más detalle en este sentido, ROXIN, *NStZ*, 1987, pp. 345 ss. Como era de esperar, polemiza vivamente contra tal decisión HERZBERG, *JuS*, 1988, pp. 771 ss. Muy importante con respecto a toda la problemática asimismo NEUMANN, *JZ*, 1987, pp. 244 ss.

[88] *JuS*, 1975, p. 38.

responsable [89]. En otro caso, habría que castigar por homicidio al que coopera no sólo en caso de cuasi-coautoría, sino también en los de inducción y complicidad, pues en sentido técnico, debido a la falta de tipicidad del suicidio, no cabe hablar (por igual) de coautoría, inducción ni complicidad; por el contrario, en los tres casos se da una causación de muerte en el sentido de la teoría de la equivalencia, que podría conducir a castigar por el § 212 StGB sólo si el suicidio realizado responsablemente por la víctima no excluyera el homicidio punible por parte del co-causante.

4. La sentencia de la Sala v de 5 de julio de 1966 [90] trata el difícil tema de la delimitación entre autoría y participación en la omisión. La acusada en este caso era la dueña de un bar que toleró que cuatro parroquianos, dentro de su local, cortaran el cabello y parte del vello púbico a una joven que se había negado a bailar con uno de ellos por segunda vez. A los hombres se les condenó por lesiones peligrosas, coacciones e injurias, mientras que a la acusada, a la que en opinión del BGH incumbía un deber de evitar el resultado, se la hizo responder asimismo como coautora por omisión.

En esta sentencia lo que resulta especialmente notable es que el BGH no sigue la opinión dominante en la doctrina, a tenor de la cual la acción dolosa de un autor comisivo sólo hace aparecer al omitente siempre como cómplice [91], sino que suscribe la sentencia BGHSt 8, 393-99 [92], dictada por la misma Sala, que, aun ateniéndose externamente a la teoría subjetiva, tendía a una delimitación más objetiva. La sección de lo penal, como señala la Sala, no tuvo que «comprobar que la acusada quisiera determinar los hechos de los coacusados como propios... La dirección de voluntad que distingue al coautor del cómplice no es un hecho simplemente interno que cupiera verificar. Lo que el interviniente quiso, más bien, ha de averiguarlo valorativamente el tribunal sobre la base de las circunstancias que aquél abarcó». De entre las circunstancias determinantes se mencionan, invocando la sentencia BGHSt 2, 150 ss. [93], «la dirección de voluntad, el dominio del hecho, el interés en el resultado del hecho y el alcance de la realización del tipo propia».

Aun cuando aquí se descarta expresamente la voluntad de autor en tanto que "hecho interno", sin embargo, la Sala sustenta luego la coautoría exclusivamente en criterios subjetivos: «La acusada aprobó los apremios de los cuatro autores varones y se identificó con ellos, como puso de manifiesto al regocijarse con las acciones de éstos.» De ese modo, el resultado se queda en el ámbito de lo casual y de lo que no compromete, puesto que seguramente hubieran podido encontrarse otros aspectos que habrían justificado el resultado contrario. Por ejemplo, no se aprecia dominio del hecho, ni interés propio, ni un "especial alcance de una ejecución de tipo". No se indica por qué nada de esto se tiene en cuenta, y sí el "regocijo" de la acusada. Así pues, la sentencia contribuye bien poco a clarificar esta confusa situación.

Pero resulta curioso que la sentencia acabe desembocando en la teoría, mantenida *supra* [94], de que la posición especial de deber, al menos en los tipos de causación, convierte sin más en autor al omitente. Esta concepción, que en los supuestos como el presente coincide con las teorías de Armin KAUFMANN y GRÜNWALD, a tenor de las cuales en la omisión no sería posible distinguir entre autoría y participación [95], tiene en la actual regulación más probabilidad de imponerse que antes. En efecto, el § 13 StGB, que regula por vez primera la punibilidad por omisión, ha prescindido de la expresión, aún recogida en el Proyecto de 1962, de que el delincuente por omisión es punible "como autor o partícipe", según la Exposición de Motivos del Comité Especial [96] únicamente «para no intervenir en la controversia dogmática en torno a la cuestión de si en los delitos de omisión es posible distinguir entre autoría y participación». Dado que el legislador, apartándose del Proyecto de 1962, al mismo tiempo ha introducido la atenuación facultativa de la pena (§ 13.2 StGB) para la autoría por omisión, reclamada perentoriamente *supra* [97], se han despejado ya todas las dificultades que desde la ley positiva se oponían a la propuesta de solución desarrollada en el texto. Así pues, cabe imaginar que la jurisprudencia llegue en el futuro a una regulación completamente nueva del concepto de autor en la omisión, a la que no se ajusta el principio del dominio del hecho. Habrá que esperar a ver. En cualquier caso, desde la perspectiva de la teoría que aquí se ha desarrollado, la condena de la dueña del bar a título de autora por omisión se habría producido acertadamente a fin de cuentas si ya se debiera haber visto favorecida —¡con razón!— por la posibilidad de atenuación del § 13.2 StGB.

[89] HERZBERG lo discute sobre todo porque no aprueba la parquedad del legislador en el castigo de causaciones de suicidios. En efecto, destaca expresamente que su solución «merece aprobación también jurídico-políticamente y desde el sentimiento jurídico. El que actúa para que se produzca la muerte de una chica con amores desgraciados, hace algo extraordinariamente reprobable, de lo que habría que disuadirle mediante conminación penal». Pero al afirmarlo no tiene en cuenta que el legislador no ha procedido así, como demuestra la impunidad de la inducción. Tampoco dudo que el superviviente (fortuito) de un doble suicidio (que, además, en el presente caso no había sido la parte impulsora) sea mucho menos punible que el inductor no afectado por lo trágico del suceso, que no obstante queda impune. Precisamente en los suicidios dobles de esta índole el efecto preventivo de la conminación penal es absolutamente nulo, perdiendo ya por eso toda su fuerza la argumentación de HERZBERG. En *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 76 ss., polemizando con mi crítica, HERZBERG ha modificado en parte su argumentación, pero con consideraciones apasionadas persevera en su punto de vista de ampliar la punibilidad.

[90] *NJW*, 1966, p. 1763. Esta sentencia la he reproducido, con comentarios míos, en la compilación de sentencias, editada por mí, *ESJ Strafrecht, Allg. Teil* [2], 1984, como caso núm. 90.

[91] Cfr. al respecto *supra*, pp. 536 ss.

[92] Cfr. en detalle *supra*, pp. 118 ss.

[93] *Supra* pp. 113 ss., 530.

[94] Pp. 497 ss.; con respecto a la evolución doctrinal reciente, cfr. con más detalle *infra* pp. 749 ss.

[95] Cfr. *supra*, pp. 507 ss.

[96] *Bundestagsdrucksache*, v/4095, p. 8.

[97] Pp. 541 ss.

5. De un supuesto especial hubo de ocuparse la sentencia de la Sala V de 30 de abril de 1968 [98], que determinó que ésta se apartara de la teoría subjetiva habitualmente manejada. Al acusado lo había condenado el jurado por complicidad en el asesinato porque, como miembro, en calidad de juez de carrera, del Tribunal popular *(Volksgerichtshof)*, había votado a favor de pena de muerte en siete ocasiones en que Feisler, como Presidente de la Sala, lo había propuesto. El BGH estimó coautoría, señalando que la punición por complicidad no daba debida cuenta de la oposición jurídica de un juez de carrera. Ésta se deduce, y se deducía en el momento del hecho, directamente del § 1 GVG (Ley orgánica de la Judicatura). Dicha posición no puede ni pudo cambiar mediante ninguna condición fáctica en la medida en que estima el jurado. Como miembro de un tribunal colegiado, el acusado, al emitir su voto, también según el Derecho entonces vigente, era independiente, igual en derechos, sometido sólo a la ley y responsable ante su conciencia. Su deber exigía que siguiera exclusivamente su convicción jurídica. Y de ello no podía privarle nadie, ni siquiera un Presidente de la calaña de Feisler. Así pues, en caso de que el acusado votara a favor de la pena de muerte conscientemente en contra de su convicción judicial acerca de la situación jurídica, realizó una aportación personalísima y sólo pudo ser, supuesta la contrariedad a Derecho de su sentencia, autor y no cómplice de delito contra la vida.»

Llama la atención en la sentencia hasta qué punto está normativizada la estimación de la autoría. Ciertamente el resultado es acertado, pero en la fundamentación hay que distinguir. En tanto que se trata de un delito contra la vida doloso, los jueces (de considerar al "fallo judicial" como asesinato) han cooperado de común acuerdo en la fase ejecutiva —pues la "condena" se presenta como tentativa acabada—, al realizar cada uno de los miembros del tribunal que votaron favorablemente una aportación al hecho, cuyo efecto conjunto produjo el resultado. Así pues, se da un dominio del hecho conjunto, que para cada uno de los que votaron por la pena de muerte fundamenta la autoría, sin que en ello hayan desempeñado papel alguno su "disposición interna" o su "interés". La posición del juez, conforme a la GVG, tiene trascendencia para este resultado únicamente en la medida en que atribuye a cada juez la función cuyo cumplimiento le hace autor, con arreglo a los principios generales de la teoría del dominio del hecho. Cuando el BGH descarta estimar coautoría y considera autor singular a cada uno de los jueces, ello se basa en la relación de exclusión que la jurisprudencia aprecia entre asesinato y homicidio, que excluiría la coautoría. Naturalmente, incluso desde este planteamiento (incorrecto) se dan los requisitos de la autoría consumada si cada juez, mediante su voto, ha (co-)causado la muerte. De llevar este punto de vista hasta sus últimas consecuencias en relación con el presente caso, surgen graves problemas causales, suponiendo que

[98] *NJW*, 1968, pp. 1339 y 1340.

ya los demás votos hubieran bastado para la condena a muerte, esto es, no siendo demostrable la causalidad de cada voto en concreto. La sentencia del BGH se ha guardado de plantear tales consideraciones y tampoco aquí existe razon para hacerlo. La aporía indicada simplemente señala que sería en todo caso más correcto juzgar el asesinato como homicidio cualificado y sobre esta base recurrir a los criterios de la teoría del dominio del hecho para la coautoría. Sin embargo, no deja de ser curioso que el BGH apunte al menos en cuanto al resultado esta solución y se haya dado cuenta de la inviabilidad de la teoría subjetiva.

Centrando la atención en el tipo de prevaricación, que desde luego no era objeto de esta sentencia, las consideraciones del BGH acerca del carácter "personalísimo" del voto judicial prevaricador confirman la teoría desarrollada *supra* [99] en el sentido de que se trata de un delito de propia mano. No hace falta, no obstante, analizar más en profundidad en este contexto las cuestiones a ello vinculadas.

6. Las sentencias siguientes vuelven a moverse por la senda de la teoría subjetiva de la participación. La sentencia de la Sala IV de 3 de octubre de 1972 [100] se ocupa de los requisitos de la coautoría en los abusos sexuales (en terminología actual: violación), niega, en sintonía con la jurisprudencia de hasta la fecha [101], la naturaleza de propia mano de este delito y de ahí deduce lo siguiente, para el supuesto de cooperación en la acción coactiva: «Autor (coautor) de los abusos sexuales puede, pues, ser también el que fuerza a una mujer a soportar el yacimiento con un tercero. Si —como aquí en el caso de B— la aportación al hecho del partícipe se limita a la acción coactiva, sin embargo, procede verificar cuidadosamente el aspecto interno del hecho... Hay que esclarecer si el afectado ha querido la acción coactiva como propia. Por lo general, el hecho de que un interviniente pretendiera satisfacer su instinto sexual con la víctima puede valorarse como indicio de que al cooperar en el hecho pretende favorecer su propio designio... Pero si falta tal indicio, no se necesita fundamentar más hasta qué punto de la aportación al hecho se deduce la voluntad de autor y, por tanto, la coautoría. En el presente caso, quedaba abierta la posibilidad de que B sólo quisiera ayudar a su conocido A a conseguir el acceso carnal con la señora C. En este caso B no ha querido la coacción en su interés como acción propia; no puede ser castigado como autor, sino sólo como cómplice de abuso sexual.»

Esta fundamentación, ya con arreglo a la anterior redacción del tipo del § 177 StGB, no merecía aplauso alguno, pues con la acción coactiva B realizó de propia mano una acción típica y efectuó cooperando en división

[99] Pp. 465 ss.
[100] En DALLINGER, *MDR*, 1973, p. 17.
[101] Cfr. al respecto en concreto *supra*, pp. 452 ss.

"del trabajo" con el "fornicador" el tipo del § 177 en dominio conjunto del hecho. Por ende, concurría coautoría, sin que hubiera que atender a interés o "voluntad de autor" alguna. La arbitrariedad de las fórmulas subjetivas empleadas por el BGH, que en este caso concreto hicieron aparecer como más evidente la complicidad, al contrario que la opinión que aquí se defiende, lo pone de manifiesto el contraste con la sentencia de la misma Sala [102] en la que ya una acción secundaria totalmente irrelevante para el tipo (una voz de ánimo) se consideró suficiente para constituir coautoría en la coacción sexual (§ 177 actual). Aquí había deducido el tribunal sencillamente a partir del grito de ánimo que el acusado había querido como propio el comportamiento indecente del otro. Así pues, no se había tratado de que la falta de deseo de actividad sexual propia hablase en contra de la voluntad de autor. Esta afirmación de la autoría al margen de todo dominio del hecho era, pues, tan desacertada como en el presente caso lo sería el estimar complicidad a pesar de haberse realizado la coacción de propia mano. A la cuestión de si el agente busca o no la satisfacción sexual personalmente, no puede atenderse en la delimitación entre autoría y participación, ya porque para el menoscabo del bien jurídico protegido en el § 177 efectuar la coacción es desde luego de la misma importancia.

A las conclusiones que a partir de la concepción aquí mantenida se deducían para la delimitación entre autoría y participación en el § 177 StGB ya en el Derecho anterior, se ha sumado ostensiblemente el legislador de la IV Ley de Reforma del Derecho penal al formular el tipo. Cuando ahora se dice: «El que fuerce a una mujer... a realizar acceso carnal con él mismo o con un tercero», se evidencia que el que coacciona de propia mano también realiza el tipo íntegramente cuando pretende forzar el yacimiento de otro. En un supuesto como el presente habría que estimar autoría ya sobre la base del § 25.1 StGB ("el que comete el hecho personalmente") sin tener en cuenta el "aspecto interno del tipo".

7. También se trataba de problemas de coautoría en una sentencia de la Sala II de 4 de abril de 1973 [103] relativa al tipo de robo con intimidación. A había tomado parte en el asalto a una sucursal de una caja de ahorros, en el transcurso del cual el coautor B, amenazando con una pistola cargada, forzó a que le entegaran más de 22.000 marcos. A había cooperado intensamente en la preparación del hecho. «En la ejecución no se hizo notar como interviniente, pero proporcionó una importante contribución, al anunciar por señas al coautor desde delante de la ventanilla, según lo acordado, que no había especiales obstáculos.»

El BGH entiende que sólo cabe castigar a A como coautor si ha tenido la "voluntad de autor", que se equipara aquí por completo al "interés".

[102] Cfr. al respecto más en detalle *supra*, p. 451.
[103] BGH en DALLINGER, *MDR*, 1973, p. 729.

En este caso, el problema residía en que A no iba a recibir nada de los 22.000 marcos, sino sólo a montar una empresa de alquiler de automóviles en que A iba a aportar capital de procedencia legal y B el dinero robado. Al respecto se dice en la sentencia: «No se opone a estimar autoría mediata que el botín del hecho sólo le fuera a corresponder al coautor, pues robo con intimidación también puede cometer aquel que obra con la intención de enriquecer ilícitamente a un tercero (§ 253 StGB). Nada cambia en ello que el tercero tomase parte aquí como coautor. Lo decisivo para la cuestión de la coautoría de A es únicamente que éste persiguiera indirectamente un objetivo propio, a saber, la adquisición de la empresa de alquiler de automóviles.»

Desde el punto de vista que aquí se mantiene, la coautoría únicamente cabía estimarla sobre la base de que A y B, en la fase ejecutiva cooperaron en división del trabajo, al tomar B el dinero y asegurar A la ejecución desde delante de la ventanilla [104]. En efecto, ambos cometieron "el delito conjuntamente" en el sentido del § 25.2 StGB porque los dos tenían el dominio del hecho. Por el contrario, no hay que atender ni a la actividad de A en la fase preparatoria ni a si con el hecho "perseguía también un objetivo propio" (aunque fuera sólo indirectamente). No se entiende cómo es que la forma del posterior aprovechamiento del botín iba a influir en el papel de B en la ejecución del hecho. Ya el tenor literal del § 253 StGB ("para enriquecer ilegítimamente a un tercero") patentiza suficientemente que, conforme a la voluntad del legislador, también las acciones "altruistas" realizan el tipo y, por tanto, han de fundamentar la autoría. Difícilmente habrá alguna participación en el hecho en la que no quepa construir, a voluntad, un objetivo "propio indirectamente". Por eso sería deseable que la jurisprudencia se desligara en el futuro de tales vagas fórmulas subjetivistas. Con todo, en cuanto al resultado merece aprobarse esta sentencia.

8. La sentencia de la Sala I de 12 de marzo de 1974 [105] suscribe una vez más la teoría subjetiva extrema hasta sus últimas consecuencias. Se trataba de un supuesto de coautoría (sucesiva) en el asesinato. A y B habían maltratado a X propinándole golpes en la cabeza, puñaladas y patadas, mientras que C, el acusado del presente caso, al principio se había mantenido al margen. Sólo cuando B puso en manos de C un cuchillo, diciéndole: «No seas cobarde, vamos, pínchale tú también», le clavó éste a la víctima el cuchillo en el vientre, dejándolo clavado.

En la cuestión de la coautoría, el BGH atiende, de modo absolutamente convencional, a la "dirección interna de voluntad", señalando en principio: «El que determinado interviniente desee esta estrecha relación con el hecho

[104] Acerca de la coautoría como "dominio del hecho funcional", cfr. en concreto *supra*, pp. 308 ss.
[105] En DALLINGER, *MDR*, 1974, p. 547; crítica detallada en SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), pp. 902 ss. (904 ss.).

ha de enjuiciarse en función de todas las circunstancias», mencionando también «el alcance de la intervención en el hecho y el dominio del hecho». Sin embargo, no ha de atenderse a esto decisivamente: «La ejecución de propia mano ciertamente puede hablar en favor de autoría o coautoría, pero no con carácter general, pues quien realiza en su persona todos los elementos del tipo, puede ser considerado cómplice si su voluntad se dirigió simplemente a apoyar un hecho ajeno... El apuñalar de propia mano en el afán de no aparecer como un cobarde a los ojos de los otros dos más bien habla en favor de que el sujeto se subordinó a la voluntad de éstos. Asimismo, la presencia en el lugar del hecho y el mero conocimiento del proceder de los otros e incluso la aprobación posterior no bastan para estimar coautoría.»

Estas tesis van aún más allá que la sentencia del caso Staschynskij, puesto que mientras allí al menos existía una situación semicoactiva, el motivo negativo, que aquí se da, de no aparecer como un "cobarde" a los ojos de asesinos apenas puede tenerse en cuenta ni siquiera en la determinación de la pena en favor del agente. Y, sin embargo, a través de la apreciación de complicidad ¡tiene que comportar la atenuación obligatoria de la pena! Está claro que una sentencia como ésta ya no puede ser posible conforme al nuevo § 25.1 StGB.

9. Vigente ya el nuevo § 25, la Sala I, en una sentencia de 17 de marzo de 1977 [106], ha procedido a desplazar levemente el acento. Se trataba aquí —no se indica el supuesto de hecho concreto— al parecer de un robo con violencia, en relación con el cual el BGH se pronuncia una vez más en el terreno de los principios sobre la delimitación entre coautoría y complicidad. El acusado no había empleado violencia ni sustraído personalmente el botín, pero había «efectuado una serie de aportaciones favorecedoras, sin las cuales el hecho no se habría podido cometer, o al menos no como se cometió. Cooperó como coautor en la sustracción del automóvil con el cual su compinche acudió al lugar del hecho y en el que, tras el asalto, se alejó de las inmediaciones; asimismo, tuvo preparado su coche para la huida posterior y lo condujo; aumentó la peligrosidad del arma del delito (una escopeta de caza) recortándole los cañones». Además, según lo acordado recibió una parte del botín.

La Sala de lo Penal había condenado al acusado sólo como cómplice. En cambio, el BGH, en armonía con la jurisprudencia que venía produciéndose, establece que no es la cooperación en la fase ejecutiva lo que constituye requisito objetivo de la coautoría, sino «simplemente una aportación favorecedora de la realización del tipo, que puede limitarse a una acción de preparación o de apoyo». Por consiguiente, el acusado, debido a su aportación al hecho fue coautor "si quiso el hecho como propio". Sin embargo, esta voluntad de autor, a tenor de la jurisprudencia constante, ha de averiguarse

[106] *GA*, 1977, p. 306.

«sobre la base de todas las circunstancias... en consideración valorativa». Para dicha valoración, «la declaración del acusado sobre sus reservas internas y su distanciación apenas significaba algo». Lo determinante es, más bien, el "interés propio en el hecho" así como el "co-dominio de si el curso del hecho iba a tener lugar y cómo".

Al contrario que en la sentencia tratada en el núm. 8, las "reservas internas y la distanciación" se evalúan aquí (casi) como de importancia nula. Como verdaderos criterios de la autoría aparecen el interés y la parte del beneficio en el hecho. Dado que el BGH entiende que ambos se dan, tiene que llegar sin más a afirmar la coautoría. Lo cual es compartible en cuanto al resultado desde nuestro punto de vista. No obstante, con arreglo a éste la coautoría se fundamenta exclusivamente en que el acusado posibilitó la fuga; en que antes del hecho prometió hacerlo y en que la aportación efectuada antes de la terminación material (esto es, aún en fase ejecutiva) fue esencial para el éxito del delito, lo que le procuró al acusado el dominio del hecho funcional. El aportar medios auxiliares para la ejecución (auto, escopeta), por el contrario, al igual que en otros casos el facilitar útiles para el robo con fractura, fundamentaría sólo complicidad. Tampoco el interés propio del acusado podría dar lugar a coautoría; es normal que cómplices reciban en pago parte del botín, no pudiendo esto influir en las relaciones de participación.

10. Otra sentencia de la Sala I de 7 de junio de 1977 [107] trata la coautoría en la violación, llegando a una solución que se aparta radicalmente de la teoría subjetiva extrema que esa misma Sala había defendido en fechas tan próximas como 1974 (*supra* núm. 8). El acusado, en una violación, «simplemente sujetó a la víctima por una pierna, para posibilitar a los coacusados el acceso carnal», que él mismo "ni efectuó ni quería hacerlo". La Sala estima directamente coautoría, apoyándose en el tenor literal del § 177 StGB, modificado por la IV Ley de Reforma Penal (cfr. al respecto el núm. 6), conforme al cual realiza el tipo "quien fuerza a una mujer a yacer consigo mismo o con un tercero". El BGH argumenta [108]: «Pero lo que basta para la autoría singular, basta también para la coautoría: También comete violación aquel cuya aportación al hecho se iba a limitar y se limita a coaccionar. Al igual que en la autoría singular, no hay que atender a otros requisitos (como el interés propio en el hecho o querer el hecho como propio).»

Lo cual merece aplauso sin reservas tanto en el resultado como en la fundamentación. El acusado era cotitular del dominio del hecho, porque al sujetar a la víctima había efectuado una aportación esencial en la fase ejecutiva. Ello también era válido en la regulación precedente (cfr. *supra* núm. 6, en polémica con la anterior jurisprudencia discrepante), pero ahora con mayor razón porque, a tenor de la nueva redacción del § 177, también

[107] *BGHSt*, 27, pp. 205 ss.
[108] *Loc. cit.*, pp. 206 s.

el que coacciona sin dolo de yacer realiza personalmente el tipo por entero y consiguientemente tiene, además del dominio del hecho funcional, el dominio de la acción. Sobre este segundo aspecto, que ya basta para fundamentar la autoría, se apoya también el BGH. Al señalar que son irrelevantes el interés propio o el querer el hecho como propio, lleva a cabo una declaración absolutamente acertada. Pero se basa en la premisa de que ¡aquel que realiza el tipo de propia mano siempre es autor! Lo cual es cierto, pero se contradice con la sentencia de la misma Sala de 12 de marzo de 1974 (*supra* núm. 8), conforme a la cual faltando la voluntad de autor también es cómplice aquel que "realiza todos los elementos del tipo en su persona". Como observé *supra* (p. 623), tal concepción ya no es posible "con arreglo al nuevo § 25.1 StGB" y cabe pensar que el cambio de parecer de la Sala I se base efectivamente en el tenor literal del nuevo § 25.1 StGB («Se castigará como autor al que realice el hecho personalmente»). Entonces, en esta sentencia nos encontraríamos ante el alejamiento con respecto a la teoría subjetiva extrema, el cual resulta de la ley (cfr. *supra* pp. 548 ss.) y que entre tanto también ha llevado a cabo el OLG Stuttgart [109]. Sin embargo, es dudoso que el BGH quisiera adoptar una decisión tan de principio, porque las razones de la sentencia están cortadas a la medida del tipo de violación, no mencionándose tan siquiera el § 25.1 StGB. Por tanto, no queda claro qué alcance le corresponde a la sentencia en opinión del BGH.

11. Una sentencia de la Sala I de 13 de marzo de 1979 [110] se refiere a un supuesto en que el acusado, junto con dos mujeres, había acordado un atraco a un banco y asumido en éste una función esencial: Tenía que hacer que le llenaran de dinero una bolsa de plástico, mientras que las mujeres mantendrían a raya a los empleados y eventuales clientes apuntándoles con pistolas. Además, el acusado había realizado aportaciones en la fase preparatoria (apoyo psíquico, hurto de una bicicleta utilizada para el hecho, examen del lugar del hecho). Asimismo, tenía interés en el dinero, que necesitaba para pagar deudas y cubrir sus necesidades.

Si el plan se hubiera ejecutado en la forma prevista, el acusado habría sido coautor desde todos los puntos de vista. La singularidad del caso estriba, sin embargo, en que el acusado, de camino hacia el banco —esto es, aún en la fase preparatoria— empezó a tener reparos, por lo que se alejó, mientras que las dos mujeres perpetraron el atraco por sí solas. Él recibió parte del botín en la medida en que una de las dos mujeres cohabitaba con él, de manera que la parte que le correspondió a ella también sirvió para satisfacer las necesidades de él. No se tuvo en consideración el desistimiento (eximente) del acusado porque las aportaciones que había realizado en la fase preparatoria siguieron surtiendo efecto, al no haberlas él retirado.

[109] *NJW*, 1978, p. 715.

[110] *BGHSt*, 28, pp. 346 ss. (348 ss.).

En la cuestión de si el acusado tenía que responder como coautor o como cómplice del robo consumado, el tribunal se enfrentaba al problema de que había que afirmar el interés del acusado, pero que había que negar su dominio del hecho: «Para el enjuiciamiento hay que tener en cuenta especialmente... por una parte el interés propio del acusado, que lo impulsaba al hecho (el dinero que necesitaba para pagar deudas y satisfacer sus necesidades) y por otra parte la circunstancia de que el acusado ya no dominaba que el curso del hecho se efectuara o no, y cómo» [111]. En la ponderación de ambos aspectos antagónicos, el BGH se inclina, en el presente caso, por estimar simplemente complicidad. Ciertamente, la falta de dominio del hecho del acusado «nada podía cambiar en la disposición interna con la que efectuó sus aportaciones al hecho. Pero como para el enjuiciamiento global, éste es sólo un aspecto entre varios..., la cuestión de si el acusado fue coautor o cómplice no se decide únicamente (y ya) sobre la base de esta disposición, que no se mantuvo tras la fase preparatoria».

Conforme a los parámetros de la teoría del dominio del hecho, la sentencia es acertada en cuanto al resultado. Significa, al igual que la de la Sala I de 25 de marzo de 1982 [*supra* 35, *e)*], un paso claro hacia la teoría del dominio del hecho. Bien es verdad que no se pronuncia el adiós, como hubiera sido pertiente, al "interés" como criterio de la autoría. Pero al menos éste experimenta una notable relativización, al no considerársele suficiente para fundamentar la autoría, a pesar de las múltiples aportaciones en la fase preparatoria, por faltar del todo el dominio del hecho.

12. La sentencia de la Sala II de 4 de marzo de 1981 [112] se ocupa de un supuesto de lesiones en autoría mediata determinando que un inimputable se dañase a sí mismo. El acusado había llevado botellas de aguardiente al hospital a un enfermo mental ostensible, embriagando a éste varias veces. «A quien le falta por completo la capacidad de inhibición, para lo lícito o lo ilícito, no se le puede atribuir tampoco con respecto al valor de mantener la propia salud», señala el BGH [113]. Naturalmente, ésta es una regla de experiencia que ha de verificarse y confirmarse en el caso concreto [114]. Al margen de lo cual, esta sentencia —exenta de toda referencia a criterios subjetivos— coincide absolutamente con la concepción de la teoría del dominio del hecho. En el ámbito de la autoría mediata, se habría reconocido así también en la jurisprudencia el dominio del hecho como criterio determinante [115].

13. Por último, de delimitar entre coautoría y complicidad se vuelve a tratar en la sentencia de la Sala V de 15 de septiembre de 1981 [116]. El

[111] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, p. 349.

[112] BGH, en HOLTZ, *MDR*, 1981, pp. 631 ss.

[113] Refiriéndose literalmente a mis consideraciones en *LK*[11], 1993, § 25, núm. marg. 127.

[114] Cfr. *supra*, pp. 263 ss.

[115] Lo cual viene confirmado claramente por las sentencias subsiguientes (núms. 16 y 29).

[116] *NStZ*, 1982, p. 27.

acusado pertenecía, con un grupo de correligionarios, al llamado Pueblo de la Mezquita y había llevado a cabo con ellos un ataque violento contra miembros de un centro obrero. Consta que el acusado, armado con un cuchillo, había acometido al grupo contrario; sin embargo, no pudo demostrarse que efectivamente apuñalara o en general que infligiera lesiones de propia mano. Era evidente que desde el principio apareció como uno de los cabecillas de los agresores; «aun después de los enfrentamientos impartió órdenes a los fieles del Pueblo de la Mezquita, órdenes que fueron obedecidas». El BGH condena al acusado como coautor: «También puede castigarse por lesiones conjuntas a quien no las ejecuta de propia mano, pero debido a una resolución conjunta del hecho contribuye al resultado de lesión con la voluntad de dominio del hecho.» Y el BGH entiende que tales requisitos de la cooperación a título de autor se dan en el presente caso.

La sentencia merece aprobarse. La conducta del acusado constituye prácticamente un caso clásico de coautoría; al dirigir *in situ* el hecho, tenía una función central en la ejecución de las lesiones. Lo notable es que el BGH mencione como criterio de la autoría, junto a la resolución común del hecho, únicamente la "voluntad de dominio del hecho". Cabe suponer que se alude así a un dominio del hecho real —que desde luego aquí existía— y que el atender a la "voluntad de dominio del hecho" representa una concesión que mantendría a la sentencia en sintonía con la teoría subjetiva de la participación.

14. La sentencia de la Sala IV de 26 de enero de 1982 [117] es la primera de tres fallos recientes, indicadores de nueva orientación, relativos a la autoría mediata (junto a núms. 16 y 29). El acusado pretendía matar a un rival. A tal objeto, prometiéndoles un elevado botín, persuadió a G., C. y U. de que asaltaran a la víctima. Para ejecutar el robo, les dio una botella de plástico que supuestamente contenía un somnífero para la víctima, pero en realidad ácido clorhídrico letal. Los ejecutores, por curiosidad, abrieron de camino la botella, comprobaron que contenía un peligroso ácido y desistieron del hecho. Entonces, el acusado intentó ejecutar el hecho por otra vía. Entregó a A una botella que supuestamente contenía acetato alumínico, pero en realidad un veneno letal. A tenía que rociar con la sustancia a la víctima, con el objeto de que ésta tuviera que ir al hospital y el acusado aprovechara para desvalijarle la casa. Sin embargo, A entrevió el plan y llevó el frasco a la policía.

El problema que interesa desde la perspectiva de la doctrina de la autoría reside en si en ambos casos se daría asesinato en autoría mediata en el caso de que el hecho se hubiera ejecutado en los términos planeados. El que, estimando autoría mediata, en la situación se hubiera llegado a tentativa

[117] *BGHSt*, 30, pp. 363-366.

o sólo a actos preparatorios, constituye un segudo problema, aún más difícil, que, sin embargo, puede dejarse de lado en este contexto [118]. Tampoco hace falta detenerse en la circunstancia indudable de que, de haberse ejecutado de hecho, se habría dado una inducción al robo (en el primer caso) y unas lesiones (en ambos casos).

El BGH estima autoría mediata, que en su opinion concurre «cuando la persona interpuesta, como consecuencia de un error provocado o aprovechado por el autor mediato, no obra dolosamente, pero también cuando la persona interpuesta, a consecuencia de su error, cree cometer un delito menos grave (cfr. ROXIN en LK[11], 1993, § 25 núm. marg. 74, 101)» [119]. Tal era el caso aquí. «El acusado ciertamente no engañó a los ejecutores que había elegido con respecto a que fueran a cometer una infracción penal. Pero sí que les ocultó circunstancias del hecho que fundamentan el tipo de un delito más grave que el que se imaginaban éstos.»

Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho la sentencia merece total aplauso, puesto que con respecto al homicidio planeado de la víctima tenían que emplearse todos los intermediarios instigados por el acusado únicamente como "instumentos" sin dolo. Que con respecto a un robo o a unas lesiones fueran a obrar dolosamente y en esa medida sólo pudieran ser objeto de inducción, nada cambia en la autoría mediata por la muerte. En efecto, el dominio del hecho es "dominio del tipo" y, por tanto, está referido al tipo: El dominio por error que corresponde al sujeto de detrás, conforme al plan del hecho, se refería únicamente a la muerte, no a los demás delitos que se cometerían, de manera que también sólo en esta medida cabe estimar autoría mediata.

A pesar de la claridad de esta situación jurídica, en torno a la sentencia se ha encendido una viva polémica. SIPPEL [120] ha mantenido que sólo cabe castigar por inducción intentada al robo (§§ 249, 250 y 30.1 StGB), encontrando así en SPIEGEL [121] y TEUBNER [122] una crítica justificada y enérgica. SIPPEL rechaza el dominio del hecho por parte del inspirador en ambos casos debido a que los instigados fueron conscientes de cometer un delito grave. Pudieron —por ilustrarlo al hilo del primer supuesto [123]— «decidirse libremente a cometer el robo que se les sugería... Si bien los "ejecutores" no fueron conscientes de que mediante su conducta J. iba a morir, desde luego tuvieron que superar sus inhibiciones para cometer un robo grave».

[118] Como el BGH en favor de la tentativa, ROXIN, *HR-AT*, 1998, p. 187, con respecto al supuesto núm. 52.

[119] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, p. 365.

[120] *NJW*, 1983, pp. 2226 ss.; el mismo, *NJW*, 1984, p. 1886; el mismo, *JA*, 1984, pp. 480 ss.

[121] *NJW*, 1984, p. 110; el mismo, *NJW*, 1984, p. 1867.

[122] *JA*, 1984, pp. 144 ss.

[123] *NJW*, 1983, pp. 2227 ss.

Así se está desconociendo la referencia del concepto de autor al tipo [124]; la autoría es siempre realización del tipo (cfr. pp. 684 ss.), de manera que en una muerte no cabe rechazar la autoría mediata del que se sirve de una persona interpuesta que obra sin dolo, con consideraciones referidas a otro tipo totalmente distinto. Sin embargo, la confusión de SIPPEL es fructífera en la medida en que revela lo peligroso de dos tesis muy extendidas en la doctrina: el rechazo fundamental del "autor de detrás del autor" y el traslado del principio de responsabilidad, que he desarrollado para los supuestos de coacción, a los de dominio de la voluntad en virtud de error (con más detalle *infra* 717 ss.). En efecto, si para rechazar la autoría mediata uno se quisiera conformar con el solo hecho de que el instigado ha obrado dolosa y culpablemente y, por tanto, es autor responsable de una infracción penal que, a partir de las circunstancias que conocía, podía generar en grado suficiente motivos de inhibición, cabría llegar efectivamente a una mera inducción. Pero tales construcciones se rebaten a sí mismas ya por su resultado. Desde la perspectiva del resultado de muerte, siempre se conseguiría la impunidad si uno se sirve a tal objeto de un ejecutor que no sospecha la consecuencia de muerte, al que se le hace creer que va a cometer otro delito, por insignificante que sea (p. ej., unos daños). Éste no sería un planteamiento de solución que pudiera tenerse en cuenta.

15. En la sentencia de la Sala I de 19 de mayo de 1983 [125] se trataba de la delimitación entre coautoría y complicidad en varios hurtos. El acusado había tomado parte con distintos compinches «como conductor en varias giras para cometer hurtos. Se había acordado una división del trabajo de forma que el acusado intervenía como conductor y como transportista del botín de los hurtos», mientras que sus compinches perpetraban los hurtos y llevaban siempre el botín al coche. El acusado percibía por cada viaje cien marcos como mínimo y, en especie, también objetos robados. Es más, a menudo antes de comenzar las giras manifestaba qué objeto quería obtener.

El BGH juzga la conducta del acusado simplemente como complicidad, apoyándose en su teoría normativa de la combinación que (efectuando una ponderación muy poco clara) atiende al interés propio, al alcance de la intervención en el hecho y al dominio del hecho. La complicidad se daría porque «el tanto alzado de cien marcos, con independencia del resultado de los hurtos, [deja] advertir una relación más distanciada con respecto a los hurtos que la que suele tener el autor de dichos delitos». También echa en falta el BGH indicios acerca de «que tuviera influencia el acusado en el planeamiento, preparación y ejecución de los hechos».

El fallo no merece aprobación, pues el acusado ha efectuado, en división del trabajo con sus compinches en la fase ejecutiva, una aportación esencial

[124] Con buen criterio STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 291 y en nota 17.

[125] *StrV*, 1983, p. 501; de otro modo interpreta KÜPPER (*GA*, 1986, p. 440) la sentencia.

al hecho y por ende ha tenido el dominio del hecho. Cuando el BGH pretende deducir un resultado distinto a partir del tanto alzado que se le prometía, lo hace porque ello al parecer fundamentaría falta de interés en el éxito de los hurtos ("una relación más distanciada con respecto a los hurtos"). Pero al margen de que la falta de interés, existiendo co-dominio del hecho, no puede excluir la autoría, no cabe negar el interés capital del acusado en el éxito de los hurtos, de los que dependía su retribución, sobre todo teniendo en cuenta que además recibía ciertos objetos procedentes de los hurtos (lo que no tiene presente el BGH). No se comprende por qué no es la participación en el dominio del hecho, sino la forma de retribución lo que ha de decidir sobre la autoría. La referencia subsiguiente del BGH en el sentido de que faltaban con respecto al acusado indicios relativos al "planeamiento, preparación y ejecución del hecho" tampoco puede cuestionar la coautoría de éste, puesto que en todo caso el acusado se sumaba al plan, y ello basta para la coautoría. Y su parte determinante en la ejecución del hecho es igualmente patente, no siendo necesaria ulterior verificación.

16. La Sala I, en sentencia de 5 de julio de 1983 [126], tuvo ocasión de decidir en uno de lo supuestos más extraños de la jurisprudencia del alto tribunal. En el llamado "caso Sirio" se trataba de la delimitación entre la autoría mediata en el homicidio y la participación en el suicidio, impune. El acusado había hecho creer a una joven que él era originario de la estrella Sirio y podría ayudarla a llegar a una vida nueva y sublime si se separaba de su viejo cuerpo. Debía introducirse en una bañera y dejar caer un secador conectado. En un espacio rojo, junto al lago de Ginebra, la estaba esperando un cuerpo nuevo, en el que despertaría tras su aparente muerte accidental. De todos modos, en su nueva vida necesitaría dinero, por lo que debería contratar un seguro de vida para caso de muerte accidental por valor de 500.000 marcos, designándole como beneficiario a él. Tras cobrarla, él le llevaría el capital a Ginebra.

La joven se lo creyó todo. En efecto, dejó caer el secador al agua con la esperanza de despertar inmediatamente en un nuevo cuerpo, sin pasársele por la cabeza la idea de un "suicidio en sentido genuino" mediante el que "se acabara su vida para siempre". Es más, rechazaba la idea del suicidio por creer que el ser humano no tiene derecho a quitarse la vida.

El plan urdido por el acusado fracasó al final porque el secador no funcionaba como era debido. El acusado llamó por teléfono a casa de la joven y quedó sorprendido de que aún viviera. Entonces, en el curso de unas

[126] *BGHSt*, 32, pp. 38-43. En lo esencial favorables los comentarios de ROXIN, *NStZ*, 1984, p. 73, y SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 1984, p. 195. El comentario de SIPPEL (*NStZ*, 1984, p. 357) llega a la autoría mediata a través de estimar (lo que contradice a la sentencia) un «trastorno mental incompleto del instrumento», mientras que HASSEMER (*JuS*, 12984, p. 148) y GEILEN (*JK*, StGB § 25 I/1) no dejan entrever toma de posición personal alguna. Acerca de esta sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 205, con respecto al supuesto núm. 80.

diez conversaciones telefónicas le fue dando instrucciones para continuar sus esfuerzos por suicidarse, hasta dejarlo por imposible.

El BGH considera culpable el acusado de tentativa de asesinato en autoría mediata. Se trata aquí de un supuesto en el que quien «atenta contra su propia vida bajo influencia ajena no se encuentra bajo un estado psíquico del § 20 StGB ni en una situación de necesidad en el sentido del § 35 StGB, sino que es impulsado mediante engaño a llevar a cabo la acción de matar...» [127]. Hasta qué punto un suicidio producido por engaño fundamenta autoría mediata depende «de la clase y alcance del error. Si el sujeto le oculta a quien se va a quitar la vida que está aportando una causa de su propia muerte, aquel que ha provocado el error y desencadenado el acontecer que va a conducir a la muerte de la persona engañada, es autor de un delito contra la vida (intentado o consumado) en virtud de conocimiento superior, mediante el que guía al que se equivoca, convirtiéndolo en instrumento contra sí mismo...». En este caso: «Lo que la señora T. no sospechaba ni pretendía lo perseguía el acusado: la electrocución —esperada por ambos— debía poner fin a la vida de la engañada y procurarle al acusado el capital del seguro, el que la víctima suponía iba a constituir la base económica de su nueva vida. El acusado, que asimismo dirigió de manera decisiva el curso real del hecho mediante instrucciones impartidas a lo largo de varias horas» es, por ende, autor mediato.

Lo cual es acertado. La sentencia basa inequívocamente la autoría mediata en el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, aun cuando no utilice expresamente este concepto en los pasajes decisivos (y en su lugar hable de "dirigir" y "guiar"). Al fundamentar la autoría mediata en la producción del suicidio en una aplicación analógica de los §§ 20, 35 y 16 StGB, invoca los tres supuestos seguros que se indicaban en mi comentario del Leipziger Kommentar [128]. Efectivamente, en el presente caso es indiscutible el dominio por parte del sujeto de detrás, si le estaba ocultando a la víctima que se iba a producir su muerte. Lo cual lo supone con toda razón el BGH porque la mujer, «convencida de que su identidad psico-física y su individualidad simplemente iban a experimentar modificaciones» en principio esperaba seguir con vida en este mundo (concretamente, en Ginebra) [129].

Mucho más difícil es enjuiciar el supuesto si se le modifica de manera que la mujer hubiera creído que iba a morir en la bañera y a partir de ahí alcanzar una vida "superior" tras la muerte. Aun cuando el BGH rechaza

[127] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, pp. 41 ss.

[128] *LK*[11], 1992, § 25, núm. marg. 106; el BGH también realiza esta cita. Por el contrario, al estimar autoría mediata, yo había ido más allá en la presente obra (pp. 252-257). Al respecto en seguida en el texto.

[129] Con más detalle al respecto ROXIN y SCHMIDHÄUSER, como nota 126. Interpretación divergente en MERKEL, *JZ*, 1999, pp. 503 ss.

tal interpretación de los hechos probados, los somete —hipotéticamente— a enjuiciamiento jurídico y llega igualmente a afirmar la autoría mediata [130]. «Aunque la señora T. hubiera supuesto que iba a morir antes de "despertar" en un espacio rojo a orillas del lago de Ginebra, que entraría en una vida tras la muerte, que no viviría continuando con su individualidad (simplemente más o menos modificada), sino como otro ser (superior), sería legal la condena.» Tampoco se trataba de si se daba un engaño sobre el "sentido concreto de la acción" o de un mero error en el motivo y si un error así bastaba para fundamentar el "dominio del hecho" por parte del acusado. «El engaño sobre el "sentido concreto de la acción" sería inherente al hacer creer que la muerte no es sino el comienzo de una nueva vida. El error sobre esa base tendría la misma importancia que el error de que la muerte no iba a producirse. No menos que éste, aquél habría motivado decisivamente a la víctima y procurado al acusado el dominio del hecho en virtud de conocimiento superior.»

Aquí se acogen ya expresamente el conceptos de dominio del hecho y el término del sentido concreto de la acción, que se desarrolló *supra* (pp. 237-258) por vez primera. Mientras que el dominio del hecho se declara decisivo inequívocamente, el BGH deja sin responder la cuestión de si (y cuándo) el engaño sobre el sentido concreto de la acción fundamenta autoría mediata. En efecto, se alude así a uno de los puntos más controvertidos del debate actual. De asumir los argumentos aducidos en esta obra (pp. 252-257) [131], también habría que estimar autoría mediata (en cuanto al resultado, como el BGH) en el segundo supuesto planteado hipotéticamente, pues la mujer también habría sido engañada sobre el sentido de su muerte si hubiera traspasado sus puertas en aras de una vida en el más allá. De todos modos, ahora me inclino a la opinión de que mediante este criterio del sentido determinado de manera únicamente subjetiva no cabe obtener una delimitación clara con respecto a los meros errores en el motivo del suicida, que dejan intactos su responsabilidad y dominio propio sobre el suceso. Aquel que (sea por el fin que sea) se quita la vida voluntariamente en estado de responsabilidad tiene, a tenor de esta nueva concepción [132], el dominio sobre el suceso, no siendo otra persona nada más que partícipe en el suicidio.

Tal es la posición que ahora mantengo. Por exagerar el argumento en este caso concreto: Si la víctima no se hubiera equivocado sobre su muerte terrenal, sino sobre su destino en el más allá, el acusado sólo habría sido un inductor impune al suicidio, puesto que este error no se habría referido al bien jurídico de la vida terrenal, el único que se protege en los § 211 ss. StGB, sino a datos que se encuentran fuera del interés protegido por el Derecho

[130] *Loc. cit.*, p. 43.

[131] De esta postura está muy próximo M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 227 ss.

[132] Cfr. ROXIN, *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 106 ss., y *NStZ*, 1984, p. 72.

penal. Lo cual se hace patente al establecer un paralelismo con la determinación a un delito: Si se determina a alguien a que asesine a un opositor político haciéndole creer que por esta "hazaña" va a ir al cielo (o a la estrella Sirio), ello no impide que él sea plenamente responsable del asesinato que perpetra de manera plenamente responsable y el inspirador sea simplemente inductor. En el suicidio no puede ser de otro modo. Cuestión distinta es el merecimiento de pena de la inducción al suicidio en tales casos, que se podría tener en cuenta mediante un precepto concebido en los términos del art. 115 del Codigo Penal suizo, en el que se conmina con pena la instigación o complicidad con el suicidio "por móviles egoístas".

17. La autoría y la participación en el tipo de desórdenes públicos (*Landfriedensbruch,* § 125 StGB) ocuparon a la Sala III del BGH en su sentencia de 23 de noviembre de 1983 [133]. El acusado había convocado un bloqueo del aeropuerto de Frankfurt; el BGH lo condenó como autor de desórdenes públicos, aun no habiendo participado personalmente en el bloqueo. A su juicio, el que da las órdenes, organiza los hechos o es cabecilla intelectual, aun estando ausente del lugar del hecho, es autor si, como aquí «las violencias o amenazas realizadas por la multitud coinciden con su voluntad y se cometen bajo su dominio del hecho, esto es, si le son imputables conforme a los principios generales como hecho propio».

La sentencia se basa por igual en la "voluntad de autor" y en el "dominio del hecho", pero exige en todo caso también el dominio del hecho. Sin embargo, entiende el concepto del dominio del hecho de modo distinto que en esta obra, al considerar al "cabecilla intelectual" también como autor mediato si ha conseguido imponer su voluntad sin coacción y sin ayuda de una maquinaria de poder organizada. Con razón se ha criticado esta postura como adaptación un tanto forzada de la teoría del dominio del hecho a la teoría subjetiva. LENCKNER [134] entiende que «supone ir demasiado lejos y recaer en la teoría de la autoría subjetiva extrema considerar suficiente para la autoría por las violencias cometidas ya la convocatoria pública a "acudir al aeropuerto" y a "abarrotarlo"». ARZT que, como representante de la Escuela de BAUMANN, es uno de los pocos defensores de la teoría subjetiva [135], "a la vista del triunfo de la teoría del dominio del hecho en la doctrina", saluda expresamente que la sentencia en definitiva desemboque en una "confirmación de la teoría subjetiva" [136], pero interpreta correctamente la teoría del dominio del hecho, al decir: «Si el "dominio del hecho" ha de desempeñar el papel de garantizar la seguridad jurídica, hay que entenderlo como dominio de la ejecución del hecho... Si se afirma el dominio del hecho en un cabecilla meramente intelectual, está empleándose la etiqueta de la

[133] *BGHSt* 32, 165-183, con comentario de ARZT, *JZ,* 1984, pp. 428-430.
[134] SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB* [25], 1997, § 125, núm. marg. 14.
[135] Cfr. con más detalle p. 676, nota 234, con más referencias.
[136] Esta nota y las siguientes, *JZ,* 1984, p. 429.

teoría objetivo-material como una especie de lenitivo.» El BGH pasa aquí por alto que el inductor es con gran frecuencia el *spiritus rector* de la comisión del delito, sin ser por eso autor.

Sin embargo, la sentencia se comprende del todo únicamente sobre el trasfondo de la especial estructura típica del § 125 StGB. El párrafo 1 de este precepto equipara al autor y al partícipe, esto es, parece que en él huelga la delimitación especial. Dado que el BGH, no obstante, al parecer se inclina por la opinion de que en el § 125 la participación sí, pero no la autoría, presupone la presencia en el lugar del hecho, la necesidad de pena afirmada por el tribunal cabría satisfacerla con más facilidad admitiendo la autoría. Por el contrario, en la doctrina se estima que sólo los integrantes de la multitud pueden ser autores del § 125.1, teniendo que rechazarse por esta sola razón la solución adoptada por el BGH.

18. En torno a la delimitación entre coautoría y complicidad en el asesinato gira un fallo de la Sala I de 9 de febrero de 1984 [137]. El tribunal de instancia había condenado a los dos acusados por el asesinato de una tal señora S., en coautoría. No pudo esclarecerse cuál de los dos había efectuado los disparos ni el motivo del hecho.

El BGH se basa en su teoría normativa de la combinación, que discierne la autoría teniendo en cuenta el interés, el alcance de la intervención en el hecho y el dominio del hecho (o la voluntad de dominarlo) en una "consideración valorativa", con arreglo a la cual el primer acusado fue condenado sólo como cómplice porque no pudo demostrarse que hubiera disparado él y la aportación al hecho que sí se le demostró era "relativamente insignificante". El segundo acusado sí había "efectuado aportaciones al hecho más importantes", así como "dirigido esencialmente" el hecho. Pero como el hecho "no se ha cometido en coautoría", sólo puede ser condenado como autor «si realiza personalmente todos los elementos del § 211 StGB, esto es, especialmente si hubiera efectuado los disparos que ocasionaron la muerte»; pero como esto no se pudo demostrar, sólo cabe condenarlo como cómplice.

Debido a la poco clara situación probatoria, la sentencia es poco útil; tampoco se entiende bien por qué no habría que castigar al segundo acusado como autor si su dominio del hecho era demostrable también con independencia de haber realizado los disparos mortales. Pero, en definitiva, la sentencia propugna una delimitación ampliamente coincidente con la teoría del dominio del hecho, puesto que verdaderamente los diparos constituyeron la única acción esencial en la fase ejecutiva; pero como no se pudo demostrar la realización de esa acción a ninguno de los acusados, es acertado deducir de ahí, conforme al principio *in dubio pro reo,* mera complicidad, no soslayar

[137] *GA,* 1984, pp. 287 ss.

la falta de dominio del hecho con el recurso a actividades preparatorias o criterios subjetivos.

19. La sentencia de la Sala III de 4 de julio de 1984 en el famoso caso Wittig [138] se refiere a la cuestión, ya a menudo [139] abordada en la jurisprudencia del alto Tribunal, de si la omisión de impedir el suicidio por parte de una persona que en principio ocupa una posición de garante es impune como participación en el suicidio o punible como autoría por omisión. La sentencia ha suscitado tomas de postura generales [140] y trasciende por su significado el problema de la delimitación entre autoría y participación, alcanzando ante todo al ámbito de la dogmática de la omisión y del enjuiciamiento político-criminal de la cooperación en el suicidio. Aquí simplemente resulta posible una breve toma de posición, debido a que la sentencia no ha comportado el giro esperado en la jurisprudencia y no existe motivo [141] para modificar la concepción fundamentada *supra* (pp. 512-516).

Al acusado se le había imputado un homicidio a ruego (§ 216 StGB) porque, como médico, no había impedido el suicidio de una señora anciana. La señora, enferma y hastiada de la vida, en estado de plena responsabilidad, había ingerido una sobredosis de medicamentos con el fin de quitarse la vida. El médico, que la había hallado ya inconsciente, no la había ingresado en un hospital porque ella le había implorado repetidamente que no lo hiciera, tanto verbalmente como por escrito. En su lugar, permaneció en la vivienda de ésta hasta que, a la mañana siguiente, pudo certificar la muerte de la mujer. Dado que, conforme a la teoría que aquí se mantiene, los delitos omisivos han de considerarse como delitos de infracción de deber (pp. 498 ss.), fundamentando por lo general la posición de garante por sí sola la autoría por omisión, la solución del caso depende de si al médico le incumbía un deber de evitar el resultado. Puesto que la mujer había pedido expresamente no ser objeto de intervención médica, había que respetar tal voluntad. Esta opinión la había defendido asimismo en el presente caso el Fiscal Federal General del BGH (*loc. cit.*, p. 377), pero no el BGH. Para éste, «la del médico con paciente no es una relación sólo de Derecho negocial, determinada exclusivamente por la voluntad de ambas partes del contrato» (*loc. cit.*, p. 378). Consiguientemente, es "inadmisible por principio" que

[138] *BGHSt*, 32, pp. 367-381.

[139] Cfr. *supra* con respecto a *BGHSt*, 2, 150 (pp. 91-92); *BGHSt*, 13, 162 (pp. 101-102); *MDR*, 1960, 939/40 (*supra* pp. 125 s.).

[140] Las aportaciones más significativas las proporcionan R. SCHMITT, *JZ*, 1984, pp. 866-869; ESER, *MedR*, 1985, pp. 6-12; GROPP, *NStZ*, 1985, pp. 97-103; SOWADA, *Jura*, 1985, pp. 75-88; RANFT, *JZ*, 1987, pp. 911-914; HERZBERG, *JA*, 1985, pp. 131-138, 177-185, 265-272; *JZ*, 1986, pp. 1021-1028; 1988, pp. 182-189; NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 244-256; VERREL, *JZ*, 1996, pp. 224-231. Cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 209, con respecto al supuesto núm. 87.

[141] Una fundamentación más detallada de la postura que aquí defiendo se contiene también en mi contribución al *Dreher-Festschrift*, 1977, pp. 331-335, así como en la habilitación de mi discípulo BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982.

un médico pueda "plegarse al deseo de morir del paciente" (*loc. cit.*, p. 380). A lo que hay que contraponer que nuestro ordenamiento jurídico no contempla el derecho al tratamiento coactivo. Tampoco quiere llegar el BGH a defender expresamente la tesis de que este principio no sea válido para los suicidas (*loc. cit.*, p. 378). Sin embargo, no se entiende por qué ello ha de ser distinto "en todo caso" para el paciente inconsciente.

No obstante, el BGH acabó en este caso concreto negando el deber de evitar el resultado, por no existir «el deber jurídico de mantener a cualquier precio una vida que se extingue» (*loc. cit.*, p. 379). Dado que, en caso de haber "salvado" a la paciente, hubieran quedado como secuelas daños irreversibles para su salud, la decisión en conciencia del médico, sobre la base de la cual éste optó por permanecer inactivo en esta "situación límite", no es "indefendible desde el punto de vista jurídico" (*loc. cit.*, pp. 380/81). A pesar de este viraje hacia supuestos extremos infrecuentes, al no reconocer el derecho a autodeterminarse por parte de la persona plenamente responsable dispuesta a morir, la sentencia ha encontrado amplio rechazo, con toda razón [142]. La crítica al parecer no ha dejado de hacer mella en el BGH, pues en una sentencia de 9 de julio de 1987 [143] la Sala II señala que «está inclinada a atribuir a la decisión de suicidarse adoptada de manera seria y libremente responsable mayor trascendencia jurídica que en la sentencia de la Sala III (BGHSt 32, 367 ss.)». Así pues, la jurisprudencia aún no ha dicho en esta cuestión la última palabra.

De acuerdo con nuestra postura, en un delito de infracción de deber como es el omisivo, el dominio del hecho no supone un criterio relevante de delimitación (cfr. pp. 501 ss.). No obstante lo cual, el BGH requiere en los delitos omisivos, junto a la posición de garante, el dominio del hecho o la voluntad de autor, afirmando ésta también en el acusado del presente caso. En efecto, el suicida sólo tiene el dominio del hecho hasta producirse la inconsciencia, momento a partir del cual «el dominio del hecho ya no lo tiene el suicida, sino sólo el garante y, habiendo éste asumido que de su decisión depende el curso posterior del hecho, también tiene éste la voluntad de autor. Nada importa que el garante, mediante su conducta, quisiera cumplir el deseo manifestado por el moribundo» (*loc. cit.*, p. 374).

Más correcto es, sin embargo, no afirmar ni autoría ni participación, puesto que aquel que se comporta pasivamente nunca tiene el dominio del hecho que cabe alcanzar mediante hacer activo. Simplemente tiene una posibilidad de evitar el resultado, que por constituir requisito conceptual de todo omitir ya no puede servir para delimitar autoría y participación. El

[142] Representa una excepción el artículo de HERZBERG, como en nota 137, que propugna ampliar esencialmente aquí, así como en general, la punibilidad de la cooperación en el suicidio (cfr. *supra*, p. 615).

[143] *NStZ*, 1988, p. 127.

BGH, para fundamentar su concepción, aduce asimismo que la "voluntad de suicidarse al principio absolutamente seria" a menudo "se desmorona" al terminar la tentativa de suicidio, de manera que entonces el suicida espera que lo salven (*loc. cit.*, p. 376). Pero en primer lugar tal "desmoronamiento" de la voluntad de suicidarse no podría fundamentar autoría, sino únicamente resucitar el deber de evitar el resultado. Y en segundo lugar el argumento nada demuestra político-criminalmente para un caso como el presente, en el que cabía dar por supuesto con seguridad que perduraba la voluntad de suicidarse.

Ni siquiera es posible demostrar en este caso la voluntad de autor del omitente, lo que de todos modos representaría un criterio delimitador inidóneo (pp. 529 ss.). En efecto, si es que existe un hecho que no se pueda querer "como propio", sino "como ajeno", ése es desde luego el suicidio de otro que se deja que ocurra únicamente por respeto a la decisión responsable del suicida. No se alcanza a entender cómo es que, con el BGH, cabe estimar "voluntad de autor" allí donde el sujeto, sin interés propio alguno, se somete a la voluntad de morir del suicida.

20. De los requisitos de la coautoría sucesiva se trata en la sentencia de la Sala I de 7 de agosto de 1984 [144]. Otros dos autores habían infligido ya a la vícitima las lesiones que posteriormente condujeron a su muerte, y sólo después se sumó el acusado, que asimismo asestó golpes a la víctima, pero no causales de la muerte de ésta.

La cuestión estribaba en si el acusado, además de por coacciones y lesiones, debía responder por lesiones con resultado de muerte (§ 226 StGB) en coautoría sucesiva. El problema sólo podía suscitarse porque el BGH tenía declarada posible con carácter general la imputación a título de coautoría de las causas de agravación ya realizadas [145]. La opinión contraria, que se ha fundamentado *supra* (pp. 320-323) en profundidad, y que entonces tenía en contra a la doctrina casi unánime, ha llegado a ser de entonces acá la doctrina dominante [146] y ha impulsado al BGH, si bien no a abandonar su concepción [147], sí al menos a precisarla en sentido restrictivo.

La Sala señala, pues, cautamente: «Es controvertido que el conocimiento y la aprobación y la intervención a título de coautoría comporten que hayan de atribuirse al que interviene las circunstancias del hecho ya realizadas... En todo caso, tal imputación es sólo posible cuando el que se suma efectúa personalmente una aportación causal para la realización del tipo. Por el contrario, si el que se suma no puede favorecer ya la ulterior ejecución

[144] *NStZ*, 1984, p. 548.

[145] *BGHSt*, 2, 334 (*supra*, p. 290); *GA*, 1966, 220; *MDR*, 1969, 533; *JZ*, 1981, 596.

[146] Cfr. la bibliografía en p. 716, nota 407.

[147] Por el contrario, el OLG Frankfurt, *NJW*, 1969, 1915, se ha sumado a la concepción aquí defendida.

del tipo, porque ya está todo hecho para la producción del resultado típico y porque su hacer no influye en el curso posterior del suceso típico, no viene en consideración la cooperación a título de coautoría a pesar del conocimiento, de la aprobación y del aprovechamiento de la situación creada por los otros...» [148].

Éste es un paso en la dirección acertada, pues no cabe concebir la coautoría sin aportación alguna al hecho, pero su fundamentación por medio de la posterior "voluntad de autor" desemboca en un puro *dolus subsequens*. Naturalmente, hay que proseguir, no permitiendo que baste un "favorecimiento" posterior. Si coautoría *(Mittäterschaft)* es co-dominio del hecho *(Mittatherrschaft)*, el coautor tiene que haber co-dominado, en la fase de su realización, la producción de la circunstancia agravante que se le ha de atribuir.

21. La problemática de la coautoría sucesiva constituye también el objeto de una resolución dictada por la Sala IV con fecha 2 de octubre de 1984 [149]. Aquí, R. y F. habían violado dos veces a una mujer. Cuando, acto seguido, la víctima yacía apática, llegó el acusado a la habitación y, sin empleo de violencia, pero aprovechando el estado de impasibilidad en que ésta se había sumido, igualmente tuvo acceso carnal con ella. Para el BGH se planteaba la cuestión de si los hechos constituían violación en coautoría sucesiva.

Tal posibilidad la rechaza, con razón, al final, pues aun cuando (en contra de nuestra opinión) se pretendiera que bastase aprovechar la violencia para imputarla a título de coautoría [150], ello no puede tenerse en cuenta si la violación ya había concluido cuando el acusado se aprovechó de la situación. Ello lo advierte asimismo el BGH: «Si la aparición en escena del acusado tiene lugar sólo tras haber consumado la violación los otros coacusados, no viene en consideración la cooperación en concepto de coautoría a pesar del conocimiento, de la aprobación y del aprovechamiento de la situación creada por los otros.» Lo cual no rige, obviamente, si el acusado «ha querido como propia [la violación precedente] y la ha considerado como medio coactivo que iba a posibilitar la ejecución del acceso carnal que él pretendía». Pero entonces una resolución común del hecho habría tenido que reunir las distintas violaciones en un suceso unitario, en el que entonces también el acusado habría tenido una parte esencial en su fase ejecutiva. Pero como de los hechos probados no se puede desprender tal interpretación, acierta el BGH al remitir, para la punibilidad del acusado, al § 179 StGB. Tras la nueva redacción dada al § 177 por la 33.ª Ley de reforma penal, hoy habría que tomar en consideración, lógicamente, la autoría autónoma por el 177.3 StGB.

[148] Esta última frase se encuentra casi al pie de la letra también en una resolución de la Sala IV de 8 de noviembre de 1984, reproducida sin fundamentación en *NStZ*, 1985, p. 215.

[149] *NStZ*, 1985, p. 70, con comentario de OTTO, *JK*, StGB, § 25, II/2.

[150] Cfr. BGH, *JZ*, 1981, p. 596, y el artículo crítico de KÜPER, *JZ*, 1981, pp. 568 ss.

22. Un caso semejante, pero quizá distinto en el aspecto esencial, fue abordado en la sentencia de la Sala II de 10 de octubre de 1984 [151]. En éste, Y. había dado una paliza a la señora K. para obligarla a yacer con el acusado. Bajo la impresión de la violencia antecedente, la señora K. tampoco se opuso al acusado aunque "su voluntad verdadera se seguía oponiendo a yacer con él". No se probó si el acusado, al consumar el acceso carnal, era consciente de que la señora K. lo toleró únicamente bajo la impresión de la violencia anterior.

El BGH pretende apreciar violación en coautoría si se dan dos requisitos: «Si el acusado T. ha apoyado al menos psíquicamente la violencia ejercida por Y. o la ha aprovechado posteriormente, a sabiendas de su significado para asegurar el acceso carnal con la señora K, entonces la violencia ejercida previamente por Y. basta para realizar el tipo del § 177 StGB también en el caso del acusado, pues había de servir (y de hecho sirvió) para realizar el acceso carnal...»

Con mejor criterio, hay que distinguir entre los dos supuestos. Si el suceso en su conjunto fue acordado de antemano por el acusado e Y. (aunque sea en forma de conformidad tácita sobre el plan del hecho), ambos serían coautores. Se daría entonces el clásico caso de división del trabajo en la fase ejecutiva (uno había efectuado la violencia, otro el yacimiento). En cambio, si el acusado sólo ha advertido la situación, y se ha aprovechado de ella luego del empleo de violencia por parte de Y., ya no cabe hablar (en contra del BGH) de empleo de violencia en coautoría; la punición por el § 177 StGB ya no sería pertinente; con arreglo a la nueva redacción legal, habría que tomar en consideración, evidentemente, el § 177.3 StGB.

23. La sentencia de la Sala I de 6 de noviembre de 1984 [152] se ocupa de la delimitación entre coautoría y complicidad en el robo violento. Las consideraciones de principio de la sentencia no aportan nada nuevo. Se subraya que también "la acción de preparación o de apoyo" fundamenta coautoría si el sujeto agente "quiso el hecho como propio". Esta "voluntad de autor" ha de discernirse "en una consideración valorativa" teniendo en cuenta todos los "puntos de apoyo esenciales" (interés, alcance de la intervención en el hecho, dominio del hecho o voluntad de dominio del hecho).

Pero más llamativo es el resultado de la "consideración valorativa" en el caso concreto. Así, el BGH confirma la condena del acusado como mero cómplice aun habiendo efectuado aportaciones importantísimas en la fase ejecutiva: «Puso su coche a disposición e hizo de conductor; se apostó en el lugar del hecho y asumió allí la tarea de quitar la llave de encendido del vehículo del mensajero y guardársela, así como mantener a raya a la acompañante de éste con una pistola de gas; por último, disparó un cartucho

[151] *NStZ*, 1985, 71, con comentario de OTTO, *JK*, StGB, § 25, II/2.
[152] *NStZ*, 1985, p. 165.

de gas lacrimógeno a la víctima para evitar que les persiguiera.» Aun cuando el compinche había efectuado aportaciones incluso más importantes (p. ej., arrebatar al gerente del supermercado la cartera y haberle disparado), el BGH no niega el co-dominio del hecho del acusado en la ejecución, al subrayar que sin él "no se habría cometido el hecho, o al menos no del mismo modo". Más bien, la complicidad se basa en que el acusado se había mostrado dispuesto a cooperar sólo por haberle "apremiado con insistencia" su compinche y sin "interés intenso".

Así pues, aquí —a diferencia de en la mayoría de las sentencias recientes— se prefiere como criterio para determinar la autoría el "interés" al "dominio del hecho", poniéndose así de manifiesto de nuevo la indeterminación de la teoría normativa de la combinación, que más o menos deja en manos del juez el apreciar autoría o participación prefiriendo éste o aquel criterio. Lo cual viene confirmado por la conclusión de la sentencia, en la que se dice lacónicamente: «Los hechos probados en la Sala de lo Penal permiten la valoración de que el acusado ha tomado parte simplemente como cómplice, aun habiendo sido posible otra apreciación judicial distinta.» La delimitación entre autoría y participación se trata, pues, no como cuestión jurídica, sino como decisión discrecional del juez.

24. La delimitación entre autoría y participación en la omisión constituía el problema de la sentencia de la Sala III de 23 de octubre de 1985 [153]. El acusado, junto con un tal F., había infligido malos tratos graves a un pensionista, sin dolo de matar. Entonces, se había apartado de la víctima, mientras que F. continuó maltratándola. El acusado al principio lo miraba "riendo", pero al final le gritó "que lo dejase ya". No obstante, siguió contemplando "impasible" cómo F. le dejó caer al pensionista en la cabeza una pieza de hierro de unos 9,3 kilos, que le ocasionó la muerte. Había advertido el dolo eventual de matar de F. sin hacer nada por evitarlo, aun sabiendo que le era posible impedir el hecho.

El BGH deduce (lo que aquí no presenta problemas) la "posición de garante de evitar el resultado" en el acusado de "los malos tratos conjuntos anteriores". Por vez primera desde 1966 [154], el BGH vuelve a abordar la problemática de autoría y participación en las omisiones, pero no aprovecha la oportunidad para tratar en profundidad cuestión tan importante y controvertida [155]. Más bien, sin participar en la polémica doctrinal, el BGH atiende exclusivamente a «si el no intervenir obedeció a dolo de cómplice o a dolo de autor... Criterio de delimitación no es ni la infracción del deber jurídico de evitar el resultado ni la aprobación de la muerte ejecutada por el otro,

[153] *StrV*, 1986, p. 59, con comentario de ARZT, *StrV*, 1986, p. 337.
[154] *Supra* núm. 4; la sentencia del caso Wittig (*supra*, núm. 19) sólo condicionadamente cabe tenerla en cuenta en relación con esta problemática, dado que en ella se hallaban en primer plano las cuestiones especiales de la participación en el suicidio y del deber de garante.
[155] Cfr. detalladamente *supra*, pp. 498 ss., 529 ss. e *infra*, pp. 749 ss.

puesto que ambos extremos se requieren también para estimar complicidad por omisión... Más bien, sobre si el permanecer inactivo contrario a deber ha de valorarse como complicidad o autoría decide la actitud interior del omitente con respecto al hecho comisivo del otro y al resultado de éste (BGH NJW 1966, 1763)...)». Sin más fundamentación, el BGH se suma a la "valoración del LG" en el sentido de que se dio "autoría por omisión".

Lo cual coincide en definitiva con nuestra opinión, que considera a los delitos omisivos como delitos de infracción de deber y deduce la autoría, aun faltando todos los demás requisitos del tipo, únicamente a partir del deber de evitar el resultado (cfr. pp. 539 ss. y con respecto a BGH, NJW 1966, 1763, *supra* pp. 616 s.). Pero esta concepción precisamente la rechaza el BGH. Tampoco sirve de ayuda aquí la combinación "valorativa" de distintas circunstancias a la que asimismo recurre de buena gana, ya que de entrada no ha lugar para sus "puntos de apoyo" objetivos, tales como el "dominio del hecho" y el "alcance de la intervención en el hecho", cuando el sujeto permanece totalmente inactivo. Por eso no le queda más remedio que replegarse hacia el criterio radicalmente subjetivo de la "actitud interna".

Pero que tal solución en realidad no lo es lo muestra el presente caso. En efecto, no queda nada claro cómo se ha de establecer y cómo se puede verificar la "actitud interna" fundamentadora de autoría, para la que no bastaría con la mera aprobación [156]. Antes bien asombra que la "actitud interna" del acusado se valore estimándola constitutiva de autoría, pues en tanto que su "reírse" representa la aprobación de la conducta de F., ésta no bastaría, según expresamente establece del BGH. Así pues, sólo el desvalor de actitud trascendente que se manifiesta en el reírse sería lo determinante. Pero esto sería extremadamente objetable, porque la autoría es cuestión del tipo, pero la actitud, con arreglo al § 46.2 StGB, es sólo una circunstancia con relevancia para la determinación de la pena. Además, no se estará teniendo en cuenta que el "reírse" se refería a las lesiones pasadas y no a la acción de matar y que entremedias se produjo la petición del acusado de que el otro "lo dejara ya". La aplicación de la errónea teoría subjetiva a la omisión conduce, pues, a decisiones del sentimiento no verificables con criterios objetivos. Repito: No es el resultado lo erróneo (antes al contrario); es la fundamentación lo que no se sustenta. Habría sido ya hora de despedirse de la teoría subjetiva también en la omisión.

25. Un supuesto interesantísimo de suicidio doble fingido lo trata la sentencia de la Sala V de 3 de diciembre de 1985 [157]. La acusada, que mantenía una relación adulterina, se libró de su marido preparando un veneno y proponiéndole a éste un suicidio conjunto. Al proceder así, ella estaba decidida desde el principio a no beber el veneno. El marido se mostró de acuerdo con la propuesta del doble suicidio manifestando: "así estaremos juntos para siempre". La acusada condujo a su marido, hacia las 22.00 horas, a un aparcamiento desierto. El marido tomó un gran trago —ya letal— del brebaje. Al ofrecérselo a la acusada, ésta negó ostensiblemente con la cabeza. Entonces el marido, advirtiendo el engaño, tomó otro trago de la botella. Murió envenenado esa misma noche.

[156] No obstante, ARZT (uno de los últimos defensores de la teoría subjetiva) señala infatigable que la teoría subjetiva de la participación puede «trasladarse sin más a los delitos de omisión» (*StrV*, 1986, p. 338).

[157] *GA*, 1986, pp. 508 ss. Al respecto, CHARALAMBAKIS, *GA*, 1986, pp. 485-507; BRANDTS-SCHLEHOFER, *JZ*, 1987, pp. 442-448; NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 244-256.

La cuestión tan controvertida de si fingir un suicidio doble fundamenta autoría mediata del que engaña, por desgracia la elude la Sala, que «deja abierto si una provocación de error así basta por sí sola para fundamentar la autoría del que engaña con perfidia». Más bien, cree poder fundamentar la autoría, y por ende la autoría mediata de la acusada, por el hecho de que «al mismo tiempo quería tener en sus manos el dominio sobre el curso del suceso planeado por ella, y de hecho lo tuvo». Aprovechó "el estado de depresión de su marido, que venía de tiempo atrás", preparó el veneno, llevó a cabo "fluidamente" su plan en pocas horas, no le dejó que "reflexionara con tranquilidad sobre su propuesta", determinó la ejecución en todos sus pormenores e incluso prometió a su marido "una última relación sexual".

Todas estas circunstancias, sin embargo, no pueden fundamentar el dominio del hecho de la acusada. Un dominio del hecho que ha de sustentar sin más la punición por autoría mediata se daría, en todo caso, si el marido hubiera padecido una depresión endógena que excluyera su responsabilidad por el suicidio. Según la descripción del supuesto, no está muy lejos tal posibilidad; por eso sorprende un poco que esta cuestión no se haya investigado más a fondo. Pero si se supone, como hace patentemente la sentencia, que el "estado de depresión" del marido no anulaba su responsabilidad, con mayor razón no bastan para anularla el resto de las circunstancias. Por enérgica y "fluidamente" que la acusada procediera, los medios que empleó ni siquiera pueden fundamentar unas meras coacciones, cuanto menos anular la responsabilidad de él por sus decisiones.

Así pues, el dominio del hecho de la acusada no puede surgir de su engaño. Conforme a la concepción fundamentada más en profundidad en otro lugar de esta obra (*supra* pp. 252-257), en el fingimiento de un suicidio doble se da un engaño sobre el "sentido concreto de la acción" ("dominio del hecho de cuarto grado"), que comporta la autoría mediata. El marido ha sido engañado sobre el sentido subjetivo de su muerte (la muerte conjunta con su mujer); el suicidio constituye un acto existencial que sólo recibe su sentido a partir de la motivación individual del sujeto. Lo que es válido para los errores en las comisiones de delitos (esto es, que el ejecutor ha tenido que equivocarse sobre circunstancias relevantes para el delito), no cabe trasladarlo, a tenor de esta teoría, a acciones atípicas como el suicidio,

de manera que aquí la autoría mediata condicionada por error ha de estimarse antes que en la inspiración de delitos. Esta concepción ha sido posteriormente acogida y perfeccionada ante todo por NEUMANN [158], que igualmente pretende someter al engaño sobre circunstancias relevantes para el suicidio a las valoraciones de "un sistema de reglas parcialmente autónomo" y afirmar «la responsabilidad en concepto de autor del sujeto de detrás en la cooperación en el suicidio con un alcance más amplio que en la cooperación en el homicidio de un tercero» [159].

De entonces acá, me he apartado de esta amplia estimación de autoría mediata en el suicidio condicionado por error [160], pues tampoco es adecuado, en el suicidio, calificar de autoría mediata la provocación de cualquier error relevante para la motivación. Si un sujeto engaña a otro haciéndole creer que su equipo de fútbol ha sufrido una derrota decisiva [161], o engañándole sobre un curso supuestamente desfavorable de las circunstancias económicas o políticas, o análogas, o haciéndole creer que el seguro de vida se paga también en caso de suicidio [162], un error así nada cambia en la libre decisión de suicidarse por parte de víctima, lo único a lo que hay que atender para el dominio del hecho del sujeto de detrás. Tampoco se ha encontrado hasta ahora un criterio convincente para, en los casos de suicidio, delimitar los errores en el motivo, irrelevantes, de los errores sobre el sentido concreto de la acción, que fundamentan autoría mediata del sujeto de detrás. Así, el propio NEUMANN [163] ha de conceder que la decisión depende de «la importancia que se atribuya a los factores concretos; no cabe formular al respecto reglas de validez general». A la vista de esta falta de claridad e imposibilidad de delimitar, me inclino en la actualidad más bien por la opinión de que la autoría mediata sólo se da cuando el error del suicida se refiere al bien jurídico (su vida), como ocurría en la sentencia del caso Sirio (*supra* núm. 16) [164]. Esta posición la ha desarrollado con más detalle CHARALAMBAKIS [165], polemizando con la presente sentencia, y conduce en el presente caso a estimar mera inducción y complicidad en el sucidio.

En favor de esta solución habla asimismo que en casos donde el error del "suicida" no se refiere a su propia muerte (o en todo caso a su próxima

[158] Como en nota 157, pp. 249 ss. (251, 253).

[159] Análogamente también M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 227 ss.; en definitiva también BRANDTS-SCHLEHOFER, como en nota 168; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 40 ss.

[160] *LK*[11], 1993, § 25, núm. marg. 106; *NStZ*, 1984, p. 73. Cfr. al respecto asimismo ya mis consideraciones paralelas relativas al caso Sirio (*supra*, núm. 16).

[161] Ejemplo de CHARALAMBAKIS, como en nota 157, p. 502.

[162] En favor de estimar autoría mediata en este supuesto, M.-K. MEYER, *Autonomie*, p. 235.

[163] Como en nota 157, p. 254.

[164] También reclaman la referencia del error al bien jurídico BRANDTS-SCHLEHOFER, como en nota 157, pero estiman que ésta se da, en caso de suicidio doble fingido por una parte, porque la víctima está sujeta a «constreñimiento motivacional inadecuado socialmente». Pero una mera proposición no fundamenta ningún «constreñimiento para decidir» especial ni tampoco referencia al bien jurídico del error desencadenante del suicidio.

[165] Como en nota 157.

muerte, debida a enfermedad), sino a cualesquiera otras circunstancias, a menudo es difícil verificar en qué medida el engaño fue relevante para la motivación. Lo cual es válido precisamente para el doble suicidio. En el caso más famoso de los de esta clase, el suicidio de KLEIST, el poeta estaba decidido a suicidarse por motivos independientes de la muerte de su amada. Ni siquiera un engaño por parte de ella habría podido modificar nada en el sentido de su suicidio. Y asimismo en el caso decidido por el BGH cabe cuestionar si la propuesta de la mujer no fue más bien el motivo incidental que la verdadera causa de la muerte del marido. La circunstancia de que la mujer quisiera a otro presumiblemente fuera más importante para la resolución suicida del hombre que la muerte de su mujer. En esa dirección podría también apuntar que, tras advertir su error, no exigió que le ingresarán urgentemente en el hospital, sino que tomó otro trago de veneno para sellar definitivamente su muerte.

Así pues, hay buenas razones para que el BGH no quiera profesar sin más la opinion de que «una provocación de error así baste por sí sola para fundamentar la autoría del que engaña con perfidia». Por otra parte, también se entiende que el BGH haya intentado de otro modo —con todo, no convincente— fundamentar la autoría del sujeto de detrás. En efecto, difícilmente cabe discutir que la conducta de la mujer merece punición (y desde luego no sólo por las repudiables circunstancias concomitantes). No obstante, únicamente la creación de un tipo específico que conmine con pena la cooperación en un suicidio por móviles egoístas (cfr. *supra* núm. 16) brindaría aquí una solución satisfactoria tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal.

26. La delimitación entre coautoría e inducción en el hurto viene tratada en la sentencia de la Sala I de 20 de mayo de 1986 [166]. El acusado era miembro de una sociedad numismática y codiciaba la colección de un colega. Para hacerse con ella, determinó al coacusado (aquí llamado X) para que robara en la morada de la víctima; el plan también incluía la eventual necesidad de aplicar violencia contra la mujer de éste. El pago prometido por la "entrega de la colección de monedas", valorada en unos 20.000 marcos, importaría entre 8.000 y 10.000 marcos. Además, informó circunstanciadamente a X sobre la distribución de la vivienda de la víctima y sobre las hora en las que el dueño solía estar ausente.

El BGH niega la coautoría del acusado en el robo. Bien es verdad que éste «fue mucho más allá de la mera inducción, al tomar parte decisivamente en los planes del robo. Tampoco puede pasarse por alto que tenía un interés propio notable en el hecho. Sin embargo, esto solo no le convierte en coautor». El rechazo de la coautoría se apoya luego, no en la falta de dominio del hecho, sino en la falta de ánimo de apropiación en el acusado. «Coautor

[166] *StrV*, 1986, pp. 475 ss.

en el hurto o en el robo sólo puede serlo aquel que quiere apropiarse de la cosa. A tal efecto, ciertamente basta que afluya a él el valor económico del botín conseguido...; por el contrario, no basta el acuerdo de comprar el botín, tras el hecho... El receptador se distingue del coautor del hurto en que no tiene parte directamente en el resultado económico del hecho, sino que su interés se dirige a procurarse dicho resultado a través de una disposición voluntaria por parte del autor...»

La sentencia es plausible y coincide con la concepción desarrollada *supra* (pp. 371-385) acerca de la problemática de la autoría en los delitos de apropiación. En el presente caso, el dominio del hecho (esto es, la ejecución) estaba claramente en manos de X, por intensamente que el acusado tomara parte en la preparación. Este dominio del hecho fundamenta, según nuestra concepción, directamente el ánimo de apropiación. Lo cual aprobará el BGH, a la vista de la presente sentencia, pues si el sujeto tiene el dominio del hecho al ejecutar, la entrega posterior del botín a quien lo encargó es siempre una "disposición voluntaria" del ejecutor en la que se manifiesta la posición de dueño que ha usurpado y con ella el ánimo de apropiación. Continuando esta argumentación, lo dicho tendría que valer asimismo cuando el ejecutor, sin interés económico propio, cometiera el hecho por hacer un favor al inductor, pues también entonces la posterior entrega del botín seguiría siendo una "disposición voluntaria". Con ello se podría decir adiós a la figura, contradictoria con la teoría del dominio del hecho, del "instrumento doloso sin intención" [167].

27. La sentencia de la Sala III de 26 de noviembre de 1986 [168] se vuelve a ocupar, después de mucho tiempo, de la cuestión básica de si la ejecución del tipo de propia mano necesariamente tiene eficacia fundamentadora de autoría [169]. La sentencia BGHSt 8, 393, que simpatizaba con la teoría del dominio del hecho, había apuntado en esta dirección (cfr. *supra* pp. 118-120). La sentencia en el caso Staschynskij (BGHSt 18, 87) se había vuelto a apartar de esa postura (*supra* pp. 606 ss.), y otras sentencias posteriores (ante todo la sentencia en Dallinger, MDR 1974, 547, *supra* pp. 621 s.) se habían pronunciado más acentuadamente en este punto en favor de la teoría subjetiva extrema en el sentido del caso de la bañera (RGSt 74, 85). En cambio, la Sala III vuelve ahora a tomar una línea esencialmente más objetiva. Se trataba de un supuesto en el que el acusado «como deudor tributario y titular aparente de la empresa... firmó personalmente las declaraciones de impuestos falsas, así como las relativas a nóminas de los trabajadores, realizando así plenamente y en propia persona los tipos de elusión fiscal y de estafa (consumada o intentada)». El tribunal *a quo* le había condenado, no obstante, simplemente por complicidad.

[167] Cfr., con respecto al reciente estado del debate, *infra*, pp. 729 ss.

[168] *NStZ*, 1987, pp. 224 ss.

[169] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 589 ss.

El BGH se pronuncia en sentido contrario, hablando de "una concepción difundida en la doctrina" conforme a la cual la realización del tipo de propia mano siempre fundamenta autoría. La Sala no rechaza esta concepción, aun cuando el BGH "no la haya defendido hasta la fecha en esos términos", sino que se abstiene de pronunciarse, puesto que aun cuando "en casos excepcionales extremos" se admitiese otra decisión, no se da aquí uno de ellos. La Sala se remite entonces a BGHSt 8, 393, donde ya «antes de la entrada en vigor del § 25.1 StGB se decidió que en general es autor aquel que mata de propia mano a una persona aunque lo haga bajo la influencia y en presencia de otro, y únicamente en interés de éste...».

Hay que saludar sin reservas esta sentencia como negativa rotunda a la teoría subjetiva extrema. La alusión a "casos excepcionales extremos", en los que quizá fuera distinto, apenas sirve para relativizar la claridad con la que el BGH se pronuncia sobre la virtualidad fundamentadora de autoría de la comisión de propia mano. En efecto, no se dice qué casos podrían ser ésos. Al remitirse la sentencia a BGHSt 8, 393, y no al caso Staschynskij, que es posterior, cabe advertir que en todo caso no considera como tales supuestos excepcionales a los de BGHSt 18, 87; MDR 1974, 547 y sentencias análogas. Estamos, pues, ante una limitación esencial de la teoría del interés y ante un paso importante hacia la teoría del dominio del hecho.

28. La delimitación entre coautoría y complicidad se aborda en la sentencia de la Sala II de 6 de febrero de 1987 [170]. El acusado y su compinche W. habían "planeado un atraco a la Sozialstation en Frankfurt", entendiendo que se repartiría el botín esperado, de al menos 30.000 marcos. W. se apoderaría del dinero, utilizando un arma, mientras que el acusado también entraría y cubriría a W. Pocos metros antes de la entrada, al acusado le faltó valor, por lo que dijo: "No puedo acompañarte, vamos a dejarlo". Acto seguido, W. ejecutó el hecho por sí solo. Tras la comisión exitosa del hecho, el acusado volvió a reunirse con W., desplazándose ambos al centro en tranvía.

El BGH consideró a la aportación al hecho del acusado sólo como constitutiva de complicidad. El acusado, «sobre la base de la voluntad conjunta y esperando obtener la mitad del botín, había efectuado, antes del comienzo del suceso típico, aportaciones al hecho que favorecieron la realización del tipo, que no fueron retiradas y surtieron efecto en la ejecución de hecho». Sin embargo, con razón el tribunal *a quo* «al interés del acusado en obtener el botín, que le impulsaba al hecho le ha contrapuesto el punto de vista de que el acusado no dominó ni influyó en si el suceso típico iba a tener lugar o no, y cómo». Nada hay que objetar, pues, al tribunal que, "teniendo en cuenta esta circunstancia tan importante" al deliberar llegó al resultado de valorar las aportaciones al hecho del acusado como constitutivas de complicidad.

[170] *NStZ*, 1987, p. 364.

La sentencia representa un paso loable hacia la teoría del dominio del hecho, puesto que sustenta el rechazo de la coautoría exclusivamente en que el acusado no prestó ninguna aportación al hecho en la fase ejecutiva, esto es, en que no co-dominó la ejecución. Bien es verdad que esta sentencia aún se apoya en la teoría normativa de la combinación, conforme a la cual hay que ponderar los conocidos "puntos de apoyo" en una "consideración valorativa". Pero al calificar al co-dominio de la ejecución como "circunstancia muy importante", de orden superior al criterio del interés, desde luego el dominio del hecho alcanza trascendencia determinante.

29. El significativo y asombroso caso del que nos vamos a ocupar pasará a los anales jurídicos como el caso del "Rey Felino". Se trata de una sentencia de la Sala IV de 15 de septiembre de 1988 [171], que se ocupa de un supuesto muy singular y que cabe calificar de innovadora para la delimitación entre autoría mediata e inducción.

El acusado R. convivía con los acusados H. y P. en una "maraña de relaciones neuróticas" impregnada de "misticismo, seudoconocimiento y quimeras". H. consiguió, en colaboración con P., hacer creer a R. en la existencia del "Rey Felino", que "desde hacía decenios encarnaba al Mal y amenazaba al mundo". Finalmente, H. decidió matar a la mujer (N.) de su antiguo amigo por despecho y celos; para ejecutarlo, quiso servirse de R., aprovechándose de su superstición. Hizo creer a R. que el Rey Felino exigía una víctima humana en la persona de la señora N. Si no mataba a la señora N. en breve plazo, el Rey Felino aniquilaría a millones de personas. R., que no quería cometer un asesinato, en vano buscó excusas. H. y P. le manifestaron que el quinto mandamiento no regía para él, «que se trataba de una misión divina y tenían que salvar a la Humanidad». A R. lo atormentaban los remordimentos de conciencia, pero "ponderó el peligro para millones de personas" del que "podría salvarlas sacrificando a la señora N." y se decidió a cometer el hecho, que, no obstante, fracasó en la fase de tentativa.

El BGH estimó que R. había cometido un asesinato intentado. Aun cuando había vivido fundado en "certezas ilusorias", no fue inimputable. Con razón el tribunal *a quo* tuvo en cuenta sus ideas delirantes sólo "a través de la aplicación del § 21 StGB" (eximente incompleta de anomalía psíquica). Tampoco se daba error sobre los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad justificante o exculpante (§ 35 StGB) ni sobre el estado de necesidad exculpante supralegal. Más bien, R. habría obrado en error de prohibición evitable (§ 17 StGB), al "ponderar erróneamente" el conflicto de intereses que a sus ojos existía, llegando al resultado de que matar a la señora N. estaba justificado. Estas consideraciones del BGH —la punibilidad de R. por asesinato intentado y su actuar en error de prohibición evitable— se van a dar por supuestas en lo sucesivo; constituyen las premisas sobre

[171] *BGHSt*, 35, pp. 347 ss.; cfr. al respecto SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, pp. 153-158; KÜPER, *JZ*, 1989, pp. 617-628, 935-949; HERZBERG, *Jura*, 1990, pp. 16-26; SCHUMANN, *NStZ*, 1990, p. 32. Acerca de la sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 205, sobre el supuesto núm. 81.

las que ante todo se basan las consideraciones del BGH, que aquí interesan, acerca de la autoría mediata.

El BGH plantea en seguida la cuestión decisiva de si "el inspirador de un autor que actúa culpablemente puede ser autor mediato" (*loc. cit.*, p. 351). Tras advertir que esta cuestión "no ha sido decidida por la jurisprudencia del alto tribunal", se expone minuciosamente el estado del debate en la doctrina [172], con el resultado de que se trata de un "problema valorativo abierto" y de que ni el tenor literal de la ley ni la posición sistemática de la autoría mediata prescriben una de las dos soluciones concurrentes (*loc. cit.*, p. 353). Entonces se produce el giro decisivo, al rechazar el BGH, en sintonía con la posición defendida en esta obra (*supra* pp. 171 ss.), la traslación del "principio de responsabilidad", desarrollado por mí para los supuestos coactivos y de entonces acá convertido en doctrina dominante, a los casos de error: «El § 25.1 StGB no obliga desde luego a un entendimiento tan estricto del concepto de autoría mediata como el que se deriva del principio de responsabilidad» (*loc. cit.*, p. 353). Para sustentar esta concepción, el BGH recurre al supuesto paralelo de la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas (al respecto *supra* pp. 244 ss.), que es reconocida por la mayoría de los que rechazaban en el error de prohibición evitable del ejecutor la posibilidad de autoría mediata, invocando el principio de responsabilidad. «Que con auxilio del principio de responsabilidad por sí solo no siempre es posible un trazado nítido de límites lo admiten hasta los representantes de esta teoría, al reconocer la figura del "autor de detrás del autor" en los casos de delitos organizados a través de maquinarias de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad del agente...» (*loc. cit.*, p. 353).

Luego, se pronuncia una negativa tajante a la concepción de que podría rechazarse la autoría sin consideración a las relaciones reales de dominio simplemente sobre la base de la responsabilidad —mermada— del ejecutor: «Una comparación valorativa de los casos del error de prohibición inevitable —en los que es posible indiscutiblemente la autoría mediata— con los del error de prohibición evitable, muestra que la sola evitabilidad del error no constituye un criterio de delimitación idóneo. También al autor que obra en error de prohibición evitable le falta, en el momento del hecho, la consciencia del injusto. Que hubiera podido tener conocimientos que no tenía en el caso concreto no tiene por qué modificar nada en el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás que hace creer que el hecho estaba permitido» (*loc. cit.*, p. 353). El cotejo de esta cita con mis propias consideraciones [173] pone de manifiesto la plena coincidencia: «El estado de consciencia del ejecutor es, *ceteris paribus*, el mismo en el error de prohibición evitable que en el inevitable; en consecuencia, en la influencia por parte

[172] Cfr. *supra*, pp. 218-230, *infra*, pp. 716 ss., así como mi aportación al *Festschrift für Lange*, pp. 178-183.

[173] *Festschrift für Lange*, p. 179.

del sujeto de detrás (esto es, en su ejercicio del dominio) no cambia nada en absoluto que el ejecutor hubiera podido tener conocimientos que *actualiter* no tenía.»

La Sala no extrae (también en esto absolutamente igual que en esta obra) de estas consideraciones la consecuencia de que todo error de prohibición del ejecutor fundamente autoría mediata del sujeto de detrás: «La delimitación depende en el caso concreto de la clase y alcance del error y de la intensidad del influjo del sujeto de detrás... Autor mediato es en todo caso aquel que, con ayuda de un error provocado conscientemente por él, desencadena y dirige deliberadamente el suceso, de manera que el inducido a error, desde una consideración valorativa, ha de contemplarse como instrumento (si bien que actúa culpablemente)» (*loc. cit.*, p. 354). No se da aquí un caso así de autoría mediata. Pero no detalla la Sala cómo ha de distinguirse en otros casos conforme a la "clase y alcance del error" y de la "intensidad del influjo". Sin embargo, las indicaciones del BGH podrían formar un punto de contacto para la distinción que se adopta en esta obra, con arreglo a la cual hay que atender a si el ejecutor se equivoca sobre el injusto material de su conducta (la nocividad social de su hacer) o sobre la prohibición formal. Si conoce el injusto material de su conducta, su error es sólo de pequeño "alcance" y, por esta razón, apenas disminuirá la culpabilidad. El influjo del sujeto de detrás es en un caso así de "intensidad" mucho más débil que cuando el ejecutor considera su hecho adecuado o incluso meritorio. Es evidente, pues, rechazar aquí la autoría mediata. En el caso del Rey Felino, por el contrario, el ejecutor creía —si bien fundado en ideas ilusorias— prestar un servicio a la Humanidad. Al entender el BGH que provocar un error así fundamenta dominio del hecho, merece aplauso sin reservas.

La controversia con las opiniones en parte divergentes de la reciente doctrina tendrá lugar en otro lugar (*infra* pp. 703 ss.). Aquí simplemente queda señalar que esta sentencia, difícilmente ponderable en cuanto a su trascendencia, no sólo ha contribuido a que acabara imponiéndose definitivamente la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata, sino que también ha llevado el problema del "autor de detrás del autor" (vivamente debatido incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho), en importantes ámbitos parciales, a un esclarecimiento con base dogmática.

30. La sentencia de la Sala II de 16 de junio de 1989 [174] trata la delimitación entre coautoría y complicidad en un caso en que el acusado trabajaba como contable en una sociedad de inversión, cuya actividad, como pronto advirtió, se encaminaba a estafar a los clientes mediante "ventas por teléfono". El BGH invoca su teoría normativa de la combinación (que venía repitiendo bajo continuos giros) (cfr., p. ej., núms. 23 y 28), subraya que el acusado

[174] *wistra*, 1989, p. 346.

no quería tomar parte en las ganancias obtenidas mediante engaño, sino simplemente no perder su puesto de trabajo escasamente retribuido y comienza entonces a hablar de sus aportaciones al hecho: «Al actuar típico de los vendedores por teléfono no prestó directamente contribución alguna. Simplemente favoreció la actividad de éstos al contribuir, cumpliendo sus funciones como contable, a mantener el funcionamiento del negocio de la empresa. Y esto no es susceptible de fundamentar la estimación del dominio del hecho o de la voluntad de dominio.»

El resultado —mera complicidad— desde luego es acertado. Habría podido fundamentarse fácilmente con las fórmulas de la teoría subjetiva (falta de interés, subordinación de la voluntad); a ello aluden desde luego las referencias al sueldo escaso y a la falta de participación en las ganancias. Sin embargo, resulta notable que el punto de partida decisivo para la fundamentación resida en la falta de dominio del hecho, que a su vez se deduce de que el acusado no había "realizado directamente ninguna aportación al actuar típico". Así pues, se atribuye importancia central al dominio del hecho y se advierte con buen criterio, apartándose de la línea mantenida en general por la jurisprudencia, que la cooperación en acciones preparatorias no da lugar a dominio del hecho.

31. En la sentencia de la Sala II de 6 de octubre de 1989 [175], se aborda la cuestión de la coautoría en la elusión fiscal. El acusado había suscrito declaraciones (de pago fraccionado) inexactas del impuesto sobre el volumen de ventas y sobre el trabajo personal, que el dueño de la empresa, como él sabía, utilizó luego para reducir, en sus declaraciones del impuesto sobre la renta, sus ingresos derivados de los beneficios empresariales. El tribunal *a quo* le había condenado como coautor de elusión fiscal.

El BGH subraya que, al no ser la elusión fiscal delito especial, es posible la coautoría entre el obligado tributario y el no obligado. Indica asimismo que las reglas generales sobre delimitación entre coautoría y complicidad son válidas "también para el ámbito de los delitos fiscales". La coautoría que estimó el tribunal anterior la entiende no suficientemente fundamentada, al no apreciar «un influjo determinante del acusado sobre las... declaraciones del impuesto de la renta del obligado tributario». «No cabe deducir de la sentencia otros hechos probados de los que quepa inferir el dominio del hecho del acusado.» El BGH encomienda, pues, al tribunal inferior verificar la cuestión de si no concurre más que complicidad.

Todo lo cual es acertado. Lo llamativo es —como en la sentencia núm. 30— que la fundamentación se apoye exclusivamente en la falta de dominio del hecho del acusado. El interés que tenía en procurarse la benevolencia del dueño de la empresa y una fuente de ingresos, no se considera un aspecto relevante para la delimitación. La decisión tiende, por eso, claramente hacia la teoría del dominio del hecho.

[175] *NStZ*, 1990, p. 80.

32. La sentencia del Tribunal Fiscal Federal *(Bundesfinanzhof)* de 13 de diciembre de 1989 [176] se refiere al problema de un delito de elusión fiscal en autoría mediata al financiar ilegalmente a partidos políticos. La quintaesencia de esta sentencia, que está fundamentada minuciosamente justo en el aspecto penal y que aprovecha cuidadosamente tanto la doctrina como los trabajos previos a las leyes, es que «los responsables de la asociación cívica ya no pudieron dominar, en el sentido de la teoría del dominio del hecho, el posterior curso del suceso, tras entregar los comprobantes de las donaciones, y, por tanto, tampoco el curso del suceso global, como para fundamentar autoría mediata». Si bien al comienzo de las reflexiones teóricas aparece la fórmula de que «el autor mediato tiene que obrar con voluntad de autor, esto es, querer el hecho como suyo propio», la fundamentación subsiguiente se apoya exclusivamente en la teoría del dominio del hecho. Lo cual confirma la tendencia (que va apareciendo cada vez con más claridad en la jurisprudencia en general) de que la autoría mediata ha de derivarse únicamente del dominio del hecho.

33. Por el contrario, la sentencia de la Sala v de 15 de enero de 1991 [177], relativa a la delimitación entre coautoría y complicidad, representa en lo sustancial, aunque no terminológicamente, un retorno a la antigua teoría subjetiva. En el supuesto de hecho, el acusado, que había eludido el arresto penal, fue acogido por D, en busca y captura por el mismo motivo, quien asimismo le proporcionó 20.000 marcos y un revólver. D estaba decidido a, en caso de que hubiera riesgo de que los detuvieran, abrirse paso a disparos, asumiendo incluso la muerte de agentes de policía. Daba por supuesto, como sabía el acusado, que también éste haría uso, llegado el caso, de su arma al menos con dolo eventual. El BGH deduce, a partir de las circunstancias (lo que no resulta del todo evidente, aunque aquí hay que darlo por supuesto) que entre D y el acusado había existido un acuerdo tácito ("concluyente") de cubrirse, disparando las armas de fuego, en caso de ser descubiertos por la policía. Efectivamente, ambos fueron localizados poco después por la policía. D abatió a dos agentes y disparó a los dos que sobrevivieron con dolo directo de homicidio, sin acertarles. El acusado, desde el principio, no había sacado su arma, sino que, tras el primer disparo de D, "en señal de rendición", había levantado los brazos y al final se había arrojado al suelo; al ser abatidos los dos policías, se había dado a la fuga. D no se dio cuenta hasta el final ni de que el acusado se había arrojado al suelo ni de que había huido.

El BGH califica al acusado de coautor de dos asesinatos consumados y de otros dos intentados. Para fundamentarlo, vuelve a citar los cuatro elementos de la teoría normativa de la combinación, de los que luego sólo recurre, como fundamentadores de autoría, al "dominio del hecho" y al "interés".

[176] *NJW*, 1990, p. 1253; en general con respecto a la elusión fiscal en autoría mediata en los supuestos de financiación ilegal de partidos políticos, WÜLLENKÄMPFER, *wistra*, 1989, p. 46.

[177] *BGHSt*, 37, 289.

La sentencia invoca en principio que, según jurisprudencia continuada, también las acciones preparatorias «mediante las que el coautor refuerza a su compañero ejecutor del hecho en su decisión del hecho» pueden bastar para la comisión conjunta del hecho en el sentido del § 25.2 StGB. Tal reforzamiento se da aquí en «el acuerdo concluyente de usar las armas para evitar la muy posible detención...» (p. 292). Lo cual es desacertado desde varios puntos de vista. En efecto, aun prescindiendo de que, según la teoría fundamentada en profundidad en esta obra (pp. 323 ss.; 733 ss.), la cooperación en la preparación no basta, por principio, para fundamentar coautoría, incluso según la concepción contraria el reforzamiento de la resolución del hecho en este caso constituye complicidad psíquica, que ya se sitúa en la periferia del merecimiento de pena [178]. No se razona cómo es que una aportación así va a comportar coautoría. Cabe incluso decir con certeza que un "acuerdo concluyente", como tal, no puede fundamentar coautoría, aun cuando se parta de que otros actos preparatorios puedan hacerlo, puesto que tal "acuerdo" no es sino la "decisión conjunta del hecho", a la que, indiscutidamente, en toda coautoría tiene que añadírsele la "ejecución conjunta". Al entender que la "ejecución conjunta" ya reside en el "acuerdo", se está renunciando en realidad a la ejecución conjunta. Ésta es una calificación insostenible.

Por eso se entiende que la sentencia, más adelante, intente deducir tanto el dominio del hecho como la voluntad de autor del acusado a partir de su conducta. Así, se dice que tuvo «el dominio del hecho. En todo caso, antes del primer disparo mortal, no retiró... su apoyo psíquico derivado de su presencia como tal y de portar un arma de fuego, aunque ya se había dado cuenta de que se acercaban los policías y aún habría podido pedir a D que, en contra de lo acordado, no disparara» (p. 293). Estas aportaciones "perduraron a lo largo de todos los hechos", de manera que el acusado fue coautor de los cuatro disparos efectuados por D.

Sin embargo, así no cabe fundamentar dominio del hecho, puesto que el apoyo psíquico habría podido justificar si acaso que se estimase complicidad; "dominio" no puede derivarse evidentemente de ahí. La posibilidad de pedir a D "que no disparara" tampoco permite estimar dominio del hecho, pues como habría dependido de D hacer caso o no de tal petición (probablemente no habría hecho caso), el dominio del hecho sólo se da en éste. Pero aun cuando el acusado hubiera podido evitar los disparos, tampoco esto permitiría apreciar dominio del hecho, pues la posibilidad de evitar el hecho la tienen muchos cómplices e incluso personas que no participan en el hecho; no es esta posibilidad, sino la dirección activa del suceso lo que significa dominio del hecho [179].

[178] Con más detalle ROXIN, *LK* [11], 1993, § 27, núms. margs. 41 ss.

[179] El error lógico aquí criticado lo ha sufrido ya en algún caso también la jurisprudencia; cfr. *supra*, pp. 343 ss. con respecto a *BGHSt*, 11, p. 268.

La sentencia recurre aún a una fundamentación de carácter "subjetivo": «El acusado obraba por interés propio en el resultado del hecho, pues tanto él como D estaban fugados, e interesados en seguir siendo libres para no enfrentarse a una sensible pena de arresto.» La cual es una suposición muy aventurada, puesto que de la circunstancia de que el acusado no disparó y ni siquiera sacó su arma antes bien hay que deducir *(in dubio pro reo)* que no estaba interesado en abatir policías, ya sea que en el tiroteo temiera por su propia vida (luego le contó a D su "miedo cerval"), ya sea que no quisiera asumir el riesgo de cadena perpetua. En la sentencia no se demuestra, pues, el interés fundamentador de dominio del hecho, sino que se le imputa al acusado, poniéndose así una vez más de relieve cómo toda teoría subjetiva convierte a la delimitación entre autoría y participación en objeto de una valoración judicial bastante arbitraria.

Pero también el criterio del dominio del hecho se utiliza en la presente sentencia simplemente como fórmula vacua; ninguno de sus requisitos se cumple ni por aproximación. Por eso, la sentencia ha encontrado en la doctrina rechazo unánime [180].

34. La sentencia de la Sala III de 8 de enero de 1992 [181] se refiere a la coautoría en la estafa y refuerza la tesis jurisprudencial de que también la cooperación en los actos preparatorios es susceptible de fundamentar coautoría. Se trataba de la actividad engañosa de una empresa ficticia. El acusado era "cotitular en plano de igualdad del plan del hecho", había de "recibir la misma parte en las ganancias" y realizó (sobre todo procurando certificados falsificados) aportaciones importantes en la fase preparatoria. «Así de intenso era su interés en el mayor éxito posible del hecho.»

También aquí invoca el BGH su teoría normativa de la combinación, declarando justificada la «valoración [del *Landgericht*] en el sentido de que el transcurso y la ejecución de las acciones concretas de estafa dependieron decisivamente, en el sentido de la coautoría, de la voluntad del acusado». La falta de intervención en las acciones de estafa en sentido estricto «pasa a un segundo plano en una consideración valorativa global del papel del acusado», no "excluyendo la calificación de coautoría".

La sentencia se halla en la línea de la jurisprudencia de hasta la fecha, pero también vuelve a poner de manifiesto la inseguridad que comporta en la delimitación. El Fiscal del BGH simplemente había calificado de complicidad; y el propio BGH se limita a advertir que el tribunal *a quo* "pudo" haber estimado el papel del acusado como constitutivo de coautoría, esto es, habría aceptado igualmente la valoración opuesta. Al señalarse en la sentencia: «Ya la intervención en acciones situadas en el ámbito previo a la genuina realización del tipo puede bastar para fundamentar coautoría,

[180] ROXIN, *JR*, 1991, p. 206; PUPPE, *NStZ*, 1991, p. 571; HERZBERG, *JZ*, 1991, p. 856; ERB, *JuS*, 1992, p. 197; STEIN, *StrV*, 1993, p. 410. Acerca de la sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 204, sobre el supuesto núm. 79.

[181] *wistra*, 1992, p. 181.

en tanto que esta cooperación se presente, conforme la dirección de voluntad de los intervinientes, no como mero favorecimiento del hacer ajeno, sino como parte de la actividad de todos», se pone de manifiesto que la delimitación se deja a la discrecionalidad del juzgador. En efecto, la cuestión de qué es "favorecimiento de hacer ajeno" y qué "una parte de la actividad de todos", se responde simplemente aludiendo a la "dirección de voluntad" de los intervinientes, lo que a su vez no es un hecho interno, sino que ha de deducirse de una consideración valorativa. Así no es posible alcanzar una delimitación clara y convincente según los principios del Estado de Derecho.

35. La sentencia de la Sala II de 3 de noviembre de 1993 [182] se refiere a la autorización indebida dolosa, por parte de funcionario, del traslado de residuos. Dependiendo de si obraron de buena o mala fe quienes, como consecuencia de ello, llevaron a cabo activa y directamente el vertido de residuos peligrosos para el ambiente (§ 326.1 StGB), se condena al funcionario en calidad de coautor o de autor mediato.

Aquí se está basando la coautoría en la fórmula consagrada de la teoría normativa de la combinación, para la cual, como expresamente se subraya, bastan incluso actos preparatorios. De hecho, la calificación de coautoría se apoya en la "importancia decisiva" de la autorización que posibilita el hecho y en el interés del acusado en estar a la altura de su fama de eficaz "gestor de residuos". Desde nuestro punto de vista, se da complicidad, porque ni una contribución necesaria al hecho en la fase preparatoria ni, con mayor razon, el afán de mantener cierta fama pueden fundamentar dominio del hecho.

Resulta interesante cómo se deduce la autoría mediata. Se fundamenta ésta en que el funcionario «"desencadena" la realización del tipo dolosamente por medio de un empresario de buena fe, infringiendo las normas medioambientales, pues así la infracción medioambiental se presenta como "obra suya" tanto desde el punto de vista del funcionario como objetivamente; bien es cierto que no es él la fuerza impulsora, pero sí, como consecuencia de su supervisión fáctica y jurídica sobre el acontecer, la figura central de éste» (*loc. cit.*, p. 389). De este modo no sólo se admite el concepto, acuñado en esta obra, de la "figura central", comprensivo de todas las manifestaciones de la autoría, sino que se reconoce que el autor mediato, el único que entrevé la situción fáctica y jurídica, no tiene que ser necesariamente la "fuerza impulsora".

36. La sentencia de la Sala I de 23 de noviembre de 1993 [183] se ocupa de la delimitación entre coautoría y complicidad en el incendio. El acusado se había limitado a «entregar al autor, a instancia de éste, un encendedor, a sabiendas de que iba a servirse de él para prender el incendio». También

[182] *BGHSt*, 39, 381.

[183] *StrV*, 1994, p. 241.

aquí el BGH cita, en sintonía con anteriores sentencias, los criterios de la teoría normativa de la combinación. Sus reparos contra la coautoría apreciada por el LG se derivan únicamente de que el acusado «ni tenía el dominio del hecho ni voluntad de dominarlo; su intervención en el incendio fue, si bien importante, escasa». El BGH devolvió la causa con el objeto de que se verificara si «la ejecución y el resultado.... dependieron decisivamente de la voluntad del acusado». Por el contrario, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, se da un caso claro de mera complicidad, a lo que desde luego se inclina el BGH.

37. La sentencia de la Sala I de 18 de enero de 1994 [184] se refiere asimismo a la delimitación entre coautoría y complicidad, pero en el supuesto específico de la mera cooperación en el planeamiento. Cuatro extremistas de derechas habían urdido en común el plan de que dos de ellos incendiarían un albergue de solicitantes de asilo y otros dos profanarían un cementerio judío. El problema reside en si cada interviniente no sólo es coautor de su propio hecho, sino además del hecho de los otros dos. El BGH lo estima posible, invocando la sentencia BGHSt 37, 289 (*supra* núm. 33), según la cual para la coautoría basta que el coautor "refuerce la decisión del hecho de los demás". Este requisito podría «realizarlo incluso el acuerdo relativo a la ejecución de varios hechos. El que se dé coautoría o complicidad debe decidirlo el juez de instancia en una consideración valorativa».

Esta sentencia continúa dos tendencias muy cuestionables de la jurisprudencia reciente. Una reside en hacer bastar para la coautoría la intervención en la mera decisión del hecho, sin más cooperación, ni siquiera en fase preparatoria (crítica al respecto *supra* núm. 33). La otra se manifiesta en la remisión a la "consideración valorativa" del juez de instancia, que renuncia a toda delimitación jurídica clara entre ambas formas de intervención, transformándola en una mera decisión arbitraria del juez *a quo* (cfr. al respecto en particular *infra* núm. 49).

38. La sentencia de la Sala V de 26 de julio de 1994 [185], parangonable solo al "caso del Rey Felino" (*supra* núm. 29) en cuanto a repercusión, ha abierto nuevos caminos, al reconocer la figura jurídica desarrollada por vez primera en esta obra (*supra* § 24), del "dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas". Los miembros del "Consejo Nacional de Defensa" de la extinta República Democrática Alemana, que habían ordenado disparar a la guardia fronteriza del Muro, así como minarlo con explosivos letales, dominaban el suceder por medio de la maquinaria de poder dirigida por ellos, aun cuando los ejecutores directos ya fueran responsables en tanto que autores que actuaron culpablemente. Por ello fueron condenados como autores mediatos detrás de autores (responsables).

Al respecto se señala *supra* (p. 272): «Una organización así despliega una vida independiente de la cambiante existencia de sus miembros. Funciona

[184] *NStZ*, 1995, p. 122.
[185] *BGHSt*, 40, 218.

de manera prácticamente "automática", al margen de los individuos que son sus miembros.» El BGH, en la formulación central de su sentencia (BGHSt 40, 236) asume esta fundamentación del dominio del hecho del sujeto de detrás: «Hay... grupos de casos en los que, a pesar de que la persona interpuesta obre de modo completamente responsable, la aportación de la persona de detrás conduce de manera casi automática a la realización del tipo pretendida por ésta. Lo cual puede darse cuando la persona de detrás se aprovecha de condiciones circundantes determinadas por estructuras organizadas en el marco de las cuales su aportación al hecho desencadena resultados regulares.» Es «autor en la manifestación de autoría mediata. Tiene el dominio del hecho». La gran importancia de esta sentencia reside en imponer por fin la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata, en juzgar el dominio de organización, junto al dominio por coacción y por error, como tercera forma autónoma de autoría mediata y en admitir la posibilidad del autor de detrás del autor también, más allá del supuesto de aprovechamiento de error de prohibición, en los de persona interpuesta responsable. Todo ello se corresponde con la concepción desarrollada en esta obra y ha de saludarse sin reservas [186].

Naturalmente, la fundamentación de la sentencia no merece aprobación en todos sus puntos. Así, el BGH pretende apoyar la autoría mediata de la persona de detrás también en que aprovecha «la disposición incondicionada del ejecutor directo a realizar el tipo» y quiere "el resultado como fruto de su propio actuar" (*loc. cit.*, p. 236). Aceptar que la disposición incondicionada al hecho del ejecutor directo puede fundamentar dominio del hecho se basa en Fr.-Chr. SCHROEDER, el primero en plantear esta teoría [187]. Pero es difícilmente mantenible, pues el clásico supuesto de disposición al hecho es el ofrecerse, del que trata el § 30 II StGB como modalidad del manifestarse dispuesto. Sin embargo, queda fuera de duda que el "aceptar un ofrecerse" constituye inducción y no autoría mediata. Tampoco depende el dominio del hecho de la persona de detrás debido a estructuras organizadas precisamente de que el respectivo ejecutor esté "dispuesto incondicionadamente" al hecho», puesto que aunque no lo esté y sepa eludir la orden, la persona de detrás puede dar por sentado que sus órdenes se van a ejecutar, porque en seguida otro suplirá al desobediente o desertor. Al añadir el BGH que la persona de detrás "quiere el resultado como fruto de su propio actuar", expresa una reminiscencia de la teoría subjetiva sin significado propio, pues también el inductor, naturalmente, quiere el resultado como fruto de su actuar.

Asimismo objetable me parece el alcance que el BGH pretende asignar al dominio de organización. Sí puede compartirse la sentencia cuando dice

[186] Cfr. sobre esta sentencia con más detalle ROXIN, *JZ*, 1995, pp. 49 ss.; *Festschrift für Grünwald*, 1999, pp. 549 ss. Acerca de la acogida de la sentencia en la doctrina, cfr. *infra*, pp. 723 ss.
[187] En su obra *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 ss.; al resepcto ROXIN, *ZStW*, 78 (1966), pp. 222 ss., 227 ss.

(*loc. cit.*, p. 237): «Habrá autoría mediata así entendida no sólo en los supuestos de abuso de poder estatal, sino también en los de delito mafioso organizado...» Se aprecia aquí paralelismo con la afirmación contenida *supra* (p. 278) de que se da dominio de organización en los hechos «cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de delincuentes y asociaciones delictivas semejantes». Sin embargo, va demasiado lejos el BGH (*loc. cit.*, p. 237) al decir: «También cabe resolver así el problema de la responsabilidad en los supuestos de funcionamiento de empresas», pues requisito para que las estructuras organizadas desencadenen "resultados reglares" y ejecuten el resultado "de manera prácticamente automática" es la circunstancia de que la maquinaria de poder en su conjunto, al menos para el caso concreto, se haya apartado de la legalidad. En caso contrario, hay que esperar del ejecutor directo que se niegue a ejecutar órdenes antijurídicas [188]. Así pues, si, p. ej., un jefe de departamento en una empresa que actúa legalmente insta a un empleado a que realice una falsificación, de llevarse ésta a cabo, es inductor, y no autor mediato. No es la jerarquía ni la competencia para impartir órdenes lo que fundamenta la autoría mediata, sino la intercambiabilidad de los ejecutores. En este punto, el BGH propende, como ponen de manifiesto sentencias posteriores (núms. 39, 47 y 48), a exagerar el ámbito de la autoría mediata.

39. La "interrupción del tratamiento", sentencia de la Sala I de 13 de septiembre de 1994 [189], presenta una importancia destacada para el enjuiciamiento jurídico-penal de la eutanasia (lo cual no interesa aquí), pero por otra parte, continúa la jurisprudencia introducida por BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38), relativa a la autoría mediata. Se trata de una anciana "con graves daños cerebrales", inconsciente, incapaz de andar y de tenerse en pie y sin perspectivas de mejora, a la que se había mantenido viva, mediante alimentación parenteral, más de dos años. Los dos acusados, su médico y su hijo, dieron a los enfermeros la orden de cambiar la alimentación por té, para determinar de este modo la muerte indolora de la anciana. Daban por supuesto que ello estaba legalmente permitido, mientras que el BGH debate las relaciones de participación dando por supuesto que obedecer la orden se presenta como homicidio punible.

El BGH pretende juzgar a ambos acusados como autores mediatos y, para fundamentarlo, recurre en primer lugar a la autoría mediata mediante aprovechamiento de instrumento que obra en error de prohibición, tal como había admitido en el supuesto del Rey Felino (BGHSt 35, 347 ss., *supra* núm. 29). Sin embargo, a la extrapolación de tal jurisprudencia a este supuesto se opone que los acusados no causaron ni quisieron aprovechar un error de prohibición, sino que ellos mismos sufrían error de prohibición. Puesto que

[188] Cfr. al respecto con más detalle ROXIN, *Festschrift für Grünwald*, 1999, pp. 556 ss. Decididamente en contra de extrapolar este género de autoría mediata a estructuras organizativas empresariales, ROTSCH, *NStZ*, 1998, p. 491.

[189] *BGHSt*, 40, 257.

la autoría mediata, en el error de prohibición del ejecutor, sólo puede basarse en el poder de configuración derivado del superior conocimiento jurídico del sujeto de detrás, debe descartarse de entrada tal fundamentación en nuestro caso.

El BGH se da cuenta del problema, pero cree (*loc. cit.*, p. 267) que «ello no es decisivo. Más bien lo es el que los acusados obraran con voluntad de autor y dominio del hecho». En vista de la «competencia para impartir órdenes, de una parte, y, por otra, del papel subordinado, sometido a instrucciones de los auxiliares empleados» por ellos, «no cabe duda del criterio subjetivo de la voluntad de autor y del requisito objetivo del dominio del hecho de ambos acusados» (*loc. cit.*, p. 286).

Lo cual no es admisible. Estamos aquí ante un supuesto de ampliación indebida de la autoría mediata, ya puesta de manifiesto cuando BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) admite poder resolver el "problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas" recurriendo a la figura del dominio de organización. Dado que un hospital trabaja dentro de la legalidad y con el objetivo de mantener la vida, esto es, la "maquinaria" no se había apartado en absoluto de la legalidad, la orden antijurídica dirigida a matar de ninguna manera era adecuada para desencadenar "resultados regulares" y a ejecutar "de forma casi automática" el resultado de muerte pretendido. Esto lo pone de manifiesto justamente el supuesto de hecho juzgado por el BGH, pues el jefe de enfermeros tuvo recelos sobre la admisibilidad de la orden, no la ejecutó y se dirigió al tribunal tutelar, que prohibió el cambio de alimentación. No pudo demostrarse de manera más clara que el dominio del hecho no concurría precisamente en las personas de detrás. Cuando el BGH, para mantener lo contrario, invoca el "papel sometido a órdenes" de los auxiliares, no utiliza ningún argumento idóneo, porque el sometimiento a órdenes precisamente no subsiste ante órdenes antijurídicas. La "voluntad de autor" empleada conjuntamente por el BGH, préstamo de la teoría subjetiva, no permite, faltando el dominio del hecho, delimitación alguna entre inducción y autoría mediata. Así pues, con mejor criterio, habría que haber calificado en este caso —suponiendo que lo planeado hubiera que juzgarlo como homicidio punible— de inducción intentada del sujeto de detrás (§ 30 I StGB).

40. La sentencia de la Sala IV de 25 de octubre de 1994 [190] confirma en un caso de estafa la jurisprudencia constante de que los actos preparatorios pueden bastar para la coautoría. El acusado había perpetrado un robo con violencia fingido, según su representación, que constituiría el punto de partida para una estafa de la supuesta víctima ante una aseguradora. El BGH aprecia coautoría en la estafa, aunque el acusado no estaba interesado en ésta, sino que ya había sido recompensado por su aportación de otra manera (lo que por lo demás se interpreta en la jurisprudencia como ausencia de interés propio y, por tanto, como indicio contrario a la coautoría, *infra* núm. 49).

[190] *BGHSt*, 40, 299.

La sentencia extiende con mucho la coautoría en detrimento de la complicidad, pues ni siquiera cabe fundamentar aquélla con la teoría normativa de la combinación. El acusado no participó en la estafa —tal como iba a tener lugar según su representación—, esto es, de ningún modo tuvo dominio del hecho. Pero como tampoco existía interés propio en el hecho de la estafa, faltan, por tanto, los dos criterios centrales de los que la jurisprudencia requiere al menos uno para calificar de coautoría. El BGH cree que no hay que atender al interés en la estafa porque «el tipo de estafa se realiza también cuando se actúa en interés ajeno» (*loc. cit.*, p. 300) [191]. Cabe preguntarse de dónde se deduce entonces la coautoría, si no concurren ninguno de los "puntos de apoyo" esenciales para ella. Al respecto no puede bastar que el robo violento fuese una condición previa indispensable de la posterior estafa, puesto que aportar una condición necesaria —la antigua participación principal— ya no se considera hoy en absoluto como criterio determinante de la autoría.

41. También se refiere a la autoría mediata la sentencia de la Sala III de 3 de noviembre de 1994 [192], relativa a un fraude electoral cometido a instancias de la dirección del partido en la extinta RDA. El acusado había sido Primer Secretario de la Dirección Provincial de Dresde del SED (Partido Socialista Unitario Alemán) e intervenido en un fraude electoral por orden de la dirección del partido. El BGH debate si su aportación al hecho puede estimarse como "dominio de organización" en el sentido de autoría mediata. Reitera las formulaciones ya elegidas por BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) y caracteriza la posición del acusado señalando que ciertamente "las auténticas personas de detrás" tenían su sede en Berlín, pero que él se dejó involucrar en la jerarquía de mando, de modo que «en la cadena de mando entre Berlín y la Junta Electoral concreta podía ser considerado como delegado del Politburó para la provincia» (BGHSt 40, 317).

En realidad, cabía apreciar aquí autoría mediata. En esta obra se resaltó desde el principio que es "irrelevante" para el dominio de organización que la persona de detrás "obre por propia iniciativa o en interés o por orden de instancias superiores" [193]. «Pues para su autoría únicamente resulta decisiva la circunstancia de que puede dirigir la parte a él subordinada de la organización...» Así pues, un acusado puede ser también autor mediato en el marco de maquinarias de poder organizadas cuando «no coopera ni al principio ni al final del hecho y su intervención se limita a la pieza situada en medio», de manera que, en su caso, puede surgir una cadena de autores de detrás del autor.

Hay que saludar que el BGH se muestre sensible a estas reflexiones. Sin embargo, al final no se pronuncia sobre «si los principios de la autoría

[191] Lo cual se contradice con la argumentación de la misma Sala en su sentencia posterior de 9 de enero de 19997 (*infra*, núm. 46).

[192] *BGHSt*, 40, 307.

[193] Esta cita y las siguientes, *supra*, p. 275.

mediata desarrollados por la Sala V para los delitos contra la vida pueden extrapolarse a los delitos de fraude electoral, a pesar de que la persona interpuesta actúe responsablemente» (*loc. cit.*, p. 317). Y es que al acusado le faltaba la posición de deber fundamentadora de autoría requerida en el StGB de la RDA, pudiendo ser sólo castigado como partícipe aun existiendo "dominio de organización". Bien es verdad que en los delitos de infracción de deber la autoría ha de determinarse en función de la posición de deber, no del dominio del hecho (cfr. *supra* § 34, pp. 385 ss.). Sin embargo, no se entiende a qué se debe esa imposibilidad esencial de trasladar la figura jurídica del dominio de organización al fraude electoral y a otros delitos, pues la estructura del dominio es independiente de la clase de delito. Así pues, el BGH se muestra aquí innecesariamente cicatero, lo que contrasta con la generosidad con la que aplica el dominio de organización a jerarquías que trabajan en la legalidad en el seno de empresas de carácter económico (*supra* núm. 38) y hospitales (*supra* núm. 39).

42. La sentencia de la Sala II de 15 de febrero de 1995 [194] versa sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en la tentativa de asesinato. El BGH condena como coautores a los dos acusados, aun no habiendo hecho uso por sí mismos del arma de fuego ni habiéndose encontrado directamente en el lugar del hecho. La coautoría se apoyó en la cooperación en el plan y en la exhortación a disparar, así como con las fórmulas de la teoría normativa de la combinación. Lo cual se ajusta a la jurisprudencia constante, que hace bastar la cooperación en la fase preparatoria para la coautoría. No se dice, naturalmente, cuál de los "puntos de apoyo" que siempre se traen a colación se ha realizado. En suma, se tiene en cuenta unilateralmente el interés, pues el dominio del hecho no puede basarse ni en la participación en el plan ni en exhortaciones instigadoras. Con mejor criterio, debería haberse apreciado participación.

43. La sentencia de la Sala II de 21 de junio de 1995 [195] se ocupa de la posición de partícipes de miembros de la dirección de una empresa en la expendición de productos nocivos. «La imputación a título de autoría no requiere la realización del tipo de propia mano. Los miembros de la dirección de una empresa pueden tener que responder penalmente por el vertido de productos nocivos también si los expenden a sabiendas.» Curiosamente no se dice si los miembros de la directiva (que por su parte actúan en coautoría), en relación con los expendedores del vino adulterado a ellos subordinados, han de ser coautores o autores mediatos. Puesto que se les acusó de estafa, incluso habría que tener en cuenta la autoría directa, pues en las declaraciones falsas de la dirección ante los clientes podría apreciarse un engaño directo. Las lacónicas consideraciones de la sentencia no dan pie a una valoración más concreta, pero llama la atención que aquí ya no ha encontrado eco la idea de autoría mediata en virtud de dominio de orga-

[194] *NStZ*, 1995, p. 285.

[195] *NJW*, 1995, p. 2933.

nización, a la que el BGH ha intentado sacar partido recientemente en el ámbito de la responsabilidad en el seno de empresas (cfr. *supra* núm. 38).

44. La sentencia de la Sala V de 4 de marzo de 1996 [196] vuelve a tratar (al igual que la reseñada en el núm. 41) la autoría mediata de "eslabones" individuales situados en la cadena de mando de una maquinaria de poder organizada apartada de la legalidad. Se trataba de dilucidar la responsabilidad de un comandante por los disparos mortales de los soldados a sus órdenes en la frontera entre las dos Alemanias. El BGH deja «abierto si al acusado cabría considerarlo autor mediato ya según los principios de la sentencia BGHSt 40, 218 [*supra* núm. 38]. Es evidente que el comandante de un regimiento de fronteras, al aplicar el régimen de fronteras establecido por la superioridad, actúa como eslabón intermedio de una jerarquía de mando, desencadenando así resultados regulares conducentes a la realización del tipo mediante aportaciones propias al hecho aprovechando su poder de ordenar». De todos modos, en el caso concreto el comandante, al disparar él mismo certeramente, había dado una orden de disparar "concluyente" que bastaba para su autoría mediata.

Este planteamiento ha de compartirse. La posición de comandante convirtió al acusado en autor mediato si para matar se sirvió de la maquinaria (aunque fuera cumpliendo instrucciones). Lo cual puede ocurrir ya mediante una orden de disparar desligada del caso concreto (con respecto a lo cual el BGH omite hacer comprobaciones). Sin embargo, un empleo así de la maquinaria se da en la exhortación directa a disparar.

45. Una breve sentencia de la Sala IV de 4 de junio de 1996 [197] vuelve a mostrar al BGH, en la delimitación entre coautoría y complicidad, siguiendo primordialmente la senda de la teoría subjetiva. En ella se castigó al acusado como coautor de hurto, por haber «elegido el objeto del hurto, por una parte, y planeado las acciones de sustracción y aprovechamiento, por otra». Lo cual no le proporciona el dominio del hecho. Tampoco menciona el BGH este criterio, sino que se conforma con señalar que el acusado «actuó con voluntad de autor y para procurarse... una fuente de ingresos suplementaria». Éstos son los elementos de las teorías del dolo y del interés, tal como ya los había perfilado la jurisprudencia del BGH. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, sólo se da, en todo caso, participación, de manera que en el presente caso, únicamente cabrá calificar de inducción.

46. La sentencia de la Sala IV de 9 de enero de 1997 [198] se ocupa de un supuesto en que el acusado, como conductor de autobús, llevó a cabo un accidente de circulación fingido con un turismo, a fin de cooperar con su titular —sin interés propio de enriquecerse— para conseguir indemni-

[196] *StrV*, 1996, p. 479.
[197] *StrV*, 1997, p. 247.
[198] *StrV*, 1997, p. 411.

zaciones ilegítimas del seguro. El BGH rechaza aquí la coautoría en la estafa apreciada por el tribunal *a quo*. Bien es verdad que los actos preparatorios de la estafa, como fue el llevar a cabo el accidente, podrían fundamentar por sí coautoría. Sin embargo, ello no es así cuando el acusado, como aquí, ni tuvo el dominio del hecho en la estafa, ni interés propio en ésta. Esta sentencia confirma la idea, deducible de la evolución jurisprudencial, de que, tras la teoría normativa de la combinación para delimitar coautoría y complicidad, en realidad se ocultan los dos criterios del dominio del hecho y del interés propio, y que éstos llevan a rechazar la coautoría cuando no concurren ambos. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, únicamente la falta de dominio del hecho derivada de la cooperación sólo en fase preparatoria, entraña la calificación de complicidad. El interés propio no desempeñaría papel alguno ya porque el tipo de estafa equipara la intención de enriquecer a un tercero a la de enriquecerse uno mismo.

47. La sentencia de la Sala II de 6 de junio de 1997 [199] se ocupa de la responsabilidad de directivos de sociedades anonimas por la eliminación de residuos peligrosos para el medio ambiente (§ 326 StGB). Éstos eran responsables de haber cedido los residuos a otras empresas que no disponían de posibilidades para eliminar adecuadamente los residuos. A diferencia de la sentencia de la misma Sala de 3 de noviembre de 1993 (*supra* núm. 35) ya no se aprecia, mediando punibilidad del autor directo, coautoría, sino autoría mediata, invocando las sentencias BGHSt 40, 218 y 35, 347 (*supra* núms. 38 y 29). Se considera determinante si la persona de detrás «tiene no sólo interés en el hecho, sino también dominio del hecho soportado por voluntad de autor», de lo cual "no cabe dudar", pues los acusados habían «abierto y señalado el camino de que los residuos se iban a eliminar de manera ilegal».

La sentencia pone de manifiesto cómo, en la autoría mediata, la jurisprudencia atiende cada vez más al dominio del hecho, pero también lo descuidada e inexactamente que maneja dicho concepto, pues no se daban aquí los requisitos de los precedentes a los que se hace referencia, porque las empresas a la que se recurrió para eliminar los residuos no estaban imbricadas en la estructura organizativa de la propia firma y tampoco se encontraban en error de prohibición. Quien, sin haber cooperado en la realización del tipo, "abre y señala el camino", no tiene aún por ello el dominio del hecho. Más bien se trata de un típico comportamiento de inductor. La sentencia evidencia el peligro de que la jurisprudencia, tras reconocer al autor de detrás del autor, traspase las limitaciones formuladas en las sentencia-guía (*supra* núms. 38 y 29) y juzgue cada vez más la determinación al hecho, en contra de la inequívoca regulación del § 26 StGB, como autoría mediata, tendencia a la que hay que salir al paso.

[199] *NStZ*, 1997, p. 544.

48. También la sentencia de la Sala IV de 11 de diciembre de 1997 [200] prosigue por la vía de afirmar precipitadamente la autoría mediata. Los acusados, como administradores de hecho de una sociedad anónima, a pesar de la insolvencia de ésta, habían continuado su actividad, determinando una defraudación de los proveedores. El BGH aprecia aquí autoría mediata en la estafa. Lo cual ha de aceptarse sin más si los empleados que despacharon los pedidos actuaron de buena fe, es decir, sin conocer la insolvencia, pues entonces los gestores actuaron, como autores mediatos, a través de "instrumentos" sin dolo.

Sin embargo, el BGH no restringe la autoría mediata, como había hecho unos años antes la Sala II (cfr. *supra* núm. 35), a los instrumentos sin dolo, sino que, invocando la sentencia BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 28), admite también la autoría mediata cuando quienes encargaron las mercaderías fueron por su parte autores plenamente responsables de estafa. La autoría mediata se daría aun no pudiéndose demostrar «ninguna intervención concreta de los acusados o ni siquiera conocimiento actual de éstos en relación con los pedidos de mercaderías» (wistra 1998, p. 150). Simplemente habían asumido que se iban a seguir encargando pedidos como hasta la fecha. No se aclara cómo en esta situación, en la que ya resulta difícil fundamentar una inducción "concluyente", es posible afirmar la autoría mediata. El BGH simplemente señala que, de acuerdo con BGHSt 40, 236, es de aplicación la figura jurídica del dominio de organización "también para actividades empresariales". Casi da la impresión de que ha de hacerse responder como autor mediato al empresario por todo lo que ocurre en su empresa aun cuando ello sólo esté abarcado por su saber y voluntad de una forma muy genérica. Sin embargo, no resulta posible derivar de las categorías de la doctrina de la autoría una solución en tales términos, esencialmente simplificadora del proceso probatorio.

49. La sentencia de la Sala V de 20 de enero de 1998 [201] se refiere a una aportación de cómplice en el marco del caso del famoso secuestro de Reentsma. El LG había rechazado la coautoría del acusado porque éste «no había dominado en ningún momento si el hecho típico iba a tener lugar, y cómo». El BGH no pone reparos a la valoración del juez de instancia con una fundamentación curiosa. Cita los ya tradicionales "puntos de apoyo esenciales" de la teoría normativa de la combinación y prosigue: «En los supuestos extremos, el BGH ha abierto al juez de instancia un ámbito de libertad para la valoración que le compete. Si la sentencia recurrida evidencia que el juez *a quo* se ha dado cuenta de los mencionados parámetros y ha valorado el hecho en su conjunto, el resultado al que se llega tampoco puede ser objetable, por infracción de ley, si hubiera sido posible otra valoración del juez *a quo*». Contra la coautoría hablaría también que el acusado había recibido recompensa por su aportación con independencia del resultado.

[200] *Wistra*, 1998, p. 148.
[201] *StrV*, 1998, p. 549.

«Quien realiza una aportación al hecho sin consideración a su éxito, por lo general no tiene interés primario en el resultado del hecho...»

La sentencia confirma la objetable tendencia de la jurisprudencia reciente de desligar la delimitación entre coautoría y complicidad cada vez más de datos conceptuales previos, sometiéndola a un enjuiciamiento inverificable del juez *a quo*. No hay que olvidar que ello redunda en detrimento de la seguridad jurídica, asimilando las formas de participación, en contra de la voluntad del legislador, a meras reglas de determinación de la pena. Es curioso el peso que el BGH, en la ponderación necesaria a tal efecto, vuelve a atribuir al criterio del interés.

50. Una serie de sentencias (que, debido a su analogía temática, han de tratarse conjuntamente) se ocupan de la delimitación entre autoría y participación en la importación y tráfico de estupefacientes (§ 29, párrafo 1, núm. 1, de la Ley de Estupefacientes: BtMG). La jurisprudencia prefiere "una interpretación amplia del concepto de tráfico" conforme a la cual «se entiende por traficar toda actividad en provecho propio, dirigida a la venta, incluso la ocasional o puntual, o la de mera intermediación» [202]. Así pues, también trafica aquel que no pretende negocios de venta propios, sino simplemente favorecer negocios ajenos; tampoco es necesario que la venta pretendida se alcance efectivamente. Ésta es una interpretación que, en el tráfico en provecho propio, estima toda cooperación, por remota que sea, como realización directa del tipo, conduciendo prácticamente (de considerar a la realización del tipo de propia mano como fundamentadora de autoría) al concepto unitario de autor. Para evitarlo, la jurisprudencia vuelve a restringir la autoría, afirmando, al averiguar la autoría, en parte autoría y en parte complicidad, con auxilio de criterios subjetivos y objetivos generales. Lo cual se asemeja a un retorno a la teoría subjetiva extrema, al estar implícita la posibilidad de mera complicidad a pesar de la realización del tipo de propia mano. Sin embargo, se trata más bien de corregir una interpretación excesivamente amplia del tipo. Definiendo el tráfico como la realizacion de negocios de venta propios, los mismos criterios de la autoría podrían fundamentar la extensión de la coautoría más allá de los supuestos de realización personal del tipo. Por eso, más adelante no se extraen conclusiones relativas al problema de la comisión de propia mano a partir de las dificultades interpretativas que el § 29, párrafo 1, núm. 1, BtMG depara a la jurisprudencia; tampoco lo ha hecho la jurisprudencia. Por lo demás, resulta lo siguiente:

a) En la sentencia de la Sala III de 4 de octubre de 1978 [203] se trataba de la actividad de un correo que, a cambio de remuneración, había transportado droga de Amsterdam a Düsseldorf. El BGH se propone decidir si fue autor o partícipe de "tráfico" con arreglo a criterios generales de delimitación: «Al respecto pueden ser aquí puntos de apoyo esenciales el grado del interés propio en el resultado, el alcance de la intervención en el hecho

[202] BGH, *NJW*, 1979, p. 1259.
[203] *NJW*, 1979, p. 1259.

y el dominio del hecho del inculpado.» Debido a la "configuración [autónoma] del transporte" y a la recompensa que se le había prometido al acusado, el BGH estima autoría. Lo cual es aceptable en cuanto al resultado, pues aun cuando se considere traficantes en propia persona sólo a las dos partes del negocio, el acusado desempeñó, mediante su actividad autónoma como correo, una función esencial en que se llevara a cabo la transacción, habiendo sido, por tanto, coautor.

b) La sentencia de la Sala II de 25 de marzo de 1981 [204] echa en falta que el tribunal *a quo* no hubiera investigado con precisión en cada acto concreto de un "tráfico" continuado si se daba coautoría o complicidad. En la coautoría, cada uno tiene que «querer su aportación al hecho como parte de la actividad del otro y, viceversa, la actividad del otro como complemento de su propia parte del hecho». El que un sujeto «haya querido o no esta estrecha relación con el hecho ha de enjuiciarse con arreglo a todas las circunstancias en una consideración valorativa». Puntos de apoyo esenciales para esta valoración se hallarían «en el grado del interés propio en el resultado, en el alcance de la intervención en el hecho y en el dominio del hecho o al menos en la voluntad de dominio del hecho, de manera que la ejecución y el desenlace del hecho dependan decisivamente de la voluntad del acusado».

Al respecto, no queda del todo claro en qué han de distinguirse entre sí el "alcance de la intervención en el hecho", el "dominio del hecho" y la "voluntad de dominio del hecho". De la frase consecutiva final, sin embargo, cabe deducir que los tres criterios al final desembocan en el del dominio del hecho, de manera que éste —como en el supuesto 50a— aparece, junto al interés propio, como elemento principal de la autoría. Queda abierta la cuestión, decisiva en muchas clases de supuestos, de si hay que estimar autoría cuando en uno de los intervinientes se da el interés propio, pero no el dominio del hecho, o bien sí el dominio del hecho, pero no el interés propio.

c) Acerca de esta cuestión se manifiesta asimismo la Sala I de lo Penal en una sentencia de 21 de julio de 1981 [205]. En este caso, el acusado no era ninguna de las dos partes del negocio de venta de heroína, sino que había ido de acá para allá, «entre el poseedor de la heroína, que se mantenía entre bastidores, y el comprador esperado», llevando muestras de heroína y billetes. Su actividad fue "imprescindible para el negocio pretendido", apareciendo el sujeto en la materialización de éste como co-sustentador del dominio funcional del hecho; ejerció influencia esencial en que se cerrara el trato en "duras negociaciones, que se prolongaron por espacio de unas cinco horas". No obstante, el BGH entiende que ello aún no basta para afirmar la autoría. Más bien, lo que tiene importancia decisiva es "el interés del acusado en que se cerrara el negocio", algo que el BGH no considera probado.

[204] *StrV*, 1981, pp. 275 ss.
[205] *NStZ*, 1981, p. 394.

Lo cual suscita la apariencia de que el interés fuera un criterio de la autoría prevalente sobre el del dominio del hecho. De todos modos, el contenido declarativo de la sentencia se ve mermado al no quedar claro si con el interés requerido se alude a un criterio general de la autoría o a un elemento subjetivo de la autoría, el del "provecho propio", introducido mediante interpretación en el concepto del "traficar" y circunscrito al § 29, párrafo 12, núm. 1, BtMG.

d) La sentencia de la Sala II de 18 de septiembre de 1981 [206] subraya una vez más la coincidencia con la de la misma Sala de 25 de marzo de 1981 [*supra b)*], en el sentido de que en caso de tráfico continuado ha de demostrarse para cada acto concreto si se da coautoría o complicidad, repitiendo literalmente las expresiones utilizadas en la sentencia precedente para la delimitación entre ambas formas de intervención.

e) Las mismas fórmulas (interés, alcance de la intervención en el hecho, dominio del hecho o al menos voluntad de dominio del hecho) se acogen en la sentencia de la Sala I de 25 de marzo de 1982 [207]. Lo sorprendente es que la sentencia acaba mostrando una tendencia distinta a la de la sentencia de la misma Sala de 27 de julio de 1981 [*supra c)*]. El acusado, apremiado por otro, había "telefoneado [a un traficante] para preguntarle si podía traer heroína". En los acontecimientos posteriores ciertamente se encontraba presente, "pero no intervino activamente". Tampoco pudo probársele que hubiera ganado algo en el negocio. Sin embargo, había actuado en provecho propio en la medida en que tenía cuantiosas deudas contraídas con otro coacusado y por su intermediación podía o bien amortizarlas o al menos conseguir "que su acreedor no le apremiase más para que devolviera el préstamo".

El acusado había sido condenado como coautor por la Sala de lo Penal únicamente por ese interés. El BGH modificó el fallo, estimando sólo complicidad. El *Landgericht* se había "atenido exclusivamente a posibles beneficios económicos del acusado. Esto no basta". Así pues, el hecho de que el acusado hubiera cooperado sólo en la fase preparatoria y que no hubiera intervenido personalmente en la conclusión del negocio, excluiría su autoría. El principio, que ahí se hace patente, de que la falta de participación en el dominio del hecho —la falta de función esencial en la fase ejecutiva— excluye la coautoría aun dándose interés propio, es completamente acertado desde la postura que aquí se defiende. La sentencia, sin embargo, contradice abiertamente la de 21 de julio de 1981, con arreglo a la cual justo el interés del acusado en que se cerrara el negocio tendría "importancia esencial" para su autoría. Tales sentencias contradictorias vienen posibilitadas porque la jurisprudencia evita establecer reglas vinculantes para la ponderación valorativa de los distintos puntos de apoyo.

[206] *StrV*, 1982, p. 17.
[207] *NStZ*, 1982, p. 243.

f) También lleva a rechazar la coautoría la sentencia de la Sala III de 6 de julio de 1983 [208]. El acusado no estaba interesado en la importación de hachís ni personal ni económicamente y asimismo se había negado incluso a "pasar la frontera con la pastilla de hachís". Pero a ruego de su acompañante (por cierto, su hermano) se había mostrado dispuesto a «traspasar primero la frontera» y a hacer «una señal en caso de advertir riesgo de que les descubrieran».

El BGH apoya su rechazo de la coautoría en la teoría subjetiva. Dado que el acusado no tuvo interés alguno en el hecho y hubo que persuadirlo para que realizara su aportación, es evidente suponer que «con su aportacion simplemente quiso favorecer el hecho de su acompañante, no considerándolo como acción propia, sustentada por voluntad de autor». Frente a esta formulación subjetiva extrema, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, habría que atender a si la actividad como "precursor" desempeñaba un papel esencial en el cruce de la frontera sin ser descubiertos. Ésta es una cuestión fáctica, que había de afirmarse, de manera que venía en consideración coautoría. La circunstancia de que el acusado no se decidiera a "colaborar" hasta luego de ser persuadido, habría de ser tenida en cuenta en la determinación de la pena.

g) También se aborda la delimitación entre coautoría y complicidad en la importación ilícita de estupefacientes en la sentencia de la Sala II de 25 de enero de 1984 [209]. En este caso, los dos acusados, St. y H., habían comprado en Amsterdam heroína para consumo propio, la habían ocultado en su cuerpo y habían cruzado la frontera en un automóvil de H., conducido por St. El tribunal *a quo* había estimado coautoría relativa a la cantidad total de heroína introducida ilícitamente, basándose enteramente en el dominio del hecho conjunto de ambos. Cada uno de los acusados quiso su aportación al hecho como parte de la actividad del otro y la actividad del otro operó como complemento de su parte del hecho; el éxito del hecho fue dependiente de la aportación al hecho de cada uno de los dos, lo cual se fundamenta señalando que uno aportó su vehículo y el otro lo condujo y que para la consecución del objetivo fue importante la falsedad al responder a la pregunta del aduanero de si tenían algo que declarar.

Por el contrario, el BGH se inclina a estimar más bien complicidad con respecto a la introducción llevada a cabo, en cada sujeto, por el otro. Y lo fundamenta entendiendo que el interés aporta "uno de los puntos de vista más importantes" para estimar coautoría. No se comprende hasta qué punto uno de los acusados «va a estar interesado en la cantidad de heroína adquirida por el coacusado, que se encontraba en posesión exclusiva de éste». No es precisamente plausible esta recaída en la teoría del interés. También aquel que introduce heroína de contrabando exclusivamente por hacer un favor a otro es autor de importación ilícita de estupefacientes.

[208] *StrV*, 1983, p. 461.
[209] *StrV*, 1984, p. 286.

Luego no puede ser de modo distinto aquí, donde ambos, junto a los intereses propios, perseguían también intereses ajenos.

h) La sentencia de la Sala I de 15 de mayo de 1984 [210] vuelve a ocuparse de la delimitación entre coautoría y complicidad en el tráfico de estupefacientes y en un "caso límite" confirma la calificación de mera complicidad. El acusado, bajo la dirección y en compañía del auténtico inciador, M., había llevado droga de Amsterdam a Basilea, creando así «una base esencial para la posterior distribución» en Basilea. Sin embargo, no había tomado parte en esa posterior distribución. M. «mantuvo conscientemente al acusado alejado del meollo de los tratos sobre el hachís».

El BGH parte de una perspectiva subjetiva («hay que considerarle coautor si quiso el hecho como propio»), pero propugna indagar esta voluntad de autor en una "consideración valorativa", para la que en lo esencial serían determinantes los criterios del interés y del dominio del hecho. Hasta aquí la sentencia no aporta nada nuevo. Sin embargo, se inclina claramente por la teoría del dominio del hecho al no considerar que baste para afirmar la coautoría el notable interés económico del acusado, sino en su lugar atender a la parte de éste en el dominio del suceso. «Puede contemplarse como circunstancia decisiva la de que el acusado careció de influencia en la conclusión de los tratos sobre el hachís...» También la reducción de la autoría a una actividad en el "meollo de los tratos sobre el hachís" coincide con el criterio de la teoría del dominio del hecho de que el autor es la "figura central" o la "figura clave" del suceso de la acción. Cuando el BGH señala a continuación que el que el acusado fuese acompañado por M. es apropiado para «cuestionar incluso el dominio del hecho del acusado en la fase del transporte», pone de manifiesto que la sentencia se inclina por una delimitación objetivo-material. Lo cual es aplicable asimismo para la tesis de que «ha de apreciarse coautoría ante todo cuando el interviniente ha cooperado desempeñando el papel de socio en plano de igualdad».

i) La sentencia de la Sala I de 5 de julio de 1984 [211] vuelve a rechazar la calificación de coautoría en el tráfico de estupefacientes. El acusado se había ofrecido a recoger como correo un compuesto de heroína de contrabando, para entregárselo a otro, lo que no pudo llevar a efecto al intervenir la policía. Pero se suscitó la cuestión de si en la promesa de recoger con posterioridad no se daba ya coautoría en el tráfico de drogas. El BGH rechaza tal calificación, pues ni siquiera se había demostrado que el acusado hubiera tomado parte "al menos en el planeamiento y organización" del trato; la aportación al hecho del acusado ínsita en su promesa sólo puede contemplarse "como mero favorecimiento del hacer ajeno".

Lo cual merece aprobación. Sólo la cooperación en el trato mismo habría podido elevar a coautor al acusado. Bien es verdad que el BGH pretende

[210] *NStZ*, 1984, p. 413.
[211] *StrV*, 1985, p. 14.

conformarse con una intervención en el planeamiento preparatorio, lo que desde el punto de vista que aquí se mantiene no bastaría para la coautoría (cfr. pp. 323 ss.). No obstante, la sentencia contiene de todos modos una negativa al subjetivismo extremo en la medida en que no considera suficiente para la coautoría el mero reforzar la resolución del hecho del ejecutor.

j) De un caso más sólido de cooperación preparatoria en la importación de estupefacientes se trataba en la sentencia de la Sala III de 26 de octubre de 1984 [212]. El acusado había traído heroína de Bangkok a Bruselas, sin haber tomado parte personalmente, en cambio, en la posterior introducción de la sustancia en la República Federal Alemana. Pero desde el principio la pretendía y la conocía; había querido hacerla posible al llevar la heroína a Bruselas y efectivamente la había hecho posible.

La sentencia gira en torno a la cuestión de si la conducta del acusado ha de calificarse como coautoría o como complicidad en la importación de estupefacientes. Al principio, la Sala subraya, coincidiendo con la jurisprudencia anterior, que también puede ser coautor quien, simplemente en la fase preparatoria, «efectúa una aportación que favorece la realización del tipo». Pero a renglón seguido se produce un giro sorprendente: «Sin embargo, [es necesario] siempre que ello se verifique sobre la base de un querer conjunto, esto es, que se dé un hecho cometido conjuntamente... Para lo cual basta que cada coautor, al ejecutar, actúe de acuerdo (en el sentido de materializar un plan) con el otro o los otros, convirtiéndolo así en plan conjunto...» Tal requisito falta en el acusado, que «estaba encargado simplemente del acto preparatorio de transportar la droga a Bruselas. El devenir posterior se sustraía a su influencia». Por eso el acusado no es más que cómplice: «Para lo cual basta que haya apoyado la acción típica de la importación en la fase preparatoria.»

La sentencia merece en definitiva pleno aplauso. Incluso requiere especial consideración por tratarse del único supuesto en la jurisprudencia del BGH, hasta la fecha, en que se hace depender la coautoría de la cooperación en la fase ejecutiva. Afirmar la mera complicidad con la frase: «El devenir posterior se sustraía a su influencia» se halla totalmente en la línea de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, la significación de la sentencia queda oscurecida porque la Sala, contrariamente a sus expresiones referidas al caso, se sujeta formalmente a la jurisprudencia anterior, considerando a la cooperación "en la ejecución", de manera difícilmente comprobable, no como requisito de la coautoría, sino de la resolución común del hecho [213].

k) La sentencia de la Sala II de 29 de enero de 1986 [214] decide en sentido opuesto. En este caso, los acusados habían comprado hachís en Holanda. Pero como "tuvieron miedo de cruzar la frontera con la droga", acordaron

[212] *StrV*, 1985, p. 106, con comentario de ROXIN, *StrV*, 1985, p. 278.
[213] Más detalles al respecto en mi comentario en *loc. cit.*
[214] *StrV*, 1986, p. 384, con comentario discrepante de ROXIN; asimismo discrepa OTTO, *JK*, 87, *StGB*, § 25, II/3.

con el proveedor que este mismo, por un sobreprecio, se ocupara de transportar la sustancia a Alemania, como en efecto así se hizo, entregándose el género en un área de servicio de una autovía en la República Federal.

También aquí falta toda cooperación de los acusados en la importación, de manera que se habría debido negar la coautoría si el tribunal hubiera requerido, con la Sala III [*supra j)*], que se hubiera obrado "en la ejecución". Sin embargo, la Sala II invoca esta sentencia sólo en la medida en que conecta formalmente con la jurisprudencia tradicional: «Como aportación de autor basta el influjo psíquico sobre el compañero del delito, pudiendo también realizar el tipo del § 30 BtMG aquel que hace que otro cruce la frontera con la droga (BGH, StrV 1985, 106 s.).» La observación complementaria de que "esta actividad correspondería también al interés del acusado" confirma la vuelta completa de esta sentencia a una teoría subjetiva de antiguo cuño que rechaza toda influencia de la teoría del dominio del hecho. Que esta resolución afirme la coautoría contradice inequívocamente la precedente sentencia BGH StrV 1985, 106.

l) En la sentencia de la Sala V de 24 de junio de 1986 [215] no se trataba de importación de drogas, sino de tráfico. El BGH subraya (como ya se destacó *supra* II al comienzo) que la delimitación entre autoría y participación en el tráfico puede "ser difícil a veces" porque este concepto "se interpreta ampliamente", abarcando toda actividad en provecho propio que favorezca la circulación, aun cuando se trate de actividad simplemente ocasional, por una sola vez y consista en la mera intermediación. El BGH intenta entonces delimitar recurriendo a la conocida combinación de distintos criterios (interés; alcance de la intervención en el hecho; voluntad de determinar decisivamente la ejecución y el desenlace del hecho) y se aproxima aún más a la teoría del dominio del hecho con la tesis: «La coautoría ha de estimarse sobre todo cuando el interviniente ha cooperado desempeñando el papel de socio en plano de igualdad...» Sin embargo, estas consideraciones, que apuntan en la dirección acertada, al final no sirven de sustento a la sentencia, porque se rechaza la coautoría del acusado ya al negar que actuase en provecho propio.

m) La sentencia de la Sala I de 22 de enero de 1987 [216] se vuelve a ocupar de la importación de estupefacientes y torna a una delimitación objetiva. El inculpado había encargado hachís por teléfono a los Países Bajos. El vendedor envió entonces el género mediante un correo a la República Federal, donde el acusado lo recibió en una estación.

En este supuesto la Sala estima mera complicidad. Menciona como "puntos de apoyo esenciales" la combinación habitual de elementos subjetivos y objetivos [cfr., p. ej., *supra l)*], pero para rechazar la coautoría al final invoca exclusivamente la falta de cualquier cooperación en la ejecución: «El

[215] *BGHSt*, 34, pp. 124-127.
[216] *NStZ*, 1987, p. 233.

acusado se limitó a encargar la droga, dejando enteramente en manos del vendedor y de los correos enviados por éste la tarea de traerla a la República Federal.» El significativo interés propio del acusado queda sin considerar.

Lo cual se ajusta a la teoría del dominio del hecho, mereciendo en definitiva aprobación sin restricciones. Pero es en tan escasa medida compatible con la sentencia BGH, StrV 1986, 394 [*supra k)*] como esta sentencia con la resolución BGH StrV 1985, 106 [*supra j)*], pues mientras que en el supuesto *k)* el interés supliría a la falta de cooperación, ello no se considera posible aquí precisamente. El propio BGH advierte la contradicción e intenta sustraerse a ella con la siguiente reflexión: «Bien es verdad que la jurisprudencia se ha conformado con "el mero influjo psíquico sobre un compañero del delito" (BGH, StrV 1986, 384), pero de todos modos aquel caso se distingue del presente en que los acusados adquirieron la droga en los Países Bajos y en el acto de adquisición acordaron el transporte —a ejecutar por el vendedor— a Alemania.» Sin embargo, esta diferencia nada altera en que tampoco allí cabe hablar de cooperación en la importación y en que la opción entre coautoría y complicidad no puede depender, razonablemente, de si los acuerdos necesarios se adoptaron por teléfono o en una conversación personal en Holanda.

n) La sentencia de la Sala II de 1 de julio de 1988 [217] se refiere al tráfico de estupefacientes. En este caso, el acusado sólo había llevado a cabo acciones secundarias (entre otras, auxiliar en el empaquetado y desempaquetado de un cargamento de heroína), lo que el BGH se inclina a calificar de mera complicidad. Menciona las habituales expresiones de su teoría normativa de la combinación, pero invoca sobre todo dos puntos de vista complementarios que dejan entrever una mayor aproximación a la teoría del dominio del hecho. En primer lugar, es característico del coautor, entiende la Sala, que «su aportación sea parte de una actividad conjunta, esto es, que las acciones propias fueran concebidas y queridas como parte de la actividad del otro, y a la inversa, el hacer de éste como complemento de la aportación al hecho propia». Lo cual supone una reformulación subjetiva de la "cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva" a la que atiende la teoría del dominio del hecho que aquí se sustenta. Y cuando el BGH prosigue subrayando "que por regla general no basta una actividad absolutamente auxiliar", coincide con el requisito establecido por la teoría del dominio del hecho de que ha de tratarse de una cooperación esencial en la fase ejecutiva.

o) La sentencia de la Sala IV de 16 de octubre de 1990 [218] se ocupa de la coautoría en la importación de estupefacientes (§ 30 I núm. 4 BtMG). El acusado, junto con varios intervinientes, que carecían de automóvil y de los documentos requeridos para cruzar la frontera, había comprado heroína en Amsterdam. Llevó en coche a la frontera campo a través a los distintos

[217] *NStZ*, 1988, p. 507.
[218] *NStZ*, 1991, p. 91.

compinches, quienes la atravesaron a pie —a la vuelta, llevando la heroína—, y los recogió al otro lado. La ganancia se repartiría entre todos a partes iguales.

El BGH, aplicando la teoría normativa de la combinación, estima coautoría, al afirmar el "dominio material y el interés en el hecho del acusado". Lo cual cabe aprobarlo desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, siempre que se prescinda del "interés". En efecto, si por "importación" se entiende no sólo el momento de atravesar la frontera, sino el suceso global del transporte de la droga desde Holanda a la Republica Federal, se daba un supuesto clásico de división del trabajo en la fase ejecutiva: Los compinches acarrearon la droga a pie cruzando la frontera por el campo, y el acusado se ocupó del transporte rápido hasta la frontera y desde ella.

p) La sentencia de la Sala I de 11 de julio de 1991 [219] estima importación del § 30 I núm. 4 BtMG en coautoría en un supuesto en que el acusado había adquirido 15 kg. de hachís en Tánger, entregando luego la sustancia a un correo que «la llevaría a la República Federal en un autobús turístico» [220]. La coautoría vuelve a fundamentarse con la teoría normativa de la combinación, atendiendo al hacerlo el BGH a las "aportaciones esenciales al hecho" del acusado y al "beneficio económico" que éste esperaba. Lo cual no resulta compatible con la teoría del dominio del hecho, a la que el BGH no menciona en su "contemplación valorativa"; en efecto, el acusado no tomó parte en la acción típica, la importación. Tendría que habérsele condenado por inducción a la importación. La construcción de la coautoría del BGH sólo es posible sobre la base de la teoría subjetiva. Y ello vuelve a poner de manifiesto que con la "teoría de la combinación" cabe fundamentar por igual los resultados de la teoría del dominio del hecho y de la del *animus;* pero también demuestra que con ella aún no se ha encontrado una delimitación satisfactoria entre autoría y participación.

q) En cambio, la sentencia de la Sala IV de 31 de marzo de 1992 [221], para negar la importación en coautoría, invoca precisamente la falta de dominio del hecho en el acusado: «Quien toma parte en un trato con estupefacientes simplemente facilitando dinero para adquirir droga en el extranjero y sólo espera a que otro le traiga la droga introducida de contrabando, pero por lo demás no tiene influencia en el proceso de la importación, no es coautor de ésta.» Aunque el BGH aduce aquí los cuatro criterios de la teoría de la combinación, no considera suficientes para fundamentar la coautoría el "interés especial" del acusado, que el tribunal afirma, ni la siempre importante aportación al hecho ínsita en la financiación de todas las expediciones.

[219] *BGHSt*, 38, 32; al respecto ESCHENBACH, *Jura*, 1992, pp. 637 ss.
[220] Quedan aquí sin considerar los problemas de desvío causal resultantes de que al correo le roben el hachís y que el ladrón lo lleve a Alemania.
[221] *StrV*, 1992, p. 579.

Lo cual es totalmente acertado para la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, no se entiende muy bien que (y por qué) la teoría normativa de la combinación, con su "contemplación valorativa", no haya podido conducir a la coautoría, como había apreciado el tribunal *a quo*. Lo insegura que es la delimitación en la jurisprudencia se evidencia en que el BGH subraya expresamente que el acusado no tuvo contacto alguno con los proveedores, no tomó parte en el alquiler de los vehículos para el transporte ni ejerció influencia alguna sobre las vías de transporte. Al parecer, la presencia de uno de estos requisitos adicionales (¿o acaso de varios de ellos?) posibilitaría calificar de coautoría. No obstante, tampoco estas circunstancias habrían procurado al acusado el dominio del hecho, de manera que siguen en la oscuridad los verdaderos parámetros de delimitación.

r) La sentencia de la Sala III de 22 de julio de 1992 [222] se ocupa, por vez primera en la jurisprudencia relativa a drogas, de la cuestión de si el pasar estupefacientes por la frontera de propia mano también constituye importación en el sentido del § 30 I núm. 4 BtMG a título de autoría cuando el acusado por lo demás sólo ejercía una actividad subordinada (aquí, como chófer). La cuestión se responde afirmativamente.

En el supuesto de hecho, el "autor principal" llevaba encima el hachís en el coche del acusado, sin saberlo éste hasta poco antes de cruzar la frontera. «El autor principal ordenó al acusado que cruzara la aduana, ofreciéndole además 400 marcos como "plus de riesgo". Ya a la vista de la aduana, el acusado, por miedo a realizar un giro que llamara la atención, se decidió a cruzarla sin detenerse, en lugar de dar la vuelta.»

El BGH basa la calificación de autoría en el tenor literal de la ley, en los trabajos preparatorios de ésta y en la reciente jurisprudencia. Quien «realiza personalmente todos los elementos del tipo antijurídica y culpablemente» es también, como coautor, "autor directo en el sentido del § 25.1 StGB" (p. 316). Además, como se subraya expresamente, a tenor de los trabajos preparatorios, «(con las divergencias imaginables en casos excepcionales extremos) [223], mediante la redacción del precepto del § 25.1 StGB, se saldría al paso de la tendencia a devaluar a complicidad realizaciones de tipo de propia mano, invocando simplemente la supuesta falta de voluntad de autor». Finalmente, la sentencia se refiere a un fallo de la misma Sala de 26 de noviembre de 1986 (NStZ 1987, 224 s., *supra* núm. 27) que, conectando con BGHSt 8, 393 (*supra* pp. 118-120) y soslayando la línea contraria iniciada por la sentencia del caso Staschynskij (BGHSt 18, 87 ss., *supra* núm. 2), se había vuelto a apartar de la teoría subjetiva extrema, poniendo claramente de manifiesto la eficacia fundamentadora de autoría de la realización del tipo de propia mano.

La sentencia prescinde de la fórmula de rigor de la teoría de la combinación, apoyándose de modo prácticamente exclusivo en la teoría del dominio del hecho (p. 318): El acusado «realizó de propia mano todos los elementos del tipo, al haber cruzado la frontera con el kilo de hachís que se encontraba en el coche (si bien con muy poco tiempo para reflexionar y apabullado por el coautor) de modo antijurídico y culpable. Frente a lo que entendió el *Landgericht*, tuvo el dominio del hecho; también a la vista de la frontera pudo haber dado la vuelta». Luego sigue una frase que seguramente represente una concesión a la teoría subjetiva, sin que se especifique su función: «Tuvo también la voluntad de cometer este hecho por cuanto que así podía ganar el "plus de riesgo" de 400 marcos.»

[222] *BGHSt*, 38, p. 315; al respecto WIEGMANN, *JuS*, 1993, pp. 1003 ss.
[223] Al respecto en profundidad *supra*, pp. 589 ss.

Prescindiendo de esta expresión final un tanto oscura, que nada aporta a fundamentar la autoría, la sentencia representa el adiós definitivo a la concepción de que a pesar de la realización del tipo de propia mano y culpable, en su caso puede darse sólo complicidad. Queda en el aire si es que el BGH consideraría una solución distinta para "casos excepcionales extremos", puesto que simplemente cita una expresión de los trabajos preparatorios de la ley, sin hacerla propia. La cuestión, además, está desprovista de importancia práctica en tanto que no se afirma la presencia de ninguno de esos "casos excepcionales". Así pues, en el ámbito de la comisión de propia mano, se ha impuesto ya la teoría del dominio del hecho, sin las inseguridades de la teoría de la combinación, que oscilaba entre distintos criterios.

s) Sin embargo, ya la siguiente sentencia, la de la Sala I de 13 de octubre de 1992 [224], vuelve a alejarse de la teoría del dominio del hecho, al afirmar la importación de drogas en coautoría a pesar de faltar el dominio del hecho. Los acusados A y K, si bien no habían tomado parte en el "proceso de importación", no obstante habían operado en el planeamiento y ejecución del transporte por ellos financiado. Así pues, mientras que el mero financiar la importación no bastaría para estimar coautoría [*supra q)*] actividades ulteriores sí que bastan.

El BGH considera «equivocado atender únicamente al dominio del hecho objetivo en el propio proceso de importación. Haber planeado y auxiliado en la ejecución del transporte... apuntan al dominio del hecho, o por lo menos a la voluntad de dominio». En contra, se dirá que planear y auxiliar en la preparación de una importación tampoco pueden fundamentar dominio del hecho "subjetivo", pues si la voluntad de los acusados no se dirigía a un "dominio del hecho objetivo" no puede llamársela "voluntad de dominio del hecho". El BGH pasa entonces a hurtadillas por este punto oscuro y menciona el criterio para él en verdad decisivo: «En particular, el LG habría debido tener en cuenta, en la "contemplación valorativa", que los acusados tenían un interés propio muy notable en la importación.» Así pues, vuelve a imponerse aquí la teoría del interés, mientras que las consideraciones relativas al dominio del hecho no pasan de ser adornos formales, sustancialmente no convincentes.

[224] *NStZ*, 1993, p. 137.

t) La sentencia de la Sala III de 14 de octubre de 1992 [225], en cambio, refuerza, enlazando con BGHSt 38, 315 [*supra r)*], el carácter fundamentador de autoría de la importación de propia mano. El acusado, regresando de Amsterdam a Alemania, había dejado subir a su coche a una mujer, por amabilidad. En el curso del viaje, la mujer le participó que llevaba heroína y cocaína, pidiéndole en consecuencia que cruzara la frontera en un "pequeño paso fronterizo". Por hacerle un favor, el acusado le hizo caso.

Con razón estima el BGH importación en concepto de autoría, apoyándolo, como ya en BGHSt 38, 315, en el dominio del hecho del acusado. «El acusado ha realizado en su persona todos los elementos típicos del contrabando de estupefacientes, al haber atravesado, como conductor de su automóvil, con la droga por la frontera de la República Federal. Acertadamente ha indicado el LG que tenía dominio del hecho porque de él dependía si la droga cruzaba o no la frontera en su automóvil.» El criterio del interés propio queda rechazado de plano: «El elemento del provecho propio no pertenece al tipo de la importación ilícita de estupefacientes.» Siendo esto correcto, uno se pregunta por qué entonces la jurisprudencia, en casos de no comisión de propia mano, sigue recurriendo a dicho elemento con tanta frecuencia para fundamentar la (co-)autoría y, por tanto, la realización del tipo, pues autoría no es sino realización del tipo.

u) Tres sentencias de las Salas IV, I y III, de 18 de agosto de 1992, 25 de febrero de 1993 y 30 de marzo de 1994 respectivamente [226] se refieren a la delimitación entre coautoría y complicidad en la importación de estupefacientes. Las tres se esfuerzan por restringir la actuación a título de coautoría. Bien es verdad que no se requiere el cruzar la frontera de propia mano con la droga. Pero no basta con determinar la importación, sino que ha de añadirse, además del interés propio, la participación en el dominio del hecho o al menos la "voluntad de dominio del hecho" (en tal sentido, la Sala IV). Tampoco basta conocer el hecho o tener interés en él, si no se añade una "aportación, sea cual sea, de favorecer el hecho"; quien se limita a querer vender en Alemania el género importado no es aún autor de importación (en tal sentido, la Sala I). Si alguien limita su cooperación a proporcionar a un coacusado "un sentimiento de seguridad, acompañándolo", ello aún no supone una aportación constitutiva de coautoría, aun cuando "se le hubiera prometido una recompensa por acompañar" (así la Sala III).

Lo cual coincide con la teoría normativa de la combinación, con la loable variación de que aún no se considera fundamentador de coautoría al solo interés. De seguir la concepción del dominio del hecho que aquí se mantiene, habrá que requerir una cooperación esencial en el cruce de la frontera. El resto no puede pasar de inducción o complicidad en la importación.

[225] *NStZ*, 1993, p. 138.

[226] Las dos primeras en *StrV*, 1994, p. 22; la tercera en *StrV*, 1994, p. 422.

v) Una serie de sentencias recientes relegan al ámbito de la complicidad las actividades auxiliares en el tráfico de estupefacientes. De acuerdo con la sentencia de la Sala IV de 4 de marzo de 1993 [227], constituye simple aportación de cómplice el mero transporte de droga en el que el "correo" nada tiene que ver con la adquisición y venta. Del mismo modo, la sentencia de la Sala III de 23 de abril de 1993 [228] considera que no basta el mero "transportar" las sustencias para responder por autoría en el tráfico si el transportista «no está implicado directamente en el negocio de la droga, como, p. ej., ocurre con las acciones de recoger y entregar el dinero para las drogas al proveedor». La sentencia de la Sala II de 21 de julio de 1993 [229] califica de coautoría cuando «el partícipe ha intervenido desempeñando el papel de socio en plano de igualdad». Lo cual falta cuando el sujeto se limita a suministrar los productos químicos necesarios para procesar la droga *(precursores)*. Éste no participa en la elaboración y venta de la droga, no tiene "dominio del hecho en modo alguno" y no está «en condiciones de dirigir aspectos esenciales del devenir del hecho o de, al menos, intervenir en él». La sentencia de la Sala IV de 29 de noviembre de 1994 [230] señala que el procurar un lugar para almacenar la droga, acompañar al vendedor en el momento de la venta y ayudar por una vez a pesar la droga no constituye tráfico a título de autor, ni aunque el cooperador cobre por su aportación. En contra de la autoría, la Sala esgrime que el acusado, aparte de ello, «nada tuvo que ver con el procurar la heroína ni con los negocios de venta». También el simple "asegurar" el negocio de venta comprobando si vigilaba la policía y comunicando información a un partícipe que no es "señor del hecho" lo encuadra la sentencia de la Sala I de 15 de diciembre de 1994 [231] como "labores auxiliares subordinadas", calificándolo de mera aportación a título de cómplice. La sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 1995 [232] aprecia objeciones contra la coautoría en el tráfico en que el acusado «apenas efectuó aportaciones al hecho del tráfico de drogas. Así, no se ocupaba de organizar la adquisición, el transporte o la venta de la droga, o de su aspecto económico». Falta asimismo "la cooperación en división del trabajo que caracteriza a la coautoría".

Todas las sentencias mencionadas —y ello justifica su tratamiento conjunto— se esfuerzan por restringir la coautoría en el tipo de tráfico de drogas en favor de la complicidad. Bien es verdad que no mantienen la teoría del dominio del hecho, sino que se apoyan, cuando contienen consideraciones de principio relativas a la delimitación, en la teoría normativa de la combinación, defendida unánimemente por la jurisprudencia. Con todo, se aproximan a la teoría del dominio del hecho en considerar que no basta para

[227] *StrV*, 1993, p. 474.

[228] *NStZ*, 1993, p. 444.

[229] *NStZ*, 1994, p. 92.

[230] *StrV*, 1995, p. 197.

[231] *StrV*, 1995, p. 198.

[232] *StrV*, 1995, p. 624.

la coautoría un mero interés en los beneficios, sino que requieren aportaciones objetivamente importantes, refiriéndose no infrecuentemente a aspectos tales como "dominio del hecho", "socio en plano de igualdad" y "división del trabajo".

II. RESUMEN

La exposición y análisis precedentes de todas las sentencias significativas sobre delimitación entre autoría y participación dictadas por el BGH desde que se publicara la primera edición de esta obra, es decir, desde hace más de treinta y cinco años, pone de manifiesto un distanciamiento creciente con respecto a la distinción puramente subjetiva, dependiente exclusivamente de la voluntad de autor, y una progresiva infiltración de los criterios desarrollados por la teoría del dominio del hecho en las sentencias del BGH [233]. Ya en 1986 [234] señalaba KÜPER que sólo habían quedado en la jurisprudencia como criterios de valoración determinantes el interés en el hecho y el dominio del hecho. «Pero estos elementos ya no se yuxtaponen en plano de igualdad, sino que la evolución jurisprudencial evidencia una progresiva retirada del interés a la vez que un avance de la idea del dominio del hecho» [235]. En vista de lo cual, se inclina incluso a considerar que hay que decir adiós a la tradicional "controversia de teorías" [236].

Pero aún es pronto para ello. Las tres formas del dominio del hecho (autoría directa, autoría mediata y coautoría) han experimentado en la jurisprudencia una evolución autónoma, acercándose al principio del dominio del hecho cada una de ellas en distinta medida, de modo que sólo una consideración diferenciadora se ajusta a la praxis.

1. En el dominio de la acción es posible comprobar que el BGH ha llegado a reconocer sin excepciones la autoría del que ejecuta el tipo de propia mano, fundamentándola de modo absoluto en el dominio del hecho del ejecutor [cfr. con más detalle *supra* núms. 27, 50 *r)* y 50 *t)*]. Ciertamente, queda por decidir si en "casos excepcionales extremos" el ejecutor no podrá ser cómplice, pero no se encuentra ningún caso así.

Por el contrario, el único grupo de supuestos posible mencionado en las sesiones de la Comisión Especial, el homicidio cumpliendo órdenes (cfr. *supra* p. 593) lo ha resuelto el BGH estimando la autoría de los "tiradores del Muro" (cfr. *supra* núms. 38 y 44), sin haberse planteado siquiera la posibilidad de estimar complicidad. El reconocimiento del dominio de organización en la jurisprudencia reciente se basa precisamente en la premisa de la autoría responsable del ejecutor directo. Así pues, en esta medida se ha impuesto la teoría del dominio del hecho prácticamente sin restricciones.

[233] También OTTO, *Jura*, 1987, p. 249, advierte una «tendencia general, fácilmente apreciable, desde la teoría subjetiva hacia la del dominio del hecho».

[234] *GA*, 1986, pp. 437-449.

[235] *GA*, 1986, p. 440.

[236] *GA*, 1986, p. 449.

2. Otro tanto cabe afirmar de la autoría mediata. El BGH se basa en sus sentencias decisivas, relativamente numerosas (*supra* núms. 14, 16, 17, 25, 29, 35, 38, 39, 41, 44, 47 y 48), casi exclusivamente en el criterio del dominio del hecho. Las dos sentencias básicas relativas al "autor de detrás del autor", en el caso del Rey Felino (*supra* núm. 29) y del "Consejo Nacional de Defensa" (*supra* núm. 38), han abierto nuevos caminos, al contribuir decisivamente a estructurar el concepto del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata; asimismo, impresionan por la escrupulosidad de su controversia con la doctrina.

Por otra parte, no hay que olvidar que bastantes sentencias afirman la autoría mediata de la persona de detrás sin suficiente fundamentación y en definitiva sin razon (*supra* núms. 17, 25, 39, 47 y 48). Parece que la sentencia BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) ha iniciado una evolución a tenor de la cual «el problema de la responsabilidad en la gestión de empresas de carácter económico» ha de resolverse en general en el sentido de la autoría mediata de los "directivos", equiparándose así sin más las posiciones superiores de la jerarquía empresarial al "dominio del hecho". Lo cual sería un error, que haría retroceder en el ámbito de la delincuencia empresarial a la teoría subjetiva, al fundamentar la mera dirección la voluntad de autor y supuestamente también ya el dominio del hecho. Así, en una de las sentencias decisivas recientes (*supra* núm. 47), fundamentando la autoría mediata, se vuelve a hacer referencia, junto al dominio del hecho, a la "voluntad de autor" y al "interés en el hecho". Lo cual amenaza con difuminar la delimitación entre autoría mediata e inducción. Así pues, es de desear que la juriprudencia venidera maneje restrictivamente el concepto, en sí tan fructífero, del dominio de organización.

3. Donde menos se ha impuesto hasta la fecha, en términos relativos, la idea del dominio del hecho es en la delimitación entre coautoría y complicidad. Aquí la jurisprudencia que ha devenido constante (cuya concepción he denominado con la expresión, que ha ido cobrando carta de naturaleza, de "teoría normativa de la combinación") [237], está dominada por una idea que atiende a una "consideración valorativa global", en la que se consideran "puntos de apoyo esenciales" para la delimitación el interés en el hecho, la amplitud de la participación en el hecho, el dominio del hecho o al menos la voluntad de dominio del hecho. Dado que la "voluntad de dominio del hecho" y la "amplitud de la participación en el hecho" constituyen sim-

[237] Además de en las sentencias analizadas en el texto, la teoría normativa de la combinación se mantiene en otras, no comentadas aquí debido a que utilizan siempre las mismas formulaciones; sirvan como ejemplo BGHR StGB, § 25.2, coautor núms. 16, 18, 19, 28, e interés en el hecho, núm. 5.

plemente requisitos del dominio del hecho, el "interés" y el "dominio del hecho" constituyen los dos criterios centrales de la jurisprudencia actual.

El principal punto débil de esta "teoría" sigue residiendo en que no queda claro qué elemento ha de ser el determinante cuando no coincidan interés y dominio del hecho. Junto a sentencias que se atienen más al dominio del hecho (sobre todo a la magnitud de la cooperación en la fase ejecutiva) (*supra* núms. 18, 26, 27, 28, 30, 31, 36 y 49) [238] hay otras que hacen hincapié en el interés propio (*supra* núms. 15, 17, 23, 24, 37, 42 y 45); en un hecho omisivo se considera fundamentador de autoría un elemento tan extremadamente subjetivo como la "disposición interna" (*supra* núm. 24).

No cabe decir que haya cristalizado una tendencia que dé la preferencia a uno u otro criterio. En su lugar, el BGH parece querer ceder la decisión entre coautoría y complicidad, hasta cierto punto, a un enjuiciamiento del juez *a quo* no susceptible de verificación en vía impugnatoria (con especial claridad *supra* núm. 49). Lo cual se aleja bastante de los parámetros de la teoría del dominio del hecho, que parecía estar avanzando en la jurisprudencia también en la determinación de la coautoría. Antes al contrario, ha disminuido la importancia del dominio del hecho para la coautoría en la jurisprudencia de los últimos años. Así ocurre, al menos, en las sentencias que se conforman para la coautoría con la cooperación en el planeamiento por sí sola (cfr. *supra* núms. 37, 42 y 45). Y ello se pone igualmente de manifiesto, tendencialmente, en la afirmación, reiterada en casi todas las sentencias, de que también los actos preparatorios pueden fundamentar coautoría, pues aun cuando no se consideren suficientes para la coautoría, como se mantiene en esta obra, exclusivamente aportaciones sustanciales al hecho, una interpretación inclinada hacia la teoría del dominio del hecho incidiría mucho más en la relevancia, fundamentadora de autoría, de la cooperación posterior en la ejecución, en lugar de prácticamente elevar las aportaciones preparatorias a prototipo de la coautoría.

La tendencia contraria sólo se pone de manifiesto en los últimos años en la jurisprudencia relativa al tráfico de estupefacientes [*supra* núm. 50 *u), v)*], que si bien no requiere dominio del hecho para la coautoría en la importación o tráfico de drogas, sin embargo, mediante la exigencia de acciones de cooperación de mayor alcance e influjo, le atribuye una relevancia considerablemente superior. En cualquier caso, de los juicios analíticos precedentes se desprende que el BGH intenta contrarrestar la tendencia de los tribunales de instancia a afirmar la coautoría ya en caso de aportaciones al hecho de escasa entidad. De todos modos, esta evolución singular no

[238] Entre ellas se encuentra también la sentencia de la Sala V del BGH de 29 de marzo de 1984, en HOLTZ, *MDR*, 1984, p. 626, donde se dice: «El cómplice apoya el hecho de otro que tiene el dominio del hecho.» La sentencia no se ha recogido en la presente panorámica jurisprudencial debido a que en HOLTZ sólo se reproduce un breve resumen.

se debe a una concepción divergente sobre autoría y participación, sino a la extensión extraordinariamente amplia que había experimentado el tipo del "tráfico" en la jurisprudencia (cfr. *supra* núm. 50). Esta extensión provoca una reacción al menos restrictiva de la autoría, que luego despliega sus efectos también en el elemento de la importación.

La coexistencia subsistente de dominio del hecho e interés en el hecho y la concurrencia de ambos elementos en la jurisprudencia se suele percibir como una especie de compromiso entre las tendencias objetiva y subjetiva de la doctrina de la autoría. Así, JESCHECK señala [239]: «Mediante este acercamiento se habrá conseguido en la práctica la unanimidad para la mayor parte de los supuestos». A juicio de LACKNER/KÜHL [240], «se han reducido notablemente las antítesis como consecuencia del acercamiento de la jurisprudencia a los principios de la teoría del dominio del hecho». Sin embargo, un análisis más detallado evidencia que ello no es así al menos en la delimitación entre coautoría y complicidad. Los parámetros de delimitación siguen siendo divergentes y, al concederse un "margen de maniobra" judicial, los resultados son tan imprevisibles como cuando voluntad de autor y de partícipe constituían los únicos elementos de delimitación.

Sólo cabe esperar que la jurisprudencia vincule en el futuro la coautoría con más fuerza a la acción típica y, por tanto, a la fase ejecutiva, ganando también en este ámbito una conexión más estrecha con la teoría del dominio del hecho. Lo cual es deseable ya porque en el ámbito de la autoría directa y mediata la teoría del dominio del hecho se ha impuesto inequívocamente como único criterio de delimitación. En vistas de ello, resulta contradictorio conformarse en la coautoría con la fórmula de compromiso de la teoría normativa de la combinación, que se aparta de todo parámetro claro y, bajo la apariencia de acercamiento a la teoría del dominio del hecho, deja casi todo como antes.

III. ANTECEDENTES DE POLÍTICA JURÍDICA, SISTEMÁTICOS Y DOGMÁTICOS DE LA JURISPRUDENCIA ÚLTIMA

1. Nuestra panorámica muestra que las posiciones antagónicas y la inseguridad que han caracterizado en los últimos decenios a nuestra teoría de la participación no son dilucidables exclusivamente a través de diferencias dogmáticas. Más bien, en cómo se han opuesto tanto tiempo la teoría subjetiva y la del dominio del hecho se expresan dos concepciones radicalmente distintas sobre la posición del juez con respecto a la ley: La teoría subjetiva deja la delimitación de las formas de participación casi absolutamente en manos del arbitrio del juez, quien posteriormente reviste su decisión con

[239] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 654.
[240] *StGB*[25], 1999, ante § 25, núm. marg. 6.

cualesquiera expresiones formularias; los representantes de la teoría del dominio del hecho, en cambio, como pone de manifiesto la presente obra, se esfuerzan crecientemente por restringir la "libertad de decisión guiada por el sentimiento jurídico" [241] mediante una descripción de las formas de participación lo más taxativa posible. A ello se debe que en la praxis —concretamente de los tribunales de instancia— se trabaje preferiblemente con las voluntades ficticias de autor o de partícipe, mientras que en la doctrina científica, a la inversa, la teoría del dominio del hecho haya llegado a ser la concepción absolutamente dominante.

Al preguntarse por qué una teoría que en buena medida deja las manos libres al juez en la determinación de las formas de participación se acoge en la praxis de buen grado y acríticamente, uno se topa con puntos de vista de política jurídica cuyas raíces se encuentran fuera de la teoría de la participación. Un punto central de la problemática —ya por la gran cantidad de procesos pendientes contra los delincuentes violentos nazis— se halló largo tiempo en los delitos contra la vida, sobre todo en el tipo de asesinato. La conminación penal absoluta del § 211 StGB prevé para el autor (como pena única) la cadena perpetua, sanción que les parece excesivamente dura a algunos jueces cuando concurren circunstancias atenuantes. Lo cual es así en una jurisprudencia que, al imponer penas privativas de libertad en todos los ámbitos de la justicia penal, cada vez procede con más indulgencia, y en los delitos contra la vida con carácter general [242]; y de manera especial, como todo experto sabe, en la punición de los delitos nazis. En situaciones así era de esperar que la praxis se sirviera de la atenuación que el legislador ha previsto en la complicidad para relativizar con carácter general la rigurosa conminación penal del § 211. Esto es, la complicidad se empleó para suplir una cláusula atenuatoria legalmente no prevista. El § 27 StGB (§ 49 de la redacción antigua) se interpretaba —p. ej., con respecto al tipo de asesinato— como si constituyera un § 211.3 StGB del tenor siguiente: «Si concurrieren circunstancias atenuantes, se impondrá la pena privativa de libertad de al menos tres años (§ 49, párrafo 1, núm. 1, StGB).» HANACK ha calificado con razón a esta jurisprudencia como "creación de Derecho" a la medida de la superación "procesal" de los delitos violentos nazis [243]. Hoy se reconoce en general que aquí reside un motivo esencial del tozudo mantenimiento de la teoría subjetiva por parte de la jurisprudencia de posguerra [244]. La

[241] BLEI, *NJW*, 1965, p. 1218.

[242] Así, p. ej., es evidente que la sentencia debatida *supra* (II, núm. 8), en realidad estaba motivada por el afán de evitarle al autor la cadena perpetua, pena que el tribunal no parece haber considerado adecuada, a la vista de la disposición que se enseñoreaba del acusado.

[243] *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen*, 1967, p. 35.

[244] Así, observadores tan objetivos como JESCHECK-WEIGEND (*AT*[5], 1996, p. 654) escriben: «En la jurisprudencia del BGH imperaba hasta ahora la teoría subjetiva..., en lo cual influía tras la II Guerra Mundial la problemática de los delitos violentos nazis. Al enjuiciar los asesinatos cometidos cumpliendo órdenes, en el marco de organizaciones, los tribunales por lo general no se han atrevido a apreciar autoría si los ejecutores vivían en el ámbito de poder de quien ordenaba, desviándose a la complicidad por el cauce de la teoría subjetiva de la participación.»

necesidad de desligarse de esta teoría, sin embargo, se vuelve así tanto más urgente.

La sentencia del BGH en el caso Staschynskij ofrece un ejemplo excelente de dicha transformación de las formas de participación en circunstancias atenuantes. En efecto, cuando en ella se dice [245]: «En circunstancias especiales, las órdenes de delinquir provenientes del Estado pueden constituir circunstancias atenuantes», y cuando a renglón seguido se llama criterios de la complicidad a estas «circunstancias especiales», cabe entender que se ha introducido sin rebozo una reducción extralegal del marco penal. La amplia consideración de la "reparación" efectuada por el acusado con su conducta posterior al hecho sólo cabe encuadrarla razonablemente en el aspecto de la determinación de la pena. Al mismo tiempo, desde este "cambio de función" de la teoría de la participación se comprende que dogmáticamente esté necesitado de una "teoría" desligada de todo criterio objetivo y que deje al arbitrio judicial libertad casi irrestricta en la determinación de las consecuencias jurídicas. Únicamente una teoría de la participación extremadamente subjetiva, aplicada como se ha hecho en las sentencias analizadas *supra*, puede cumplir tal cometido. Por eso es de temer que, en tanto que se lleve a cabo tal praxis en la determinación de la pena, a pesar de todas las críticas e incluso del nuevo § 25.1 StGB, la teoría subjetiva pueda quedar como dueña del campo [246].

Queda fuera del objetivo de esta exposición el indagar las causas que —p. ej., en el asesinato— han determinado que el deseo de contar con una atenuación extralegal de la pena sea tan eficaz. Únicamente un estudio que esclareciese el trasfondo sociológico podría separar aquí los argumentos legítimos de los cuestionables [247]. En este contexto, baste la idea, que en serio no puede ponerse en duda, de que en todo caso los esfuerzos por

[245] *BGHSt*, 18, 94.

[246] Resulta curioso que el debate en el Comité Especial, reproducido *supra* (pp. 592 ss.), relativo a la cuestión de si tampoco puede ser cómplice el ejecutor de propia mano, incluso con arreglo al nuevo § 25.1 StGB, en "supuestos extremos", se trataba exclusivamente del ejemplo de un crimen violento nazi (pelotón de fusilamiento).

[247] De todos modos, hay que señalar que las penas leves para castigar los delitos violentos nazis, junto a la aprobación de una opinión pública amplia, pero casi siempre anónima, también han encontrado una crítica enérgica (cfr. las referencias en la importante obra editada por HENKYS sobre *Die nationalsozialistischen Gewaltsverbrechen*). En la resolución, publicada hace decenios (*JZ*, 1966, p. 714 ss. = *NJW*, 1966, p. 2049), de una comisión de expertos convocada por la diputación permanente el Congreso Alemán de Juristas, se dice literalmente: «La comisión ha tenido conocimiento, con preocupación, de sentencias en las que crímenes violentos nazis han sido castigados con penas llamativamente leves; en una parte relevante de estos casos, condenando como cómplices a autores de asesinatos.» Material documental impresionante relativo a la jurisprudencia sobre la participación en los delitos violentos nazis y sobre los antecedentes de esa "comisión de expertos", de la que también formó parte el autor de esta obra, lo proporcionan la Fiscal B. JUST-DAHLMANN y el juez H. JUST en su obra *Die Gehilfen*, 1988.

cumplir tales deseos deshaciendo la teoría de la participación no son compatibles con la ley [248]. En efecto, el legislador habría podido y debido prescindir de los numerosos preceptos en que se prevé expresamente la reducción de la pena mínima cuando concurren circunstancias atenuantes, si la cuestión ya hubiera quedado solucionada mediante la figura jurídica de la complicidad. Además, ya el tenor literal de la ley, que atiende inequívocamente a la forma de intervención, hace que tal interpretación científicamente ni siquiera pueda plantearse.

De todos modos, la concepción de que "complicidad" es sinónimo de "circunstancias atenuantes" nunca se ha mantenido expresamente ni en la doctrina científica partidaria de la teoría subjetiva ni en la jurisprudencia. Sin embargo, cuán poco cabe delimitar la teoría subjetiva con respecto a tales consecuencias *contra legem,* lo muestra un autor tan meritorio en relación con el respeto de nuestro Derecho penal por los principios del Estado de Derecho como BAUMANN, principal representante de la teoría subjetiva en la actualidad, que escribe [249]: «La cuestión de la participación debe solucionarse autónomamente y sólo cuando se da realmente complicidad (y no autoría, con la consiguiente conminación penal absoluta de la cadena perpetua) [250] ha de encontrarse la pena justa dentro del marco penal correspondiente a la complicidad. En esta medida hay que darle la razón a ROXIN en que las consideraciones sobre medida de la pena no pueden determinar la cuestión de autoría o complicidad.» No obstante, a continuación incluye la siguiente observación: «No hay que darle la razón, por el contrario, en la medida en que la delimitación... tiene que resultar en función de la dirección de voluntad delictiva, esto es, que también la intensidad de la voluntad delictiva debe tener importancia e incluso ser la que da sentido a la distinción entre coautoría y complicidado». Aquí, lo que se había considerado correcto en la frase anterior queda anulado en la observación. En efecto, la "intensidad de la voluntad delictiva" no designa ninguna magnitud mensurable, sino un concepto valorativo indeterminado [251]. De quererse vincularle un sentido tangible, no puede ser sino el de estimar que, si concurren circunstancias

[248] En definitiva en el mismo sentido HANACK, *op. cit.,* pp. 36 ss., que reproduce también sentencias inéditas, pp. 39 ss. Además, se dice también en la resolución de la comisión citada en la nota 215: «La comisión no ha dejado de tener en cuenta que en supuestos de autoría, particularmente en el actuar cumpliendo órdenes en una situación de conflicto análoga al estado de necesidad, la cadena perpetua puede parecer demasiado dura. Un sector de la comisión ha defendido la opinión de que para tales casos surgidos de una situación extraordinaria podría tenerse en consideración excepcionalmente una circunstancia atenuante supralegal; otros miembros proponen dejar la solución en manos del legislador o del ejercicio del derecho de gracia.» De donde se desprende con claridad que, aun con todas estas divergencias, en general existía completo acuerdo acerca de que estimar complicidad no supone una solución viable de este problema.

[249] En HENKYS, *Die nationalsozialistischen Gewaltsverbrechen,* pp. 317-318, antes de y en nota 162.

[250] En la actualidad, pena de prisión.

[251] Acerca de su inadecuación para delimitar autoría y participación, cfr. ya *supra,* pp. 49-51 y *passim*.

atenuantes, la voluntad criminal es de menor intensidad y, si faltan, más intensa. Pero así vuelven a afluir sin trabas a la teoría de la participación todas las consideraciones sobre determinación de la pena, que incluso BAUMANN pretende desterrar de ella, ayudando a determinar la propia medida de la culpabilidad y, por tanto, la magnitud de la energía criminal.

Así pues, resulta que la teoría subjetiva favorece una tendencia a reinterpretar las formas de participación como circunstancias de determinación de la pena, explicable a través de diversas causas de política jurídica, pero no compatible con la ley, tendencia rechazada por sus propios partidarios. Es de esperar que la nueva situación legal, tal como se interpretó *supra* (pp. 589 s.), y el final de los procesos contra criminales nazis, inevitable por el transcurso del tiempo, pongan fin a estas tendencias. Ya la jurisprudencia de los últimos años muestra que el BGH se va distanciando cada vez más de una teoría subjetiva como la que p. ej., defendía el RG. Pero la "teoría normativa de la combinación", hoy dominante, sigue otorgando al juez, en la determinación "valorativa" de autoría y participación, un margen de decisión semejante al de la determinación de la pena. Por tanto, el giro definitivo sólo cabe esperarlo cuando se imponga en la jurisprudencia también en el aspecto dogmático la idea que fundamenta a la teoría objetivo-material: que autoría, inducción y complicidad son manifestaciones del injusto típico en las que no tienen influencia alguna las consideraciones relativas a la culpabilidad y a la determinación de la pena, desligadas del injusto.

Cierto proceso evolutivo al margen de la teoría de la participación probablemente facilite en el futuro a la jurisprudencia prescindir de la circunstancia atenuante extralegal de transformar la autoría en complicidad. La sentencia BGHSt 30, 105 (119) ha reconocido ya, enlazando con BVerfGE 45, 187, que en el tipo de asesinato puede haber casos en los que «imponer cadena perpetua sería desproporcionado a pesar de la gravedad del injusto típico, debiendo atenuarse la pena por la vía del § 49, párrafo 1, núm. 1». De esta suerte, por fin se ha creado en el tipo de asesinato, por la vía de la creación judicial del Derecho ajustada a la Constitución, la "circunstancia atenuante supralegal", tal como se ha reclamado con tanta frecuencia en el debate en torno a la delimitación entre autoría y participación en el marco del § 211 StGB. Curiosamente, la clave de atenuación del § 49.1 StGB a la que recurre el BGH es justamente la misma que la resultante de aplicar el marco penal de la complicidad (§ 27.2). Bien es verdad que el Plenario de lo Penal hasta ahora ha limitado su innovadora resolución al elemento de la alevosía; pero responde a la naturaleza de las cosas que la posibilidad de atenuación ha de valer para todos los supuestos de asesinato en los que la cadena perpetua resultaría desproporcionada según parámetros constitucionales. Así pues, desde la perspectiva de la equidad y de la proporcionalidad en el futuro no va a existir motivo para dejar que la magnitud

de la culpabilidad alcance influencia en la delimitación entre autoría y participación.

2. Así llegamos a abordar el problema básico de toda la teoría de la participación, el de su encuadre en el tipo o en la cupabilidad, cuestión a la que sólo puede contestarse a partir de la función dogmática de estas categorías sistemáticas. Hasta ahora no se la ha tratado en términos científicos y de modo amplio, debido a que en general se consideraba una obviedad tivial el que la autoría no significaba sino realización del tipo. En esta premisa se basaba la teoría objetivo-formal, imperante absolutamente en la doctrina hasta comienzos de los años treinta. En la actualidad, también la consideran como base de su doctrina de la autoría los partidarios de la teoría objetivo-material. Ni los propios autores que simpatizan con teorías subjetivas suelen cuestionar este principio. Ya V. BURI, al que se remonta la asunción de la teoría subjetiva por el RG, siempre subrayaba expresamente que la realización del tipo de propia mano fundamenta en todo caso autoría [252]; y el nuevo § 25.1 StGB se basa ahora expresamente en este principio. No obstante, es necesario destacar esta aparente obviedad, puesto que la teoría subjetiva sólo podría fundamentarse dogmáticamente considerando a la delimitación entre autoría y participación como problema de la culpabilidad. La complicidad sería, entonces, una causa de disminución de la culpabilidad, cuya aprobación podría hacerse depender, consecuentemente, de la disposición interna del sujeto agente. HANACK [253] ha dicho con razón acerca de la sentencia del caso Staschynskij que en ella se evidencia que el BGH «considera a la delimitación entre autoría y participación como una cuestión de evaluación justa de la *culpabilidad*».

Sin embargo, este fundamento teórico carece de solidez. Más bien lo cierto es que la doctrina de la autoría se encuadra en el tipo (más exactamente, en el injusto típico). La formulación absolutamente objetiva de la ley, la deducción, a partir de la autoría indubitada del sujeto que realiza el tipo, de la virtualidad fundamentadora de autoría (con carácter general) de la realización del tipo de propia mano y la falta de relación entre la culpabilidad y autoría y participación, por fin establecida con claridad al haberse introducido la accesoriedad limitada, para esta concepción incluso quedan en cuanto a importancia por detrás del principio fundamental del Estado de Derecho de que nuestro Derecho penal es un Derecho penal del hecho, y no de la actitud, y que, por consiguiente, únicamente la comisión de la acción típica puede dar lugar a la pena por autoría. El que mueve la cabeza en señal de aprobación ante el hecho de otro, el que proporciona la ganzúa para el robo con fuerza en las cosas o el papel para la falsificación documental, por muy antisocial e inmoral que sea su actitud, en cualquier caso no ha

[252] Al respecto con detalle SAX, *JZ*, 1963, pp. 332 ss.

[253] Como en nota 243, p. 34.

realizado el tipo. Por eso, sólo se le puede punir —*nulla poena sine lege*— en tanto que el legislador así lo establezca habiendo introducido expresamente especiales formas de participación. Por el contrario, el que realiza el tipo a sabiendas y voluntariamente, es autor y, no quedando su responsabilidad excluida por otras razones, es castigado como tal; su eventual culpabilidad inferior se tiene en cuenta en el marco de las causas de disminución de la culpabilidad (§§ 17 y 21 StGB) y de la determinación de la pena, pero no afecta en absoluto a su autoría.

El sentido, propio de Estado de Derecho, de esta regulación reside en que la actitud y la peligrosidad del individuo sólo ha de dar lugar a la pena estatal en tanto que se hayan materializado en la realización del tipo, en acciones externas. A esta idea responde que los modos de cooperar menos intensos, que se encuentran fuera del tipo y, por tanto, fuera del núcleo delictivo, se castigan cada vez menos a medida que van estando menos próximos al hecho. El legislador lo tiene en cuenta, en el caso de la complicidad, a través de una atenuación de la pena antes facultativa y en la actualidad ya obligatoria, a tenor del § 27.2 StGB. Ciertamente, para la inducción sigue estando previsto el mismo marco penal que para la autoría (§ 26 StGB); pero ello se basa sólo en la suposición del legislador de que la menor proximidad del inductor al hecho, allí donde no quede compensada por el desvalor suplementario de la corrupción del instigado, se puede «tener en cuenta suficientemente en la determinación de la pena dentro del marco penal general» [254]. No obstante, también aquí se evidencia en la propia ley la discriminación según la proximidad al hecho, con sólo retrotraerse a la fase de tentativa. La autoría intentada se castiga también en una parte de los delitos menos graves, la inducción intentada sólo en los delitos graves y la complicidad intentada no se castiga en absoluto [255].

Para el Derecho penal del hecho, en el fondo es evidente que la medida de la aportación al hecho efectuada por el individuo tiene que ser tenida en cuenta en la forma indicada y que la "disposición interna" del autor, su actitud, la intensidad de su voluntad delictiva no puesta de manifiesto en acciones externas, etc., sólo pueden desplegar eficacia en la determinación de la pena en tanto que lo permita el marco penal del autor, del inductor y del cómplice, a indagar con arreglo a criterios objetivos. El escollo por el que ha fracasado la teoría objetivo-formal, a pesar de su punto de partida

[254] En tal sentido la Exposición de Motivos del Comité Especial, *Bundestagsdrucksache*, v/4095, p. 13. Con respecto a las razones en favor de atenuar facultativamente la pena en la inducción cfr. en concreto Fr.-Chr. SCHRODER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 202 ss.

[255] Sería difícil de entender que para la delimitación hubiera que atender a la intensidad de la voluntad delictiva o a la disposición interna, pues en la "culpabilidad", desvinculada del tipo, de aquel que instiga a otro a un delito menos grave carece de influencia que el hecho, luego, sin su intervención, deje de producirse. También la impunidad, p. ej., de la complicidad intentada en el asesinato, ha de fundarse sólo en la lejanía al tipo de este comportamiento y no en consideraciones relativas a la culpabilidad.

acertado y a pesar del imponente número de sus partidarios, consiste únicamente en la idea de que el concepto de la realización del tipo no puede limitarse en todos los supuestos a la realización de propia mano de los elementos del precepto penal, resultando posible también realizar algunos tipos sirviéndose de un "instrumento" humano (autoría mediata) o compartiendo la ejecución con otro (coautoría). La necesidad de ampliar así el concepto de tipo y de autor formal con otro material se deduce ya del propio Derecho positivo (§ 25 StGB), cuyo criterio del "cometer" se basa en un concepto material, en tales términos, de realización del tipo.

El modo en que han de determinarse los requisitos de la autoría sobre la base de tal concepto material de tipo lo he intentado fundamentar pormenorizadamente en la presente obra en los planos dogmático y metodológico. Bien es cierto que hay aún problemas que necesitan ulterior esclarecimento. Sin embargo, la base sobre la que ha de moverse el debate habrá quedado fija: Sólo puede tratarse, en todo caso, de establecer los criterios personales del injusto típico.

No obstante, la teoría subjetiva, cuando se la maneja como ocurre en las sentencias analizadas *supra* y en general en la praxis, invierte esta sencilla idea, convirtiéndola en lo contrario. Al considerar irrelevante la clase de la aportación externa al hecho, pasa por alto inadmisiblemente la cuestión del tipo y desplaza la diferenciación al ámbito de la culpabilidad y de la determinación de la pena, aun cuando éste está regulado con carácter cerrado por medio de las causas de exclusión y de disminución de la culpabilidad, de supuestos leves y graves y directivas semejantes. La contrariedad a la ley de este giro interpretativo ha quedado ya expuesta más pormenorizadamente *supra*. Con todo, desde los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho penal, requiere una consideración más amplia que la que en definitiva conduce a alejar a las formas de participación, como categorías jurídicas autónomas, de la teoría del delito, haciéndolas desaparecer en consideraciones generales sobre merecimiento de pena. El Ministerio de Justicia Federal caracterizó así ya en 1964 a nuestra jurisprudencia sobre la participación [256]: «Si para la delimitación entre autoría y participación sigue siendo determinante la disposición interna del acusado, para la delimitación en el caso concreto importa a partir de qué indicios el tribunal extrae como conclusión la voluntad de autor propia del acusado. Las comprobaciones pertinentes han de llevarse a cabo en todo caso valorando todas las peculiaridades del caso concreto.» Lo que no se entiende es como un procedimiento así, que tenga en cuenta todos los factores significativos de la "disposición interna", se distingue de la habitual determinación de la pena. Así, dejando a criterio del tribunal a partir de qué indicios extraer la conclusión

[256] En el folleto, editado por el Ministerio, *Die Verfolgung Nationalsozialistischer Straftaten im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland,* 1964.

de que existe voluntad de autor, y dando de lado a todos los baremos jurídicos, en favor de las "peculiaridades del caso concreto", sobre la reducción de la pena decide el arbitrio del juez que juzga sobre los hechos, quien consecuentemente estaría sustraído incluso a la revisión por parte del tribunal superior. En efecto, a "las peculiaridades del caso concreto" no puede acceder el tribunal superior, cuanto más que también la relevancia de los indicios sería cuestión del supuesto individual. Dogmáticamente, esta praxis desembocaría en el establecimiento del concepto de autor unitario y en la simultánea introducción de una posibilidad general de atenuación de la pena con arreglo al § 27 StGB. Tal postura sería razonable desde la perspectiva de un Derecho penal del autor que eligiera cualquier contacto, por fugaz que fuera, con el suceder del hecho —con arreglo a la jurisprudencia (al menos hasta la fecha no abandonada expresamente) para afirmar la autoría basta, como es sabido, un "reforzamiento de la resolución del hecho" ni siquiera necesariamente causal— simplemente como punto de enlace para un enjuiciamiento de la personalidad en que se basara la pena. Sin embargo, es evidente que esta concepción resulta completamente incompatible con el Derecho vigente.

Esta praxis tan extendida nunca ha sido fundamentada científicamente en la jurisprudencia reciente. Desde la perspectiva de la historia dogmática, se basa en premisas hace tiempo superadas [257]. Una de sus raíces reside en la opinión, muy difundida a finales del siglo pasado bajo la influencia de ideas de las ciencias naturales, de que, de entre los datos externos del hecho, solamente la modificación causal del mundo exterior merece tenerse en cuenta, pero que, debido a la equivalencia de todas las condiciones del resultado, es imposible distinguir con arreglo a puntos de vista objetivos, pudiéndose buscar la diferencia establecida por la ley entre las formas de participación únicamente en el aspecto subjetivo del hecho [258]. La segunda raíz surge de la primera: Si la delimitación entre autoría y participación sólo puede efectuarse con arreglo a criterios subjetivos, y si además, como se estimaba en los años del cambio de siglo, todos los elementos subjetivos de la acción han de asignarse a la culpabilidad, la propia teoría de la participación puede ser sólo un problema de la culpabilidad: Autoría y participación se convierten en grados de culpabilidad distinguibles simplemente en lo cuantitativo [259].

Ambos presupuestos están hoy superados y tampoco se recurre ya a ellos en la jurisprudencia, sin que, no obstante, se haya procurado otra fundamentación a la teoría subjetiva. Sencillamente, la jurisprudencia la ha manejado decenio tras decenio como algo establecido, sin polemizar con la doctrina siempre dominante. El momento de decirle por fin adiós también en la

[257] Al respecto en profundidad y acertadamente, Sax, *JZ,* 1963, pp. 329 ss.
[258] Esto ya se ha expuesto *supra,* pp. 23-26.
[259] Al respecto especialmente Sax, *op. cit.,* pp. 333-335, con bibliografía.

jurisprudencia se produjo, como muy tarde, con la entrada en vigor de la nueva "Parte General" del StGB. Hay que reconocer que la jurisprudencia ha dado pasos notables en esta dirección desde 1975. En efecto, el término, mantenido formalmente, de la "voluntad de autor", se va dotando progresivamente de contenido material mediante el criterio del dominio del hecho, que se ha acabado por imponer claramente en la determinación de la autoría directa y de la mediata y sólo en la delimitación entre coautoría y complicidad queda relativizado por el criterio del interés, que se emplea en plano de igualdad [260]. Únicamente en este ámbito (central, desde luego) perdura en la actualidad la discrecionalidad judicial que antes caracterizaba a toda la delimitación entre autoría y participación; la cual incluso alcanza nueva actualidad aquí, al conceder un "margen de maniobra" para el enjuiciamiento judicial. Todo lo que cabía decir contra la teoría subjetiva de antiguo cuño sigue siendo aplicable hoy frente a la "consideración valorativa global" de la teoría nomativa de la combinación.

§ 44. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA

I. NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

1. La teoría del dominio del hecho hoy

En la doctrina, desde la aparición de esta obra, la teoría del dominio del hecho ha llegado a ser la dominante en absoluto, al principio, pero en los últimos diez años se ha visto a veces confrontada, si bien no con una vuelta a la teoría subjetiva, sí con los intentos de autores concretos de preconizar otros planteamientos.

Veamos en primer lugar la teoría del dominio del hecho. Incluso autores que antes habían mostrado simpatías por la teoría subjetiva —tales como Bockelmann [261], Busch [262] o Wessels [263]— han acogido después como criterio de delimitación el del dominio del hecho [264]. Después de que los Comentarios de Schönke-Schröder [265] se hayan pasado sustancialmente a la teoría del

[260] Cfr. mis análisis de las sentencias dictadas desde 1975, pp. 622 ss., y la síntesis en pp. 676 ss.

[261] *Supra*, pp. 104 ss.

[262] *Supra*, p. 101.

[263] *AT*[4], 1974, p. 89 (delimitación subjetiva sobre una base objetivo-típica).

[264] Bockelmann, *AT*[3], 1979, p. 177, así como Bockelmann-Volk, *AT*[4], 1987, p. 177; Busch, *LK*[9], 1970, núm. marg. 13 ante § 47; Wessels-Beulke, *AT*[28], 1998, núm. marg. 517.

[265] Schönke-Schröder-Cramer, *StGB*[25], 1997, núms. margs. 62 ss. ante § 25; Cramer defiende «la necesidad de tener en cuenta elementos subjetivos dentro de una teoría delimitadora orientada fundamentalmente por la idea del dominio del hecho» (núm. marg. 80).

dominio del hecho, cabe considerar hoy a Baumann y a algunos de sus discípulos [266] como únicos y últimos defensores de la concepción subjetiva. La hegemonía científica de la teoría del dominio del hecho se pone de relieve en que las ediciones décima y undécima del *Leipziger Kommentar* (1978, 1992), en el comentario de los §§ 25 ss. las he reescrito yo en el sentido de la teoría del dominio del hecho, y en que las recientes monografías de Herzberg [267], Bloy [268], Bottke [269], Murmann [270], Schild [271] y Renzikowski [272], se basan en esta teoría. Incluso autores que sitúan en el centro de la delimitación la "autonomía", como M. K. Mayer [273], o el "principio de responsabilidad propia", como Schumann [274], en el fondo comparten la teoría del dominio del hecho, porque precisamente son la atonomía o la responsabilidad propia del ejecutor lo que por lo general excluye del dominio del hecho a los demás cooperadores. Renzikowski [275], con ayuda de la idea de autonomía y la teoría —afín a ésta— de la prohibición de regreso, propugna precisamente llegar a una "reformulación de la teoría del dominio del hecho".

De los nuevos tratados, los de Jakobs [276], Kühl [277] y Gropp [278] se basan en la teoría del dominio del hecho [279]. Jakobs coincide en las cuestiones centrales con la posición mantenida en esta obra. Kühl señala: «Para un Derecho Penal del hecho, el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado de determinación de la autoría»; y asume las figuras jurídicas, desarrolladas en esta obra, del dominio de la acción, dominio de la voluntad y

[266] Baumann-Weber, *AT*[9], 1985, pp. 535 ss. También Weber, discípulo de Baumann (*Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts*, 1976, pp. 296 ss., 327 ss.), y Arzt (*JA*, 1980, pp. 556 ss.; *JZ*, 1981, p. 414) se han declarado partidarios de la teoría subjetiva, obviamente hasta ahora sin haber publicado ninguna obra específica sobre teoría de la participación.

[267] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977.

[268] *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, habilitación, Gotinga, 1985.

[269] *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992.

[270] *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, 1993.

[271] *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994.

[272] *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

[273] *Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zur mittelbaren Täterschaft und Einwilligung*, 1984.

[274] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.

[275] Como en nota 272, pp. 34, 77.

[276] *AT*[2], 1991, pp. 21-35 ss.

[277] *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 29, y con respecto a las formas de autoría, núms. margs. 27 ss.

[278] *AT*[1], 1998, § 10, núm. marg. 38.

[279] También en el extranjero va alcanzando consideración creciente la teoría del dominio del hecho. Hay que resaltar las dos amplias monografías de Díaz y García, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, y Herlitz, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives provided by the Model penal Code, Swedish law and Claus Roxin*, 1992, obras que mencionan y debaten, ambas, la presente monografía; Díaz y García defiende incluso la teoría del dominio del hecho (acerca de su concepción de la coautoría, cfr. *infra*, pp. 732 s.). Ha de quedar para otra ocasión el análisis de estas obras tan significativas. A finales de 1998 se publicó la traducción española de la 6.ª ed. de esta obra (750 pp., editorial Marcial Pons, Madrid, traductores: Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). Acerca de la teoría del dominio del hecho en el Derecho francés, Czepluch, p. 198.

dominio funcional del hecho. Lo mismo sostiene GROPP, que incluso hace residir en esta sistematización "el atractivo de la teoría del dominio del hecho". Así pues, en las cuestiones básicas de la delimitación reina hoy mucha más claridad que antes, habiendo dejado de ser cierto que la teoría de la participación sea «el capítulo más oscuro y confuso de la Ciencia alemana del Derecho Penal», como en la introducción de esta obra [280] aún podía proclamarse con razón [281]. Así, STEIN [282], antagonista de mi postura, no obstante subraya que las "líneas básicas" de la teoría que mantengo "se han impuesto en general en la doctrina". También SCHONEBORN [283] opina que la presente obra «ha conseguido una precisión del concepto del dominio del hecho que podría ofrecer a los tribunales directrices sólidas para la aplicación del Derecho».

Obviamente, este amplio consenso sobre la teoría del dominio del hecho no significa que también reine unanimidad en todas las cuestiones concretas. Pero el debate se mueve a grandes rasgos en un marco proporcionado por la teoría del dominio del hecho y colma los espacios de interpretación que deja este marco. Ante todo, hay dos divergencias de las que se nutre una controversia básica de los autores que defienden la teoría del dominio del hecho o son afines a ella. En primer lugar, los defensores de un concepto de dominio del hecho estructurado normativamente se oponen a otros partidarios de esta teoría que atienden más a las relaciones reales de dominio. Así señala, p. ej., JAKOBS [284] que el dominio del hecho «se determina en la doctrina en general demasiado naturalísticamente (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como fundamento de incumbencia)», mientras que recientemente le opone RENZIKOWSKI [285], representante de la posición contraria: «Una dogmática penal normativa sin relación a hechos carece de fundamento» [286]. Por otra parte, existe una antítesis entre una corriente que, basándose en la idea de autonomía, rechaza la figura del autor de detrás del autor, por entender que detrás de un autor responsable ningún otro puede tener el dominio del hecho, mientras que otra, preconizada en esta obra y ahora mantenida en la jurisprudencia, reconoce distintas manifestaciones del dominio que pueden concurrir simultáneamente y con distinto grado. Estos problemas de principio, así como otras cuestiones concretas

[280] *Supra*, p. 1.

[281] En mi mismo sentido, SCHILD, p. 5.

[282] *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 22; la postura mantenida en esta obra «ha ejercido, con mucho, la influencia mayor», sirviendo de base a «numerosos comentarios, manuales y artículos». En términos semejantes MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 88: «Con esta obra se ha impuesto en la doctrina la teoría del dominio del hecho.»

[283] *ZStW*, 87 (1975), p. 911.

[284] *AT*², 1991, pp. 21-33.

[285] *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 80.

[286] LÜDERSSEN, *Kriminologie*, 1992, pp. 465 ss., se esfuerza por fundamentar criminológicamente la delimitación entre autoría y participación, teniendo especialmente en cuenta el principio del dominio del hecho.

controvertidas se tratarán en la exposición subsiguiente en los contextos en que surten efectos prácticos, singularmente en el de la autoría mediata.

Sin embargo, antes de exponer las distintas modalidades de la autoría en el último estadio del debate, resulta necesaria una breve controversia con las teorías que intentan delimitar autoría y participación sin la pauta del dominio del hecho, tales como las de SCHMIDHÄUSER, STEIN, KÖHLER/KLESCZEWSKI y FREUND.

2. La teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER

SCHMIDHÄUSER [287] desarrolla una "teoría de la totalidad" en la que para la autoría "nunca resulta decisivo un elemento en concreto, sino cada elemento sólo dentro de la totalidad". En enumeración no exhaustiva, menciona dieciséis de estos elementos, como, p. ej., la presencia en el lugar del hecho, la magnitud del dominio del acontecer, la intensidad de la preparación del hecho, el interés en el hecho, etc. Determinante para la cuestión de si se da autoría, inducción o complicidad puede ser en cada caso "otro rasgo concreto del suceso".

Esta tesis no es asumible [288], pues de esta manera la delimitación entre autoría y participación se desvanece en la arbitrariedad incontrolable, porque no se sabe qué "rasgo concreto" en cada caso "ha de ser determinante". Queda en el aire cómo hay que decidir cuando se dan algunos de estos "elementos", pero no otros, lo cual no se ajusta al mandato de taxatividad legal, que también es aplicable a las formas de participación.

Posteriormente, este autor —polemizando con la concepción mantenida en esta obra— ha desarrollado la tesis de que también los defensores de la teoría del dominio del hecho siguen, frente a lo que piensan, el método desarrollado por él, de manera que el "dominio del hecho" sólo representa un «nombre supuesto de la delimitación totalizadora de autoría y participación en Derecho Penal» [289]. Lo cual no es admisible, pues bien es cierto que el dominio del hecho no es un concepto definible de modo exhaustivo, pero el método que aquí se sigue, de hacer que el principio del dominio se despliegue como pauta al ir atravesando la materia jurídica [290], deja surgir, sin embargo, estructuras definidas, como los conceptos de dominio de la

[287] *AT*², 1975, pp. 14-152 ss. (156 ss.), de donde se toma la cita; *StuB*², 1984, pp. 10-163 ss.

[288] Crítica más detallada en ROXIN, *ZStW*, 83 (1971), pp. 394 ss.; anticrítica en SCHMIDHÄUSER, *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, pp. 343 ss. (349 ss.). También se oponen a la teoría de SCHMIDHÄUSER KÜPER, *GA*, 1986, pp. 443 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 307 ss.; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 121 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 39 ss.

[289] En tal sentido el título de su aportación a *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, pp. 343 ss.

[290] Acerca del método aquí empleado, cfr. resumiendo y concretando desde la perspectiva de teoría jurídica, *supra*, pp. 589 ss., así como *infra*, pp. 700 ss.

acción, dominio de la voluntad (con las subdivisiones de dominio por coacción, dominio en virtud de error, dominio de organización), que precisamente le faltan a la "teoría de la totalidad". Asimismo, con el "interés directo o indirecto en el hecho", la "intensidad de la preparación del hecho" y criterios análogos, SCHMIDHÄUSER recurre a puntos de vista que no desempeñan papel alguno, de entrada, para la coautoría según la teoría del dominio del hecho.

Mayores semejanzas presenta el método de SCHMIDHÄUSER con la teoría normativa de la combinación mantenida por la jurisprudencia, a la que se refiere al final de su artículo [291]. Pero así se expone a todas las objeciones que cabe esgrimir contra este modo de proceder de la "consideración valorativa de todas las circunstancias" [292]. Otro tanto cabe decir de los autores que, sin un planteamiento metodológico propio, asumen en mayor o menor medida la posición de la jurisprudencia [293].

3. La teoría de las formas de participación de STEIN

Una concepción completamente novedosa la ha desarrollado STEIN en su valiosa obra sobre la "Teoría jurídico-penal de las formas de participación" ("Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre", 1988). STEIN pretende basar las formas de participación en la teoría general de la imputación y encuadrarlas en un sistema funcional del delito como el que prevalece en la dogmática reciente. En su opinión, la teoría del dominio del hecho no satisface las exigencias de un sistema teleológico así, viviendo «en definitiva de su *relativo* rigor *(Stringenz),* en comparación con otras teorías, y de lo aceptable de sus resultados» [294]. En esa medida, ciertamente representa "un gran progreso", en tanto que «su estructura conceptual netamente diferenciada da ya con gran precisión la clave de los resultados interpretativos». Pero le falta "un basamento suficiente en el concepto general del delito". «Sólo este basamento normativo permite esperar una fundamentación óptima, orientada a los fines de la pena, de los resultados concretos.»

Sin embargo, no cabe estar de acuerdo. El basamento normativo tanto del principio rector de la figura central como de su desglose en dominio del hecho, infracción de deber y comisión de propia mano, como se ha expuesto profusamente *supra* (pp. 684 ss. y *passim*) en polémica con la jurisprudencia y con la doctrina subjetiva de la participación, reside en la teoría del tipo: Autor es el que actúa típicamente, aquel al que puede imputársele la realización del tipo como obra suya en solitario o con otros. Partícipe es el que efectúa un ataque a un bien jurídico accesoriamente, sin realizar el tipo. El trasfondo normativo, de política jurídica y constitucional, de la distinción reside en el Derecho penal del hecho, del tipo —*Tat(bestands-)strafrecht*—, como efecto del principio *nullum crimen sine lege.*

Por el contrario, STEIN, sobre la base de una teoría del injusto orientada exclusivamente al desvalor de acción, pretende distinguir entre norma de conducta para el autor, para el inductor y para el cómplice [295]. Estas normas son, en su opinion, de distinta "perentoriedad". La más perentoria es la norma de conducta para el autor, mientras que en la participación el deber impuesto al sujeto principal erige una "muralla" [296] relativamente sólida ante el objeto del bien jurídico, «de manera que seguramente también sería defendible dotar a las normas de conducta para el partícipe de menor perentoriedad». No obstante, el legislador ha conferido a la norma de conducta de la inducción la misma perentoriedad, porque el inductor menoscaba en el sujeto principal la fuerza motivadora para comportarse conforme a deber, "horadando" [297] así la muralla erigida ante el objeto del bien jurídico. En cambio, la norma de conducta para el cómplice tiene "menor perentoriedad", explicándose así también la reducción del marco penal que la ley establece.

Debe quedar reservado para otra ocasión debatir esta derivación, determinada por las normas de conducta, de las formas de participación con la profundidad que merece. En cuanto a los resultados, no diverge excesivamente de las soluciones mantenidas en esta obra; esta cuestión es posible abordarla al analizar las distintas formas de autoría. Pero ya aquí cabe decir que no he conseguido convencerme de que STEIN haya encontrado un mejor fundamento normativo de las formas de participación [298]. Problemática es la propia graduación de deberes de conducta en función de su mayor o menor perentoriedad. En efecto, el comportamiento no ajustado a Derecho

[291] *Stree/Wessels-Festschrift,* 1993, pp. 362 ss.

[292] Al respecto exhaustivamente *supra,* pp. 681 ss.

[293] Por ejemplo GEERDS, *Jura,* 1990, pp. 173 ss. Para GEERDS, los criterios determinantes para delimitar autoría y participación son la "contribución a la ejecución del hecho", el "interés directo en el hecho o en su resultado" y la "relación con los intervinientes en el hecho" (aludiéndose con ello a elementos esenciales del dominio del hecho).

[294] Esta cita y las siguientes: *Beteiligungsformenlehre,* pp. 22 ss.; cfr. asimismo pp. 62 ss., 196 ss.

[295] *Beteiligungsformenlehre,* pp. 238 ss.

[296] *Beteiligungsformenlehre,* p. 241.

[297] *Beteiligungsformenlehre,* pp. 242 ss.

[298] La controversia más profunda con la obra de STEIN se debe a KÜPER, *ZStW,* 105 (1993), pp. 445 ss. Aun reconociendo (con razón) la sutileza y riqueza de ideas de la obra, llega al mismo resultado (p. 482): «A su "nueva imagen" de la doctrina de la autoría y de la participación le falta... poder de convicción, y el "nuevo sistema" que el autor brinda con gran elocuencia contribuye así indirectamente a rehabilitar el "antiguo". Este hallazgo suscita asimismo notables dudas acerca de si, desde la base de teoría de las normas sobre la que STEIN erige su sistemática, puede captarse adecuadamente lo injusto específico de la participación en el hecho ajeno (y de la participación en general).» Críticamente sobre la teoría de las formas de participación de STEIN también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe,* 1992, pp. 224 ss., quien, sin embargo, desde un punto de partida de teoría de las normas (lo injusto penal como daño a la vigencia de la norma), sólo atribuye al dominio del hecho importancia relativa. Cfr. por lo demás BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* p. 43, así como RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 25 ss.

no está más o menos prohibido, sino que sencillamente está prohibido; lo diferente no es la intensidad de la prohibición, sino la medida de la sanción. Cuando, como hace STEIN enlazando con GÜNTHER [299], se asume en la teoría del injusto consideraciones cuantificadoras sobre merecimiento de pena, se está expuesto al peligro de que las formas de participación se diluyan en consideraciones generales sobre determinación de la pena. Y a ello hay que oponerse (cfr. *supra* pp. 679 ss.); que el propio STEIN, al desarrollar su esquema, no haya sucumbido en lo esencial a este peligro, nada empece el carácter tendencialmente arriesgado de este planteamiento.

Por otra parte, la delimitación entre autoría y participación no puede depender fácilmente de la perentoriedad de la norma de conducta si dicha perentoriedad es la misma en la autoría y en la inducción, sino que la distinción ha de residir en que el autor comete el hecho, y no así el cómplice. STEIN, que se plantea a sí mismo tal objeción [300], replica que ésta se basa en la mentalidad del concepto clásico de injusto, que atribuía al "hecho" y al "resultado" importancia esencial para el injusto, mientras que él sitúa en el centro a la "infracción del deber de conducta". Puede que sea así; pero ello nada rebate en la idea de que el legislador ha otorgado a la delimitación entre autoría y participación un fundamento normativo distinto a aquel en que está pensando nuestro autor.

4. La concepción idealista de KÖHLER y KLESCZEWSKI

A su vez, de modo distinto desarrolla KÖHLER [301] la delimitación entre autoría y participación a partir de la filosofía idealista en que se basa toda su concepción del Derecho Penal. Se trata de «tomar en consideración las particularidades de las relaciones de comportamiento entre sujetos libres» [302], lo cual le lleva, en la autoría directa y en la coautoría, a resultados del todo semejantes a los de la teoría del dominio del hecho. Ya «está establecido por la ley que la comisión íntegra de propia mano fundamenta forzosamente autoría, de manera que ha de descartarse totalmente la jurisprudencia contraria anterior del RG y del BGH» [303]. Ello ha de suscribirse [304]. También en la coautoría KÖHLER llega a una solución absolutamente coincidente con la teoría del dominio del hecho, si bien él, desde su punto de vista determinado por el sujeto, le reprocha una «reducción descriptora a elementos técni-

[299] *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983.
[300] *Beteiligungsformenlehre*, pp. 246 ss.
[301] *Strafrecht, Algemeiner Teil*, 1997. Enlazando estrechamente con su maestro KÖHLER, en su nueva monografía sobre *Autonomía y accesoriedad de la participación («Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung»)* KLESCZEWSKI ha profundizado en fundamentar esta concepción.
[302] *AT*, 1997, p. 488.
[303] *AT*, 1997, p. 505.
[304] Cfr. *supra*, p. 590.

co-instrumentales» [305] (esto es, al dominio del hecho): «Coautor es el que ejecuta el hecho conjuntamente con otro, en determinación recíproca por medio de aportaciones al hecho de la misma entidad» [306]. Pretende asimismo ceñirse a «la relación de la coautoría a la ejecución del hecho" [307], descartando toda acción preparatoria del ámbito de la coautoría y llegando así más cerca a una teoría del dominio del hecho rectamente entendida que muchos de los partidarios de ésta.

Sin embargo, desarrolla una noción absolutamente divergente de autoría mediata, que circunscribe (junto a KLESCZEWSKI, los dos únicos autores que lo mantienen en la doctrina alemana) a la intervención de persona interpuesta sin dolo y justificada: «Autor mediato es el que realiza su hecho ilícito por medio de otro (persona interpuesta) de manera que le crea o representa una situación fáctica con respecto al actuar de éste en sí ajustado a la norma.» La coacción en los términos del § 35 StGB, la utilización de una persona inimputable o de un menor, la realización del hecho mediante la provocación de un error de prohibición (incluso inevitable) en el ejecutor y, con mayor razón, los supuestos del dominio de organización, pertenecen para él al ámbito de la inducción [308], que a su vez se concibe [309] como «intervención sobre la decisión del hecho ejecutada por otro mediante poder determinante sobre la realización final extratípica de éste».

Es difícil decir que tales resultados quepa derivarlos sin más de la "relación de comportamiento entre sujetos libres", pues este enfoque idealista simplemente lleva al principio de autonomía [310], *quaestio vexata* ya por otros autores. Sin embargo, el principio de autonomía se utiliza, al menos en los supuestos de coaccionados, inimputables, menores o personas que yerran inevitablemente precisamente para fundamentar la autoría mediata por falta de autonomía de la persona interpuesta. KÖHLER llega al resultado opuesto, conformándose con la autonomía potencial del que actúa directamente como fundamento para rechazar la autoría mediata. El coaccionado, p. ej., está «determinado por sí mismo en la aplicación de la regla jurídica referida al hecho, aun cuando se encuentre también en una diferencia de autonomía relativa con respecto a otro» [311]; por eso, aquel a quien se fuerza no es "empleado como mero medio" [312]. Tampoco la provocación de error de prohibición inevitable fundamenta autoría mediata: «Pues el sujeto actuante, si bien de modo inculpable, se pasa a la norma de ilícito» [313]. También quien se sirve de un

[305] *AT*, 1997, p. 547.
[306] *AT*, 1997, p. 513.
[307] *AT*, 1997, p. 516.
[308] *AT*, 1997, pp. 509-511.
[309] *AT*, 1997, p. 521.
[310] Al respecto con más profundidad en la autoría mediata, *infra*, pp. 705 ss.
[311] *AT*, 1997, p. 506.
[312] *AT*, 1997, p. 510.
[313] *AT*, 1997, p. 509; la siguiente cita procede asimismo de esta página.

niño (p. ej., para incendiar), se refiere, como dice KÖHLER, «a un sujeto que en puridad reflexiona sobre la norma, y por eso no es autor mediato, sino inductor». En tales casos, por analogía con un "proceso de realización objetivo" cabría hablar de un "instrumento": «No obstante, la persona interpuesta es un sujeto libre en sí, que sólo en cierto sentido de su concepción de la regla puede convertirse en medio de una norma de ilícito ajena.»

Ello, sin embargo, no convence. No se entiende que una persona no pueda "ser empleada como mero medio" sólo porque sea "un sujeto libre en sí", no obstante estar privado *in concreto* del uso de su libertad debido a su corta edad, inimputabilidad o error de prohibición inevitable. Para ser consecuente, KÖHLER, en contradicción con la ley, tendría que llegar al rechazo total de la autoría mediata, pues, p. ej., también quien yerra, con imprudencia temeraria, sobre los hechos, sigue siendo un sujeto reflexivo, y podría sustraerse fácilmente a la degradación "a mero medio" con un poco de reflexión, lo que le está vedado al susodicho instrumento inculpable. El propio KÖHLER se refiere a la posibilidad de «que la "persona interpuesta" se percate de un error fáctico circunstancial"» [314].

Pero el entendimiento de KÖHLER sobre la autoría mediata colisiona contra la ley aun manteniendo el estrecho margen que él le concede a la autoría mediata (error de la persona interpuesta sobre los hechos), pues no cabe duda de que el legislador pretende considerar como de autoría mediata los supuestos de persona interpuesta inculpable. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, al que se remonta la redacción actual, se señala expresamente [315]: «Aquel que, con ánimo de hurto, se procura una cosa ajena mediante un niño, es tan ladrón como si hubiera sustraído la cosa de propia mano... o se la hubiera hecho traer por un perro.» También se alude *expressis verbis* a que concurre autoría mediata «cuando el autor perpetra un delito por medio de un inimputable... o de una persona que actúa en estado de necesidad disculpante...». Una redacción anterior [316] en la que la inculpabilidad de la persona interpuesta se mencionaba como supuesto de autoría mediata no llegó a cuajar en ley simplemente porque el legislador pretendía dejar abierta la posiblidad de autoría mediata a pesar de la "plena responsabilidad de la pesona interpuesta" [317]. Pues bien, se le da la vuelta a las intenciones del legislador si se atribuyen a la inducción muchos de los supuestos asignados por el legislador sin duda alguna a la autoría mediata. Se pone así de manifiesto que únicamente la teoría del dominio del hecho se ajusta a la voluntad legal de regulación.

[314] *AT*, 1997, p. 507.
[315] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.
[316] § 28 II del Proyecto de 1958; cfr. al respecto *supra*, p. 580 de esta obra.
[317] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.

5. La revitalización de la teoría objetivo-formal por FREUND

Como "innovador" más reciente, FREUND [318] requiere un análisis más detallado. Al igual que KÖHLER, se remite a un enfoque antiguo (si bien no filosófico): la teoría objetivo-formal. A su juicio, ésta fue "considerada injustamente superada" [319], si bien conduce «a dificultades, ante todo en el entendimiento de la autoría mediata, así como en ciertos casos de los supuestos de jefes de bandas que actúan entre bastidores»; él se propone superar estas "dificultades" mediante una "determinación material del comportamiento típico (a título de autor)" [320].

En principio, ello es asumible. Autoría es realización de tipo. Para lo cual, sin embargo, como con claridad establece el § 25, no resulta necesaria la comisión de propia mano, bastando la realización material del tipo, lo que se expresa por lo general en el "dominio del hecho". El tipo en sentido material, sustancial, lo realiza asimismo aquel que no lo materializa de propia mano, sino a través de un instrumento a él subordinado en el proceso ejecutivo.

Sin embargo, en este punto se separan los caminos. FREUND [321] sostiene que «por mucho que se subraye la referencia a tipo, hasta ahora no se ha conseguido un encuadramiento convincente en el tipo de delito respectivo, y ni siquiera es posible». En su lugar, él pretende atender al "comportamiento típico específico en cada caso" [322]. Lo cual, de ser consecuentes, conduciría a despedir a la doctrina de la autoría de la Parte General, trasladándola a la Parte Especial, como problema de interpretación de los distintos tipos. Pero FREUND no va tan lejos.

En la autoría mediata, p. ej., ciertamente previene de entrada contra la formación de "grupos de casos" (instrumento que actúa atípica, antijurídica, no dolosa o inculpablemente) [323] en los que siempre concurriría autoría mediata. Pero él mismo menciona también [324] al instrumento no doloso, a la determinación a inculpables (menores y enajenados), al instrumento que actúa en error de prohibición inevitable o en estado de necesidad disculpante, así como incluso al que actúa en error de prohibición evitable. Lo cual coincide plenamente con los resultados desarrollados por la teoría del dominio del hecho, y uno se pregunta en vano qué es lo que "el comportamiento típico específico en cada caso" aporta a estas soluciones.

[318] *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1998.
[319] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 35.
[320] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 36.
[321] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 45.
[322] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 51.
[323] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 55.
[324] *AT*, 1998, en el orden de la enumeración de § 10, núms. margs. 57 s., 77 s., 79 y 89.

Para rebatir la teoría del dominio del hecho, invoca [325] el caso E-605 [326], en el que el BGH había apreciado, sin más, dominio del hecho de la mujer que determinó a su marido a suicidarse, aun cuando éste en todo caso podía apoyarse en una falta de responsabilidad del marido, lo que no se planteó el BGH. Sin embargo, pasa por alto que, como se expone detalladamente en esta obra (*supra* núm. 25), no concurría en absoluto dominio del hecho y que no puede reducirse una teoría *ad absurdum* remitiendo a una aislada decisión incorrecta de la jurisprudencia. Otro tanto cabe decir de la polémica de FREUND contra la aceptación del dominio del hecho "normativo" en el llamado instrumento doloso no intencional y en el instrumento doloso no cualificado [327]. Que en estos supuestos la autoría mediata no puede fundamentarse con la teoría del dominio del hecho ya lo demostré pormenorizadamente en la primera edición de esta obra (*supra* pp. 286 s., 371-380, 280 ss.) [328].

Naturalmente, ello nada afecta a la validez del criterio del dominio del hecho en los delitos de dominio. En definitiva, también es correcto que FREUND [329], en contraste con la tendencia imperante en los partidarios de la idea de autonomía (con más detalle *infra* pp. 705 ss., 725 ss.), discute la "validez total y absoluta" de un «"principio de responsabilidad" que cierre la posibilidad de autoría (mediata) del sujeto de detrás». Pero tal rechazo de todo "autor de detrás del autor (responsable)" de ningún modo lo exige la teoría del dominio del hecho, como se pone de manifiesto detalladamente en esta obra y ha venido a reconocer el BGH.

En la coautoría, FREUND intenta ajustarse algo más a su modo de proceder fundado en la interpretación de los tipos concretos, desplazando la delimitación a la Parte Especial [330]. En la Parte General no es posible «una clarificación exhaustiva del problema del comportamiento en coautoría. En esa medida, se trata de un problema que precisamente no cabe superar con un criterio general de la (co-)autoría que haga abstracción de los tipos concretos». De esta manera, en expresión evangélica, se le dan piedras en lugar de pan a quien ha de aplicar o leer el Derecho, pues dado que ni siquiera se indica qué resultados han de conseguirse de la interpretación de los tipos singulares para la delimitación de coautoría y complicidad, al final se queda uno sin información jurídica concreta. Además, tal proceder es metodológicamente incorrecto, puesto que cuando el legislador caracteriza la coautoría en la Parte General (§ 25.2 StGB) como comisión conjunta, la configuración concreta de este carácter conjunto sólo puede obtenerse de

[325] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 63-68.
[326] *GA*, 196, pp. 508 ss.
[327] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 69-74.
[328] Acerca del estado actual de la problemática, cfr. *infra*, pp. 729 ss., 745 ss.
[329] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 87.
[330] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 164.

la estructura del tipo respectivo. Pero lo que es comisión conjunta "como tal" sólo puede desarrollarse, como está previsto por el legislador. En el marco de la teoría general del Derecho Penal. Y es que de lo contrario faltaría en los tipos concretos todo parámetro generalizable para la delimitación; las soluciones podrían adoptarse en función de los puntos de vista más dispares y se desembocaría en la arbitrariedad.

Con todo, FREUND articula tres supuestos (a los que denomina "grupos de supuestos") en los que, sin consideración al tipo concreto, afirma la coautoría. Los dos primeros [331] son los que se dan en el robo «cuando uno sujeta a la víctima y otro sustrae el dinero» o «cuando, según lo acordado, uno sujeta a la víctima de lesiones, mientras otro la golpea». Estas dos situaciones —estructuralmente idénticas— coinciden del todo con aquellas en relación con las cuales yo (*supra* p. 305) tengo afirmada la coautoría como dominio funcional del hecho: «Uno sujeta a la víctima, mientras otro le asesta la puñalada mortal; o amenaza al morador con la pistola mientras su compinche desvalija los armarios.» Así pues, FREUND asume los casos paradigmáticos e incluso los resultados de la teoría del dominio del hecho, si bien sin las citas de rigor. No obstante, como no puede invocar el dominio conjunto de cada uno de los intervinientes como criterio de la comisión conjunta, se limita a señalar que, en el primer caso, resulta adecuada la calificación de coautoría «de acuerdo con el tenor literal y la *ratio legis*» y, en el segundo, también el que sujeta «infringe la prohibición de lesionar de una forma que excede la mera complicidad». Ambas son decisiones —correctas en cuanto al resultado— en las que en realidad se está prescindiendo de fundamentación. En el fondo, suponen admitir la construcción, rechazada en apariencia, del dominio del hecho.

FREUND se refiere, en tercer lugar, a los supuestos de "vigilancia", señalando [332]: «Si el que vigila, con su conducta, es el que posibilita la acción de sustraer del otro, e incluso la ocasiona mediante la correspondiente exhortación previa, puede considerarse alcanzado el "salto cualitativo" requerido para la responsabilidad a título de coautoría. En todo caso, de ninguna manera sería más favorable la calificación como inducción más complicidad.» Del vacilante "puede considerarse" y de que aparentemente se entiende equivalente la posible punición por complicidad más inducción, se deduce que se está realizando la delimitación más en función del sentimiento que de razones expresables. Pero incluso con respecto al resultado, no resulta evidente que precisamente una inducción añadida ("exhortación previa"), esto es, un criterio ajeno a la autoría, convierta en coautoría a una "vigilancia" que sólo alcanzaría para constituir complicidad. Más aún extraña que FREUND [333] sostenga que quepa deducir tales resultados del sentido literal

[331] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 166 ss.
[332] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 168.
[333] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 169.

del tipo. Sólo cuando a la vigilancia se añade la exhortación se podría entender, "en una consideración material", tal comportamiento como sustracción de una cosa mueble ajena con ánimo de apropiación. Pero dado que no se pueden obtener criterios determinantes para tal "consideración material" ni del lenguaje ni de "un sentido del tipo expresable con exactitud", no se pasa de un juicio de valor que igualmente podría formularse en sentido contrario, y que resulta inferior en cuanto a claridad y poder de convicción que el resultado derivado de la teoría del dominio del hecho. Si el hurto, tal como se enuncia en el supuesto, resulta posibilitado por la vigilancia, ya reside precisamente en dicha vigilancia el ejercicio de una función esencial en la fase ejecutiva, la cual, como realización del tipo en división del trabajo, fundamenta dominio conjunto sobre ésta y, por tanto, coautoría [334]. La inducción que eventualmente se sumara, habría que enjuiciarla en sede de teoría del concurso.

En resumen, cabe decir lo siguiente: Los puntos de partida y los resultados correctos que cabe hallar en la teoría de las formas de participación de FREUND coinciden con la teoría del dominio del hecho, pero sin los criterios de ésta no resulta posible fundamentarlos de modo plausible. Tampoco supone avance alguno el intento de desplazar la delimitación a los tipos concretos de la Parte Especial.

6. Observaciones metodológicas

Ya he expuesto exhaustivamente en esta obra el método que he seguido al sistematizar la doctrina de la autoría. Su primer capítulo está dedicado a los "puntos de partida metodológicos" (pp. 22-52) y estas nociones básicas se resumen, precisan y profundizan en el § 40 (pp. 569-582). Por tanto, huelga exponer con más amplitud este modo de proceder, en el que nada hay que corregir y cuyos resultados se han acabado imponiendo. Con todo, conviene abordar brevemente al menos dos interpretaciones inadecuadas de mi método, muy alejadas de mis intenciones.

A. *RENZIKOWSKI*

RENZIKOWSKI [335] señala que mi modo de proceder coincide "con el llamado método tópico de aplicación jurídica". A su juicio, se trata de un "procedimiento orientado al respectivo caso concreto"; sin embargo, "para evitar contradicciones resulta ineludible la formación de un sistema". Desde luego, las consideraciones sobre "Problema y sistema en la doctrina de la autoría"

[334] Cfr. al respecto *supra*, pp. 305 ss., 312 ss.
[335] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 19.

(*supra* pp. 579-582), que desarrollan mi punto de vista, no apoyan las afirmaciones de RENZIKOWSKI. De ningún modo me atengo a valoraciones del caso concreto, en el sentido de p. ej., la jurisprudencia del BGH en la delimitación entre coautoría y complicidad, sino que no he dejado de criticar vivamente esta aplicación del Derecho desde una "valoración del caso concreto" basada en una "consideración global" de todas las circunstancias. Por el contrario, mi método es un procedimiento decididamente configurador de sistema. El concepto general, necesariamente abstracto, de la figura central se va desplegando en la aplicación a distintas formas de delitos (delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano). Así se "materializa", esto es, asume una estructura cada vez más determinada en su contenido, surgiendo formas y subformas de autoría de estructura claramente perfilada. Se integran en un sistema que cabe reproducir gráficamente en un diagrama (*supra* p. 570) y que supera en claridad y taxatividad, pero también en riqueza de detalles, a todos los intentos emprendidos hasta la fecha de sistematizar la doctrina de la autoría. Precisamente a ello se debe la gran resonancia de esta concepción y la influencia que ejerce. No se trata de Tópica, sino sólo de un caso de aplicación de la idea, desarrollada por el último RADBRUCH, de la "taxatividad material de la idea".

Cuando RENZIKOWSKI, por el contrario, se empeña en derivar todas las formas de autoría de un concepto global previo, al parecer definido con exactitud, en "deducción lógico-sistemática", pretende algo imposible. Ya tengo señalado *supra* (pp. 574 ss.) el error al que conduce una deducción en tal sentido a partir de conceptos generales abstractos e *infra* voy a poner de manifiesto con detalle en qué escasa medida el concepto de autonomía favorecido por RENZIKOWSKI puede asumir tal papel (pp. 709 ss.). Más bien es aplicable para el concepto de autor lo dicho por Arthur KAUFMANN [336] con respecto al concepto de acción: «En los conceptos genéricos supremos resulta absolutamente imposible una definición conceptual lógica... Por eso desde el principio uno se llama a engaño... si se propone establecer un concepto global o genérico "definido" en sentido estricto (delimitado por medio de "elementos" aislantes). Así pues, sólo cabe plantear una manifestación material (descriptiva), una fenomenología de la esencia de la acción, esto es, una indicación de las características habituales suyas, renunciando a toda definición "exhaustiva"».

Todo ello es extrapolable a la autoría. La autoría directa, la autoría mediata y la coautoría no pueden remitirse a idénticos elementos conceptuales. Y, sin embargo, todas ellas son formas del dominio del hecho en la misma medida. En esta idea reside precisamente la quintaesencia de la doctrina de la autoría que aquí se desarrolla.

[336] H. *Mayer- Festschrift*, 1966, pp. 87 ss.

B. *Klesczewski*

Klesczewski [337] entiende el proceder elegido en esta obra como unión de consideraciones ontológica (finalista) y neokantiana (neoclásica, referida a valores), rechazándolo (análogamente a los planteamientos de Gallas y Bloy) por "metodológicamente sincrético". Tiene razón en que los enfoques valorativos (p. ej., el dominio como criterio material de la realización del tipo) han de ponerse en relación con los fenómenos reales (comisión propia, comisión mediante otro, comisión conjunta), concretando así el contenido del concepto inicialmente abstracto de manera que éste proporcione figuras jurídicas claras y utilizables. También es cierto que ya el Neokantismo y el Finalismo (y no sólo ellos) se han esforzado por relacionar ser y valor y que mi exposición —enlazando con Gallas— aporta bastantes elementos para una síntesis. Pero mi auténtica fuente ha sido Hegel, cuyo procedimiento para la obtención de conceptos "concretos" me ha servido de modelo. De qué modo he aprovechado este planteamiento ha quedado descrito exhaustivamente en esta obra (p. 570 ss.). Resulta difícil entender que un autor tan tributario del Idealismo como Klesczewski no repare en ello y que despache como "sincrético" (sin ulterior verificación) un método tan original creado a partir de la fuente primaria. A la vez, sin embargo, me concede que he "elaborado multitud de soluciones susceptibles de consenso" [338]. No obstante, señala que «estos resultados no se pueden haber obtenido con la mezcla de métodos propugnada». Por tanto, se trataría de hallazgos casuales.

También da muestras de rara incomprensión lo que Klesczewski señala, con excesiva concisión, acerca de la tríada delitos de dominio, delitos de infracción de deber y delitos de propia mano. Así, en el concepto del dominio del hecho, echa en falta «el elemento de la dirección del suceso lesivo típico, que a todas luces Roxin ha tomado prestado de la concepción finalista». Pues «cuando todos actúan dolosamente, esta capacidad de supradeterminación final, que supuestamente fundamenta autoría, [le corresponde a] todos los intervinientes» [339]. Suponer que yo equiparo autoría a finalidad, sin embargo, es absolutamente erróneo. Por el contrario, ya en la primera edición de esta obra (*supra* p. 350) tengo dicho que no cabe obtener «de la estructura final, en caso de concurrencia de varios sujetos que actúan finalmente, punto de apoyo alguno para la delimitación de las formas de participación, pues el elemento específico del dominio no cabe aprehenderlo por medio del atributo de la finalidad, también predicable de la participación». Por tanto, Klesczewski me imputa lo contrario de lo que he dicho, creyendo así poder reducir *ad absurdum* el concepto del dominio del hecho.

[337] *Selbständigkeit,* pp. 154 ss.
[338] *Selbständigkeit,* p. 161.
[339] *Selbständigkeit,* p. 157.

Análogamente procede en los delitos de infracción de deber. Bien es cierto que aprecia en la elaboración de esta categoría de la autoría un "mérito especial" [340], pero señala que esta "concreción de la autoría" no es sino «la afirmación tautológica de que autor es el que infringe el deber previo al tipo». No se entiende qué hay en ello de tautológico, pues una corriente doctrinal muy difundida, casi dominante, considera en estos delitos a la infracción de deber como condición necesaria, pero en modo alguno suficiente de la autoría, requiriendo además el dominio del hecho (cfr. *infra* p. 744). El reproche de tautología no tiene en cuenta en absoluto este problema central. Con respecto a mi concepción de los delitos de propia mano, que ahora vuelve a encontrarse precisamente en el centro de un vivo debate (con distintas consecuencias) (cfr. *infra* pp. 754 ss., 756 s.), dice Klesczewski [341]: «Si en los delitos de propia mano se tratara sólo de actos inmorales, para ser consecuente Roxin debería declarar impunes tales comportamientos, de acuerdo con su concepto de delito material, orientado a la lesión de bienes jurídicos.» Olvida este autor que no está en mis manos declarar impunes conductas conminadas con pena por el legislador, y que yo mismo subrayo la incompatibilidad de la punición de meros actos inmorales con la idea de protección de bienes jurídicos, deduciendo precisamente de ella la extinción de esta forma de comisión de propia mano (*infra* p. 754).

II. DELITOS DE DOMINIO

1. Dominio de la acción

La autoría de aquel que realiza la acción típica en persona, dolosamente y de modo no coaccionado goza hoy de reconocimiento general y, tal como se expuso en detalle *supra,* incluso ha sido consagrada legalmente (§ 25.1 StGB) [342]. También el concepto de "dominio de la acción" se ha abierto paso en la doctrina [343]. Mi tesis más amplia de que el sujeto que actúa coaccionado o en general disculpado tiene asimismo el dominio del hecho [344] se ha convertido en preponderante [345]. Así, en el *Tratado* de Welzel [346] la anterior calificación de que la mujer coaccionada mediante "amenazas graves" a abor-

[340] *Selbständigkeit,* p. 158.
[341] *Selbständigkeit,* p. 160.
[342] Cfr. con más detalle *supra,* pp. 589 ss.
[343] Cfr., entre otros, Herzberg, *Tätreschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 14, 38, 44; Jakobs, *AT*[2], 1991, pp. 21-35; *SK*[5]-Samson, 1993, § 25, núm. marg. 15; Stratenwerth, *AT*[3], 1981, núm. marg. 771; Wessels-Beulke, *AT*[28], 1998, núm. marg. 514; Ebert, *AT*[2], 1993; Kühl, *AT*, 1994, pp. 20-27 ss.
[344] Al respecto pormenorizadamente *supra,* pp. 155 ss.
[345] Cfr., p. ej., Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 14; Cramer, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, p. 393.
[346] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 101.

tar realizaba "complicidad inculpable" [347], ha venido a ser sustituida por la apreciación de autoría inculpable.

Obviamente para los autores cuyo entendimento del dominio del hecho está influido por la teoría subjetiva tiene que ser más difícil reconocer la autoría de una persona interpuesta que depende en sus decisiones enteramente del sujeto de detrás. Así, p. ej., BOCKELMANN [348], que procede de la teoría del dolo [349], señala que el hecho de la persona coaccionada "no es obra suya" y «por eso no [puede] servir de base de imputación para actos de participación». Pero por lo demás atribuye al agente culpable una "autoría limitada", basada en un "dominio del hecho fragmentario" que, no obstante, permite la autoría mediata del sujeto de detrás. Por otra parte, a la figura del "autor de detrás del autor", esto es, al dominio del hecho con dominio del hecho interpuesto, que subyace a este compromiso, la tilda luego de "idea difícilmente verificable" [350]. Desde luego que lo es, si se considera a la subordinación de la voluntad como criterio de la participación y a la supremacía de la voluntad como criterio exclusivo de la autoría. Pero es que no es así: El autor en estado de necesidad que es compelido, no mediante coerción humana, sino por otros peligros, no deja evidentemente de ser autor (disculpado) de una realización de tipo que es obra suya (aun cuando le haya sido arrancada mediante compulsión). Lo cual no puede ser distinto si la compulsión proviene de una persona. El dominio del hecho del sujeto de detrás, con un dominio del hecho interpuesto del ejecutor, es una idea bien sencilla si se parte de que el dominio de la voluntad no caracteriza al dominio del hecho en general, sino a una de sus tres manifestaciones, la autoría mediata, mientras que el dominio de la acción se basa en la realización dolosa directa del tipo. Dado que ambas formas de dominio del hecho son de índole estructural distinta, cuando las dos concurren simultáneamente, el dominio de la voluntad puede sobrepujar al dominio de la acción [351]: «Directamente, el coaccionador domina sólo al coaccionado. Únicamente porque el coaccionado, a su vez, en virtud de su actuar tiene en sus manos el curso del hecho, el sujeto de detrás domina mediatamente también el propio hecho» [352].

[347] Cfr. al respecto *supra*, p. 156.

[348] *AT*[3], 1979, p. 178; también en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 178.

[349] Al respecto *supra*, p. 86.

[350] *AT*[3], 1979, p. 190; asimismo en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 192.

[351] También WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 538, hablan de que el «dominio de la acción por parte del ejecutor directo queda superado por el dominio de la voluntad del sujeto de detrás». Casi al pie de la letra asimismo enlazando con el texto de *supra*, pp. 155 ss., 167, PREISENDANZ, *StGB*[30], 1978, § 25 III, 3, c.

[352] HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 14, indicando la cita reproducida en la p. 167 de esta obra.

2. Dominio de la voluntad

A. *Estructura de la autoría mediata*

La autoría mediata, desde la entrada en vigor de la nueva Parte General, no sólo ha sido objeto de varias sentencias importantes, algunas de las cuales abren nuevos caminos, sino que también ha provocado numerosas tomas de postura en la doctrina. En particular, la obra de BLOY [352a] se basa en la teoría del dominio del hecho, pero traslada el principio de responsabilidad a los supuestos de error, llegando a un rechazo general del "autor de detrás del autor" (más a fondo, *infra* pp. 712 ss., 717 ss.).

a) *El rechazo de la autoría mediata en SCHILD*

SCHILD [353] es el único en discutir la razón de ser de la autoría mediata y consiguientemente del criterio del dominio de la voluntad. Para él, también el autor mediato tiene dominio de la acción, siendo, pues, autor directo: «Por eso es en realidad superflua la regulación del § 25.1 StGB; en los supuestos en que un sujeto emplea un instrumento, él mismo actúa en el sentido del tipo entonces realizado» [354]. Ciertamente, en sentido normativo también el autor mediato realiza el tipo; es decir, quien tiene el dominio del hecho —ya sea como autor directo o mediato— realiza el tipo en este sentido. Pero lo hace, fenomenológicamente considerado, "mediante otro" y en esa medida mediatamente [355]. No es lo mismo el que el sujeto ponga manos a la obra que el que se sirva de otra persona, dominada por él, para una realización de tipo que le sea imputable. Esta diferencia la tiene presente el legislador, que se basa en la distinción entre dominio de la acción y dominio de la voluntad. Asimismo, tal articulación de la unidad normativa del concepto de dominio del hecho resulta necesaria, puesto que sólo de esta manera surgen las estructuras fijas, desarrolladas en esta obra, de la doctrina de la autoría, que salvan al concepto de dominio del hecho de su sino de cláusula general necesitada de complementación valorativa.

[352a] *Zurechnungstypus*, pp. 344 ss.

[353] *Täterschaft*, 1994, pp. 12 ss., 20, 24 ss., 28 y *passim*.

[354] *Täterschaft*, 1994, p. 24; en sentido semejante, p. 28. En su recensión, *GA*, 1996, pp. 239 ss., BLOY aporta un debate crítico con esta tesis.

[355] Esto lo aprecia el propio SCHILD, *Täterschaft*, 1994, pp. 25, 28.

b) *El rechazo del dominio del hecho como criterio de la autoría mediata en Stein y Köhler*

Una renuncia total al dominio del hecho como criterio de la autoría mediata se encuentra, si bien de forma distinta, en Stein y Köhler. Stein [356], sobre la base de su teoría de las formas de participación determinada por los deberes de conducta (al respecto, pp. 692 ss.), distingue entre la autoría mediata basada en falta de deber del sujeto actuante (p. ej., puede no darse cuenta de lo que el sujeto de detrás sí ve, o debido a la acción del sujeto de detrás está sometido a un deber de conducta menos perentorio) y la autoría mediata merced a falta de capacidad de cumplir el deber por parte del ejecutor (diferenciando aquí a su vez entre falta de dolo, falta de consciencia del injusto y falta de capacidad de dirección). A pesar de partir de planteamientos distintos, en lo esencial esta doctrina desemboca en las manifestaciones de la autoría mediata que ha desarrollado la teoría del dominio del hecho. Por el contrario, Köhler llega a resultados notablemente distintos, al interpretar el dominio de la voluntad como inducción, dejando para la autoría mediata sólo el supuesto de error fáctico del ejecutor. Me remito, al respecto, a las consideraciones críticas formuladas a la concepción general de Stein (pp. 696 s.).

c) *El principio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro como criterio de delimitación entre autoría mediata e inducción*

Tres monografías recientes —de M. K. Meyer [357], Schumann [358] y Renzikowski— [359] utilizan el criterio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro para delimitar autoría mediata e inducción. Se trata de un proceder muy afín a la teoría del dominio del hecho, que incluso cabe vincular directamente con ésta, como hace expresamente Renzikowski, porque la decisión autónoma y por propia determinación del que actúa directamente excluye por lo general el dominio del hecho de la persona de detrás [360]. En esta medida, estas teorías se limitan a subrayar el reverso del dominio del hecho, al mencionar las condiciones en las que éste no se da. Pero las ideas de autonomía o de responsabilidad propia no suponen avance alguno con respecto al principio del dominio del hecho. Por el contrario, se quedan por detrás, como se pondrá de manifiesto en la controversia con las tres obras mencionadas.

[356] *Beteiligungsformenlehre*, pp. 283 ss.
[357] *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984.
[358] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.
[359] *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.
[360] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 168 ss.

aa) *M.-K. Meyer*

M.-K. Meyer basa la autoría mediata de la persona de detrás en la falta de libertad del ejecutor, en el menoscabo de su autonomía. Se suma así, no tanto a la teoría del dominio del hecho (aunque esto, según lo expuesto, sería posible directamente), como a la antigua teoría de la preponderancia de Hegler (*supra* p. 82) y a la "teoría de la totalidad" de su maestro Schmidhäuser [361]. Sin embargo, las soluciones que se obtienen por esta vía se ven expuestas a tres importantes objeciones.

En primer lugar, su fundamentación en la idea de autonomía fracasa del todo en bastantes casos de "autor de detrás del autor"; p. ej., en la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, reconocida por esta autora, ni con la mejor voluntad cabe admitir que no actúen libremente los esbirros, plenamente responsables, del sistema criminal [362]. En segundo lugar, el concepto de falta de "autonomía" queda menos definido que el principio del dominio de la voluntad, elaborado más en detalle. Así p. ej., ocasionar o aprovechar un *error in persona*, o cualquier forma de determinar suicidio mediante engaño fundamenta, a su juicio, autoría mediata [363], aun cuando desde el punto de vista jurídico haya que mantener la plena responsabilidad del agente, mientras que en otros casos, para la exclusión de la "autonomía" atiende precisamente a la falta de responsabilidad, o a la responsabilidad limitada, de la persona interpuesta. Neumann [364], en consecuencia, objeta que el concepto de autonomía, «que habría de estructurar los problemas debatidos y fundamentar su solución», se queda "exasperantemente difuso", adoleciendo de "elementos de lo informal, de lo retorico". Señala Küper [365]: «El concepto de autonomía cambia de significado en cada contexto de modo tan "camaleónico" que su contenido se convierte en arbitrario.» En tercer y último lugar, cabe decir que la comisión del hecho por medio de otro, al que atiende el § 25.1 StGB, no depende ante todo de determinadas características del ejecutor, sino más bien de la relación de la persona de detrás con él y con el hecho, como se expresa en el criterio del dominio del hecho [366]. Al margen de estas objeciones de principio, hay que subrayar que las consideraciones de Meyer con respecto a los grupos

[361] Al respecto *supra*, pp. 691 ss.
[362] En tal sentido, no obstante, M.-K. Meyer, *Autonomie*, pp. 102 ss., con una fundamentación que, según Küper, *JZ*, 1986, p. 222, «a nadie puede convencer» y que Neumann, *GA*, 1985, p. 476, tilda de «en absoluto sostenible».
[363] *Autonomie*, pp. 99 ss., 221 ss. (235).
[364] *GA*, 1985, pp. 476 ss.
[365] *JZ*, 1986, pp. 219 ss. (229). La penetrante recensión de Küper es el análisis crítico más profundo, hasta la fecha, de la obra de Meyer.
[366] Esto lo destaca con buen criterio Neumann, *GA*, 1985, p. 477, vinculándole la consecuencia de que la argumentación de Meyer confirma «lo correcto de la teoría del dominio del hecho, que éste combate».

de casos concretos de la autoría mediata contienen, también en el sentido de la teoría del dominio del hecho, análisis provechosos y plausibles.

bb) *Schumann*

La obra de Schumann [367] enlaza con la teoría de la imputación objetiva y el principio de la eficacia limitadora de la propia responsabilidad, tal como se pone de manifiesto especialmente en la imprudencia. Al hacerlo, llega a ideas que suponen un notable avance, trasladando entonces el principio a la delimitación entre autoría mediata e inducción: En caso de "responsabilidad propia" de la persona interpuesta, se da sólo inducción; si falta la responsabilidad propia, autoría mediata. Sin embargo, ya la posibilidad de extrapolar este principio a autoría y participación es sumamente problemático, porque la participación es un ámbito en el que la responsabilidad propia del autor, con seguridad, no excluye la punibilidad del otro. Con toda razon dice Frisch [368]: «El debate sobre los criterios de la autoría mediata, a mi juicio, aparta bastante del objetivo, pues la cuestión de hasta qué punto el principio de la responsabilidad propia traza límites al establecimiento de normas de conducta a otros..., sólo se refiere a la condicion de prohibido, no a en el marco de qué figura de punición puede castigarse la infracción de la norma de conducta.»

Por otra parte, este enfoque lleva a rechazar al "autor de detrás del autor", como podría haberse esperado en realidad de este principio de autonomía ya de Meyer (en esto semejante). Pero tampoco Schumann mantiene su idea básica cuando reconoce el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados (*supra* pp. 269 ss.) [369], afirmando la autoría mediata a pesar de darse indudablemente la responsabilidad propia del esbirro ejecutor. También supone inconsecuencia afirmar la autoría mediata en caso de error de prohibición evitable del ejecutor directo [370], puesto que referirse a que "entraña una diferencia cualitativa" que el sujeto contravenga el Derecho consciente o inconscientemente, nada cambia en que el legislador hace responsable por su actuar al sujeto que obra en error de prohibición evitable. Con todo, en definitiva coincido con Schumann en buena medida (cfr. *infra* pp. 718 ss.), lo cual demuestra simplemente que la responsabilidad propia del otro no excluye necesariamente la autoría mediata.

[367] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, habilitación, Tubinga, 1986.

[368] En su recensión de la obra de Schumann en *JZ*, 1988, p. 655; cfr. asimismo la recensión de Meurer, *NJW*, 1987, pp. 2424 ss., que no se pronuncia contra el rechazo de la figura del autor de detrás del autor, pero destaca que en todo caso ésta no se podría fundamentar suficientemente con el "principio de la responsabilidad propia de otros".

[369] *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss.

[370] *Selbstverantwortung*, pp. 78 ss.

Por lo demás, Schumann se ve obligado —al igual que Meyer con el concepto de autonomía— a extender e interpretar el principio de responsabilidad propia de manera harto vacilante para con su ayuda poder alcanzar los resultados deseados [371]. Así, defiende vivamente la tesis —discutida en esta obra (pp. 198 ss.)— de que la autoría mediata no se da ya al aprovechar un error sobre el tipo, sino sólo cuando el sujeto de detrás se inmiscuye en la formación de voluntad del ejecutor, ejerciendo sobre ella un influjo dominante, rector [372]. Por eso, en el famoso ejemplo en que la madre que, al ir a dar una medicina a su hijo, se equivoca y toma un veneno letal, mientras que la persona de detrás, que se ha dado cuenta de la confusión, le facilita un vaso de agua, para que el niño muera cuanto antes (cfr. *supra* p. 199), Schumann rechaza la autoría mediata del sujeto de detrás [373]. Entonces habría que pensar que precisamente falta la responsabilidad propia de la madre que de nada se dio cuenta, de manera que desde este punto de vista habría que afirmar la autoría mediata. Sin embargo, Schumann defiende que la autoría mediata sólo concurriría «si, frente a la concepción aquí defendida, se prescindiese de que también el obrar del ejecutor que sufre error es el de una persona capaz de responsabilidad, equiparándolo en su lugar a mera causalidad natural» [374].

Así pues, aquí ni siquiera la falta de dolo excluiría la responsabilidad propia, mientras que sí lo haría el error de prohibición. El que se maneje de modo tan vacilante el concepto de la responsabilidad propia pone de manifiesto, a mi juicio, que este principio bien puede ser un factor relevante en la determinación del dominio del hecho del autor mediato en bastantes contextos (en la coacción y en la incapacidad de culpabilidad), pero que de ningún modo basta para delimitar autoría mediata e inducción.

cc) *Renzikowski*

La vinculación más estricta del principio del dominio del hecho con la idea de autonomía se encuentra en Renzikowski que, consecuentemente, lleva a rechazar al autor de detrás del autor. Pero tampoco él puede sustraerse a las dificultades y contradicciones inherentes al principio de autonomía.

[371] Cfr. asimismo Frisch, *JZ*, 1988, p. 655: «El concepto central de la responsabilidad se cuestiona y elabora muy poco.» También se encuentra una crítica en profundidad a Schumann en Stein, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 162 ss., con el balance de que «la teoría de Schumann no resulta idónea para explicar el Derecho vigente» (p. 165).

[372] *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss. (75).

[373] Dado que no resulta posible la inducción por falta de dolo, Schumann pretende castigar al sujeto de detrás por el § 323 c (pp. 102 ss.). No lo considero correcto, pues lo que cabe reprocharle al sujeto de detrás no es simplemente el omitir advertir, sino sobre todo un hacer positivo conducente directamente a la muerte.

[374] *Selbstverantwortung*, p. 101.

Así, en el error de prohibición del ejecutor —aun evitable—, considera posible [375] la autoría mediata de la persona de detrás, pues quien «no puede valorar su conducta con respecto a normas, no obra autónomamente». Aquí el dilema se pone de manifiesto ya en la formulación, puesto que el que obra en error de prohibición evitable desde luego que puede valorar correctamente su conducta y precisamente por eso se le castiga como autor doloso "autónomo"; no lo hace sólo erróneamente. Por consiguiente, el principio de autonomía, consecuentemente aplicado, debería llevar a rechazar la autoría mediata. Por otra parte, RENZIKOWSKI [376] rechaza la autoría mediata "en supuestos de error sobre magnitud de injusto cuantificable". Así pues, en el conocido ejemplo académico [377] en que A persuade a B de que queme los "pintarrajos" sin valor de C, sólo se daría inducción, aunque B no supiera nada de los millones en que estaba valorada la obra de arte que destruyó, creyendo que se trataba de un objeto sin valor. Sin embargo, con respecto a la magnitud de la lesión del bien jurídico el ejecutor carece de autonomía: «Quien no sabe lo que hace, no obra autonómamente», dice el propio RENZIKOWSKI [378], y podría llegarse a la autoría mediata. En su lugar, afirma la autonomía de la persona engañada, basada en que fue consciente de que cometía unos daños (que estimaba de bagatela). Pero si aquí la realización dolosa del tipo, a pesar de tan gran error sobre el ilícito material del hecho, bastara para apreciar obrar autónomo del ejecutor y para rechazar, por tanto, la autoría mediata, ¿por qué no ha de regir lo mismo para la provocación de error de prohibición evitable en el ejecutor, si también éste realiza el tipo dolosamente?

Como en MEYER y SCHUMANN, también aquí se pone de manifiesto una arbitrariedad en la aplicación del principio de autonomía que le hace quedar por detrás del criterio del dominio del hecho en cuanto a rendimiento. Éste llega a resultados sustancialmente más claros: Si la persona de detrás cela al ejecutor la dañosidad social y, por tanto, lo prohibido de su hecho, le priva así de todo motivo inhibidor —autonomía aparte—, obteniendo así el dominio del hecho (como en el error sobre el tipo o en la coacción del "instrumento", en que el motivo inhibidor se anula de otro modo). Y quien, mediante error, provoca en otro la idea de que ha causado daños materiales por valor de 300 marcos, siendo así que el lienzo estaba valorado en 300.000 marcos, tiene dominio del hecho exclusivo sobre los daños por valor de 299.700 marcos. Es, así, autor mediato, pues el "dominio residual" marginal sobre una milésima parte del ilícito material realizado, que queda en el ejecutor, no puede eliminar el dominio del hecho mucho mayor de la persona de detrás.

[375] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 81.
[376] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 82.
[377] Cfr. al respecto *infra*, pp. 722 ss.
[378] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 81.

La vaguedad de que adolece la idea de autonomía también en RENZIKOWSKI se pone de manifiesto igualmente en sus consideraciones sobre la semiimputabilidad (§ 21 StGB) del ejecutor directo. Invoca aquí la "posición de supremacía de la persona de detrás" y señala [379]: «Con este trasfondo, no se comprende por qué... la responsabilidad meramente mermada no puede fundamentar autoría mediata.» En realidad, la idea de autonomía fracasa ante la semiimputabilidad porque la autonomía de quien obra en ese estado ni falta ni se da plenamente, pero del principio de autonomía no pueden deducirse las consecuencias que el hecho de que el ejecutor obre en estado de semiimputabilidad implica para la delimitación entre autoría y participación en la persona de detrás. En contra de RENZIKOWSKI, desde su punto de partida debería ser más plausible rechazar la autoría mediata, porque la autonomía mermada sigue siendo autonomía, o sea, ésta debería cerrar el paso a la autoría mediata si a estos efectos en realidad se atendiera exclusivamente a la falta de autonomía del ejecutor.

La teoría del dominio del hecho, en cambio, puede ofrecer una solución más precisa y casi obligada, que el propio RENZIKOWSKI cita [380]: «El conocimiento mermado de lo ilícito conduce al dominio del hecho de la persona de detrás, pero la capacidad mermada de inhibición no.» En realidad, cuando no tiene el conocimiento de lo ilícito, al semiimputable le falta la capacidad de inhibición en la misma medida en que al que obra en error de prohibición por otras causas. En cambio, si el que ha sido determinado al hecho tiene pleno conocimiento de lo ilícito y sólo está mermada su capacidad de obrar con arreglo a dicho conocimiento, sólo se da inducción, porque el ejecutor sigue teniendo (aun cuando esté dificultado su ejercicio) la capacidad de inhibición que contrarresta el dominio del sujeto de detrás.

Si el principio de autonomía no proporciona en este ámbito, a diferencia de la teoría del dominio del hecho, ningún resultado claro, en el dominio de organización fracasa por completo [381]. El autor de despacho que maneja las palancas del poder es autor mediato aunque también los ejecutores, ya sean esbirros nazis o "tiradores del Muro del régimen de la República Democrática Alemana", también resulten castigados como autores directos que actuaron con plena responsabilidad. El principio de autonomía no alcanza a explicar esto, y así también RENZIKOWSKI —más consecuentemente que MEYER y SCHUMANN— rechaza la autoría mediata y castiga como inductor al que manda entre bastidores [382]. Sin embargo, éste no es un resultado satisfactorio, porque saca a los principales responsables del centro del acontecer, exonerándoles de la autoría. Tienen el dominio del hecho porque

[379] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 87.
[380] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 86.
[381] Cfr. al respecto, acerca de la jurisprudencia, *supra*, pp. 676 ss., y de la doctrina *infra*, pp. 723 ss.
[382] *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 87 ss.

tienen disponibles tantos peones que, por expresarlo con palabras del BGH (*supra* núm. 38), desencadenan "procesos regulares, rutinarios" y dirigen el acontecer empleando el aparato a su disposición, sin perjuicio de la autonomía del ejecutor de que casualmente se trate. El que lleva a cabo la ejecución, debido a que en su lugar se podría prever a cualquier otro como autor, no puede impedir la realización del tipo. El dominio, así posibilitado, de la persona de detrás sobre el hecho, fundamenta su autoría mediata, resultado adecuado no alcanzable con el principio de autonomía.

Por último, el principio de autonomía adolece de un error de enfoque. En la autoría mediata no se trata ante todo de la disposición de ánimo de la persona interpuesta, sino del poder del sujeto de detrás sobre la realización del tipo. Éste puede darse, en grupos de casos concretos, precisables, a pesar de concurrir un hecho doloso responsable ("autonomía").

Enlazando con estas observaciones básicas sobre la reciente evolución de la doctrina de la autoría mediata, en adelante se tratarán con detalle las modalidades en particular del dominio de la voluntad en el nuevo estado del debate.

B. *El dominio en virtud de coacción*

Las situaciones coactivas constituyen desde siempre uno de los supuestos más controvertidos de autoría mediata [383]. Lo único que puede ser dudoso es cuán intenso ha de ser el constreñimiento para que quepa hablar de dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. En esta cuestión puede considerarse absolutamente dominante el "principio de responsabilidad", desarrollado *supra* [384], que atribuye el dominio de la voluntad al sujeto de detrás sólo si se da un caso del § 35 StGB, esto es, cuando el legislador, debido a la coacción ejercida por el sujeto de detrás, exonera de responsabilidad por su obrar al ejecutor directo [385].

Naturalmente, MAURACH [386] se ha mantenido en su antigua concepción, con arreglo a la cual puede también darse dominio del hecho del sujeto de detrás cuando el ejecutor directo obra de modo plenamente delictivo, porque el apremio ejercido sobre él no alcanza la medida necesaria para

[383] Acerca de las opiniones divergentes que mantienen últimamente KÖHLER y KLESCZEWSKI (inducción sólo), cfr. el debate *supra*, pp. 694 ss.

[384] Pp. 168-172, y *passim*.

[385] Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 12 ss.; JAKOBS, *AT*[2], pp. 21-91 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 669; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 35; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 768 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 541 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núms. margs. 2 ss.; OTTO, *Grundkurs AT*[5], 1996, § 21, núms. margs. 71 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 345 ss.; MAIWALD, *ZStW*, 93 (1982), pp. 891 ss.

[386] *AT*[4], 1971, p. 632.

exculparlo por la vía del § 35 StGB. Le siguen sus discípulos SCHROEDER [387] y GÖSSEL [388]. Asimismo, mantiene ahora SCHILD [389] que «también, p. ej., la amenaza grave para el patrimonio, el honor, el derecho a la morada, etc., podrían generar suficiente constreñimiento si la persona de detrás los emplea finalmente y con éxito para dirigir al coaccionado». BOCKELMANN [390] pretende incluso reconocer, junto al "apremio o engaño", también "formas más leves de dominio del hecho" del sujeto de detrás. «Es ya suficiente que el ejecutor siga las indicaciones del sujeto de detrás, sea por la razón que sea, con tal que la decisión determinante sobre si la ejecución va a tener lugar la tome éste. Donde así ocurre, el sujeto de detrás tiene al de delante en sus manos.» HERZBERG [391] propugna últimamente, abandonando el principio de responsabilidad que antes mantenía, introducir el "principio del instrumento", con arreglo al cual podría también concurrir autoría mediata, p. ej., cuando el autor directo bajo apremio coactivo no queda exculpado debido a las excepciones establecidas en la cláusula del § 35, párrafo 1, inciso 2, StGB [obligación de soportar el peligro por haberlo causado o por la posición jurídica que se ocupa]. Pero tales concepciones difuminan la diferencia entre inducción y autoría mediata, dejan la delimitación a merced del capricho de la interpretación judicial y no tienen en cuenta que el legislador ha establecido hasta dónde la "decisión determinante" (aún) reside en el ejecutor: a saber, hasta tanto, por obrar de modo plenamente delictivo, se le hace responder de su obrar [392].

El principio de responsabilidad se extendió en la exposición precedente [393] al estado de necesidad coactivo referido a la autolesión (o autodaño) en el sentido de que la autoría mediata sólo se da cuando el que se daña obra en una situación coactiva paralela a la del § 35 StGB. Así, quien ocasiona el suicidio de otro amenazándole con denunciarle por un delito, ciertamente comete coacciones, pero no homicidio, porque la amenaza de denunciar, aun cuando bajo su apremio se cometa un delito, no obsta para la responsabilidad del ejecutor por su hacer. De entonces acá, ya es doctrina ampliamente difundida [394]. Sin embargo, HERZBERG [395] ha desarrollado una

[387] *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 120 ss. [controversia crítica con éste en ROXIN, *ZStW*, 78 (1966), pp. 222 ss., 230 ss.]. "Cierta aproximación" a SCHROEDER se encuentra en STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 298; se rechaza a SCHROEDER en HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), pp. 243 ss.

[388] MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, pp. 48-86.

[389] *Täterschaft*, p. 16.

[390] *AT*[3], 1979, p. 182; lo abandona en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 183.

[391] *Jura*, 1990, pp. 16 ss. (22 ss.).

[392] La posición de BOCKELMANN acabaría conduciendo, además, a un reconocimiento global del "autor de detrás del autor", que entraría en contradicción con la reserva que con carácter general manifiesta este autor ante tal figura jurídica (*supra* en nota 266).

[393] *Supra*, pp. 185 ss.

[394] Pormenorizada fundamentación y controversia en ROXIN, «Die Mitwirkung beim Suizid ein Tötungsdelikt?», *Festschrift für Dreher*, 1977, pp. 331 ss. En lo esencial como aquí, con argumentación suplementaria, JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-56 ss.; 97 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 774;

original tesis contraria que se ha convertido en doctrina casi dominante [396]. En su opinión, la analogía con los supuestos del § 35 StGB no es completa «porque en caso de autodaño decae el efecto de llamada de la prohibición jurídica»; "falta el contramotivo inhibidor" consistente en el miedo a la pena. En lugar de ello, HERZBERG pretende atender, en los supuestos de suicidio, a si en éste se darían los requisitos del § 216 StGB, mientras que en otros casos (p. ej., en el ocasionar autolesiones o el daño del propio patrimonio) habría que atender a si, presupuesto el daño a otro, el consentimiento habría tenido eficacia justificante. En el ejemplo que idea, en que una mujer, amenazando a otra con revelar una aventura amorosa de ésta, hace que se corte el cabello y queme todas sus pelucas, HERZBERG propugna castigar por lesiones y daños a la mujer que los ocasionó.

Esta postura merece atención, pero, a mi juicio, en definitiva no va a imponerse sobre la que aquí se mantiene. Bien es verdad que en el autodaño falta el contramotivo del miedo a la pena; pero como el ser humano siempre preferirá dañar a otro antes que a sí mismo, el miedo a perjudicar los propios intereses tiene una eficacia inhibidora de al menos la misma intensidad, resultando justificado recurrir a la idea jurídica del § 35 StGB. Por el contrario, la equiparación del autodaño con un daño a otro tolerado bajo el apremio de amenazas, como propugna HERZBERG, es notablemente más problemática, pues el que se daña a sí mismo es hasta el final dueño de la situación y tiene en sus manos la decisión sobre lo que ocurre, mientras que aquel al que se le arrancó el consentimiento no suele tener ya influencia en el acaecer posterior, no mereciendo por eso protección más intensa [397]. Trasladándolo a los conceptos de la teoría de participación, ello quiere decir que el que se daña a sí mismo tiene el dominio del hecho, pero que el que consiente a regañadientes en el daño a otro ya no lo tiene en la acción de infligir el daño, siendo por ello acertado el tratamiento divergente desde la perspectiva de la delimitación que nos ocupa. Asimismo, hay que reparar

BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, pp. 247 ss.; BOTTKE, *GA*, 1983, pp. 30 ss. Asimismo *BGHSt*, 32, 38 (= *NStZ*, 1984, p. 70, con comentario de ROXIN, caso Sirio; cfr. *supra*, núm. 16); SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, § 25, núm. marg. 10; HIRSCH, *JR*, 1979, p. 432; CHARALAMBAKIS, *GA*, 1986, pp. 489 ss., 498 ss.

[395] *JuS*, 1974, pp. 378 ss. (enlazando con GEILEN, *JZ*, 1974, pp. 151 ss.), *JA*, 1985, pp. 336 ss. y varias veces; con una anticrítica dirigida a mí: *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 35 ss.; con respecto al suicidio de presos, *ZStW*, 91 (1979), pp. 557 ss.

[396] Cfr., p. ej., AMELUNG, *Coimbra-Symposium*, 1995, pp. 247 ss.; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 97; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 74; KREY, *BT/1* [11], 1998, núm. marg. 89; KÜHL, *AT* [2], 1997, 20, núms. margs. 50 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, ante § 211, núm. marg. 13 a; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 48-93; OTTO, *Grundkurs AT* [5], 1996, § 21, núms. margs. 100 ss.; *Jura*, 1987, pp. 256 ss.; HORN, *SK* [5], 1993, § 212, núms. margs. 211 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT* [28], 1998, núm. marg. 539; WESSELS-HETTINGER, *BT/1* [22], 1999, núms. margs. 48 ss., así como KÖHLER, *AT*, 1997, p. 525 en nota 103 (en favor de la inducción, a pesar del hecho principal atípico).

[397] Con respecto a la diferencia entre autopuesta en peligro y puesta en peligro por parte de otros, consentida, cfr. ya ROXIN, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 243 ss., pp. 249 ss. (250); recientemente, ROXIN, *AT* I [3], 1997, § 11, núms. margs. 105 ss.

en que un contrato materializado bajo amenazas siempre tiene eficacia civil [398], mientras no sea impugnado (§ 123 BGB), lo que jurídico-penalmente no puede quedar sin efectos [399]. Tampoco desde el punto de vista político-criminal resulta obvia la extensión de la pena efectuada por HERZBERG [400]. ¿Acaso hay que castigar por lesiones al marido que amenaza a su mujer con serle infiel si no se corta el pelo, ajustando así a su gusto el peinado que considera anticuado, si la mujer se pliega al deseo de su marido por mantener la tranquilidad en su matrimonio?

Por último, en los suicidios, la teoría de HERZBERG conduciría en la práctica a que la inducción al suicidio se castigara generalmente como asesinato u homicidio, pues si la iniciativa parte del *extraneus* casi siempre se podrá poner en duda la "seriedad" de la resolución de suicidarse adoptada bajo influencia ajena y, en todo caso, la frontera entre impunidad y cadena perpetua se sumiría en una completa inseguridad jurídica. Desde el punto de vista político-criminal, se puede discutir ciertamente cómo ha de tratarse la intervención en el suicidio [401]; sin embargo, con arreglo al Derecho vigente, me parece estar claro que el legislador sólo ha establecido la punibilidad (y atenuada) para el caso límite del suicidio en los términos del § 216 StGB, de manera que trasladarla a otras formas de cooperación infringiría la prohibición de la analogía [402]. Así pues, hemos de mantenernos en las soluciones desarrolladas en esta obra [403].

[398] Sólo si se añaden circunstancias especiales (p. ej., aprovechamiento de una situación de constreñimiento) desplaza el § 138 (nulidad) al § 123 (PALANDT-HEINRICHS [53], 1999, § 138, núm. marg. 15).

[399] Ni siquiera sobre la eficacia de un consentimiento cuyos requisitos no están regulados en la ley penal y apenas han sido esbozados desde la perspectiva del Derecho civil, de manera que la teoría de HERZBERG se sustenta en una base absolutamente inestable.

[400] También JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-98, nota 177, tilda a la concepción de HERZBERG de "desbordadamente extensiva".

[401] Aquí se oponen drásticamente en la actualidad dos posturas. Una, influida por las investigaciones psiquiátricas sobre el suicidio, exige una amplia penalización de cualquier cooperación, tal como está previsto legalmente en la mayoría de los Estados (cfr. SIMSON-GEERDS, *Straftaten gegen die Person*, etc., pp. 63 ss.); la otra, influida por el debate de la eutanasia en los últimos tiempos, reclama la supresión, sin más, del § 216 StGB. En favor de penalizar la participación con ánimo de lucro en el suicidio, ROXIN, *NStZ*, 1984, p. 72. Acerca de la problemática del § 216 StGB, cfr. últimamente, JAKOBS, *Tötung auf Verlangen*, 1998.

[402] Lo cual vale también frente a la tesis desarrollada recientemente por SCHMIDHÄUSER (*Festschrift f. Welzel*, pp. 801 ss.), a tenor de la cual el suicidio no sería atípico, sino típico y antijurídico con arreglo al § 212, pero meramente disculpado. Una controversia detenida con SCHMIDHÄUSER se encuentra en mi aportación, mencionada en nota 295, al *Festschrift für Dreher*, pp. 335 ss. Con carácter general en favor de la autoría mediata en el ocasionamiento del suicidio, SCHILLING, *JZ*, 1979, pp. 159 ss., 163; JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-57, nota 119, lo considera "erróneo", al faltar "la decisión subordinada de la víctima".

[403] Cfr. *supra*, pp. 160 ss., y *passim*.

C. *La cooperación en los delitos de inculpables y menores*

El debate en este ámbito no ha versado sobre todas las variantes de supuestos tratadas *supra* [404], pero a grandes rasgos coincide en cuanto al resultado (sobre todo en recurrir al principio de responsabilidad) con la postura aquí mantenida [405]. En la reciente tratadística mantienen opiniones divergentes principalmente, junto a KÖHLER [406], JAKOBS y BOCKELMANN. JAKOBS [407] propugna, en caso de que esté excluida la culpabilidad del instrumento, considerar autor mediato únicamente a aquel que no sólo conoce las condiciones de dicha exclusión, sino que además es responsable de ellas; así, p. ej., en los supuestos de aprovechamiento de la autoridad paterna ante un niño (§ 19 StGB) o ante un menor no maduro con arreglo al § 3 JGG. En cambio, se dará participación o coautoría si «el menor, en contra de la presunción legal, [es] prematuramente maduro para conocer la norma y observarla». Por el contrario, BOCKELMANN [408] propone estimar por lo general inducción, incluso, en los niños o allí donde el sujeto utiliza para ejecutar el hecho a un paralítico "con degeneración patológica, inculpable". «En efecto, a un enfermo capaz aún de trabajos que requieren cierta autonomía, no lo tiene uno en sus manos como a un instrumento; la resolución de realizar el hecho que se le encomienda sigue siendo decisión suya.» Sólo excepcionalmente el régimen sería distinto, p. ej., si el niño estuviera, "moldeable como cera", en manos del sujeto de detrás.

Sin embargo, tales distinciones, que se alejan de la única directriz manejable, la de la responsabilidad jurídica, han de rechazarse, pues en ellas «la determinación de la autoría necesariamente acaba deslizándose hacia lo arbitrario» [409]. Fuera del juicio legal de imputación no hay criterio de lo que constituye una "decisión propia". Si se quisiera diferenciar aquí (pero ¿en función de qué parámetros?), habría que proceder del mismo modo en la coacción en los términos del § 35 StGB, lo que con razón a nadie se le ha pasado por la cabeza [410]. Por consiguiente, me reafirmo en mi tesis

[404] Pp. 259-269.

[405] Cfr., con más bibliografía, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 29 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 64 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 39; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 67 ss.; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 77 ss.

[406] Al respecto *supra*, pp. 694 ss.

[407] JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-96, enlazando con *RGSt*, 61, 265, y JESCHECK, *AT* [4], 1988, p. 605; en términos semejantes PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, § 25 III, 3, c.

[408] *AT* [3], 1979, p. 193, con consideraciones anticríticas a mis observaciones; asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT* [4], 1987, p. 194.

[409] HERZBERG, *JuS*, 1974, p. 376. En cuanto al resultado como aquí, ahora también JESCHECK-WEIGEND, *AT* [5], 1996, p. 668.

[410] BOCKELMANN (cfr. *supra* en notas 291, 293) propugna estimar autoría mediata incluso en la actuación plenamente delictiva del ejecutor, lo que me parece difícilmente compatible con su rechazo en los casos de utilización de niños, paralíticos y enfermos mentales.

de que en la cooperación en los hechos de enajenados y menores sólo cabe participación cuando el apoyo simplemente favorece una decisión de cometer el hecho ya concebida antes por el ejecutor, o sencillamente modifica la configuración concreta del hecho decidido autónomamente [411].

D. *El dominio en virtud de error*

a) *El insrumento que obra sin dolo*

El dominio del hecho de aquel que se sirve de un instrumento que obra sin dolo constituye desde siempre el ejemplo más seguro de autoría mediata. El único supuesto dudoso aquí era aquel en que el sujeto de detrás se limita a apoyar al que se equivoca o influye sólo inesencialmente en el curso causal. Cuando la doctrina reciente se ocupa de esta cuestión, reconoce de manera predominante la autoría mediata, completamente en el sentido del texto [412], también en tales supuestos [413]. Con buen criterio indica STRATENWERTH [414] que basta para la autoría una aportación al hecho incluso insignificante con arreglo a la teoría de la condición, aun «cuando se "apoyen" sucesos naturales. Quien, ante un fuego causado por un rayo, desconecta la sirena que sirve para dar la alarma a los bomberos, comete incendio». A lo que corresponde proceder del mismo modo en el ejecutor no doloso, que es empleado también como factor causal.

b) *Acerca de la divergencia estructural del dominio en virtud de error con respecto al dominio en virtud de coacción*

Al margen de este caso, el debate en el ámbito del dominio en virtud de error gira principalmente en torno a si la autoría mediata presupone, como en la coacción, que el ejecutor, debido al error, resulte exonerado de responsabilidad penal por su obrar (al menos del reproche por delito doloso), o si, como he intentado fundamentar a fondo en esta obra [415], cabe

[411] Cfr. *supra*, pp. 263, 266.

[412] *Supra*, pp. 197 ss.; discrepa, no obstante, SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-42, el único autor en considerar "descaminado" estimar autoría mediata (*op. cit.*, p. 34), pretendiendo dejar impune la aportación al hecho del sujeto de detrás. En *StuB* [2], 1984, pp. 10-84, se afirma la complicidad, a pesar de faltarle el dolo al autor. En contra de la autoría mediata ahora también SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 79 ss. Al respecto *supra*, pp. 708 ss.

[413] Cfr. MAURACH-GÖSSEL, *AT* /2[7], 1989, pp. 48-89; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 15; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 767; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núm. marg. 52 *in fine*; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 508; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 58; en el resultado asimismo SCHILD, *Tatherrschaft*, 1994, pp. 18 ss. (en todo caso como dominio de la acción; al respecto cfr. *supra*, pp. 705 ss.).

[414] Como en nota 413.

[415] *Supra*, pp. 218-259.

también la autoría mediata del sujeto de detrás en caso de culpabilidad dolosa mermada o incluso en caso de actuar plenamente delictivo del ejecutor. El problema del "autor de detrás del autor" vuelve a producirse aquí, pues, desde otra perspectiva.

Con todo, HERZBERG [416] pretende rebatir mi concepción ya en su punto de partida, sustituyendo mi tesis de que el dominio de la voluntad en virtud de error presenta una estructura absolutamente distinta que el dominio en virtud de coacción [417], por la de estimar que «ambos grupos de supuestos en el fondo son de la misma índole»; también el que yerra se encuentra "en constreñimiento de actuar". Esta suposición, sin embargo, no es fenomenológicamente acertada: El coaccionado obra bajo constreñimiento psíquico intenso, difícil de resistir, y por eso se le exonera de responsabilidad; el que yerra no se siente en absoluto "en constreñimiento de actuar", pero no conoce (o no por completo) los datos objetivos y por eso se le exonera de responsabilidad penal en mayor o menor medida.

Al no poder mantenerse, pues, la supuesta igualdad estructural de los supuestos de error y de los de coacción, no resulta pertinente, como pretende demostrar HERZBERG, trasladar el principio de responsabilidad a los supuestos de error.

Obviamente, ello sin perjuicio de que este principio, no obstante todas las diferencias entre ambas clases de dominio de la voluntad, pueda ser adecuado como directriz normativa para la delimitación entre inducción y autoría mediata también en los supuestos de error; y éste ha llegado a ser asimismo el fundamento —si bien casi siempre de modo no expreso— de la doctrina dominante en la actualidad [418].

c) *La utilización de persona interpuesta que obra en error de prohibición*

Ello se pone de manifiesto, ante todo, en la utilización de persona interpuesta que actúa en error de prohibición. Aquí se estima, en parte, que

[416] *JuS*, 1974, p. 374; en *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 17 ss., HERZBERG se defiende pormenorizadamente de mi crítica, pero se ve abocado a una "precisión y limitación" (p. 20) y en parte a una "corrección" (p. 23) de sus estimaciones anteriores. La idea de la "falta de libertad" del que yerra subyace (aun con resultados en parte divergentes) también en la monografía de M.-K. MEYER, *Autonomie*; al respecto, *supra*, pp. 707 ss.

[417] Al respecto con más detalle *supra*, pp. 194-198, 258.

[418] El legislador, por lo demás, ha dejado abierta deliberadamente la cuestión. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, p. 149, se dice sobre la redacción que luego llegó a ser ley en el § 25.1 StGB, que «varias cuestiones, p. ej., el enjuiciamiento jurídico de la persona interpuesta plenamente responsable, requieren aún ser esclarecidas por la doctrina y, por tanto, no deberían anticiparse a la evolución jurídica». Por el contrario, el BGH se ha pronunciado en el caso del Rey Felino (*BGHSt*, 35, 347 ss.), con la teoría aquí mantenida, contra la traslación del principio de responsabilidad a los supuestos de error (cfr. *supra*, núm. 29). Asimismo SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, p. 156.

el ocasionamiento o aprovechamiento de un error de prohibición inevitable convierte al sujeto de detrás en autor mediato, pero que en el error de prohibición evitable sólo cabe inducción [419]. En casos aislados se encuentra la opinión de que incluso el ocasionamiento de un error de prohibición inevitable siempre [420] o posiblemente [421] sólo fundamenta participación, frente a lo cual otros afirman en todo caso, a su vez, la autoría mediata también en el error de prohibición evitable [422].

En cambio, BLEI [423] propugna la autoría mediata cuando el sujeto de detrás ha provocado el error de prohibición (evitable o inevitable), mientras que su mero aprovechamiento sólo determinaría la participación. En sentido distinto, MURMANN [424], por su parte, atiende a «en qué medida le incumbe a la persona de detrás, en favor de la víctima, un deber de omitir provocar errores sobre cuestiones jurídicas, o de aprovecharse de ellos». Deberes así se aprecian sólo excepcionalmente, sobre todo en posiciones oficiales. El círculo de tales obligados especialmente coincide, según MURMANN, en gran medida, con «el círculo de personas cuya información, con arreglo a la jurisprudencia, fundamenta la inevitabilidad del error de prohibición», de manera que prácticamente sólo en caso de inevitabilidad del error de prohibición se admite la autoría mediata [425].

Frente a todas estas teorías, se mantiene *supra* [426] la postura de que hay participación cuando el ejecutor ha captado la antijuricidad material, esto es, la antisocialidad de su actuar (ya se equivoque sobre la prohibición formal, la subsunción jurídicamente correcta o la punibilidad); por el contrario, cuando el ejecutor (con o sin culpa suya) no aprecia lo materialmente antijurídico de su conducta, se afirma en todo caso autoría mediata.

Ya esta doctrina dividida tan dispersamente muestra que este ámbito de problemas requiere aún debate. La limitación del espacio impide tratar

[419] HERZBERG, *JuS*, 1974; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-96; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 669; MAIWALD, *ZStW* 88 (1976), p. 736; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 780; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 347 ss.

[420] Así WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 103; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 509; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit*, p. 317.

[421] Así BOCKELMANN, *AT*[3], 1979, pp. 180 ss., contra su anterior teoría (*supra*, p. 219); asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 181.

[422] BAUMANN-WEBER-MITSCH, *AT* [10], 1995, § 29, núm. marg. 139; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 89; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 70, nota 46; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 23; INGELFINGER, *Anstiftervorsatz*, p. 176; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 4; PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, § 25, III, 3, d; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 38; F.-Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 126 ss.; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 79; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 296 ss.

[423] BLEI, *AT* [18], 1983, pp. 259 ss.; en términos semejantes SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, p. 157.

[424] *GA*, 1998, p. 78.

[425] MURMANN, *GA*, 1998, pp. 83, 85.

[426] Pp. 216-230; a favor, HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 244; OTTO, *Jura*, 1987, p. 255; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 84.

aquí el tema a fondo [427]. Sin embargo, al menos hay que señalar que la reprochabilidad o inculpabilidad del error de prohibición sigue sin parecerme un criterio acertado para delimitar autoría y participación. En los supuestos de coacción, el principio de responsabilidad procura una solución correcta, pues la intensidad del apremio ejercido por el sujeto de detrás se corresponde directamente con la limitación de la libertad del ejecutor, y las causas de exculpación indican el punto en que, según la valoración legal, el influjo sobre la voluntad se convierte en dominio de la voluntad. En cambio, en los supuestos de error, la circunstancia de que el ejecutor que se equivoca sobre lo injusto material de su obrar [428] habría podido evitar su error de prohibición de haber seguido indagando, no influye en absoluto en la magnitud de la dirección actual del suceso por parte del sujeto de detrás, no siendo posible, por tanto, atenderse a ello para la distinción entre autoría y participación [429]. Estas objeciones cabe esgrimirlas frente a MURMANN [430], cuya diferenciación se aparta del criterio del dominio del hecho tanto como la distinción entre error de prohibición evitable e inevitable. Además, habrá que considerar suficiente para la autoría mediata un deber dirigido a todos de omitir la realización de delitos mediante la provocación de error de prohibición o su aprovechamiento.

En la actualidad, es uno de los casos más frecuentes de error de prohibición que un empresario, en el ámbito del Derecho penal económico, no se informe suficientemente sobre lo lícito de determinada actuación. Pero a nadie va a convencer que un astuto socio suyo no pase de partícipe cuando le ha hecho creer en la absoluta corrección de su conducta y le ha disuadido de consultar a un abogado, como hubiera sido pertinente, aun cuando es el único que, desde el principio, ha tenido en sus manos los hilos de la trama. Una calificación así de insatisfactoria se deriva simplemente de que aquí no procede el principio de responsabilidad, que pasa por alto la estructura del dominio de la voluntad en virtud de error [431].

[427] En mi artículo «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter» *(Festschrift für Richard Lange,* 1976, pp. 173 ss.), he profundizado en estas cuesiones.

[428] En el supuesto inverso de simple error sobre la antijuricidad formal, conociendo la antisocialidad del actuar propio, no se deduce, como con razón destaca STRATENWERTH (*AT*[2], 1976, núm. marg. 781), diferencia alguna entre mi teoría y la postura que también en los supuestos de error se atiene al principio de responsabilidad: «Si la persona interpuesta conoce la antijuricidad material del hecho, difícilmente va a ser inevitable su error de prohibición, esto es, la autoría mediata decaerá por este motivo» (STRATENWERTH, *op. cit.*). Así pues, también según mi concepción hay participación en el error de prohibición evitable, pero sólo en una pequeña parte de los casos.

[429] Sobre todo esto pormenorizadamente KÜPER, *JZ,* 1989, pp. 935 ss.

[430] *GA,* 1998, p. 78.

[431] En el sentido del texto, frente a su concepción originaria, ahora también HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 23; sobre la base de su, ahora "modificado", principio de responsabilidad, hace bastar para la autoría mediata que la responsabilidad de la persona interpuesta «esté limitada en la medida en que se le vede el reproche de infracción jurídica consciente». En cambio, MAIWALD [*ZStW,* 88 (1976), pp. 736 ss.] y BLOY (*Zurechnungstypus,* p. 351) pretenden mantener el paralelismo con los supuestos de coacción, que yo rechacé, con la fundamentación de que también en éstos lo que decide sobre la autoría mediata no es la intensidad del constreñimiento psicológico sino baremos normativos. ¿Por qué entonces en el error de prohibición "de repente la dirección fáctica del suceso iba a ser determinante"? Pero en los supuestos de coacción decide precisamente el constreñimiento psíquico, cuya magnitud sólo se determina normativamente en supuestos fronterizos. De querer decidir en otro sentido, se podría negar la autoría mediata del sujeto de detrás también en el error evitable sobre el tipo del ejecutor directo; pero esto nadie lo mantiene.

Lo cual no significa que el aprovechamiento o provocación de todo error de prohibición convierta al sujeto de detrás en autor mediato. La circunstancia de que en el § 17 se establezca una atenuación únicamente facultativa de la pena revela a las claras que el legislador conoce supuestos de hostilidad al Derecho en los que el que se equivoca, conociendo plenamente la antijuricidad material de su obrar, simplemente está subsumiendo incorrectamente de modo intolerable. Aquí el ejecutor obra no sólo dolosamente, sino también con culpabilidad no mermada. Ni siquiera se equivoca (para el enjuiciamiento normativo pertinente) sobre el sentido concreto de la acción, dado que, con la valoración paralela en la consciencia del lego, aprecia perfectamente lo injusto material de su conducta. En tales supuestos (desde luego infrecuentes), el sujeto de detrás no puede ser sino inductor o cómplice; así pues, no puedo compartir la crítica que algunos autores [432] me dirigen por haber establecido esta diferenciación. También la jurisprudencia del BGH se encamina en el sentido de una distinción así [433].

d) *El engaño sobre el sentido concreto de la acción*

Más complicados se presentan los problemas en los casos que yo analizaba *supra* [434] desde la perspectiva del «error sobre el sentido concreto de la acción». A pesar de su reducida importancia práctica, estos supuestos han sido discutidos con especial calor en los últimos decenios, encontrándose en primer plano el caso del *error in persona* [435] provocado por manipulación. La postura que aquí se desarrolló, según la cual en tales casos se da autoría mediata aun cuando el ejecutor actúe de modo plenamente delictivo y sólo se equivoque sobre la identidad de la víctima (o bien sobre requisitos de la acción o elementos cualificantes relevantes para el hecho) es compartida por muchos [436], pero ha suscitado contradictores igualmente decididos. Así, WELZEL señala [437] que, de considerar al sujeto de detrás como autor en tales

[432] SCHUMANN, *Selbstverantwortung,* p. 79, nota 28; STEIN, *Beteiligungsformenlehre,* p. 296.

[433] *Supra,* núm. 29. Esto lo he señalado con más pormenores en *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 84 ss., al analizar el caso del Rey Felino (*BGHSt,* 35, 347). Críticamente, no obstante, BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* p. 70.

[434] Pp. 237-246.

[435] *Supra,* pp. 239-242.

[436] P. ej., por BAUMAN-WEBER-MITSCH, *AT*[10], 1995, § 29, núm. marg. 144; BLEI, *AT*[18], 1983, p. 258; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 23; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter,* 1965, pp. 134 ss.; M.-K. MEYER, *Autonomie,* pp. 99 ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*[2], 1975, pp. 14-49; *StuB*[2], 1984, pp. 10-85; SAX, *ZStW,* 69 (1957), p. 343; SCHILD, *Täterschaft,* p. 20.

[437] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 106.

casos de supradeterminación configuradora de sentido, "en realidad se está deshaciendo la función del tipo". HERZBERG [438] ha expresado esta objeción con especial claridad: «ROXIN no tiene aquí en cuenta lo que por lo demás subraya con buen criterio: que la autoría es sinónima de realización del tipo. Si en la ley se concibe abstractamente el elemento determinante, el conocimiento superior de circunstancias concretas que no influyen en absoluto en el tipo de injusto no puede fundamentar dominio del hecho con relevancia jurídica.»

Esta crítica es desde luego notable [439]. Pero su legitimación resulta dudosa si se tiene en cuenta que los críticos al final llegan a soluciones parecidas o idénticas a las que yo he propuesto. Así, WELZEL [440], en el «aprovechamiento de un plan delictivo ajeno para fines propios», estima autoría simultánea directa del manipulador, y asimismo STRATENWERTH [441] entiende que en la "desviación" de un plan delictivo hacia víctima distinta hay que considerar al sujeto de detrás como autor directo [442]. Sin embargo, se reconoce que en tales casos cabe imputar la realización del tipo al sujeto de detrás como obra suya, desmoronándose por sí sola la tesis de que yo haya deshecho "la función del tipo". El que se hable aquí de autoría mediata o de una suerte de "autoría simultánea" mediante mano ajena resulta entonces simplemente una cuestión terminológica, que poco cambia en la coincidencia material [443].

Y tampoco HERZBERG puede mantener su rechazo fundamental del autor de detrás del autor plenamente delictivo. Idea el supuesto [444] en que una rival, con ánimo vengativo, hace creer a la esposa que el valioso Kandinsky de su marido no es sino unos "garabatos" sin valor. «Bien puede estar segura de que su marido se va a alegrar» si destroza el cuadro y lo sustituye por

[438] *JuS*, 1974, p. 375 = *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 25.

[439] En contra de mi postura, con controversia pormenorizada, asimismo STRATENWERTH, *AT*[2], 1971, núms. margs. 836-844 (cfr. al respecto mi anticrítica en *ZStW*, 84 (1972), pp. 1007 ss.; de forma algo atenuada se sigue encontrando la crítica en *AT*[3], 1981, núms. margs. 781-786); asimismo BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 358 ss., que afirma la inducción; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 76 s., que estima complicidad; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 295, que supone "participación".

[440] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 111.

[441] *AT*[3], núm. marg. 784.

[442] Junto a ello, obviamente da a elegir entre inducción o complicidad. En favor de la inducción asimismo SPENDEL, *Lange-Festschrift*, 1976, p. 169; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-102.

[443] Por lo demás, la posición aquí mantenida podrá acabar imponiéndose del todo cuando se ponga de manifiesto con toda evidencia que en el bien jurídico vida (y otros personalísimos) el *error in persona* ciertamente no impide que se impute al ejecutor a título de dolo, pero que, en tanto que lo que esté en cuestión sea la imputación al sujeto de detrás, el desvío *(Umlenkung)* mediante engaño del ataque a una persona antes no en peligro (paralelamente a la persuasión en otro sentido: *Umstiftung*), convierte en distinto al hecho para éste. Un baremo de imputación doble en tal sentido no constituye en modo alguno una contradicción, pero requiere que se le fundamente, lo que tendrá que hacerse en otra ocasión.

[444] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 27 ss.; le sigue BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 353 ss., aun cuando en general rechace estrictamente la figura del "autor de detrás del autor plenamente responsable".

un "ciervo sobre fondo de amanecer". Aquí HERZBERG pretende —según mi postura, con razón— castigar a la "mujer de detrás" como autora mediata de unos daños, porque a la persona interpuesta le han estado "ocultos la importancia y alcance del injusto realizado" [445]. Ahora bien, si el engaño sobre la magnitud del injusto (y, consecuentemente, también de la culpabilidad) basta para fundamentar autoría mediata, con esta concepción HERZBERG se mueve en el marco de mi postura, pero abandona la suya, según la cual la responsabilidad del ejecutor directo por la realización del tipo conocida ha de excluir la autoría mediata [446].

Con cuanto antecede en absoluto se niega que en el grupo de casos de engaño sobre el "sentido concreto de la acción" aún falte mucho por esclarecer y que, en concreto, la delimitación entre los engaños fundamentadores de autoría con respecto a la provocación de meros errores en el motivo, que nada cambian en la participación del que engaña, aún no se ha efectuado en la presente monografía con el suficiente poder de convicción. En otro lugar me he esforzado por conseguirlo [447]. Con todo, el esbozo del estado del problema (lo único que aquí cabe aportar) me parece que revela a las claras que el principio de responsabilidad, frente a la opinión de quienes lo preconizan, tampoco ofrece en estos casos —a diferencia de en los de coacción— la clave para resolver las cuestiones aún abiertas. El reconocimiento de la figura jurídica del "autor de detrás del autor" no va a poder detenerse.

E. *El dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas*

a) *Estado del debate*

El "dominio de la organización" [448], desarrollado por mí como forma autónoma de autoría mediata, ha ido encontrando amplia acogida en la

[445] Cfr. con más detalle sobre este grupo de casos mi aportacion al *Festschrift für Lange*, 1976, pp. 184 ss.; asimismo *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 97 ss.

[446] Esta inconsecuencia se la echa en cara con razón SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 77, que aboga por la inducción; en este sentido también JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 667, y HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), pp. 242 ss., así como RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 82.

[447] «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter», *Festschrift für Lange*, 1976, pp. 173 ss.; asimismo *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 96 ss. En el artículo citado intento exponer con más detalle la autoría mediata en caso de engaños sobre la magnitud del injusto, sobre la circunstancias de cualificación y sobre la identidad de la víctima, así como delimitar con más precisión los engaños fundamentadores de autoría de la provocación de meros errores en el motivo. Por el contrario, SPENDEL rechaza por completo la figura del "autor de detrás del autor" («Der "Täter hinter dem Täter" - eine notwendige Rechtsfigur?», *Festschrift für Lange*, 1976, p. 147 ss.).

[448] Cfr. al respecto *supra*, pp. 269-280; también mi artículo «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *GA*, 1963, pp. 193-207; *Lange-Festschrift*, 1976, pp. 192 ss.; *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 128 ss.

doctrina [449], ya antes de que la reconociera la jurisprudencia. Incluso en el extranjero halló eco esta figura jurídica: En el proceso contra la Junta militar argentina, tanto la acusación como la sentencia del Tribunal Supremo se fundamentan sustancialmente en la tesis mantenida en esta obra [450]. La jurisprudencia, ya en el "caso del Rey Felino" (BGHSt 35, 353) la utilizó como argumento en pro de la posibilidad de "autor de detrás del autor". En la sentencia contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta RDA (BGHSt 40, 218), la jurisprudencia asume esta figura jurídica, que emplea en varias sentencias posteriores. Ya he expuesto y analizado en detalle *supra* esta evolución de la jurisprudencia (núms. 28, 41, 43, 44, 47 y 48), y a ello me remito. En la doctrina, SCHROEDER, JUNG, GROPP, MURMANN, BLOY, KÜPPER y AMBOS aprueban en cuanto al resultado la sentencia fundamental BGHSt 40, 218 [451], situándose en mi misma línea asimismo en la fundamentación JUNG, GROPP, BLOY, KÜPPER y AMBOS.

Pero esta sentencia no ha quedado indiscutida. Autores renombrados, si bien no numerosos, abogan por castigar como coautor, autor simultáneo o inductor al autor de despacho que maneja las palancas del poder.

[449] BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 60 ss.; el mismo, *Coimbra-Symposium*, 1995, 243; BUSCH, *LK*[9], 1970, § 47, núm. marg. 73; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 180; ESER, *StrafR*, II[3], supuesto práctico 38, núm. marg. 25; HAFT, *AT*[8], 1998, p. 200; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 42 ss.; el mismo, *Jura*, 1990, pp. 23 ss.; HIRSCH, *Rechtsstaatliches Strafrecht*, pp. 22 ss.; HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 244; INGELFINGER, *Anstiftervorsatz*, pp. 183 ss.; KORN, *NJW*, 1965, pp. 1206 ss.; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núms. margs. 73 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 2; LAMPE, *ZStW*, 106 (1994), p. 743; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 48-88; M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 101 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 25; SCHILD, *Tatherrschaft*, p. 10, 16, 19, 24 ss.; U. SCHULZ, *JuS*, 1997, p. 111; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 790 ss.; el mismo, *Schw. StrafR*, *AT I*[2], 1996, § 13, núm. marg. 34; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 541. SCHMIDHÄUSER, que antes (todavía en *AT*[2], 1975, pp. 14-50) había atendido a la "utilización de persona decidida al hecho" (críticamente al respecto, ROXIN, *LK*[10], 1978, § 25, núm. marg. 90), ahora (*StuB*[2], 1984, pp. 10-95) habla de autoría mediata "fundada en la fungibilidad previa del ejecutor", viniendo a coincidir con la opinión aquí sustentada.

[450] *Querella*, V parte, pp. 8 ss.; sentencia, p. 73. Ambas fuentes se citan por el original español, por facilitarme las cuales estoy sinceramente agradecido al Fiscal General del Estado argentino, Sr. Strassera. Referencias sobre la recepción de mi teoría en la jurisprudencia argentina en AMBOS, *GA*, 1998, pp. 238 ss.

[451] SCHROEDER, *JR*, 1995, pp. 177-180; JUNG, *JuS*, 1995, pp. 173 ss.; GROPP, *JuS*, 1996, pp. 13-18; MURMANN, *GA*, 1996, pp. 269-281; BLOY, *GA*, 1996, pp. 425-442; AMBOS, *GA*, 1998, pp. 226 ss., así como KÜPPER, *GA*, 1998, p. 524; de acuerdo con mi comentario en *JZ*, 1995, pp. 49 ss.; ROTSCH, *NStZ*, 1998, p. 491, reconoce la figura jurídica de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados y sustancialmente mi fundamentación, pero alberga algunos reparos en contra de que los requisitos de la autoría mediata, de ahí derivados, concurrieran en el caso concreto.

b) *La tesis de la coautoría*

Hasta la cuarta edición de su Tratado, JESCHECK [452] aboga por la postura de que «la persona situada en la cúspide, justamente porque domina la organización, [es] coautor». Este desvío hacia la figura de la coautoría se basa en la suposición, mencionada ya repetidas veces, de que no cabe concebir al "autor de detrás del autor" al menos allí donde pueda hacerse responsable al propio ejecutor por comisión dolosa del hecho [453]. No obstante, la circunstancia de que la "persona de la cúspide" deje por completo la ejecución en manos del instrumento, que muchas veces se "moviliza" sin conocimiento personal suyo, habla en contra de estimar coautoría, que también para JESCHECK [454] se basa sustancialmente en la cooperación de los intervinientes, esto es, en el carácter conjunto de la resolución del hecho y de la ejecución; ambos extremos faltan aquí. Al principio, JESCHECK [455] replicaba a esta crítica que el carácter conjunto de la resolución del hecho queda "restablecido por la pertenencia a la organización". Pero ello significa en realidad renunciar a la resolución conjunta del hecho, que requiere mucho más que la mera pertenencia a la organización. Por eso JESCHECK escribe ahora [456]: «El carácter conjunto de la decisión del hecho se restablece con la consciencia del dirigente y del ejecutor de que un hecho concreto, o varios hechos del mismo género, han de realizarse siguiendo las instrucciones de la dirección.» Pero «la consciencia de que... hechos... han de realizarse siguiendo las instrucciones de la dirección» sigue sin ser una resolución conjunta del hecho. Lo mismo cabe decir de la tesis de OTTO [457] en el sentido de que el ejecutor "hace suyo concluyentemente el plan delictivo", pues el hacer propio es un obrar unilateral que no fundamenta resolución común alguna.

También BOCKELMANN niega la coautoría reparando en que "falta la resolución conjunta del hecho". Sin embargo, como no reconoce al "autor de detrás del autor", por ser una "idea difícilmente verificable", se desvía hacia la estimación de "autoría simultánea". No obstante, a ello se opone que la imbricación de las acciones individuales en el seno de una maquinaria de poder organizada excluye al discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracteriza a la autoría simultánea.

[452] JESCHECK, *AT*[4], 1988, p. 607 (en otro sentido ahora JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 670); le siguen SAMSON, *SK*[5], § 25, núm. marg. 110; OTTO, *Jura*, 1987, p. 255; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 92.

[453] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 664.

[454] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, pp. 673 ss.

[455] *AT*[4], 1988, p. 607.

[456] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 670.

[457] *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 92.

Entre los representantes de la tesis de la coautoría se cuenta también JAKOBS [458], quien se sustrae a la objeción de que falta la resolución conjunta del hecho no considerándola requisito de la coautoría. Naturalmente, así se expone a la nueva objeción de estar prescindiendo de la exigencia legal de comisión conjunta [459].

Por lo demás, la calificación de coautoría por parte de JAKOBS se basa en una concepción más normativa del dominio del hecho, que entiende como responsabilidad jurídica y no como dominio real (cfr. al respecto ya *supra* p. 690). Para él, la autoría mediata presupone que el sujeto agente esté jurídicamente supeditado, esto es, que sea en ese sentido no responsable o no plenamente responsable. Pero si es plenamente responsable, no puede ser instrumento. JAKOBS no niega la fungibilidad del ejecutor directo y la "automaticidad" de la ejecución de la orden de ella derivada, pero a su juicio se trata de un "dato naturalístico" [460] sin mayor trascendencia. Dada una responsabilidad igual, sólo cabe plantearse la paridad por la vía de la coautoría. Nos encontramos de nuevo, pues, ante una variedad de la concepción que rechaza en general al "autor de detrás del autor responsable".

Sin embargo, ello tampoco convence en este caso. Los conceptos jurídico-penales tienen que enlazar con imágenes rectoras que representan una reelaboración normativa de estructuras reales de los fenómenos. Pero no es figura rectora de la coautoría la responsabilidad de los intervinientes, pues igualmente responsable es también el inductor, que no por eso es coautor. La figura rectora legal es, más bien, como ya se desprende del tenor literal del § 25.2 StGB, la comisión conjunta. Contra esta figura rectora colisiona estimar coautoría no sólo por la —ya mencionada— falta de resolución del hecho conjunta, sino también por otros dos motivos que cabe oponer tanto a JAKOBS como a los demás defensores de la tesis de la coautoría.

En primer lugar, falta, además de la resolución conjunta del hecho, también la ejecución conjunta, que igualmente representa un elemento constitutivo de la coautoría, según una posición discutida, pero correcta. El autor de despacho no ejecuta por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que se sirve de órganos ejecutores. Incluir en la coautoría el ocasionamiento de un hecho supone destruir los límites de la coautoría y difuminar toda delimitación posible con respecto a la autoría mediata y la inducción.

En segundo lugar, la tesis de la coautoría sortea la diferencia estructural determinante entre autoría mediata y coautoría, que reside en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actividad pareja, simultánea, "fundamentadora de comunidad"). Con razon dice BLOY [461]: «Cuando se trata —como aquí— de comportamiento nítidamente coordinado en vertical, en el que el papel de los sujetos de detrás está sujeto de entrada a la comisión del hecho por mano ajena, todo habla claramente en contra de la coautoría y en pro de la autoría mediata.»

[458] *AT*[2], 1991, pp. 21-103, con nota 190.

[459] Con más detalle *infra*, pp. 733 ss.

[460] *NStZ*, 1995, p. 27.

c) *La calificación de inducción*

La estimación de que los sujetos de detrás que llevan adelante sus planes delictivos con ayuda de una maquinaria de poder que dominan no son autores mediatos, ni coautores, sino inductores, antes de la sentencia BGHSt 40, 218, que impuso en la jurisprudencia la calificación de autoría mediata, no tenía más partidarios. De entonces acá ha encontrado algunos más. Así, HERZBERG [462] dice, en contraste con la concepción que mantenía antes [463]: «Hitler, Himmler y Honecker no perpetraron como autores las muertes que ordenaron, sino que las ocasionaron como inductores.» En términos semejantes, KÖHLER [464] señala: «En los supuestos de "dominio de la organización" determinante, ha de apreciarse inducción.» Ambos autores, al igual que JAKOBS, se basan en una consideración puramente mormativizante. El dominio real y el poder de dirección de los sujetos de detrás lo dejan de lado como "facticista" o "naturalístico" y, por tanto, como intrascendente. En su lugar, la responsabilidad jurídico-penal del ejecutor excluiría de entrada la autoría mediata. Así, leemos en KÖHLER: «En tanto que se atienda a la fungibilidad del individuo en la organización del hecho en división del trabajo, ello nada altera en la responsabilidad concreta de ésta, no procurándole, por tanto, al sujeto de detrás posición de autor alguna.» Así pues, el fundamento de esta construcción es también el principio de autonomía y, por tanto, el rechazo por principio del "autor de detrás del autor". Lo cual es predicable también de RENZIKOWSKI [465], tercer defensor de la solución de la inducción. Al igual que KÖHLER, no rechaza el dominio del hecho del que imparte las órdenes, pero lo declara irrelevante [466]: «El sujeto de detrás posee, bien es verdad, la posibilidad garantizada por el aparato de realizar sus planes al margen

[461] *GA*, 1996, 440.

[462] En su artículo inédito «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», ponencia presentada un congreso en Moritzburg bei Dresden (septiembre de 1997). Al no estar disponible aún la versión destinada a imprenta, no resulta posible un debate más profundo sobre las tesis mantenidas.

[463] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 34 ss.

[464] *AT*, 1997, p. 510. Puesto que rechaza de plano la autoría mediata fuera de los supuestos de error fáctico, esto resulta evidente en el contexto de su concepción. Debate al respecto *supra* pp. 694 ss.

[465] *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 87 ss. Controversia con este autor y con el principio de autonomía ya *supra*, pp. 709 ss.

[466] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89.

de quién sea el ejecutor. Esta posibilidad, sin embargo, no puede suplir la falta de dominio fáctico en el caso concreto, a menos que se quiera echar por tierra el fundamento de la teoría del dominio del hecho en su totalidad.»

No obstante, ésta es una restricción del entendimiento de la teoría del dominio del hecho obligada por el principio de autonomía que no se ajusta a la realidad. KÖHLER es consecuente al no reconocer, desde el principio, el dominio del hecho como criterio de la autoría mediata [467]. Pero en tanto que RENZIKOWSKI sólo atiende a si se domina la persona del ejecutor casual desconocida e indiferente para el sujeto de detrás, expulsa el dominio garantizado por el aparato (la "posibilidad garantizada" de realización del tipo, que él mismo admite) del concepto de dominio. Su objeción [468] de que "las acciones hipotéticas de terceros" no deben tenerse en cuenta en Derecho Penal olvida que el funcionamiento del aparato es una realidad y no una hipótesis [469]. Cuando Hitler o Stalin ordenaron matar a sus opositores, ello fue obra suya (si bien obra no sólo suya). Decir que no son autores de sus delitos, sino que se limitaron a inducir a otros, contradice los adecuados principios de la imputación social, histórica e incluso jurídica en concepto de autor. El propio JAKOBS [470], con todo su normativismo, es lo suficientemente "naturalístico" para confesar: "La concurrencia de dominio", que obviamente él considera co-dominio, "no cabe ponerla en duda en tales casos". Aquel que, no obstante, propugne inducción, debe decir adiós a la teoría del dominio del hecho y delimitar autoría y participación con otros criterios. Pero ya se puso de manifiesto (*supra* pp. 705 ss.) que la autonomía del ejecutor es inadecuada como criterio exclusivo de delimitación.

Este resultado se confirma por comparación con los supuestos de verdadera inducción. El inductor tiene que empezar por buscar un autor, el autor de despacho sólo tiene que dar la orden; el inductor debe tomar contacto con el autor potencial, enrolarlo para su plan y, en su caso, vencer su resistencia; todo lo cual puede ahorrárselo el que manda en una organización jerárquica. Asimismo, no hay que olvidar que Hitler y dictadores análogos, con ayuda del aparato a su disposición podían desencadenar un potencial de destrucción y de vulnerar la legalidad no comparable ni de lejos con el de un inductor normal. Al situar en plano de igualdad su poder de dominio con el influjo de un inductor se nivelan, por simplificación normativa, marcadas diferencias materiales. Lo cual viene demostrado por el lenguaje común, que habla naturalmente de "autor de despacho" y no de "inductor de despacho".

[467] En contra de su postura, cfr. *supra*, pp. 695 ss.

[468] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89.

[469] Al margen de que los cursos causales hipotéticos, si bien nada alteran en la causalidad, sí pueden influir en la imputación.

[470] *NStZ*, 1995, p. 27.

d) *¿Extensión del "dominio de la organización" al mundo empresarial?*

Un problema puesto de actualidad por la jurisprudencia reciente reside en si la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas cabe trasladarla a las estructuras jerárquicas en el mundo empresarial (cfr. *supra* pp. 677 s.). La cuestión se plantea asimismo en la doctrina [471], pero en la mayoría de los casos se rechaza [472].

Cuando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental (*vid. supra* núm. 38 *in fine*), de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas; así lo prescribe, p. ej., la legislación de funcionarios. Un ejemplo gráfico de la extensión de la autoría mediata aplicándola a relaciones articuladas jerárquicamente lo proporciona la famosa sentencia de la interrupción del tratamiento médico, BGHSt 40, 257, que ya fue analizada *supra* (núm. 39).

F. *El instrumento doloso sin intención*

Al tipo de los delitos de apropiación (§§ 242, 246 StGB) sólo se le había atribuido hasta la fecha el apropiarse, pero no la apropiación para otro. Así pues, si el sujeto de detrás exhortaba a otro a hurtar una cosa ajena para él y éste cumplía tal deseo, al que sustraía, según la opinión general, le faltaba la intención de apropiarse la cosa sustraída en interés de otro, no pudiendo ser, por tanto, castigado como autor de hurto. Según la concepción tradicional, se castigaba al sujeto de detrás como autor mediato de hurto y al ejecutor como cómplice en su modalidad de instrumento doloso sin intención. Esta construcción ya fue rechazada en esta obra por incompatible con la teoría del dominio del hecho (cfr. *supra* pp. 286 s., 371-380), pues la exhortación del sujeto de detrás sólo corresponde a la inducción, dado que la decisión sobre que se cometa el hurto y, por tanto, el dominio del hecho sólo reside en el ejecutor.

[471] Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 102 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 46 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 2; en definitiva también FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 102 ss. (en todo caso pasando por la autoría simultánea de titulares de funciones con responsabilidades especiales, lo que acaba desembocando sólo en la autoría del garante por omisión).

[472] KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 73b, con bibliografía; ROTSCH, *Individuelle Haftung*, pp. 144 ss.; *NStZ*, 1998, pp. 493 ss.; AMBOS, *GA*, 1998, p. 239.

Desde siempre estimé en estos casos (*supra* pp. 373 ss.) inducción del sujeto de detrás, con la fundamentación de que también la apropiación para otro constituye un "apropiarse", porque el ejecutor, al transmitir la cosa al instigador, dispone de tal cosa como un propietario. Ciertamente, esta concepción ganó en la doctrina numerosos partidarios (cfr. ed. anterior, p. 655, nota 362), pero ni en ella ni en la jurispruencia (BGHSt 41, 187 ss., Pleno) logró imponerse del todo. También era absolutamente insatisfactorio el efugio de castigar al sujeto de detrás por apropiación indebida y al ejecutor como cómplice de tal delito [473], al no quedar así abarcado por completo el ilícito de la sustracción.

El legislador de la VI Ley de Reforma Penal de 26 de enero de 1998, por fortuna, modificó el tenor literal de los §§ 242, 246 StGB en el sentido de la concepción mantenida aquí ya desde la primera edición, considerando suficiente respectivamente que el autor se apropie [la cosa] antijurídicamente para sí o para tercero. Desde nuestra postura, ésta no es una reforma material de la ley, sino sólo una aclaración en el sentido de que también la transmisión de la cosa a un tercero, dándose dominio del hecho, es una apropiación en concepto de autor.

Téngase la opinión que se tenga de la situación jurídica anterior, con arreglo al Derecho vigente ya no existe el ejecutor doloso sin intención que tenga dominio del hecho, de manera que el "sujeto interpuesto" en estos casos es siempre autor y el que exhorta inductor.

Lo cual no significa que no exista instrumento sin intención. Pero tales casos sólo son posibles cuando el "instrumento" no sabe que está siendo utilizado para la comisión de un delito y es, por lo tanto, "no doloso". Lo cual ocurre, p. ej., cuando un sujeto determina que otro le procure una cosa mueble ajena mediante sustracción, supuestamente sólo para usarla por un tiempo y en realidad con el ánimo de apropiación antijurídica. Aquí el sujeto de detrás es autor mediato, pues el que el ejecutor desconozca el dolo del sujeto de detrás (p. ej., referido a la ajenidad de la cosa) o sólo el ánimo de apropiación de éste, resulta indiferente para el dominio del hecho del instigador. Ni en uno ni en otro caso sabe el instrumento que está siendo utilizado para un hurto.

Lo mismo cabe afirmar cuando el sujeto de detrás hace creer al ejecutor que tiene una pretensión vencida, no sujeta a excepciones, sobre una cosa, instigándole a sustraerla para él, puesto que si, con la doctrina dominante que ha de suscribirse, de concurrir una pretensión en esos términos se niega la antijuricidad de la apropiación, al así engañado, en la sustracción que ejecutó, le falta el ánimo de apropiación antijurídica. Por eso, no realiza

[473] Cfr. al respecto, con bibliografía, la edición anterior española, p. 693, nota 363.

el tipo subjetivo y el sujeto de detrás, por ejercer el dominio en virtud de error, es autor mediato [474].

3. El dominio del hecho funcional

A. *Noción básica*

El concepto de "dominio del hecho funcional", mediante el que he intentado [475] caracterizar a la coautoría, ha sido acogido ampliamente en la doctrina [476]. Sustancialmente, estimar que la "cooperación en división del trabajo" fundamenta coautoría constituye doctrina dominante [477]. También la teoría de STEIN [478], con un planteamiento distinto, que atiende a la perentoriedad

[474] Cfr. acerca de este grupo de casos, asimismo, KRÜGER, *Jura,* 1998, 616, quien, sin embargo, habla (sin razón) del instrumento "doloso" sin intención, tildando de "sumamente cuestionable" a la contrucción de la autoría mediata, y no es así, debido a la falta de dolo de hurto en el ejecutor.

[475] *Supra,* pp. 305-336. Estas indicaciones las he continuado en *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 153 ss., así como en mi artículo «Die Mittäterschaft im Strafrecht», *JA,* 1979, p. 519.

[476] ESER, *Strafr* II[3], 1980, caso 37, núm. marg. 24; caso 39, núm. marg. 6; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 81 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 679; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 27; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 11; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 49-5; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 369, 374; SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 117; SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 574; STOFFERS, *MDR,* 1989, p. 210; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 823; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 514. Con la limitación que después se dirá, HERZBEG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 57 ss.; JAKOBS habla, «con apoyo en la distinción de Roxin», de «dominio de la decisión» (*AT*[2], 1991, pp. 21-25, nota 86). También la reciente monografía de BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 369 ss., sigue del todo la postura aquí desarrollada.

[477] En su obra *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters (La tentativa de delito del coautor y del autor mediato),* 1975, SCHILLING propugna considerar a la coautoría «simplemente como forma de la autoría única múltiple» (p. 74). Sin embargo, pese a no querer adscribirse SCHILLING a ninguna concreta teoría de la autoría, en el fondo esto es compatible sólo con una concepción puramente causal, que conduciría al concepto extensivo de autor y al fin y a la postre a la autoría unitaria, con la que el propio SCHILLING simpatiza ostensiblemente al final de su obra (pp. 115 ss.). Por el contrario, hay que atender, en el sentido del análisis estructural expuesto *supra,* a que la coautoría representa una forma autónoma de autoría en la que el individuo no es autor único, pero tampoco sólo "autor de una parte", sino que, a través de su parte del hecho, tiene en sus manos el hecho en su totalidad en unión con otros (cfr. *supra,* p. 308, enlazando con WELZEL). La crítica a SCHILLING se expone ampliamente en KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft,* 1978. Cuestión distinta es si no habrá que darle la razón a SCHILLING en que (frente a la postura señalada *supra* pp. 490 ss., hoy absolutamente dominante) también en la tentativa sólo hay que considerar coautor a aquel que ha intervenido por sí mismo en la fase de tentativa. Una investigación profunda de VALDAGUA, *ZStW,* 98 (1986), pp. 839 ss., sugiere estimar que es más consecuente, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, requerir para la coautoría en la tentativa también el dominio conjunto del hecho en la fase de tentativa (ahora asimismo ROXIN, *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 198 ss.; asimismo ya RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 383 ss.; BLOY, *Zurechungstypus,* pp. 265 ss.; cfr. asimismo STEIN, *Beteiligungsformenlehre,* p. 318; en favor de la opinión aquí mantenida STOFFERS, *MDR,* 1989, pp. 208 ss., 211 ss.

[478] *Beteiligungsformenlehre,* pp. 319 ss. STEIN requiere una aportación al hecho en la fase ejecutiva, y, sin embargo, rechaza el requisito del carácter «esencial» de esta aportación al hecho, así como el de la resolución común del hecho, por no ajustarse a su sistema (p. 326).

de las normas de conducta, así como las concepciones idealistas de KÖHLER [479] y KLESCZEWSKI [480], llegan a resultados semejantes.

No obstante, críticos recientes objetan a mi planteamiento que sólo atiende, unilateralmente, al poder de inhibición, negativo, del coautor (desde una consideración *ex ante,* no realizando su aportación, puede hacer fracasar el delito), en lugar de resaltar el elemento positivo de la coautoría [481].

En particular, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO ha presentado una nueva concepción de la coautoría que ha merecido atención también en Alemania. DÍAZ objeta a mi concepción del "dominio del hecho funcional" que quien no ejecuta la acción delictiva por sí mismo, sujetando, p. ej., a la víctima, para que el otro la apuñale, ejerce sólo un "dominio del hecho negativo". Puede, permaneciendo inactivo (esto es, no sujetando a la víctima) hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto sólo lo hace aquel que apuñala, ejerciendo así el "dominio del hecho positivo". DÍAZ propugna limitar la coautoría al dominio del hecho positivo, como el que concurre cuando tres autores asestan a la víctima sendas apuñaladas que sólo en su conjunto determinan la muerte. A mi juicio, la concepción de DÍAZ restringe en exceso la coautoría, porque la cooperación "positiva" en la acción delictiva, tal como él la entiende, ya constituye de por sí autoría directa (si, p. ej., varias personas sustraen cosas, con ánimo de lucro, ejecutando un plan conjunto); así pues, los supuestos más importantes en la práctica son precisamente aquellos que DÍAZ propugna extraer de la coautoría como manifestaciones del dominio del hecho negativo.

Además, la distinción entre dominio del hecho positivo y negativo, en el sentido de DÍAZ, no aprehende con total acierto la estructura del dominio del hecho funcional, pues —por seguir con el ejemplo del apuñalamiento— el que sujeta, al "tener lista" a la víctima, realiza una aportación a la realización del tipo tan "positiva" como la del que apuñala. El que no llevar a efecto tal aportación haga fracasar el plan es sólo el reverso "negativo" de este dominio positivo del hecho. En el propio sujeto que apuñala no está estructurado de forma distinta el co-dominio: También en él supone el reverso de su parte positiva del hecho que su omisión haría fracasar el plan. Así pues, la distinción pretendida no puede fundamentar la diferencia valorativa de las aportaciones al hecho. Tanto si el coautor sujeta a la víctima para permitir el apuñalamiento letal como si le asesta una puñalada que junto con otras determina el resultado, en ambos casos los intervinientes dependen unos de otros y, por su hacer "positivo", son señores conjuntos del suceso.

[479] *Strafrecht, AT*, 1997, pp. 513 ss.; cfr. ya *supra,* pp. 694 ss.

[480] *Selbständigkeit,* pp. 318 ss. «Sin duda [con el concepto de dominio funcional del hecho] están descritos acertadamente algunos rasgos de la coautoría»; en la «limitación de la coautoría a la actuación conjunta en la fase ejecutiva», su planteamiento presenta puntos de contacto con el aquí defendido. Con respecto a la crítica suya, en seguida en el texto.

[481] DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal,* 1991, pp. 679 ss., 691 ss.; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit,* pp. 318 ss.

B. *La decisión del hecho conjunta*

Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS [482], han discutido DERKSEN [483] y LESCH [484] la necesidad de resolución común del hecho en la coautoría. A su juicio, «basta una resolución de ajustarse, por medio de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del ejecutor» [485]. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no ha de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución común del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la "comisión conjunta" requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes. Imputar a los demás como "comisión conjunta" una "colaboración" unilateral, conocida como tal sólo por uno de los "coautores", vulnera el tenor literal de la ley y por ende la prohibición de la analogía [486]. Además, admitir la coautoría unilateral entraña el peligro de extender excesivamente esta figura. KÖHLER [487] cree, no sin razón, que esta teoría «se retrotrae a antes del finalismo y prácticamente desplaza los límites hasta la complicidad». Asimismo, desplaza el límite hasta la autoría mediata, como ya se puso de manifiesto con respecto al dominio de la organización (*supra* p. 726), en el que JAKOBS considera coautor al sujeto de detrás, a pesar de faltar la decisión del hecho conjunta.

Por otra parte, hay que conceder que la "decisión de ajustarse", limitándola a la fase ejecutiva, de por sí no contradice a la idea de "co-dominio". El que en el descansillo de la escalera sujeta y abate a golpes al policía que, alertado por teléfono, se dirigía a detener al autor de unas lesiones que estaban teniendo lugar dentro de un piso, de manera que éste puede consumar tranquilamente las lesiones, también realiza una aportación fundamentadora de co-dominio en la fase ejecutiva si el que golpea no se da cuenta en absoluto de esta aportación al hecho que precisamente posibilita el resultado. Ahora bien, el legislador sólo ha conminado con la pena por autoría, en tanto que fundamentador de coautoría, el co-dominio conjunto (y no el unilateral); y esta solución restrictiva es loable también desde la perspectiva de política jurídica por las razones antecitadas. El propio BGH ha vuelto a pronunciarse en 1997 en este sentido [488]: «La coautoría no se

[482] *AT*², 1991, pp. 21-43.

[483] GA, 1993, pp. 163 ss.

[484] *ZStW,* 105 (1993), pp. 271 ss.

[485] JAKOBS, *AT*², 1991, pp. 21-43.

[486] Con respecto la crítica a LESCH, con más detalle KÜPPER, *ZStW,* 105 (1993), pp. 295 ss. En contra de la concepción de JAKOBS y sus discípulos de nuevo KÜPPER, *GA,* 1998, p. 526, así como INGELFINGER, *JZ,* 1995, 708, y RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* p. 102.

[487] KÖHLER, *AT*, 1997, p. 516, nota 71.

[488] BGHR, StGB, § 25.2, coautor 29.

da ya en el caso de acuerdo unilateral con el delito de otro y la puesta en práctica de tal acuerdo; por el contrario, hace falta que... todos obren en cooperación consciente y querida...»

C. *La exclusión de los actos preparatorios del ámbito de la coautoría*

El punto de divergencia sustancial reside actualmente en la cuestión de si —como ha estimado siempre la jurisprudencia por la vía de la teoría subjetiva— basta la intervención en la fase preparatoria para fundamentar la coautoría o si resulta necesaria la cooperación que completa la aportación al hecho de los otros en la propia fase ejecutiva. La segunda postura, notablemente más estricta, que he intentado fundamentar a fondo *supra* [489], y que antes era defendida por muy pocos, ha ido encontrando infinidad de nuevos partidarios [490], de modo que probablemente acabe por imponerse [491], simultáneamente al avance de la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia. Precisamente entre las posturas doctrinales últimas es donde más se ha impuesto la concepción de que la coautoría se limita a la fase ejecutiva. KÖHLER [492] y KLESCZEWSKI [493] mantienen la "referencia de la coautoría a la ejecución del hecho". La misma postura es defendida asimismo por RENZIKOWSKI [494] que hace valer aquí con toda razón la idea, de la que tanto se abusa, de la autonomía (debiéndose uno preguntar por qué no reparan en esto tantos otros defensores de la idea de la autonomía): «El que se limita a cooperar en la fase preparatoria, cede la auténtica realización del tipo a la decisión autónoma de los demás.» ZIESCHANG [495] ha vuelto a sopesar todos los argumentos, concluyendo que no existe ninguna razón plausible

[489] Pp. 323-336; más pormenorizado en *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 179 ss.; *JA*, 1979, pp. 522 ss.; *StrV*, 1985, p. 278; *JR*, 1991, p. 206.

[490] BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 197 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 89, 90; ESCHENBACH, *Jura*, 1992, pp. 644 ss.; GALLAS, *Materialien*, t. 1, p. 137; GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW*, 80 (1968), pp. 931 ss.; HARDWIG, *JZ*, 1965, p. 667; HERZBERG, *JuS*, 1974, p. 722; 1975, pp. 35 ss.; *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 64 ss.; *ZStW* 99 (1987), pp. 58 ss.; *JZ*, 1991, pp. 859 ss.; H. MAYER, *StuB*, 1967, p. 161; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 372 ss.; *NStZ*, 1994, p. 436; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 319 ss.; *StrV*, 1993, p. 414; SAMSON, *SK* [5], 1993, § 25, núm. marg. 122. En definitiva también SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-22; ahora más cauteloso en *StuB* [2], 1984, pp. 10-64.

[491] También STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, reclama la cooperación en la fase ejecutiva, y lo fundamenta, de modo bastante complicado, con la perentoriedad no disminuida de la norma de conducta que afecta al coautor (p. 322). Constitutivas de coautoría son para él «las formas de conducta en cuya peligrosidad se interpone el comportamiento futuro de un sujeto de delante, el cual ciertamente tiene impuesto un deber de conducta pleno y posee la capacidad intacta de cumplir el deber, pero en el que, sin embargo, por otra parte, el proceso de motivación ha avanzado tanto en dirección a la infracción del deber y el comportamiento planeado contrario a deber se encuentra ya tan cercano que el deber en la práctica ya no tiene posibilidades de desplegar su eficacia determinante».

[492] *AT*, 1997, p. 516.

[493] *Selbständigkeit*, p. 318, y *passim*.

[494] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 103.

[495] *ZStW*, 107 (1995), pp. 360 ss.

que justifique la virtualidad fundamentadora de coautoría de los actos preparatorios.

Una revitalización parcial de la teoría subjetiva la ha intentado, al menos en el ámbito de la coautoría, CRAMER [496], quien señala [497] que aquí «con el sólo auxilio de criterios del dominio del hecho, no cabe efectuar una delimitación segura entre coautoría y complicidad», debiéndose «incluir asimismo en el enjuiciamiento la disposición interna del afectado con respecto a su obrar». Y lo ilustra con un ejemplo: «Quien sujeta a la víctima para que otro la apuñale, no tiene que ser necesariamente autor, pudiendo ser también cómplice siempre que a su acto parcial, debido a su disposición, simplemente haya que atribuirle una significación subordinada con respecto a la actividad de los demás intervinientes. Sin embargo, de considerar él que desempeña un papel de socio en plano de igualdad, se calificará de autoría». No me parece una postura plausible. El propio CRAMER aclara que «la fórmula del *animus auctoris* y del *animus socii* [es] inútil.» Sin embargo, no queda claro de qué modo pretende él mismo averiguar la "disposición interna". Difícilmente cabe tener en cuenta otros puntos de vista que los del "interés" y la "subordinación de la voluntad", utilizados por la jurisprudencia para atribuir la voluntad de autor o de partícipe. Pero éstos cabe interpretarlos (ya se ha expuesto suficientemente) como se quiera. La seguridad en la delimitación, frente a lo que estima CRAMER, no aumenta con su aplicación, sino que queda anulada. Lo cual se desprende asimismo del ejemplo de CRAMER: Para la teoría del dominio del hecho es sin duda coautor quien sujeta a la víctima para que otro la apuñale, pues lo imprescindible de su función lo convierte en co-dominador del hecho. No alcanzo a entender por qué ésta no es una "delimitación segura". Por el contrario, la verificación y estimación de la "disposición interna" deja un margen amplio y oscilante a la interpretación. Por eso, también en este ámbito, hay que despedirse de la teoría subjetiva [498].

Pero entre los propios autores que, coincidiendo con la postura aquí preconizada, sólo estiman coautoría cuando el interviniente efectúa una aportación esencial al hecho en la fase ejecutiva, existen diferencias de opinión en puntos concretos. Así, yo requiero para el coautor, si bien no la presencia

[496] *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 400 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, ante § 25, núms. margs. 84 ss. Crítica en profundidad a CRAMER también en BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 370 ss.

[497] Las citas proceden de *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 401-403.

[498] Por el contrario, KÜPPER, *GA*, 1986, pp. 445 ss., se opone a la teoría subjetiva en tanto que propugna que para el dominio del hecho basta la cooperación en la fase preparatoria y entre otras razones basa su tesis precisamente en que la teoría del dominio del hecho y la teoría subjetiva no se distinguen ya esencialmente. Pero éste es un compromiso falso, porque justamente haber reconocido las aportaciones en concepto de coautoría en la fase preparatoria es lo que ha hecho incurrir a la delimitación entre coautoría y complicidad en la inseguridad que aún hoy la aqueja. Pormenorizadamente en el sentido de la teoría aquí defendida, BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 196 ss.; *JZ*, 1991, pp. 856 ss. (862).

en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (aun cuando sea por teléfono, por radio o a través de intermediarios), que puede consistir, p. ej., en impartir o transmitir órdenes o en cubrir [499]. En cambio, STRATENWERTH [500], que por lo demás comparte mi postura, entiende que en el organizador no hay que atender al momento en que se produce su aportación al hecho: «El plan prefigura la conducta de los intervinientes en la fase ejecutiva, configura los papeles individuales y, por tanto, hace que el organizador participe del dominio del hecho» [501]. Esta apreciación me parece aventurada, ya que son muchas las aportaciones en la fase preparatoria (procurar el veneno, dar la información decisiva, espiar sobre la ocasión más oportuna, etc.) que perduran hasta el final del hecho y en esa medida co-determinan decisivamente la ejecución sin por eso fundamentar coautoría (ni siquiera en opinión de STRATENWERTH); consiguientemente, no se entiende lo que el "planeamiento y la organización" [502] tienen de particular [503]. En el mismo sentido, HERZBERG considera que también aquí "ha de prevalecer la consecuencia" [504]. Sin embargo, en esta medida se trata de diferencias insignificantes sobre un fondo de coincidencia básica.

Mayor es la divergencia en JAKOBS [505], para quien el "dominio de la decisión" también puede producirse mediante aportaciones en la fase preparatoria. Naturalmente, también matiza [506]: «Que sean precisamente las aportaciones anteriores a la ejecución las que hayan posibilitado el hecho, no procura dominio de la decisión, como se pone de manifiesto en el inductor y en el cómplice necesario: ambos hacen posible el hecho y, sin embargo, constituyen prototipos de partícipes.» Pero cuando un interviniente «mediante promesas, represalias, etc., guía la motivación del ejecutor hacia la ejecución, sin que el influjo alcance la dimensión necesaria para la autoría mediata», el *minus* del sujeto de detrás en el "dominio de la decisión" quedaría compensado por «un *plus* en el dominio material en forma del dominio de configuración, que se ejerce en la preparación. Aun sin participación alguna en el dominio de la decisión, es posible la coautoría mediante configuración o al menos co-configuración». Entiendo que este planteamiento

[499] Cfr. *supra*, pp. 310, 330; de acuerdo SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 122.

[500] *AT*[3], 1981, núm. marg. 824.

[501] Le siguen JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 680; BEULKE, *JR*, 1980, p. 424; SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 573; KÜPPER, *GA*, 1986, p. 446.

[502] Con respecto a las posibilidades, que aquí se dan, de autoría mediata y de dominio de organización, cfr. *supra*, p. 330.

[503] Cfr. al respecto ya mis observaciones en *ZStW*, 84 (1972), p. 1011; *vid.* asimismo JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-47, nota 103: «... pero toda aportación causal surte efecto en la ejecución». De acuerdo conmigo ZIESCHANG, *ZStW*, 107 (1995), p. 375.

[504] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 64 ss. (68).

[505] *AT*[2], 1991, pp. 21-47; en términos semejantes OTTO, *Jura*, 1987, p. 253; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 61.

[506] *AT*[2], 1991, pp. 21-48; análogamente KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 111, con arreglo al cual sólo "actos preparatorios decisivos" podrían fundamentar coautoría.

no es acertado, pues sitúa la delimitación entre autoría y participación en la misma vaguedad que la teoría subjetiva; en efecto, sobre qué *plus* de intervención en la preparación compensa el *minus* de dominio del hecho en la ejecución son posibles las opiniones más diversas en el caso concreto [507]. Además, me parece que supone transformar participación en autoría el hacer ascender a autoría, dando un rodeo por la coautoría, acciones de determinación del hecho que para la autoría mediata no presentan el suficiente dominio y que se deberían, por tanto, calificar de inducción [508]. La coautoría se convierte así, en tanto que se base en actividad simplemente preparatoria, en "autoría mediata de segundo orden", lo que tampoco es en principio para JAKOBS [509].

D. *La coautoría aditiva*

HERZBERG, por otra parte, aun subrayando [510] que "coincide materialmente en gran medida" con mi concepción, defiende la postura de que un grupo determinado de casos, al que llama de coautoría "aditiva", no cabe abarcarlo con mi término de lo funcional y en general tampoco con el concepto de dominio del hecho [511]. Idea el caso en que en un atentado veinte conjurados disparan al mismo tiempo a la víctima "para hacer más probable el resultado". En efecto, el plan consigue su objetivo, pero, como algunas balas han errado el blanco, no es posible averiguar de quién procedían los disparos mortales [512]. HERZBERG pretende aquí —con razón— afirmar la coautoría, puesto que de lo contrario, por el principio *in dubio pro reo*, habría que absolverlos a todos. Sin embargo, entiende que no se da coautoría funcional en cada caso, pues si intervienen muchos autores no debe atenderse a su aportación individual. «Es sumamente probable (y habría que suponerlo, dado el caso, en su favor) que el hecho colectivo, en cuanto a su transcurso y efectos, habría sido el mismo» [513] si un interviniente determinado no hubiera colaborado. Esta reflexión le lleva a concluir que «en ciertas circunstancias responde también como coautor aquel que no tiene dominio del hecho» [514].

Sin embargo, esta postura no convence. Precisamente porque los conjurados sabían que el disparo de cada uno de los demás podría no acertar,

[507] El propio JAKOBS concede (*AT*[2], 1991, pp. 21-48, nota 105a) que el "dominio de configuración" es un concepto difuso.

[508] De acuerdo ZIESCHANG, *ZStW*, 107 (1995), p. 370, nota 38.

[509] *AT*[2], 1991, pp. 21-40.

[510] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 70; le sigue SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 574.

[511] MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 49-37 ss., por el contrario, estiman en tales casos coautoría en virtud de «participación en el dominio colectivo del hecho».

[512] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 56; acerca de la problemática correlativa en los delitos imprudentes, cfr. la 2.ª edición de esta obra, pp. 533 ss.

[513] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 58.

[514] *JuS*, 1974, p. 720.

cada tirador individual, con arreglo al plan, tenía una función esencial, pues de él podría depender el éxito. Lo cual constituye justamente un supuesto clásico de dominio del hecho funcional [515]. Desde el principio [516] he subrayado que sería erróneo «recurrir al planteamiento causal de la... teoría de la necesidad», queriendo verificar *ex post* si el individuo ha aportado una condición determinante en la ejecución; «más bien, desempeña ya una función necesaria, en el sentido de nuestra teoría, cuando todo habría dependido de él, dándose las circunstancias oportunas». También en el otro ejemplo de HERZBERG en que «cincuenta manifestantes no dejan de arrojar piedras hasta haber hecho añicos todas las ventanas de una embajada, los lanzamientos de cada uno, si obedecen al plan conjunto, tienen una función fundamentadora de coautoría, puesto que para una destrucción tan fulminante de todos los cristales de ventanas antes de llegar la policía hace falta un número así de elevado de cooperadores. Y aun cuando, excepcionalmente, no hubieran hecho falta, cada individuo ha ejercido, sin embargo, la función propia del papel que le correspondía en el plan; sin la pluralidad de intervinientes, se habría tratado de «un hecho distinto» [517]. HERZBERG menciona las "ingeniosas formas de dar por comprobado el dominio del hecho" [518], considerando inadmisible, evidentemente, el ingenio en la ciencia jurídica; sin embargo, se trata simplemente de fríos análisis estructuales. Por otra parte, no explica HERZBERG por qué quiere fundamentar la coautoría en tales casos. Él se remite sencillamente al tenor literal del § 25.2 [519]. Pero cuando se atribuyen a uno las partes del hecho de los demás, ello presupone algo más que la adición de acciones individuales simultáneas en plano de igualdad. Este "más" reside en la relevancia de cada aportación para el plan global. SCHMIDHÄUSER [520] y JAKOBS [521] han asumido los reparos de HERZBERG, pero, a diferencia de éste, propugnan negar la coautoría en tales casos. Sin embargo, me parece que contradice tanto el tenor literal como el sentido del § 25.2 StGB que la rotura de ventanas por parte de un grupo cerrado que obra con arreglo a un plan común no constituya un "cometer conjunto".

[515] Pormenorizadamente en contra de HERZBERG, en el sentido de la teoría aquí defendida, BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 372 ss.

[516] *Supra,* p. 313.

[517] Cfr. al respecto ya *supra,* p. 313. Con más detalle, en general, ROXIN, *JA,* 1979, p. 524.

[518] *JuS,* 1974, p. 720; en *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 59; HERZBERG no quiere negar la posibilidad de ampliar en tal sentido el concepto de la "función esencial"; pero es que con éste no se adelanta nada.

[519] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 60, nota 9.

[520] *StuB* [2], 1984, pp. 10-62.

[521] *AT* [2], 1991, pp. 21-55; sólo existiría coautoría en la "configuración conjunta" que trascienda la propia aportación.

E. *Aportaciones al hecho alternativas*

RUDOLPHI [522] ha planteado un problema más: el de las aportaciones al hecho alternativas. Idea el supuesto en que los asesinos A y B acechan en caminos distintos a la víctima, que al final llega por el camino en que A está emboscado y resulta abatida por éste. RUDOLPHI entiende que B no puede ser coautor porque «la coautoría presupone siempre un cooperar cumulativo en la realización del tipo legal, y en cambio un cooperar meramente alternativo para alcanzar un resultado de injusto típico determinado no basta aún para fundamentar coautoría». Pero también aquí se está concibiendo demasiado estrictamente el concepto de dominio del hecho funcional. En efecto, A y B han organizado en común una celada en la que la víctima va a caer con seguridad. En la pertinente consideración *ex ante*, cada uno de los dos efectúa una aportación esencial al éxito del plan [523]. De todos modos, las aportaciones alternativas, para fundamentar coautoría han de llegar hasta la fase ejecutiva. Si, de acuerdo con un plan conjunto, en distintas ciudades del orbe diversos conjurados acechan a un alto dirigente político para abatirlo, lo que al final ocurre, sólo es autor de asesinato el tirador que efectivamente le dispara. Los demás conspiradores que han aguardado en vano sólo pueden quedar abarcados por el § 30.2 StGB (manifestarse dispuesto a cometer un delito) [524]. Pero ello no representa especialidad alguna de las aportaciones al hecho alternativas, sino sencillamente una consecuencia de la circunstancia de que coautor sólo puede ser aquel que efectúa una aportación esencial en la fase ejecutiva.

F. Error in persona *y coautoría sucesiva*

La falta de espacio no permite profundizar en la infinidad de cuestiones concretas de la coautoría [525]. No obstante, hay que aludir aún a dos puntos al menos. Mi tesis de que el *error in persona* de un coautor se presenta como exceso para los demás intervinientes, a los que no puede, por tanto, imputárseles [526] no ha podido, ciertamente, apear de su postura a la opinión

[522] *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 379 ss.; la cita literal, p. 380. En definitiva también STEIN, *Beteiligungsformenlehre,* p. 328.

[523] Con más detalle en general ROXIN, *JA,* 1979, pp. 524 ss.; en sentido aprobatorio, SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 574; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49-39 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 376 ss.; JOERDEN, *Strukturen,* pp. 81 ss.; KÜHL, *AT* [2], 1997, 20, núm. marg. 109; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* p. 287, nota 107; en favor de la coautoría asimismo DENCKER, *Kausalität,* pp. 129 ss.

[524] En contra de la coautoría en todo caso en supuestos de "alternatividad espacio-temporal", KÖHLER, *AT*, 1997, p. 518, nota 78. También en un caso así, con razones atendibles, en favor de la coautoría, MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49-42.

[525] *Supra,* pp. 316-323.

[526] *Supra,* pp. 122 ss., 317 ss., 342 ss.; más exhaustivamente, cfr. mis consideraciones (con bibliografía) en *LK* [11], 1992, § 25, núms. margs. 91 ss., así como *AT/1* [3], 1997, § 12, núms. margs. 180 ss.

contraria dominante, pero sí ganar muchos partidarios [527]. Así pues, cabe considerar aún abierto el debate. Otro tanto ocurre con el problema de la coautoría sucesiva, en el que *supra* [528], frente a la "doctrina casi unánime", se intentó demostrar que al que se limita a intervenir después no se le pueden imputar en concepto de autor las circunstancias agravantes realizadas con anterioridad, porque la realización de éstas no está comprendida por su co-dominio. De entonces acá, esta postura ha pasado a preponderar en la doctrina [529], de manera que en la jurisprudencia [530] cabe esperar que se produzca un cambio de postura [531].

G. *Coautoría imprudente*

La figura de la coautoría imprudente, anteriormente sólo sustentada por contados autores [532], ha experimentado sobre todo en los últimos diez años

[527] ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 39; HERZBEG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 62 ss.; SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 572; SPENDEL, *JuS,* 1969, pp. 314 ss.; en definitiva asimismo SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-19; *StuB* [2], 1984, pp. 10-61, que en el caso *BGHSt,* 11, 268, evidentemente rechaza ya la coautoría (con respecto a esta cuestión *supra,* pp. 342 ss.), Distingue JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-45. En favor de la coautoría, p. ej.: FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 174 ss.; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 119 ss.

[528] Pp. 312-323.

[529] BOCKELMANN, *AT* [3], 1979, p. 189; BOCKELMANN-VOLK, *AT* [4], 1987, p. 190; ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 40, núms. margs. 16-19; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 160; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 153; JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-60; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 520; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 126 ss.; KÜPER, *JZ,* 1981, pp. 570 ss.; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 377 ss.; SAMSON, *SK* [5], 1993, § 25, núm. marg. 124; SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters,* 1975, p. 105; SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-21; *StuB* [2], 1984, pp. 10-65; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 91; SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 573; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 818; como aquí ahora también JESCHECK-WEIGEND, *AT* [5], 1996, p. 679, nota 18; GÖSSEL, *Jescheck-Festschrift,* 1985, pp. 537 ss.; EBERT, *AT* [2], 1993, p. 184; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 12; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49/68 ss. Cfr. globalmente también ROXIN, *LK* [11], 1993, § 25, núm. marg. 192 ss.; *JA,* 1979, p. 525.

[530] Acerca de su evolución, cfr. *supra* núms. 20 y 22.

[531] Entre los oponentes de la jurisprudencia del BGH se discute asimismo si al menos cabe estimar complicidad relativa a la causa de agravación ya realizada. Yo ya lo he afirmado *supra* (pp. 321 ss.) (en sentido similar SAMSON, *SK* [5], 1993, § 27, núm. marg. 18; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 818); sin embargo, también en sentido negativo, p. ej., ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 40, núm. marg. 20; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 153. Por el contrario, va más allá recientemente de nuevo LESCH, *Das Problem des sukzessiven Beihilfe,* pp. 313 ss., que propugna estimar, en virtud de "unidad de organización colectiva", complicidad o incluso coautoría, según los casos.

[532] P. ej., EXNER, *Frank-Festschrift,* t. 1, 1930, p. 572; FRANK, *StGB* [18], 1931, ante § 47, nota IV.2, § 47, nota III; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB* [43], 1961, § 47, nota III; MEZGER, *Strafrecht* [3], 1949, p. 422; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand,* 128, pp. 107 ss. En la posguerra, OTTO fue el defensor más activo de la coautoría imprudente: OTTO, *Maurach-Festschrift,* 1972, pp. 91 ss. (104); *JuS,* 1974, pp. 702 ss.; *Jura,* 1990, pp. 47 ss.; *Spendel-Festschhrift,* 1992, pp. 271 ss.; *Grundkurs Strafrecht, AT* [5], 1996, § 21, núms. margs. 115 ss. También yo, en las dos primeras ediciones de esta obra, en un capítulo luego suprimido, reconocía la coautoría imprudente (pp. 531 ss.), sin embargo, sobre la base de la suposición errónea de que los hechos imprudentes son delitos de infracción de deber.

un auge al parecer imparable [533]. La razón reside principalmente en la problemática actual de los acuerdos de órganos colegiados, de gran importancia en la responsabilidad por el producto y en los delitos ambientales. En estos acuerdos, la causalidad de votos singulares, no determinantes de la resolución, plantea ciertos problemas si la resolución comporta realizaciones de tipo imprudentes. Por el contrario, si se considera a todos los votantes como autores imprudentes, se imputa a cada uno la aportación de los demás y resulta verificable sin problemas la causalidad del actuar conjunto. Lo mismo es aplicable al supuesto en que un grupo, mediante obrar conjunto descuidado, causa un resultado sin que pueda verificarse quién del grupo ha realizado, con su propia conducta, la aportación causal.

Como los delitos imprudentes no se han tratado en la parte principal de esta obra, pero resulta imposible desarrollar exhaustivamente la problemática ahora, tendrán que bastar unas pocas observaciones. De entrada, resulta posible la construcción de la coautoría imprudente, a lo cual no se opone que el dominio del hecho requiera el dolo del autor, puesto que el principio del dominio del hecho sólo rige para los delitos de dominio, no siendo de aplicación, ya dentro de los delitos dolosos comisivos, para los delitos de infracción de deber y los de propia mano. Con mayor razón puede no regir para los delitos imprudentes, en los que la autoría única se basa exclusivamente en la imputación objetiva. Por consiguiente, habría que formar un concepto de "comisión conjunta" que se apartara de la coautoría de los delitos de dominio. Intentos tales sólo pueden tener éxito si se es capaz de formar un concepto de comisión conjunta imprudente suficientemente preciso, puesto que no se trata de renunciar, naturalmente, a la prueba de la causalidad del comportamiento imprudente sólo porque varias personas se comporten imprudentemente.

Con todo, la figura de la coautoría imprudente ha ido perfilándose en los últimos intentos de concreción. Así, RENZIKOWSKI [534] requiere «en principio, un proyecto conjunto de acción. Este "hecho global" debe presentarse como creación de un peligro jurídicamente desaprobado. Asimismo, los coautores han de haber realizado las aportaciones previstas en el plan conjunto, no siendo necesaria la relación causal entre el resultado y cada una de las

[533] En favor de la posibilidad de coautoría imprudente se pronuncian: BINDOKAT, *JZ,* 1979, pp. 434 ss.; BRAMMSEN, *Jura,* 1991, ppp. 537 ss.; BRAMMSEN-KAISER, *Jura,* 1992, pp. 38 ss.; DENCKNER, *Kausalität,* pp. 177 ss.; ESCHENBACH, *Jura,* 1992, pp. 643 ss.; HILGENDORF, *Sttrafrecht* [2], 1998, p. 38; *NStZ,* 1994, p. 563; KAMM, *Fahrlässige Mittärerschaft,* pp. 175 ss.; KÜPPER, *GA,* 1998, pp. 526 ss.; LESCH, *GA,* 1994, pp. 119 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht,* p. 73; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 261, 282 ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-30, nota 24; *StuB* [2], 1984, pp. 10-68 ss., nota 34; SPENDEL, *JuS,* 1974, pp. 749 ss.; WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme,* pp. 146 ss.; *JZ,* 1998, pp. 230 ss.; asimismo: BEULKE-BACHMANN, *JuS,* 1992, p. 747; LAMPE, *ZStW,* 106 (1994), pp. 692 ss.; SCHUMANN, *StrV,* 1994, p. 110.

[534] *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 288 ss. (aprovechando los trabajos de RANSIEK, DENCKER, OTTO y LAMPE, citados en nota 533).

aportaciones. Por último, la imputación presupone que cada interviniente pudiera y debiera darse cuenta de la peligrosidad del proyecto conjunto». Análogamente, WEISSER [535] requiere para la coautoría imprudente que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo. Tal puede ser el punto de partida.

III. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Generalidades

Junto a los delitos de dominio, se introduce en esta obra la categoría de los delitos de infracción de deber [536], en los que (con arreglo a la concepción aquí desarrollada) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial extrapenal. Esta concepción apenas ha encontrado rechazo de principio hasta ahora [537], pero por otra parte sólo se ha asumido o criticado de modo vacilante o puntual, lo que no ha de sorprender, a la vista de su novedad y de la infinidad de problemas aún abiertos en este ámbito. De todos modos, la categoría de los delitos de infracción de deber va encontrando un creciente número de adeptos [538], y

[535] *JZ*, 1998, p. 239.

[536] *Supra*, pp. 385-434, 498 ss.

[537] Con la excepción de la (sumamente polémica) condena global por parte de LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 223-227, que, sin embargo, no aborda las cuestiones materiales verdaderamente problemáticas. A LANGER, de entrada, mi «formación de conceptos» le parece «incompatible con el Derecho positivo» por contravenir, en su opinión, los §§ 28.2 y 30.1 StGB. Y es que el § 28.3 regularía el supuesto en que "la calificación sólo concurre en el partícipe", que podría así «ser castigado como autor, frente a lo establecido expresamente por la ley» (p. 224). Pero esto no es más que una *petitio principii*, pues el § 28.3 no determina la delimitación entre autoría y participación, sino que la da por sentada y, sobre la base de una relación autor-partícipe existente con arreglo a la teoría general, trata la accesoriedad cuando median especiales elementos personales (cfr. *supra*, p. 395). Además, LANGE señala: «toda inducción infructuosa a un delito de infracción de deber por parte de un *intraneus* contiene la infracción de deber especial por parte de éste y es punible consecuentemente como tentativa de delito a título de autor», lo que contravendría el § 30.1 StGB (p. 244). Sin embargo, LANGER va descaminado, pues la infracción de deber sólo aporta un criterio de la autoría, no el fundamento de punición, que también en los delitos de infracción de deber consiste en una lesión de bien jurídico, y sólo el comienzo directo de la lesión típica del bien jurídico fundamenta, tanto aquí como en general, la tentativa.

[538] BLAUTH, *«Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Recht*, 1968, pp. 76 ss.; BLEI, *AT*[18], 1983, p. 255; CRAMER, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 395 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 33 ("en principio aprobación"); JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-116 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, ante § 25, núm. marg. 71, donde se considera "doctrina dominante" al reconocimiento de los delitos de infracción de deber; § 25, núm. marg. 78; WAGNER, *Amstverbrechen*, 1975, pp. 70 ss. (p. 72: "planteamiento correcto"); WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 521 ss.; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 174; HAFT, *AT*[8], 1998, p. 195; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 14; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 39; SCHÜNEMANN, *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 181. Críticamente, yendo más allá: SCHÜNEMANN, *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17. En parte a favor, en parte en contra, STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 795 ss.; SAMSON, *SK*[5], 1988, § 25, núms margs. 34 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 229 ss.

ahora también una primera (y excelente) elaboración monográfica de SÁNCHEZ VERA [539], que ha continuado desarrollando (y hecho llegar a su forma más avanzada) la concepción expuesta por vez primera en esta obra y luego asumida y mejorada por JAKOBS. El que en los delitos de infracción de deber la delimitación entre autoría y participación ha de llevarse a cabo con arreglo a criterios distintos que el del dominio del hecho puede considerarse doctrina en auge [540], aun cuando en este ámbito, hasta ahora poco investigado, hay muchas cuestiones que se resisten a más esclarecimiento.

En realidad, el tema es tan amplio que en la "primera toma de contacto" de la presente obra he descuidado [541] un poco el análisis de los concretos deberes especiales fundamentadores de autoría de la mano de los tipos individuales, sobreestimando así el número y alcance de los delitos de infracción de deber. Lo cual es especialmente cierto para los delitos imprudentes [542], a los que en la actualidad ya no considero delitos de infracción de deber en tanto que la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto, simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los tipos dolosos. Más bien, en los delitos imprudentes, como en general, sólo cabe hablar de delitos de infracción de deber allí donde deberes especiales extrapenales entrañan requisitos de la autoría especiales, no accesibles a cualquiera. Por esta razón, desde la tercera edición he suprimido el undécimo capítulo originario acerca de "Autoría y participación en los delitos imprudentes" [543]. Bien es cierto que las soluciones que allí se desarrollaban me siguen pareciendo hoy correctas. No obstante, en gran medida se trata de problemas generales de imputación, tal como entre tanto he desarrollado sistemáticamente en otro contexto [544].

[539] *Pflichtdelikte und Beteiligung*, 1999. Puesto que la obra, como su propio título indica, extrae consecuencias de la teoría de los delitos de infracción de deber ante todo para la participación, las tesis a ella referidas no pueden reproducirse en esta obra, limitada a la doctrina de la autoría. Una controversia con la categoría de los delitos de infracción de deber, sobre la base del Derecho portugués, se encuentra en PIZARRO BELEZA, *Coimbra-Symposium*, 1995, pp. 267 ss.

[540] STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, desde un punto de partida orientado a la norma de conducta, entiende que «al *intraneus* le incumbe un deber más perentorio que al *extraneus*» (p. 214), pero considera que esto no es más que una "reformulación terminológica" de la teoría de los delitos de infracción de deber, con la que en definitiva coincide: «Dándose especiales elementos (objetivos) de la autoría, son éstos los únicos elementos de la autoría» (p. 255).

[541] A ello había ya aludido yo desde el principio (*vid. supra*, pp. 419 ss.).

[542] Cfr. al respecto (en parte enlazando con las objeciones de DREHER, STRATENWERTH y JAKOBS) ya mis observaciones de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, p. 22, nota 51, p. 49, nota 16; *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 241, nota 3; *ZStW*, 85 (1973), p. 103, nota 14.

[543] Pp. 527-577 de la primera y la segunda ediciones.

[544] «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 133-151 (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 123-146); «Zum Schutzzweck der Norm

Por otra parte, hay razones para mantener que no todos y cada uno de los hechos de omisión impropia han de considerarse delitos de infracción de deber [545]. Asimismo me ha ido pareciendo dudoso que los deberes especiales fundamentadores de la punibilidad, tal como estimé originariamente, sean todos de índole extrapenal [546]. El tratamiento de esta cuestión, así como la delimitación exacta de los tipos concretos que conforman el ámbito de los delitos de infracción de deber he de dejarlos para un trabajo específico que asimismo profundizará en la problemática del párrafo siguiente [547].

Algunos esfuerzos recientes se encaminan a reunir en una síntesis los delitos de dominio y los de infracción de deber (que en la presente obra se tratan como manifestaciones de la autoría independientes y separadas entre sí), sometiéndolos a un común principio de dominio normativo. Así, SCHÜNEMANN interpreta la posición del obligado especialmente como un "dominio de protección sobre el bien jurídico" [548] o, en una formulación más reciente [549], como "dominio del suceso en el sentido de control sobre un ámbito social", vinculando, p. ej., el deber de velar por el patrimonio ajeno en la administración desleal a una "posición de tutela y cercanía a un patrimonio ajeno", o el deber de sigilo del § 203 al "otorgamiento de dominio" sobre la esfera secreta ajena. Análogamente, BOTTKE [550] habla de un "dominio de configuración" que abarca asimismo a los delitos de infracción de deber, y MURMANN [551] concibe la posición de deber como "dominio sobre la calidad de la relación". No perdiendo de vista las diferencias entre el dominio del hecho en el sentido de los delitos comunes y el "dominio de protección" o del "acontecer", de la "configuración" o de la "relación", la búsqueda de un nexo para todas las formas de autoría, que se manifiesta en estos esfuerzos, es absolutamente fructífera y no contradice mi teoría. La problemática requiere aún de reflexión y elaboración.

Los autores que siguen rechazando los delitos de infracción de deber, obviamente no niegan que la autoría presuponga en estos delitos la infracción del deber específico del tipo en cuestión. Pero parten de que, junto a esta infracción de deber, en el autor ha de concurrir además el dominio del

bei fahrlässigen Delikten», en *Festschrift für Gallas,* 1973, pp. 241-259. Pormenorizada y sintéticamente ahora ROXIN, *AT/I*[3], 1997, § 11.

[545] Cfr. al respecto la exposición de la concepción de JAKOBS (*infra,* pp. 751 ss.).

[546] Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, *LK*[11], § 14, núm. marg. 17.

[547] Acerca de la delimitación entre los delitos de infracción de deber y los comunes, cfr. de momento bajo el epígrafe «Exposición del estado de la cuestión» mi comentario en *LK*[11], 1994, § 28, núms. margs. 60 ss.

[548] *GA,* 1986, pp. 331 ss. De aquí provienen también las demás citas (pp. 334, 333).

[549] *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17.

[550] *Gestaltungsherrschaft,* pp. 17, 44 ss., 60 ss., 88 ss., 100 ss.

[551] *Die Nebentäterschaft im Strafrecht,* 1993, pp. 181 ss.

hecho [552]. Sin embargo, ello conduce a un callejón sin salida no sólo en el caso del instrumento doloso no cualificado cuando el instigador *intraneus* carece de dominio del hecho (con más detalle 2), sino también en los delitos omisivos, donde por principio no hay dominio del hecho y no proceden todas las demás distinciones (con más detalle 3). Ni siquiera convence en el caso en que sería posible atender al dominio del hecho, que también JESCHECK [553] invoca cuando dice: «Si el mismo deber incumbe a varios, hay que volver a atenerse al dominio del hecho.»

Así pues, en el ejercicio conjunto de cargo, si un policía instiga a otro a realizar lesiones, por falta de dominio del hecho hay que castigarle sólo por inducción al § 340 StGB, mientras que con esta teoría es tan autor como el ejecutor directo. No obstante, dado que el § 340 StGB menciona como autor expresamente también a aquel que "hace o deja cometer" unas lesiones (lo que incluye hasta el mero omitir), la opinión contraria resulta incompatible ya con el tenor literal de la ley. Naturalmente, el "dejar cometer" no se menciona en todos los delitos de infracción de deber; p. ej., falta (si bien sólo por razones de estilo) en el tipo afín de las torturas (§ 343 StGB). Pero no existe la menor razón de orden teleológico para estimar simplemente inducción al § 343 StGB cuando un policía, en el marco de su actividad oficial, instiga a un colega a maltratar físicamente a un tercero con alguno de los fines del delito de tortura. Recientemente, SÁNCHEZ VERA [554] ha rebatido sustancialmente la postura aquí controvertida, asumiendo todos los argumentos esgrimidos hasta ahora.

A continuación vamos a abordar un poco más en profundidad los dos grupos de casos en los que la doctrina de los delitos de infracción de deber presenta la mayor importancia práctica.

2. El instrumento doloso no cualificado

Constituye uno de los efectos más trascendentales de la teoría de los delitos de infracción de deber el «desactivar en buena medida el problema del "instrumento no cualificado"» [555]. Si un sujeto cualificado, ya por la infracción del deber especial extrapenal subyacente al tipo, se convierte en "figura central" del suceso, deja de presentar dificultades la fundamentación de la autoría mediata del sujeto de detrás especialmente obligado cuando éste

[552] En este sentido de manera sumamente pormenorizada BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* pp. 109 ss., en su crítica a mi «teoría de los delitos de infracción de deber»; en sentido análogo, PIZARRO BELEZA, *Coimbra-Symposium,* 1995, pp. 267 ss.

[553] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 663, nota 1; en términos semejantes OTTO, *Jura,* 1987, p. 257.

[554] *Pflichtdelikte,* pp. 137 ss. En sentido contrario se sigue pronunciando RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 27-29.

[555] HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 33.

emplea a un *extraneus* que domina el transcurso externo del hecho. En todo caso, el entendimiento de que con el principio del dominio del hecho no cabe proceder en este grupo de casos va imponiéndose cada vez más en el debate reciente. A la idea del dominio del hecho "social" o "normativo", desarrollada originariamente por GALLAS y WELZEL y retomada en la actualidad por JESCHECK [556], con arreglo a la cual el «influjo del sujeto de detrás, dominante [ciertamente no en el orden real, pero sí] en el orden jurídico» [557] fundamentaría su dominio del hecho, la tilda STRATENWERTH [558] de «solución aparente, que cambia el significado del requisito del deber especial por el de un elemento del dominio, no tiene en cuenta el sentido original del criterio del dominio y además pasa por alto el dominio fáctico del *extraneus* (en otro caso determinante)». Análogamente, HERZBERG [559] considera rebatida la postura antes absolutamente dominante por las consideraciones de la presente obra [560]: «Deducir el dominio del hecho a partir del poder del *intraneus* de convertir en delito el suceso mediante su determinación al hecho, representa, pues, una *petitio principii*: Se presupone justamente lo que habría que demostrar.» Asimismo, WAGNER [561], en su estudio dedicado a los "Delitos en ejercicio de cargo", tacha sencillamente de "inidónea" para fundamentar la autoría mediata en estos grupos de casos a la idea del dominio del hecho. En esta realidad me parece que nada cambia tampoco el intento de BOCKELMANN [562] de explicar, con ayuda del dominio del hecho, la autoría mediata del *intraneus* que se limita a determinar al hecho. Cuando, para fundamentarlo, aduce que el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho si «al que actúa en primer plano cabe atribuirle la condición de instrumento, debido a circunstancias especiales, que excluyen o modifican su propia responsabilidad por el hecho, y el sujeto de detrás utiliza a la persona interpuesta, conociendo estas circunstancias», más bien está apoyando a la concepción de los delitos de infracción de deber que a la del dominio del hecho. En efecto, las "circunstancias especiales" que "modifican" la responsabilidad del ejecutor residen exclusivamente en la falta de posición de deber; ninguna

[556] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], pp. 669 ss., donde ya se habla de «dominio del hecho normativo-psicológico»; aprobándolo; LACKNER, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 4.

[557] JESCHECK, *AT*[4], 1988, p. 607 , p. 607; sobre la controversia crítica con esta teoría cfr. mis consideraciones en *ZStW*, 85 (1973), pp. 102-103. En JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], p. 670, se dice ahora, algo resignadamente, que hay que «considerar suficiente para el dominio del hecho el influjo, jurídicamente necesario, del sujeto de detrás. Resulta necesario, desde luego, un influjo psíquico sobre el sujeto de delante que tenga aproximadamente la misma entidad que un acto de inducción (dominio del hecho normativo-psicológico)». Con lo cual se está confesando que en el fondo no se trata de dominio del hecho.

[558] *AT*[3], 1981, núm. marg. 795.

[559] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 32; en tal sentido SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 109: "razonamiento circular"; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-104: "círculo vicioso".

[560] *Supra,* pp. 280-286.

[561] *Amtsverbrechen,* 1975, p. 380.

[562] *AT*[3], 1979, p. 179; asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 179.

duda existe sobre el dominio del acontecer externo del hecho por parte del ejecutor directo, a pesar de estas "circunstancias".

De entonces acá, toda una serie de autores [563] se ha sumado a la solución aquí propuesta. Muy próximo a esta concepción se sitúa la teoría de SCHMIDHÄUSER [564], que estima la autoría por omisión del obligado especialmente, por tener éste una "posición de garante", «en virtud de la cual está obligado a intervenir si otro obra en sentido perturbador en el ámbito de sus funciones». En esta idea es cierto que también el mero permanecer inactivo puede representar una infracción del deber especial por parte del *intraneus,* que fundamente autoría por omisión. «En los casos en que el funcionario o autoridad determina a un tercero a la lesión de un bien jurídico individual, pero crea la situación de peligro mediante hacer activo», subraya con toda razón en contra WAGNER [565], y en estos supuestos relativamente frecuentes, no cabe sino reconocer a la "realización mediante infracción del deber" como el criterio fundamentador de la autoría mediata. Acertadamente pregunta asimismo STRATENWERTH [566]: «Si la omisión del especialmente obligado de evitar que un tercero lleve a cabo el hecho ha de corresponder a la realización activa del tipo (§ 13), ¿no debe realizar el tipo por acción la determinación al *extraneus* a realizar su hecho?» Así es, luego esta construcción simplemente confirma la teoría de los delitos de infracción de deber.

Un planteamiento absolutamente distinto es el que adopta STRATENWERTH [567]. Bien es verdad que, en comparación con la doctrina dominante, considera "más consecuente" la propuesta de «basar los "delitos de infracción de deber" en un concepto de autor distinto al de los "delitos de dominio", atendiendo únicamente a la cualificación de autor y no al dominio del hecho». Sin embargo, entiende que, también en los delitos de infracción de deber, el tipo «por lo general presupone que el autor cualificado efectúe una acción determinada y para responder a la cuestión de si la ha efectuado no pueden ser aplicables criterios distintos a los generales (en los "delitos de dominio"). En esa medida, conformarse con cualquier aportación al hecho vulnera el principio *nullum crimen sine lege.*» En su lugar, originariamente STRATENWERTH [568] partía de que el *intraneus* que determina a un *extraneus* a llevar a cabo la acción ejecutiva realiza una "forma mixta" de inducción y autoría. Por eso es pertinente «castigar al *intraneus* como inductor según las reglas

[563] CRAMER, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 395 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 33; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-104, 116 ss.; SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt,* pp. 163 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 44; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 521 ss.; GROPP, *AT,* 1998, § 10, núm. marg. 55; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 178; en términos similares, WAGNER, *Amtsverbrechen,* 1975, pp. 378 ss.

[564] *AT*[2], 1975, pp. 14-51; *StuB*[2], 1984, 10/97; le sigue SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 109.

[565] *Amtsverbrechen,* 1975, p. 380; también yo había aludido ya a ello en *ZStW,* 85 (1973), p. 102.

[566] *AT*[3], 1981, núm. marg. 798.

[567] *AT*[3], 1981, núms. margs. 795-797.

[568] *AT*[1], 1971, núms. margs. 854, 855.

aplicables al más leve de los papeles comprendidos en la forma mixta». Pero así STRATENWERTH se expone con más razón al reparo que cree poder esgrimir contra mí [569]. Al castigar él al causante que, según su teoría, no es autor ni inductor, no obstante, "como" inductor, ¡está vulnerando frontalmente la prohibición de la analogía! [570]. En cambio, no resulta nada obvio el reproche de que el concepto de autor de los delitos de infracción de deber infrinja el principio del *nullum crimen*. Ciertamente, en el determinar que el tipo lo realice un *extraneus* no falta en absoluto la acción requerida en el tipo; que ésta no tiene que realizarla necesariamente el autor "mismo", sino que también puede ser cometida "por otro", está establecido en la propia ley (§ 25.1).

De entonces acá, STRATENWERTH ha reconocido lo fundado de la objeción de que su solución contraviene la prohibición de la analogía [571] y sólo ve «la posibilidad de dejar absolutamente impune al *intraneus* (y, por tanto, también al *extraneus*)» [572]. Pero tal solución no puede ser acertada, pues según ella el sujeto cualificado bastaría con que se sirviera de un *extraneus* que ejecutase la acción típica para quedar impune, resultado político-criminalmente intolerable y que el legislador indudablemente no ha querido. Y se basa sencillamente en una premisa errónea de STRATENWERTH, la de que los requisitos de la autoría mediata tienen que ser siempre los mismos (en concreto los de los delitos de dominio). Lo cual entraña una absolutización de la idea del dominio del hecho para la que la ley no ofrece sustento alguno [573]. Antes al contrario, es precisamente la estructura de los delitos de infracción de deber, previa a la ley, lo que fuerza aquí a otro concepto de autoría. Así pues, sigo considerando a la figura de los delitos de infracción de deber la única solución exenta de contradicciones de esta difícil problemática.

[569] Al respecto y acerca de más argumentos, cfr. mi controversia con esta teoría en *ZStW* 84 (1972), pp. 1008 ss.; me da la razón HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 34.

[570] Si el obligado especial se limitara, en el sentido de la teoría de SCHMIDHÄUSER, a no intervenir, la "cuasi-inducción por omisión" sería además una figura difícilmente posible.

[571] *AT*[3], 1981, núm. marg. 797.

[572] También BLOY, *Zurechnungstypus*, p. 241, llega al resultado de que «empleando a un instrumento doloso no cualificado, quedan impunes tanto el *intraneus* como el *extraneus*». Asimismo, OTTO, *Jura*, 1987, p. 256, y BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 115, 112; en favor de la impunidad, asimismo KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 511 ss.

[573] El propio STRATENWERTH reconoce mi concepción en tipos como el § 266 StGB, «cuando el tipo no describe ninguna acción determinada, sino que conmina con pena toda infracción del deber especial» (*AT*[3], 1981, núm. marg. 797); sin embargo, llama entonces al *extraneus* "autor directo" (coincide en esto HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, nota 64). De esta manera él mismo relativiza la idea del dominio del hecho. Por lo demás, se trata simplemente de una discrepancia terminológica. Dado que la infracción de deber, de todos modos, puede dar lugar a determinados resultados nocivos (en el § 266, p. ej., un perjuicio patrimonial), me parece necesario, no obstante, considerar autoría mediata su ejecución «por medio de otro». Desde luego, la infracción del deber especial nunca conforma el tipo, sino sólo al autor.

3. Autoría y participación por omisión

Otro grupo de casos de trascendental importancia afecta a la delimitación entre autoría y participación en las omisiones. De considerar a los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, la vulneración del deber (extrapenal) de garante convierte por sí sólo al omitente en autor; la participación por omisión sólo cabe, pues, allí donde el tipo no es realizable por omisión (p. ej., en los delitos de propia mano y en los de apropiación). Esta teoría, desarrollada *supra* [574], que en muchos aspectos podía enlazar con esfuerzos anteriores de GRÜNWALD y Armin KAUFMANN, no ha podido desplazar a la doctrina dominante, en virtud de la cual el garante omitente junto al autor por comisión no puede pasar de cómplice [575]. Asimismo, la jurisprudencia se sigue obstinando en mantener la teoría subjetiva [576]. Pero la idea de que en todo caso el principio del dominio del hecho está fuera de lugar en la omisión se halla, desde luego, en pleno avance [577].

Una concepción sustancialmente casi coincidente con la mía la defienden RUDOLPHI [578] y STRATENWERTH [579]. Para STRATENWERTH, la posibilidad de intervenir convierte por sí sola "al obligado a actuar ya en autor por omisión. Por eso fracasan todos los intentos de delimitar autoría y participación con arreglo a un criterio general". Como el criterio del dominio del hecho no cabe trasladarlo a la omisión y como "todos los esfuerzos por diferenciar hasta ahora se han revelado infructuosos", STRATENWERTH propone reconocer participación únicamente en el marco descrito *supra* [580].

STRATENWERTH no recurre expresamente a la idea de los delitos de infraccion de deber. Quien sí lo hace es HERZBERG [581], que, sin embargo, sólo

[574] Pp. 497-550.

[575] A ella se han sumado entre tanto BOCKELMANN, *AT*[3], 1979, pp. 201 ss.; menos claramente, BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 203; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 696; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 27, núm. marg. 5; RANFT, *ZStW*, 94 (1982), pp. 815 ss.; en favor del "garante de vigilancia" también SCHMIDHÄUSER, *AT*[2], 1975, pp. 17-12; *StuB*[2], 1984, pp. 13-13 (aquí ya en favor de «garantes de aseguramiento por asignación social de un ámbito de dominio»). Una panorámica de las distintas concepciones la facilita SOWADA, *Jura*, 1986, pp. 401 ss.

[576] Cfr. BGH, *StrV*, 1986, p. 59, *supra*, núm. 24. Asimismo BGHR StGB, § 27.1, omisión 6, donde, sin embargo, se hace referencia a la crítica de la doctrina.

[577] ESER, *StrafR* II[3], 1980, caso 27, núm. marg. 18; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 83; RUDOLPHI, *SK*[6], 1992, ante § 13, núm. marg. 40; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, ante § 25, núms. margs. 101 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 1077; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, pp. 256 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 214 ss.; *JA*, 1987, pp. 490 ss. Con mayor razón existe unanimidad en torno a que no queda lugar para distinguir entre voluntad de autor y de partícipe en los delitos omisivos (en favor de ello, no obstante, ARZT, *JA*, 1980, pp. 556 ss.; *StrV*, 1986, p. 337).

[578] *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 138-149; *SK*[6], 1992, ante § 13, núms. margs. 37-40; le sigue BLEI, *AT*[18], 1983, pp. 318 ss.

[579] *AT*[3], 1981, núms. margs. 1076-1081; en gran medida también BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 214 ss., y OTTO, *Jura*, 1987, p. 251, que considera "por lo general" autor al garante.

[580] *AT*[3], 1981, núms. margs. 1078.

[581] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 82 ss.

suscribe en parte mi solución. Enlazando con SCHRÖDER [582], distingue [583] entre "garantes protectores" (que han de defender determinados bienes jurídicos "por completo") y "garantes de control" (que sólo han de controlar determinadas "fuentes de peligro"). En el primer grupo, la omisión contraria a deber (a reserva de especiales requisitos típicos) siempre fundamenta autoría, y en la segunda siempre mera inducción. Así pues, si p. ej., los padres no preservan a su hijo de un daño proveniente de tercero, siempre son —supuesto que actúen dolosamente— autores por omisión; pero si, por descuido, el sujeto no evita que un asesino tome el veneno que él debe custodiar, sólo sería mero cómplice del asesino, aun cuando hubiera podido fácilmente cerrarle el paso. Esta teoría diferenciadora se halla en relación con el especial concepto de acción de HERZBERG, con arreglo al cual «también el delito perpetrado activamente... [supone] en el fondo no haber controlado una fuente de peligro de la que quien incumple su deber es especialmente responsable. Se alude aquí al nido de peligros que forma la propia persona» [584]. Vistas así las cosas, habría entonces que extraer a los garantes de control del ámbito de los delitos de infracción de deber, de manera que la solución de HERZBERG se mantendría de manera absolutamente consecuente en el marco de mi planteamiento. Esta teoría es digna ciertamente de tenerse en cuenta, pero con razón no ha logrado imponerse hasta ahora. El motivo esencial estriba en que la distinción entre "garantes de protección" y de "control" apenas es factible, no pudiendo, por tanto, servir de base de otras diferenciaciones más amplias. De manera especialmente expresiva subraya JAKOBS [585] que no cabe «vincular consecuencias sistemáticas a la distinción entre garantes de protección y garantes de vigilancia, dado que un mismo cometido puede formularse como función de protección y como función de vigilancia: La protección de una persona es vigilancia, en favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas puestas en peligro en cada caso. Por ejemplo: El socorrista ¿protege a los bañistas de los peligros de las aguas o controla estos peligros?» [586].

[582] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB* [17], 1974, ante § 47, núms. margs. 105-112 (en términos semejantes aún SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25.1997], ante § 25, núms. margs. 103-108); les sigue asimismo ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 27, núms. margs. 22 ss.

[583] Por primera vez en: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* 1072, pp. 257-273; luego en *JuS,* 1975, pp. 171-174.

[584] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 97.

[585] *AT* [2], 1991, pp. 29-27.

[586] Ya antes de él, ARZT (*JA,* 1980, p. 559) había objetado que «falta una separación que sea realizable en la práctica entre garantes de protección y garantes de control»; tampoco «ha podido encontrarse una explicación convincente de que esta distinción se tenga que traducir en el terreno de la autoría y la participación». Cfr. asimismo las críticas de RUDOLPHI, *SK* [6], 1992, ante § 13, núm. marg. 40; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 1078; ROXIN, *LK* [11], 1993, § 25, núm. marg. 212; RANFT, *ZStW,* 94 (1982), pp. 858 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 216 ss.; *JA,* 1987, pp. 491 ss.

Una distinción con más futuro es la que ha propugnado el propio JAKOBS [587]. En lo fundamental, sigue la concepción, mantenida en esta obra, de que en los delitos de infracción de deber todo garante que omite es autor siempre que el tipo sea realizable por omisión. Pero no considera a todo omitir impropio como delito de infracción de deber, sino que traslada la distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber, desarrollada para los delitos comisivos, a los omisivos. En los que denomina "deberes en virtud de responsabilidad por organización" (delitos de aseguramiento de la relación, injerencia, asunción de deberes) se trata de "ámbitos de responsabilidad por peligros". Uno tiene que cuidar de que en el "ámbito de organización" propio nadie resulte dañado, dando igual que estos daños se produzcan por comisión u omisión. Por eso la coautoría y la complicidad han de delimitarse aquí del mismo modo que en los delitos comisivos: Hay que atender a en qué medida el omitente contribuye a configurar el hecho [588]. En cambio, en los "deberes en virtud de responsabilidad institucional" (relación paterno-filial, matrimonio, relaciones de confianza, relaciones estatales de poder, deberes de cargo elementales), la responsabilidad penal del omitente se basa en «deberes de sacrificarse, de garantizar la solidaridad... Los delitos de omisión caracterizados por la infracción de tales deberes se corresponden, en la acción, con los delitos de infracción de deber» [589], debiendo estimarse aquí por principio autoría.

No resulta aún posible una toma de postura definitiva con respecto a esta concepción, en el estado actual del debate, ya que ésta depende sobre todo de si la nueva clasificación de las posiciones de garante, bastante plausible, propuesta por JAKOBS, resiste a la crítica; en este marco no cabe llevar a cabo tal verificación [590]. En todo caso, también en esta nueva teoría de los garantes ello dependerá mucho de si los "ámbitos de organización" y los "deberes" resulta posible delimitarlos suficientemente. Al margen de estas cuestiones aún abiertas, la teoría de JAKOBS, que conduce en la gran mayoría de los casos a la autoría del garante que no interviene para evitar delitos comisivos, coincide notablemente en su punto de partida y sus resultados con la posición aquí mantenida. Me parece una aportación trascendental al progreso de la teoría de los delitos de infracción de deber.

Específicamente en el ámbito de los delitos de funcionarios, se ha ocupado WAGNER de la delimitación entre autoría y participación en las omisiones, llegando (en coincidencia básica con el punto de vista aquí defendido) a la solución [591] de que «el funcionario que omite, de manera imputable al

[587] *AT* [2], 1991, pp. 28-14 ss.; 29-101 ss.

[588] Cfr. al respecto ya *supra* pp. 736 ss.

[589] *AT* [2], 1991, pp. 28-15.

[590] En el desarrollo de la concepción de JAKOBS ha profundizado impresionantemente SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt.*

[591] *Amtsverbrechen,* 1975, pp. 256-263.

Estado, evitar lesiones de bienes jurídicos individuales por parte de un tercero, [es] autor del respectivo delito imputable al Estado». «La equiparación del hacer positivo y de la omisión en tipos concretos del capítulo 28 sólo cabe "entenderla como expresión de este principio general". WAGNER, naturalmente, prefiere "para omisiones de funcionario concurrentes" otra solución en dos casos. Cuando superior y subordinado omiten conjuntamente evitar un delito, el superior es autor del delito omisivo, pero al subordinado se le castiga como cómplice por omisión; asimismo, cuando, de dos funcionarios de igual rango, sólo uno lleva pistola, en caso de permanecer ambos inactivos, el que va armado es autor por omisión, y el que no va armado, en cambio, que habría podido y debido animar al otro a intervenir, es sólo cómplice por omisión. Pero como el funcionario que, infringiendo su deber, omite impedir al resultado, es (según la teoría de WAGNER) incluso autor cuando entre él y el resultado se encuentra un sujeto que actúa activamente, no se entiende por qué ha de ser de otro modo cuando el que se suma es otro omitente [592].

Un intento, de altos vuelos, de salvar la tesis de que el garante que no sale a paso de un autor comisivo sólo puede ser cómplice, lo ha llevado a cabo RANFT [593]. Sin embargo, el "principal motivo" [594] que aduce no convence. RANFT entiende que la omisión, contraria al deber de garante, de impedir un delito, ha de tratarse accesoriamente con respecto al hacer del autor comisivo y, por tanto, simplemente puede ser complicidad. Para demostrarlo, alega que la posición de garante depende del dolo del autor comisivo: «De que la madre que se aproxima a su niño quiera darle calor o estrangularlo, depende el deber de intervenir del padre de la criatura» [595]. Pero en este caso y en los demás ejemplos aducidos por RANFT, no se trata de accesoriedad, sino sencillamente de que ha de existir un peligro para el bien jurídico protegido típicamente. Para la existencia de tal peligro, obviamente, puede ser importante el proposito de aquel contra quien, en su caso, hay que intervenir. Pero no tiene por qué ser siempre así: También la muerte imprudente por parte de la madre ha de evitarla sin duda el padre. Si, advirtiéndolo, deja que se produzca, es autor de homicidio por omisión [596]. Así pues, el deber de garante no es precisamente accesorio y esta circunstancia proporciona un argumento en contra de la solución de la complicidad.

Un segundo motivo de la accesoriedad del omitir infringiendo el deber de garante entiende RANFT que es la dependencia de éste con respecto al

[592] La remisión de WAGNER al § 257 no me convence. Que luego se castigue como autor al superior que ha dejado que su subordinado delinca, simplemente confirma el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, pero nada indica acerca de la mera complicidad del subordinado, ni siquiera del que omite, infringiendo su deber y en connivencia con él.

[593] *ZStW*, 94 (1982), pp. 815 ss.

[594] *ZStW*, 94 (1982), p. 823.

[595] *ZStW*, 94 (1982), p. 833.

[596] *ZStW*, 94 (1982), p. 838, donde el propio RANFT se hace esta objeción. No acabo de entender, sin embargo, el modo en que intenta desvirtuarla.

injusto del hecho principal. Si A es agredido por el hijo, de 14 años, de B, el padre B no podría intervenir en favor de su hijo impidiendo a A ejercer su acción de defensa legítima [597]. La "objetiva contrariedad a deber" de su omisión quedaría excluida por la "extensión" de la legítima defensa de A a B; se daría, pues, al parecer, una complicidad impune en las lesiones justificadas. Tal extensión de causas de justificación sólo se ajustaría a la complicidad y no a la autoría simultánea. Ciertamente es plausible el resultado al que llega RANFT. Pero no resulta necesaria la tortuosa construcción "accesoria" según la cual el padre que se ha mantenido al margen de la refriega ha prestado complicidad a A, complicidad impune en virtud de la "extensión". Lo que ocurre en realidad es que el deber del garante, desde el principio, no se extiende a defender a su "protegido" de peligros que éste tiene legítimamente que soportar; cualquier otra calificación daría lugar a una contradicción intolerable en los planos lógico y teleológico. Así pues, no se da aquí "contrariedad a deber objetiva" alguna que necesitara luego ser justificada. Estos casos nada tienen que ver con la accesoriedad del omitir contrario al deber de garante [598].

En resumen, cabe decir que la delimitación entre autoría y participacion en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación y que, no obstante, la doctrina dominante, que en caso de autoría comisiva simultánea siempre califica de cómplice al que omite infringiendo su deber, va siendo cada vez más inestable, a pesar de los últimos intentos de apuntalarla. El nuevo § 13 StGB deja lugar en este ámbito para el concepto de autor de los delitos de infracción de deber [599], y muchos estudios nuevos reconocen la autoría por omisión en caso de autoría por comisión simultánea de otro. Como, asimismo, el legislador ha acogido en el § 13.2 StGB la exigencia, planteada aquí resueltamente desde el principio [600], de atenuación facultativa de la pena para los delitos omisivos, han dejado de ser pertinentes las consideraciones sobre la medida de la pena que se han esgrimido hasta ahora en favor de la mera complicidad del garante omitente, de manera que la evolución global se mueve en la dirección de la postura que aquí se mantiene. Naturalmente, en el debate científico último se encuentran aún muchas discrepancias, con raíces no en la teoría de la participación, sino en las cuestiones fundamentales, aún por aclarar, de la dogmática de la omisión. Ahí habrá que seguir trabajando en el ámbito de la participación, antes de encontrar la solución definitiva a los problemas de la omisión.

[597] *ZStW*, 94 (1982), pp. 839 ss.

[598] En contra de RANFT también BLOY, *JA*, 1987, pp. 492 ss.; RUDOLPHI, *SK*^{6}, 1992, ante § 13, núm. marg. 39.

[599] Cfr. al respecto *supra*, núm. 4.

[600] *Supra*, pp. 541 ss.

d) *Delitos de propia mano*

Los delitos de propia mano siempre han sido los hijastros de la teoría de la participación. Y aún lo son en la actualidad por cuanto que los principales casos en los que el legislador, sin tener en cuenta posibles lesiones de bienes jurídicos, tipificaba [601] determinadas formas de inmoralidad que le parecían especialmente reprobables, de entonces acá han sido casi todos despenalizados. Tal es el caso sobre todo con la simple homosexualidad, la zoofilia y el adulterio, que antes constituían ejemplos clásicos de delitos de propia mano, de manera que hoy, en lo esencial, sólo el "yacimiento entre parientes" (§ 173, el antiguo "incesto") representa a los delitos de propia mano en el ámbito de este grupo de delitos.

Al margen de la evolución general, que confirma mi diagnóstico sobre la comisión de propia mano [602], y que se refleja en el interés desfalleciente de los Comentarios y Tratados por esta temática [603], un estudio de HERZBERG sobre los "Delitos de propia mano" [604] ha aportado en 1970 un profundo análisis de este grupo de delitos. El intento de HERZBERG supone ante todo una controversia con la concepción de los delitos de propia mano mantenida en esta obra, que en su opinión "ha significado un gran paso adelante en el debate" y «contiene puntos de partida metodológicos que han de ser básicos para toda investigación futura», pero que, por otra parte, a su juicio no supone «la última palabra [con respecto a esta cuestión], ni tampoco la decisiva» [605]. Consiguientemente, construye sobre la "idea fundamental" [606] de mi intento, pero por lo demás sigue su propio camino, de manera que a los que yo llamo "delitos de propia mano impropios" [607] (como, p. ej., los delitos de expresión y la deserción), a los que he considerado delitos de infracción de deber ocultos y he separado de los delitos de propia mano en sentido estricto, los vuelve a reunir con éstos, dividiendo en tres grupos el conjunto del material, obtenido de este modo. El primero, con mucho el más amplio, lo forman los "delitos referidos a autor" [608], en los que se encuentra en primer plano una conducta relativa al propio cuerpo del autor; forman parte de éste la mayoría de los que yo he llamado delitos vinculados

[601] Cfr. *supra*, pp. 448 ss.

[602] *Supra*, pp. 434-470.

[603] Sin esfuerzos personales por sistematizar, se suele simplemente enumerar los casos que se incluyen en este grupo de delitos.

[604] *ZStW*, 82 (1970), pp. 896-947; le siguen JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, pp. 266 ss.

[605] *ZStW*, 82 (1970), p. 913.

[606] *ZStW*, 82 (1970), p. 914.

[607] *Vid.* al respecto *supra*, pp. 427 ss.

[608] *ZStW*, 82 (1970), pp. 921-937. Tal es también el criterio esencial de la tesis doctoral de AUERBACH, *Die eigenhändigen Delikte*, 1978: «si el hecho sólo se puede cometer utilizando el autor su propio cuerpo como medio» (p. 143). Sobre AUERBACH, cfr. la recensión de MAIWALD, *ZStW*, 93 (1981), pp. 871 ss.

a comportamiento sin lesión de bien jurídico, así como los delitos de autor jurídico-penal. El segundo grupo [609] contiene «tipos en los que la posible consumación por parte de terceros no puede encarnar la lesión del bien jurídico»; en él incluye a la prevaricación [610], en la que el delito sólo se consuma con la publicación de la sentencia injusta por parte del presidente del tribunal, así como las injurias [611], en las que la eventual transmisión por un mensajero nada cambia en la eficacia fundamentadora de autoría de la manifestación del menosprecio propio. Por último, el tercer grupo comprende la «comisión de propia mano dependiente del Derecho procesal» [612] y se limita a los §§§ 153, 154 y 156 StGB (falso testimonio, perjurio), tipos que yo he clasificado [613] como delitos de infracción de deber de propia mano inauténticos.

Dado que en realidad no resulta posible reducir los delitos de propia mano a un punto de vista unitario, naturalmente es posible clasificar el material desde distintos puntos de vista, sin que quepa tildar de "incorrecta" a ninguna de las dos formas de agrupar; desde luego, en cuanto a los resultados la coincidencia es amplia [614]. Una divergencia en lo sustancial surge ante todo en el tipo de allanamiento de morada, considerado por HERZBERG, frente a mi postura [615], como delito de propia mano, vinculado al autor. Así, dice [616]: «Hay un aspecto de ofensa inmanente al allanamiento de morada. Lo que conforma el resultado no es la penetración objetiva de un cuerpo que ocupa espacio, sino el menosprecio (personalísimo, inherente a ella, susceptible sólo de entendimiento espiritual) del derecho a la autodeterminación en la esfera de la morada propia. Supone una simplificación inadmisible decir que para el titular de la morada es indiferente quién penetra en su morada sin su voluntad.» Sin embargo, esta idea es demasiado rebuscada. Cierto que para el titular de la morada puede que un intruso sea más molesto que otro. Pero la ley tiene que ocuparse principalmente de la protección de los bienes jurídicos, esto es, de mantener simplemente alejados del ámbito de la morada a "visitas" no deseadas. Según HERZBERG, sería posible aterrorizar a otro impunemente [617] en su propia morada enviándole continuamente borrachos, enajenados y niños. Lo cual en absoluto resul-

[609] *ZStW*, 82 (1970), pp. 939-943.

[610] Cfr. *supra*, pp. 465 ss.; al respecto también RUDOLPHI, *ZStW*, 82 (1970), pp. 628 ss.

[611] Cfr. *supra*, pp. 422-427; HERZBERG sigue sustancialmente el análisis que ahí se efectúa.

[612] *ZStW*, 82 (1970), pp. 943-946.

[613] *Supra*, pp. 429 ss.

[614] En *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 10 ss., HERZBERG no ha insistido en su artículo de *ZStW*, 82 (1970) ni en la sistematización en éste indicada. No está claro, pues, si aún lo sostiene. Crítica a HERZBERG en WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 102 ss.

[615] *Supra*, p. 443.

[616] *ZStW*, 82 (1970), p. 928.

[617] Así han de entenderse sus consideraciones de *ZStW*, 82 (1970), p. 928; con tal de que concurra al menos dolo, en teoría se podría recurrir a la inducción, lo que, sin embargo, no se ajustaría a la idiosincrasia de este grupo de delitos y desde luego tampoco lo acepta HERZBERG.

ta evidente, al margen de que desde luego el "menosprecio personalísimo del derecho a la autodeterminación" que requiere, al igual que en el supuesto de las injurias, con el que él mismo establece un paralelismo, se da en este caso en la persona del sujeto de detrás que envía a los mencionados sujetos.

Por lo demás, en lo que respecta a la división que establezco entre delitos de infracción de deber personalísimos (de propia mano inauténticos), delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico [618] y delitos de autor jurídico-penal, me sigue pareciendo que acierta con los aspectos normativo-sistemáticos esenciales [619]. El mérito de los estudios de HERZBERG y HAFT [620] reside, a mi juicio, en haber demostrado que son diversas razones las que han impulsado al legislador a crear delitos de infracción de deber personalísimos y que estas razones pueden volverse a abarcar para la subdivisión. En ocasiones, el motivo para crear un delito de infracción de deber personalísimo, como principalmente ha puesto de relieve HAFT, reside en el afán de perfilar, en aras del principio de taxatividad, una descripción del tipo en otro caso amplia y vaga, teniendo entonces que asumirse la impunidad de los raros casos de lesión del bien jurídico no de propia mano. Asimismo tiene desde luego razón HERZBERG al decir que la naturaleza de delitos de propia mano de los §§ 153, 154 y 156 StGB es "dependiente del Derecho procesal"; obviamente, dadas otras reglas jurídico-procesales distintas, cabría imaginar la posibilidad de autoría mediata en los delitos de expresión. Pero así no resulta cuestionada la clasificación de estos tipos dentro de los delitos de infracción de deber personalísimos, sino que se explica por qué estos preceptos han de considerarse delitos de infracción de deber personalísimos. En el supuesto más importante en la práctica, el de comisión de delito en estado de embriaguez plena (§ 323a StGB), ciertamente he afirmado *supra* [621] su carácter de delito de infracción de deber personalísimo, mas no lo he fundamentado en realidad, lo que ha impulsado a HERZBERG [622] a fundada crítica y a HAFT [623] a traer aquí a colación la idea de la taxatividad de los tipos. La explicación pertinente la ha encontrado JAKOBS [624]: El fundamento de punición del § 323a no es lo peligroso de la desinhibición, «sino el abandono de la posibilidad de resolver mediante imputación el conflicto que plantea el delito en estado de embriaguez. El deber de no destruir la posibilidad de imputar sólo incumbe al destinatario respectivo de la imputación, siendo, por tanto, un deber especial». Con análoga fundamentación cabe considerar delito de propia mano al de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Cuando los §§ 315c y 316 StGB castigan a aquel que «debido al consumo de bebidas alcohólicas... no está en condiciones de conducir con seguridad», se vincula «la responsabildiad por el hecho a la concurrencia cumulativa de la condición de conductor y de la incapacidad para conducir» [625]. Así pues, el legislador ha creado aquí delitos de infracción de deber personalísimos. WÖHLER [626] habla de "delitos de propia mano positivos", señalando [627] que, con ayuda de esta explicación, se podría afirmar «con consistencia interior [mi] diferenciación entre los delitos de embriaguez de propia mano y los demás delitos de la circulación que no son de propia mano».

[618] SCHALL, *JuS*, 1979, pp. 107 ss., critica mi categoría de delitos sin lesión de bien jurídico, considerando "inconcebibles", desde la perspectiva de otro concepto de bien jurídico —para el cual bien jurídico es todo objeto o estado estimado valioso por el legislador—, los delitos sin lesión de bien jurídico. Pero tal divergencia de opiniones relativa al concepto de bien jurídico nada altera en el fenómeno que indiqué. En la terminología de SCHALL habría que hablar de "delitos sin daño social". Pero éstos son de propia mano, por los motivos que he mencionado, y esto es lo que importa (y no la terminología). En contra de SCHALL asimismo WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), p. 104.

[619] Mi concepción la siguen SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núms. margs. 68 ss. y, con consideraciones que van más allá, JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-19 ss. Ahora asimismo WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 103 ss.

[620] *Eigenhändige Delikte*, *JA*, 1979, pp. 651 ss. HAFT entiende su trabajo como continuación del desarrollo de la concepción expuesta en esta obra.

[621] Pp. 468 ss.

[622] *ZStW*, 82 (1970), pp. 909 ss.

[623] *JA*, 1979, pp. 656 ss.

[624] *AT*, 1983, pp. 21-23; en otro sentido ahora *AT*[2], 1991, pp. 21-23.

También la recentísima controversia entre SCHUBARTH y STRATENWERTH en torno a los delitos de propia mano se mueve dentro de este marco de relaciones [628]. SCHUBARTH [629] tildaba de "fantasma" a los delitos de propia mano, negando su existencia, porque en el Derecho Penal debe tratarse siempre de lesiones de bienes jurídicos que necesariamente tienen que poder realizarse también en autoría mediata o, en su caso, coautoría. Lo cual coincide con la tesis, desarrollada en esta obra, de que la limitación del Derecho Penal a lesiones de bienes jurídicos va determinando la desaparición paulatina de los delitos de propia mano, en los que se trata de "delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico" (*supra* pp. 448 ss.), salvo en el caso de los delitos de infracción de deber personalísimos, como los delitos de expresión. En el Derecho alemán vigente sólo queda, en lo sustancial, el incesto como conducta sin lesión de bien jurídico (cfr. el comienzo de este capítulo, *supra* p. 754).

Por el contrario, STRATENWERTH [630] preconiza que los delitos de propia mano tienen un significado duradero. Al hacerlo, concuerda plenamente con las premisas aquí desarrolladas, pero considerando que estimar lesión de bien jurídico en muchos tipos sólo es una "construcción auxiliar" [631]. En realidad, «el orden protegido jurídico-penalmente [consiste] en buena parte en normas de conducta vinculadas a funciones, en las que ciertamente tendría

[625] Así WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), p. 110.

[626] *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 109 ss.

[627] *SchwZStr*, 116 (1998), p. 110, nota 70.

[628] Obviamente en el especial contexto del Derecho suizo. Pero ello simplemente confirma el carácter dogmático-internacional también de este problema.

[629] *SchwZStr*, 114 (1996), pp. 325 ss.

[630] *SchwZStr*, 115 (1997), pp. 86 ss.

[631] *SchwZStr*, 115 (1997), p. 93, nota 34.

que tratarse de un interés merecedor de protección, el cual, sin embargo, no tiene que referirse a bienes jurídicos concretos" [632]. Ello concuerda con la concepción aquí desarrollada de que los delitos de propia mano son «delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico». En contra de STRATENWERTH, a su vez, SCHUBARTH [633], invocando lo señalado en esta obra, se opone a la naturaleza de propia mano de los delitos relativos a la circulación rodada, pero a la vez la discute con respecto al incesto, entendiendo que la conminación penal en este caso previene daños eugenésicos, sirviendo, por tanto, a la protección de bienes jurídicos. No vamos a profundizar en esta controversia, puesto que no afecta al principio que he establecido —los delitos sin lesión de bien jurídico son de propia mano—, sino al análisis del fin de la pena y a la estructura de tipos concretos. Sn embargo, sobre la base de este planteamiento habrá de continuar el debate.

Todos estos enfoques confirman que los delitos de propia mano en modo alguno, como aún se sigue estimando muchas veces, representan [634] productos fortuitos dogmáticamente imposibles de explicar, sino que son susceptibles de investigación sistemática diferenciadora, algo a lo que esta obra ha intentado dar comienzo.

[632] *SchwZStr,* 115 (1997), p. 91.
[633] *ZStW,* 116 (1998), p. 827 (840 ss.).
[634] El último en tal sentido SCHALL, *JuS,* 1979, p. 108.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ANTERIOR A 1963

BAHR, *Restriktiver und extensiver Täterbegriff,* 1934.
v. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhang,* 1871.
v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht,* t. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetz,* 1907.
BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1961.
— «Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?», en *JZ,* 1958, pp. 230-235.
— «Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH», en *NJW,* 1962, pp. 374-377.
BAUMGARTEN, «Bemerkungen zu Bindings Normen», en *ZStW,* t. 37, 1916, pp. 517-537.
BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906.
— *Methodik der Gesetzgebung,* 1922.
— *Grundzüge des Strafrechts,* 10.ª ed., 1928.
— «Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer Handlungen», en *ZStW,* t. 28, 1908, pp. 589-611.
— «Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre», en *GS,* t. 101, 1932, pp. 1-13.
BEMMANN, «Zum Fall Rose-Rosahl», en *MDR,* 1958, pp. 817-882.
BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht,* 1961.
BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 17.ª ed., 1895.
BERTSCHI-RIEMER, *Die Anstiftung gemäß Art. 24 StGB,* 1961.
BINDING, *Grundriß zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht,* 8.ª ed., 1913.
— *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts,* t. 3.º: *Der Irrtum,* 1918.
— «Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher ("Urheber") und der Gehilfe», en *GS,* t. 71, 1908, pp. 1-21.
— «Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe», en *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen,* t. 1, 1915, pp. 251-401.
BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht,* 1885.
— *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts,* 1890.
— «Teilnahme am Verbrechen», en *Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* t. II, 1908.
BLOCH, *Subjekt-Objekt. Erläuterungen zu Hegel,* ed. ampliada, 1962.

BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht,* partes I y II, 1939-1940.
— *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957.
— *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme,* 1949; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957, pp. 31-87.
— «Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», en *GA,* 1954, pp. 193 ss.; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* pp. 88-108.
— «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme», en *Aportaciones alemanas al VII Congreso Internacional de Derecho Penal,* celebrado en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957, número especial de la *ZStW,* t. 69, pp. 167 ss.; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957, pp. 109-125.
— «Comentario a BGHSt 16, pp. 120-222», en *NJW,* 1961, pp. 1934-1935.
BÖHM, «Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», en *JuS,* 1961, pp. 177-181.
BOLLINGER, *Eigenhändige Straftaten,* tesis doctoral inédita leída en Hamburg, 1958.
BOLLNOW, *Maß und Vermessenheit des Menschen,* 1962.
BÖRKER, «Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat», en *JR,* 1953, pp. 166-168.
BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», en *GA,* 1959, pp. 261-272.
BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932.
v. BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung,* 1860.
— *Über Kausalität und deren Verantwortung,* 1873.
— «Urheberschaft und Beihülfe», en *GA,* t. 17, 1869, pp. 233-241 y 305-314.
BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre,* 1949.
v. CALKER, *Strafrecht,* 4.ª ed., 1933.
CLASS, «Generalklauseln im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 122-138.
CRAMER, «Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a StGB», en *GA,* 1961, pp. 97-108.
CROSS-JONES, *An Introduction to criminal Law,* 2.ª ed., 1949.
DAHM, *Täterschaft und Teilnahme,* 1926.
— *Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht,* 1931.
— *Der Tätertyp im Strafrecht,* 1940.
— «Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», en *NJW,* 1949, pp. 809-812.
— «Comentario a la sentencia del OLG Stuttgart de 6 de marzo de 1959 relativa al § 142 StGB», en *MDR,* 1959, pp. 508-510.
DAHM y SCHAFFSTEIN, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft,* 1935.
— *Methode und System des neuen Strafrechts,* 1938 (= *ZStW,* t. 57, pp. 225 ss.).
DIETZ, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht,* 1957.
DOHNA, Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4.ª ed., 1950.
DREHER-MAAßEN, *Strafgesetzbuch,* 3.ª ed., 1959.
DREHER, Bericht, «Die fünfte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* t. 67, 1955, pp. 5572-s78.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 27 de enero de 1956 (2 StR 432/55)», en *MDR,* 1956, pp. 499-501.
— «Verbotsirrtum und § 51 StGB», en *GA,* 1957, pp. 97-100.
— «Comentario a una sentencia del OLG Köln de 19 de octubre de 1961», en *MDR,* 1962, pp. 592-593.
DROST, *Das Problem einer Individualisierung im Strafrecht,* 1930.
END, *Existenzielle Handlungen im Strafrecht,* 1959.

ENGELMANN, «Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters», en *Festschrift für Binding,* t. II, pp. 387-610.
ENGELSING, «Eigenhändige Delikte, 1926», en *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 212.
ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände,* 1931.
— «Der finale Handlungsbegriff», en *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch,* 1944, pp. 141-179.
— «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für Mezger,* 1954, pp. 127-163.
— «Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?», en *ZStW,* t. 66, 1954, pp. 339-389.
— «Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen», en *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 165-183.
— «Zur "Natur der Sache" im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 90-121.
— Recensión de KAUFMANN, «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», en *JZ,* 1962, pp. 189-192.
Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1958.
Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1960) mit Begrundung.
Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) mit Begründung.
EVERS, «Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision», en *JR,* 1960, pp. 369-372.
EXNER, «Fahrlässiges Zusammenwirken», en *Festgabe für Frank,* t. I, 1930, pp. 569-597.
FELD, *Die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord,* tesis doctoral, 1909.
FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* 2.ª parte, 1806.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 14.ª ed., 1847.
FINGER, *Strafrecht,* 1932.
FLEGENHEIMER, «Das Problem des "dolosen Werkzeugs"», 1913, *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 164.
FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich,* 18.ª ed., 1931.
FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat,* 1961.
FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte,* tesis doctoral leída en Frankfurt, 1959.
FUCHS, «Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», en *GA,* t. 29, 1881, pp. 170-178 (epígrafe: «Mittäterschaft und Beihilfe»).
FURTNER, «Zur Frage der Anrechnung erschwerender Umstände bei nachfolgender Beihilfe und nachfolgender Mittäterschaft», en *JR,* 1960, pp. 367-369.
GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechtsreform,* t. 1.º, *Gutachten der Strafrechtslehrer,* 1954, pp. 121-153.
— «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Gleichspach,* 1936, pp. 550-569.
— «Comentario a una sentencia del OGHBZ de 15 de marzo de 1949», en *DRZ,* 1950, pp. 67-68.
— «Comentario a BGHSt 2, 150», en *JZ,* 1952, pp. 371-373.
— *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen,* 1955 (= *ZStW,* t. 67, pp. 1-47).
— «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», en *Aportaciones alemanas al VII Congreso Internacional de Derecho Penal,*

celebrado en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957, número especial de la *ZStW*, t. 69, pp. 3-45.
— «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», en *JZ*, 1960, pp. 649-655 y 686-692.
GEIB, *Lehrbuch des Strafrechts*, t. II, *Allgemeine Lehren*, 1862.
GEPPERT, *Der strafrechtliche Parteiverrat*, 1961.
GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., 1932.
GOETZ, *Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1910.
GOETZELER, «Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriffes und seine Auswirkungen», en *SJZ*, 1949, párrafos 837-846.
GOLDSCHMIDT, «Normativer Schuldbegriff», en *Frank-Festgabe*, I, pp. 429-442.
GRASSBERGER, «Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 333-342.
GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.
— «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Festgabe für Frank*, t. I, pp. 1-32.
— «Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme», en *JW*, 1932, pp. 366-367.
GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1956 (tesis doctoral inédita leída en Gotinga).
— «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», en *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 412-432.
— «Die Beteiligung durch Unterlassen», en *GA*, 1959, pp. 111-123.
HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, tomo 1.º, *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, 1881.
HARDWIG, *Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
— «Zur Systematik der Tötungsdelikte», en *GA*, 1954, pp. 257-262.
— «Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe», en *GA*, 1954, pp. 353-358.
— «Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht», en *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 14-40.
— «Studien zum Vollrauschtatbestand», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 459-487.
— «Vorsatz bei Unterlassungsdelikten», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 27-47.
HARTMANN, *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, 2.ª ed., 1960.
HAUPT, «Beiträge zur Lehre von der Teilnahme», en *ZStW*, t. 15, 1895, pp. 202-214.
HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933.
HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, Philosophische Bibliothek (Felix-Meiner-Verlag), 6.ª ed., 1952.
— *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriße (1830)*, Philosophische Bibliothek (Felix-Meiner-Verlag), 6.ª ed., 1959.
HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*, t. 36, 1915, pp. 19-44 y 184-232.
— «Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft», en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, t. 5.º, *Strafrecht und Strafprozeß*, 1929, pp. 305-321.
— «Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson», en *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 51-78.
HEIMBERGER, «Bericht über die Behandlung der Teilnahme am Verbrechen», en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, t. 11, 1904, pp. 534-540.
HEINITZ, «Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord», en *JR*, 1954, pp. 403-406.

— «Comentario a la sentencia BGH I StR 325/54, de 2 de septiembre de 1954», en *JR*, 1955, p. 105.
— «Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht», en *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin*, 1955, pp. 93-118.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 24 de mayo de 1959 (BGHSt 13, pp. 13-15)», en *JR*, 1959, pp. 386-388.
HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Erster Theil, 1823.
HENKEL, *Recht und Individualität*, 1958.
— «Comentario a una sentencia del RG de 1 de julio de 1935», en *Deutsche Justiz*, 1935, pp. 1737-1738.
— «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Mezger-Festschrift*, 1954, pp. 249-309.
— «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 459-487.
— «Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten», en *Festschrift für Tesar, Monatsschrift für Krim. u. Strafrechtsreform*, 1961, pp. 178-193.
HERGT, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, gekrönte Münchener Preisschrift, 1909.
v. HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932.
— *Deutsches Strafrecht*, t. 2.º, 1930.
HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960.
HOFFMANN, «Zur Teilnahmelehre», en *NJW*, 1952, pp. 963-964.
HOFFMEISTER, *Wörterbuch der Philosophischen Begriffe*, 2.ª ed., 1955.
HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919.
HÖPFNER, «Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft», en *ZStW*, t. 22, 1902, pp. 205-217.
HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», en *GS*, t. 54, 1897, pp. 321-385.
ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929.
JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.
— «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», en *MSchrKrim*, 1962, pp. 73-83.
JANKA, *Österreichisches Strafrecht*, 2.ª ed., 1890.
JESCHECK, «Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht», en *Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 3, año 71, 1956, pp. 225-243.
— «Auflbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», en *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 473-488.
JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges. Ein Scheinproblem*, 1963.
KALTHOENER, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *NJW*, 1956, pp. 1662-1665.
KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1.ª ed., 1788, citada por la edición de KANT de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, t. IV, 1956.
KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 7.º, abril de 1910-marzo de 1911, pp. 257-344.
KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954.
— *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
— «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 64-86.

— «Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», en *JuS,* 1961, pp. 173-177.
KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip,* 1961.
— «Die Bedentung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 200-231.
— Recensión de FRANZHEIM, «Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *JZ,* 1962, pp. 782-783.
KAUN, *Die Beteiligung am Selbstsmord als strafrechtliches Problem,* 1960 (tesis doctoral inédita leída en Hamburgo).
KERN, *Die Äußerungsdelikte,* 1919.
KIELWEIN, «Unterlassung und Teilnahme», en *GA,* 1955, pp. 225-232.
KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht,* t. 1, 1896.
KOHLHAAS, «Comentario a BGHSt 15», pp. 132-134, en *LM,* núm. 4 del § 176, apdo. 1, núm. 2.
KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch,* 42.ª ed., 1959; 43.ª ed., 1961.
KOHLRAUSCH, «Das kommende deutsche Strafrecht», en *ZStW,* t. 55, 1936, pp. 384-398.
— «Täterschuld und Teilnehmerschuld», en *Festschrift für Erwin Bumke zum 65.* Geburtstag, 1939, pp. 39-51.
KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände,* 1958.
LAMPE, «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat», en *ZStW,* t. 71, 1959, pp. 579-616.
LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf,* 1935.
— *Die notwendige Teilnahme,* 1940.
— Comentario de la obra de BOCKELMANN "Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme", en *ZStW,* t. 63, 1951, pp. 499-504.
— «Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *JZ,* 1959, pp. 560-564.
LANG-HINRICHSEN, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag,* 1960.
LARENZ, *Juristische Methodenlebre,* 1960.
LASK, *Rechtsphilosophie,* 1905.
LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untauglichen Täters - ein Problem der strafrechtlichen Pflichtlehre,* tesis doctoral inédita leída en Hamburgo, 1960.
Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado como *LK*), vol. 1.º, Introducción y § 51-152, 7.ª ed., 1954; 8.ª ed., 1957; vol 2.º, §§ 153-370, y Ley de introducción, 7.ª ed., 1954; 8.ª ed., 1958.
LESS, «Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?», en *JZ,* 1951, pp. 550-552.
LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht,* 1900.
v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 21.ª y 22.ª eds., 1919.
— *Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch,* 14.ª ed., 1929.
v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* vol. 1.º, *Einleitung und Allgemeiner Teil,* 26.ª ed., 1932.
LOBE, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches,* 1933.
LOENING, *Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht,* 1885.
LONY, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?,* 1934.
MAIER, Heinrich, *Psychologie des emotionalen Denkens,* 1908.
MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem,* 1953.
MARTIN, «Zur Frage der Zurechnung bei sukzessiver Mittäterschaft», en *NJW,* 1953, pp. 288-290.

MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch,* 2.ª ed., 1958; 1.ª ed., 1954 (en abreviatura, *AT*).
— *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Ein Lehrbuch,* 3.ª ed., 1959 (en abreviatura, *BT*).
— «Deliktscharakter und Auslegung der Notzuchtsbestimmung des § 177 StGB», en *NJW,* 1961, pp. 1050-1053.
MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch,* 1953.
— «Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft», en *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 243-274.
MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,* 1915; 2.ª ed., 1923.
MEISTER, «Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt», en *GA,* 1953, pp. 166-173.
MERKEL, Paul, *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe,* 1925.
— *Grundriß des Strafrechts,* Teil I, *Allgemeiner Teil,* 1927.
— «Anstiftung und Beihilfe», en *Frank-Festgabe,* t. 11, pp. 134-160.
METZKE, *Handlexikon der Philosophie,* 1949.
MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1934.
MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch,* 2.ª ed., 1933; 3.ª ed., 1949.
— *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Aufl. (1949),* 1950.
— *Strafrecht, Studienbuch,* I, *Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1960; II, *Besonderer Teil,* 7.ª ed., 1960.
— «Die Teilnahmeregelung des Strafgesetzentwurfs von 1919», en *Deutsche Strafrechtszeitung,* año 8.º, 1921, pp. 206-207.
— «Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln», en *ZStW,* t. 52, 1932, pp. 529-545.
MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik,* 1939.
MÜLLER, *Eigenhändige Verbrechen,* 1928.
NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* 1903.
Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal), t. 2.º, *Allgemeiner Teil,* sesiones 14.ª y 25.ª, Bonn, 1958.
NIESE, «Comentario a BGHSt 2, 344 ss.», en *NJW,* 1952, pp. 1146-1147.
— «Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung», en *DRiZ,* 1952, pp. 21-24.
— «Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen», en *JZ,* 1953, pp. 173-178.
NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten,* 1955.
NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen,* 1955.
— «Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz», en *ZStW,* t. 65, 1953, pp. 370-402.
— «Tatherrschaft und Täterwille», en *TZ,* 1956, pp. 545-550.
— «Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit», en *JZ,* 1958, pp. 335-341 y 388-394.
OEHLER, «Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme», en *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universitat Berlin zum 41. Deutschen Juristentag,* 1955, pp. 255-283.
PERTEN, «Die Beihilfe zum Verbrechen», en *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 198, 1918.

PIOTET, «Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 14-42.
POST, *Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB),* 1956.
RADBRUCH, *Rechtsphilosophie,* 5.ª ed., 1956.
— «Die Natur der Sache», en *Festschrift für Sauer,* pp. 157-176.
— «Rechtsidee und Rechtsstoff», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* t. 17, 1923/23, pp. 343-350.
ROEDER, «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 223-268.
ROSENFELD, «Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung», en *Frank-Festgabe,* t. 11, pp. 161-187.
ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* 1959.
— «Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform,* 1961 *(Tesar-Festschrift),* pp. 211-221.
— «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», en *ZStW,* t. 74, 1962, pp. 411-444.
— «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW,* t. 74, 1962, pp. 515-561.
SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre,* 3.ª ed., 1955.
— «Das Unterlassungsdelikt, seine Stellung im Gefährdungs-Willensstrafrecht», en *GS,* t. 114, 1940, pp. 279-321.
SAX, «Der Begriff der "strafbaren Handlung" im Hehlereitatbestand (§ 259 StGB)», en *MDR,* 1954, pp. 65-71.
— «Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüßen der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 412-440.
— «Über Rechtsbegriffe», en *Festschrift für Hermann Nottarp,* 1961, pp. 133-148.
SCHAFFSTEIN, recensión de monografías penales sobre teoría de la participación, en *ZStW,* t. 56, 1937, pp. 147-152.
SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,* 1958.
— «Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem», en *ZStW,* t. 66, 1954, pp. 27-40.
— «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», en *GA,* 1957, pp. 305-314.
— «Zum Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuestsen Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entwurf StGB, Allgemeiner Teil, 1958», en *GA,* 1958, pp. 161-181.
— «Aussagepflicht und ‚Aussagedelikt», en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle,* 1961, pp. 207-237.
SCHMIDT, Eb., *Die militärische Straftat und ihr Täter,* 1936.
— *Militärstrafrecht,* 1936.
— «Die Mittelbare Täterschaft», en *Frank-Festgabe,* t. 11, 1930, pp. 106-133.
SCHMIDT, Richard, *Grundriß des Deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., 1931.
SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934.
SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch, Kommentar,* 6.ª ed., 1952.
SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar,* 9.ª ed., 1959; 10.ª ed., 1961.
SCHRÖDER, «Der Täterbegriff als "technisches" Problem», en *ZStW,* t. 57, 1938, pp. 459-489.
— «Auflbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», en *Festschrift für Sauer,* 1949, pp. 207-248.

— «Comentario a BGHSt 11, pp. 268-272», en *JR,* 1958, pp. 427-428.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 10 de noviembre de 1959 relativa al § 266 StGB», en *JR,* 1960, pp. 105-106.
— «Comentario a la sentencia de la Sala IV de 12 de enero de 1962, BGHSt 17, pp. 87-94», en *JR,* 1962, pp. 347-348.
SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar,* 1914.
SCHWARZ-DREHER, *Strafgesetzbuch,* 23.ª ed., 1961.
SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht,* 1930.
— *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft,* 1938.
— *Militärstrafgesetzbuch,* 6.ª ed., 1944.
SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht,* 1937.
SERVATIUS, *Alegato en defensa de Adolf Eichmann,* 1961.
SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte,* 1948.
STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»,* 1957.
— *Verantwortung und Gehorsam,* 1958.
— «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», en *ZStW,* t. 71, 1959, pp. 51-71.
— «Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik», en *Juristen-Jahrbuch,* t. 2.º, 1961-1962, pp. 195-211.
— «Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 383-400.
STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Recht,* 1952.
STÜBEL, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurteile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Todtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten,* 1805.
— *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen,* 1828.
TJABEN, «Die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe», en *GA,* año 42.º, 1894, pp. 218-229.
Tribunal de lo Penal de Jerusalén, Condena de Adolf Eichmann de 11-15 de diciembre de 1961, autos 40-61. Traducción no oficial.
TRÖNDLE, «Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *GA,* 1956, pp. 122-154.
V. UTHMANN, «Objektive und subjektive Tatherrschaft», en *NJW,* 1961, pp. 1908-1909.
WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts,* parte I, pp. 1825-1826.
V. WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems,* 1935.
— *Grundriß des Deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., 1948.
— «Teilnahme an Mord und Totschlag», en *MDR,* 1952, pp. 265-266.
WEGNER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1951.
— «Teilnahme», en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts,* 1926, pp. 102-119.
WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935.
— *Um die finale Handlungslehre,* 1949.
— *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre,* 1953.
— *Das deutsche Strafrecht,* 3.ª ed., 1954; 5.ª ed., 1956; 6.ª ed., 1958; 7.ª ed., 1960.
— *Das neue Bild des Strafrechtssystems,* 4.ª ed., 1961.
— «Kausalität und Handlung», en *ZStW,* t. 51, 1931, pp. 703-720.
— «Über Wertungen im Strafrecht», en *GS,* t. 103, 1933, pp. 340-347.
— «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW,* t. 58, 1939, pp. 491-566.

— «Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre», en *SJZ,* 1947, párrafos 645-650.
— «Comentario a una sentencia del OGH de 5 de marzo de 1949», en *MDR,* 1949.
— «Comentario a una sentencia del OLG Bamberg de 27 de julio de 1949», en *DRZ,* 1950, pp. 303-304.
— «Comentario a BGHSt 4, pp. 355-360», en *JZ,* 1953, pp. 763-764.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 22 de octubre de 1953 (BGHSt 5, pp. 47-52)», en *JZ,* 1954, pp. 128-130.
WIENERS, *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord,* 1958.
WIETHOLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,* 1960.
WOLF, «Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft», 1927, *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 225.
WUTTIG, *Fahrlässige Tellnahme am Verbrechen,* 1902.
ZIMMERL, «Grundsätzliches zur Teilnahmelehre», en *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 39-54.
ZIMMERMANN, «Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte», en *NJW,* 1952, pp. 1321-1322.

BIBLIOGRAFÍA DE 1963 A 1999

AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», en *GA,* 1998, pp. 226-245.
AMELUNG, «Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium f. Roxin,* Bernd SCHÜNEMANN (ed.), 1995, 247, Coimbra-Symposium, 1995.
ARZT, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en *JA,* 1980, pp. 553-561.
— Recensión del *Leipziger Kommentar,* en *JZ,* 10.ª ed., 1981, pp. 412-414.
— «Comentario a BGHSt 32, 165 s.», en *JZ,* 1984, pp. 428-430.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 23 de octubre de 1985», *StrV,* 1986, pp. 337-338.
ARZT-WEBER, «Strafrecht, Besonderer Teil», en *LH,* 1, 3.ª ed., 1988.
AUERBACH, *Die eigenhändigen Delikte,* tesis doctoral, 1978.
BAUMANN, «Beihilfe bei eigener voller Tatbestandsverwirklichung», en *NJW,* 1963, pp. 561-565.
— «Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele», *Jescheck-Festschrift,* t. 1, 1985, pp. 105-119.
BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1985.
BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 10.ª ed., 1995.
BEULKE, «Comentario a la sentencia del OLG Köln de 5 de septiembre de 1978», en *JR,* 1980, pp. 423-425.
BEULKE-BACHMANN, *Die «Lederspray-Entscheidung» - BGHSt,* 37, 106, *JuS,* 1932, pp. 737-744.
BINDOKAT, «Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht», en *JZ,* 1979, pp. 434-437.
BLAUTH, *«Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Recht,* 1968.
BLEI, recensión de ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», en *NJW,* 1965, p. 1218.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 1, 18.ª ed., 1983.
— *Strafrecht, Besonderer Teil,* 12.ª ed., 1983.

— *Prüfe dein Wissen, Strafrecht, Besonderer Teil,* 1, 9.ª ed., 1990.
BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht,* 1985 (citado en *Zurechnungstypus*).
— «Anstiftung durch Unterlassen?», en *JA,* 1987, pp. 490-497.
— «Recensión de Schild, Täterschaft als Tatherrschaft», *GA,* 1996, pp. 239-243.
— «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA,* 1996, pp. 425-442.
BOCKELMANN, «Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten», en *Gallas-Festschrift,* 1973, pp. 261-272.
— *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 2, 1977.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundriß,* 3.ª ed., 1979.
BOCKELMANN-VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundriß,* 4.ª ed., 1987.
BOTTKE, *Suizid und Strafrecht,* 1982.
— «Probleme der Suizidbeteiligung», en *GA,* 1983, pp. 22-37.
— *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft,* 1992 (citado *Gestaltungsherrschaft*).
— «Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafgesetzbuches», Coimbra-Symposium, 1995, pp. 235-246.
BRAMMSEN, «Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern», en *Jura,* 1991, pp. 533-538.
BRAMMSEN-KAISER, «Übungs-Hausarbeit Strafrecht, Heiße Nacht in der Chemiefabrik», en *Jura,* 1992, pp. 38-45.
BRANDTS-SCHLEHOFER, «Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre», en *JZ,* 1987, pp. 442-448.
CHARALAMBAKIS, «Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft», en *GA,* 1986, pp. 485-507.
CRAMER, «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 389-403.
CZEPLUCH, *Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht,* 1994.
DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», en *MDR,* 1973, pp. 16-20.
— «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», en *MDR,* 1974, pp. 544-548.
DENCKER, *Kausalität und Gesamttat,* 1996 (citado: *Kausalität*).
DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», en *GA,* 1993, pp. 163-176.
DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal,* 1991.
DREHER, «Comentario a la sentencia BGHSt 19, pp. 135 ss.», en *MDR,* 1964, pp. 337-338.
— «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», *Heinitz-Festschrift,* 1972, pp. 207-28.8.
— Recensión de ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», en *MDR,* 3.ª ed., 1976, pp. 435-436.
— *Strafgesetzbuch,* 35.ª ed., 1975; 37.ª ed., 1977.
DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch,* 46.ª ed., 1993.
EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Tell,* 2.ª ed., 1993.
ERB, «Mord in Mittäterschaft - BGH, *NJW,* 1991, 1068», en *JuS,* 1992, pp. 197-201.
ESCHENBACH, «Zurechnungsnormen im Strafrecht», *Jura,* 1992, pp. 637-645.
ESER, *Strafrecht,* t. 2, 3.ª ed., 1980.
— «Sterbewille und ärtztliche Verantwortung», *MedR,* 1985, pp. 6-17.

EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festschrift für Frank,* t. 1, 1930, pp. 569-597.
FRANK, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* 18.ª ed., 1931.
FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1998.
FRISCH, recensión de H. SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», en *JZ,* 1988, p. 655.
GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechts- reform,* t. 1, 1954, pp. 121-153.
GEERDS, «Täterschaft und Teilnahme», en *Jura,* 1990, pp. 173-180.
GEILEN, «Suizid und Mitverantwortung», en *JZ,* 1974, pp. 145-154.
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», *JK,* StGB § 25 I/1.
GIMBERNAT ORDEIG, «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», en *ZStW,* 80 (1968), pp. 915-943.
GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», en *Jescheck-Festschrift,* t. 1, 1985, pp. 537-557.
GROPP, «Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung», en *NStZ,* 1985, pp. 97-103.
— «Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als "Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern?», en *JuS,* 1996, pp. 13-18.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1.ª ed., 1998.
GRÜNWALD, «Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?», en *JZ,* 1966, pp. 633-638.
GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß,* 1983.
HAFT, «Eigenhändige Delikte», en *JA,* 1979, pp. 651-658.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 5.ª ed., 1992.
HANACK, *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen,* 1967.
HARDWIG, «Über den Begriff der Täterschaft», en *JZ,* 1965, pp. 667-671.
HASSEMER, «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *JuS,* 1984, p. 148.
HENKYS (ed.), *Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen,* 2.ª ed., 1972.
HERLITZ, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin,* 1992.
HERZBERG, «Eigenhändige Delikte», en *ZStW,* 82 (1970), pp. 896-947.
— *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* 1972.
— «Grundfälle zur Tatherrschaftslehre», en *JuS,* 1974, pp. 237 ss., 374 ss., 574 ss., 719 ss.; *JuS,* 1975, pp.35 ss., 171 ss.
— *Täterschaft und Teilnahme,* 1977.
— «Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten», en *ZStW,* 91 (1979), pp. 557-589.
— «Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt», en *JA,* 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.
— «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme», en *ZStW,* 99 (1987), pp. 49-81.
— «Straffreie Beteiligung an Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen», en *JZ,* 1988, pp. 182-189.
— «Die Quasi-Mittäterschaft bei § 216 StGB: Straftat oder straffreie Suizidbeteiligung», en *JuS,* 1988, pp. 771-776.

— «Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums», en *Jura,* 1990, pp. 16-26.
— «Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?», en *JZ,* 1991, pp. 856-862.
— *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen* (en prensa).
HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen an Beispiel des Lederspray-Urteils, *NStZ,* 1994, pp. 561-566.
— *Fallsammlung zum STrafrecht,* 2.ª ed., 1988.
HIRSCH, «Comentario a la sentencia del BGH de 18 de julio de 1978», en *JR,* 1979, pp. 429-433.
— *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht,* 1966 (citado *Rechtsstaatliches Strafrecht*).
HOLTZ, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR,* 1981, pp. 629-632.
— «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR,* 1984, pp. 625-628.
HÜNERFELD, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland», en *ZStW,* 99 (1987), pp. 228-250.
INGELFINGER, *Anstiftervorsatz und Tatbestandsbestimmtheit,* 1992 (citado *Anstiftervorsatz*).
— «"Schein"-Mittäter und Versuchsbeginn», *JZ,* 1995, pp. 704-714.
JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., 1991.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 (= BGHSt, 40, 218), *NStZ,* 1995, pp. 26-27.
— *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem,* 1998 (citado *Tötung auf Verlangen*).
JESCHECK, «Strafrechtsreform in Deutschland, Allgemeiner Teil», *SchwZSt,* 1975, pp. 1-44.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1988.
JESCHECK-WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 5.ª ed., 1996.
JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs,* 1988 (citado *Strukturen*).
JUNG, «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 (=BGHSt, 40, 218)», en *JuS,* 1995, pp. 173-174.
JUST-DAHLMANN-JUST, H., *Die Gehilfen,* 1988.
KAMM, *Fahrlässige Mittäterschaft,* 1999 (citado *Fahrlässige Mittäterschaft*).
KAUFMANN, Arthur, *Die ontologhgische Struktur der Handlung, H. Mayer-Festschrift,* 1966, pp. 79-117.
KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung,* 1997 (citado *Selbständigkeit*).
KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1997.
KOHLRUASCH-LANGE, *StGB mit Erläuterungen und Nebengesetzen,* 43.ª ed., 1961.
KORN, «Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen», *NJW,* 1965, pp. 1206-1210.
KREY, *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 1, 10.ª ed., 1996; 11.ª ed., 1998.
KRÜGER, «Matthias, Ein Klassiker bleibt ein Klassiker!», en *Jura,* 1998, p. 616.
KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1997.

KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft,* 1978.
— «Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft», en *JZ,* 1981, pp. 568-574.
— «Die dämonische Macht des Katzenkönigs», en *JZ,* 1989, pp. 617-628.
— «"Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung», en *JZ,* 1986, pp. 219-229.
— «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und das Verantwortungsprinzip», en *JZ,* 1989, pp. 935-949.
— «Ein "neues Bild" der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre Ulrich Steins», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 445-482.
KÜPPER, «Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en *GA,* 1986, pp. 437-449.
— «Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 295-305.
— «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen», *GA,* 1998, pp. 519-529.
LACKNER, *Strafgesetzbuch,* 20.ª ed., 1993.
LACKNER-KÜHL, *StGB—Strafgesetzbuch mit Erläuterungen,* 23.ª ed., 1999.
LAMPE, «Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen», en *ZStW,* 77 (1965), pp. 262-311.
— «Systemunrecht und Unrechtsysteme», *ZStW,* 106 (1994), pp. 683-745.
LANGE, *Das Sonderverbrechen,* 1972.
Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 9.ª ed., 1970, 10.ª ed., 1978.
Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11.ª ed., 1993.
LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe,* 1992.
— «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 271-294.
— «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft - Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke-», en *GA,* 1994, pp. 112-127.
LÜDERSSEN, «Der Beitrag der Kriminologie zur Strafrechtsdogmatik - Eine Konkretisierung mit Blick auf die Probleme von Täterschaft und Teilnahme», en LAHTI-NUOTIO (eds.), *Strafrechtstheorie im Umbruch,* 1992, pp. 465-474 (citado *Kriminologie*).
MAIWALD, *Der Zueignungsbsegriff im System der Eigentumsdelikte,* 1970.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht, Allgemeiner Teil (Teilnahmelehre)», en *ZStW,* 88 (1976), pp. 712-751.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil», en *ZStW,* 93 (1981), pp. 864-901.
MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1971.
MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 2, 7.ª ed., 1989.
MAURACH-SCHRÖDER-MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 1, 8.ª ed., 1995.
MAYER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1967 (citado *StuB*).
MERKEL, «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung», *JZ,* 1999, pp. 502-511.
MEURER, reseña de SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», en *NJW,* 1987, pp. 2424-2425.
MEYER, M.-K., *Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung,* 1984 (citado *Autonomie*).
Ministerio de Justicia Federal (ed.), *Die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland,* 1964.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre,* 1993 (citado *Nebentäterschaft*).
— «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes», *GA,* 1988, pp. 78-88.
NEUMANN, reseña de M.-K. MEYER, «Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum», en *GA,* 1985, pp. 474-477.
— «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers"», en *JA,* 1987, pp. 244-256.
OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift,* 1972, pp. 91-105.
— «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm», en *NJW,* 1973, 1422, *JuS,* 1974, pp. 702-710.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 2 de octubre de 1984» (= *NStZ,* 1985, 70), en *JK,* StGB § 25 II/2.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 29 de enero de 1986» (= *StrV,* 1986, 384), en *JK,* StGB § 25 II/3.
— «Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», en *Jura,* 1987, pp. 246-258.
— «Mittäterschaft beim Farlässigkeitsdelikt», en *Jura,* 1990, pp. 47-50.
— *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Spendel-Festschrift,* 1992, pp. 271-288.
— *Grundkurs Strafrecht, AT,* 5.ª ed., 1996.
— *Grundkurs Strafrecht, BT,* 5.ª ed., 1998.
PAEHLER, «Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen», en *MDR,* 1964, pp. 647-649.
PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 58.ª ed., 1999.
PIZARRO BELEZA, «Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten - Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium,* 1995, pp. 267-279.
PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch,* 30.ª ed., 1978.
PUPPE, «Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?», en *NStZ,* 1991, pp. 571-574.
RANFT, «Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung», en *ZStW,* 94 (1982), pp. 815-863.
— «Reseña de jurisprudencia relativa a los delitos de omisión», *JZ,* 1987, pp. 908-919.
RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht,* 1996.
RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung,* 1997 (citado *Restriktiver Täterbegriff*).
ROTSCH, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», *NStZ,* 1998, pp. 491-495.
ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *GA,* 1963, pp. 193-207.
— «Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht», en *JZ,* 1966, pp. 293-299.
— Recensión de Fr.-Chr. SCHROEDER, «Der Täter hinter dem Täter», en *ZStW,* 78 (1966), pp. 222-234.
— *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift,* 1970, pp. 133-151.
— «Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems», *ZStW,* 83, 1971, pp. 369-404.

— Reseña de STRATENWERTH, *Strafrecht, AT,* I, «Die Straftat», en *ZStW,* 84 (1972), pp. 993-1014.
— «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *Galas-Festschrift,* 1973, pp. 241-259.
— *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2.ª ed., 1973.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht Allgemeiner Teil», *ZStW,* 85 (1973), pp. 76-103.
— *Strafrechtliche Grundlagenprobleme,* 1973.
— «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en *Gallas-Festschrift,* 1973, pp. 241-259.
— «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter», en *Lange-Festschrift,* 1976, pp. 173-195.
— «Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt?», en *Dreher-Festschrift,* 1977, pp. 331-355.
— «Die Mittäterschaft im Strafrecht», en *JA,* 1979, pp. 519-526.
— «Comentario a BGHSt 32, 38 s.», en *NStZ,* 1984, pp. 71-73.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de octubre de 1984», en *StrV,* 1985, pp. 278-279.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 29 de enero de 1986», en *StrV,* 1986, pp. 384-385.
— «Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen», en *NStZ,* 1987, pp. 345-350.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 15 de enero de 1991», en *JR,* 1991, pp. 206-208.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 1, 3.ª ed., 1997.
— *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts,* 1998 (citado *HRR-AT*).
— «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en *Grünwald-Festschrift,* 1999, pp. 549-561.
RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz,* 1966.
— «Zum Wesen der Rechtsbeugung», en *ZStW,* 82 (1970), pp. 610-632.
— «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», en *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 369-387.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 3 de noviembre de 1993», *NStZ,* 1994, pp. 433-436.
RUDOLPHI-HORN-SAMSON-GÜNTHER-HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* t. 1, *Allgemeiner Teil* (citado *SK*), 6.ª ed., 1993.
RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* t. 2, *Besonderer Teil* (citado *SK*), 5.ª ed., 1993.
SAMSON, *Strafrecht,* I, 7.ª ed., 1988.
SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung,* 1991 (citado *Pflichtdelikt*).
SAX, «Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* 69 (1957), pp. 412-440.
— «Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre», en *JZ,* 1963, pp. 329-338.
SCHAFFSTEIN, «Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers», en *NStZ,* 1989, pp. 153-158.

SCHALL, «Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte», *JuS,* 1979, pp. 104-110.
SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft,* 1994 (citado *Täterschaft*).
SCHILLING, *Der Verbrechenswunsch des Mittäters und des mittelbaren Täters,* 1975.
— «Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung», en *JZ,* 1979, pp. 159-167.
SCHMIDHÄUSER, «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht», *Welzel-Festschrift,* 1974, pp. 801-822.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1.ª ed., 1970; 2.ª ed., 1975.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch,* 1.ª ed., 1982; 2.ª ed., 1984 (citado *StuB*).
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *JZ,* 1984, pp. 195-196.
— «"Tatherrschaft" als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», en *Stree/Wessels-Festschrift,* 1993, pp. 343-363.
SCHMITT, R., «Der Arzt und sein lebensmüder Patient», en *JZ,* 1984, pp. 866-869.
SCHÖNEBORN, «Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht», en *ZStW,* 87 (1975), pp. 902-924.
SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch,* 25.ª ed., 1997.
SCHROEDER, Fr.-Chr., *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft,* 1965.
— «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis», *JR,* 1995, pp. 177-180.
SCHUBARTH, «Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft», en *SchwZSt,* 114 (1996), pp. 325-337.
— «Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen», *ZStW,* 116 (1998), pp. 827-847.
SCHULZ, «Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft - eine notwendige Rechtsfortbildung?», *JuS,* pp. 109-113.
SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen,* 1986 (citado *Selbstverantwortung*).
— Recensión de la obra «Produktfahtung, Band I: Strafrecht, 1988, von Schmid/Salzer», *StV,* 1994, pp. 106-111.
SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht,* 1979.
— «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA,* 1986, pp. 293-352.
SEELMANN, «Mittäterschaft im Strafrecht», *JuS,* 1980, pp. 571-574.
SIMSON-GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte,* 1969.
SIPPEL, «Miitelbare Täterschaft bei deliktisch handelnden Werkzeug», en *NJW,* 1983, pp. 2226-2229.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *JA,* 1984, pp. 480-481.
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *NStZ,* 1984, pp. 357-358.
SOWADA, «Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?», en *Jura,* 1985, pp. 75-88.
— «Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt», en *Jura,* 1986, pp. 399-410.
SPENDEL, «Zur Kritik an der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie», en *JuS,* 1969, pp. 314-318.

SPIEGEL, «Der "Täter hinter dem Täter" - eine notwendige Rechtsfigur?», en *Lange-Festschrift,* 1976, pp. 147-171.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *NJW,* 1984, pp. 110-111.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *NJW,* 1984, p. 1867.
STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre,* 1988 (citado *Beteiligungsformenlehre*).
— «Comentario a la sentencia del BGH de 15 de enero de 1991», en *StrV,* 1993, pp. 411-414.
STOFFERS, «Mittäterschaft und Versuchsbeginn», en *MDR,* 1989, pp. 208-213.
STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* I, *Die Straftat,* 1.ª ed., 1971; 3.ª ed., 1981.
— *Schweizerisches Strafrecht AT I, Die Straftat,* 2.ª ed., 1996 (citado *Schw.StrafR*).
— «Gibt es eigenhändige Delikte?», en *SchwZSt,* 115 (1997), pp. 86-93.
TEUBNER, «Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *JA,* 1984, pp. 144-145.
TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch,* 49.ª ed., 1999.
VALDAGUA, «Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten», en *ZStW,* 98 (1986), pp. 839-873.
VERREL, *Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz,* 1976.
WAGNER, *Amtsverbrechen,* 1975.
WEBER, *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts,* 1976.
WEIßER, «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?», *JZ,* 1988, pp. 230-239.
WELZEL, *Das deutsche Strafrecht,* 11.ª ed., 1969.
WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1974.
WESSELS-BEULKE, *Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre,* 28.ª ed., 1998.
WESSELS-HETTINGER, *Strafrecht, Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte,* 22.ª ed., 1999.
WIEGMANN, «Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe - BGHSt 38, 315», en *JuS,* 1993, pp. 1003-1006.
WOHLERS, «Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte», *SchwZSt,* 116 (1998), pp. 95-111.
WÜLLENKEMPER, *Probleme der Steuerhinterziehung in mittelbarer Täterschaft in Parteispendefällen, wista,* 1989, pp. 46-52.
ZIESCHANG, «Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?», *ZStW,* 107 (1995), pp. 361-381.
ZIMMERL, *Zur Lehre von Tatbestand,* 1928.

ÍNDICE DE SENTENCIAS DE ALTOS TRIBUNALES

En este índice sólo se incluyen las sentencias posteriores a 1945 que han sido analizadas en el texto.

A. Bundesgerichtshof

1. *Recopilación oficial*

1, 182-183 Sala I, 8. 5.1951
1, 368-72 Sala II, 9.11.1951
2, 150 57 Sala I, 12.2.1952
2, 223-26 Sala I, 1.4.1952
2, 262-69 Sala III, 13.3.1952
2, 317-20 Sala II, 22.4.1952
2, 344 48 Sala III, 24.4.1952
2, 355-58 Sala III, 30.4.1952
3, 4-7 Sala I, 10.6.1952
3, 110-29 Sala I, 8.7.1952
4, 236-44 Sala III, 23.4.1953
4, 270-75 Sala II, 3.7.1953
5, 47-52 Sala IV, 22.10.1953
5, 371-77 Sala I, 5.3.1954
6, 147-55 Pleno 10.3.1954
6, 226-29 Sala II, 25.6.1954
6, 248-51 Sala IV, 8.7.1954
6, 329-33 Sala IV, 14.10.1954
8, 70-75 Sala II, 21.6.1955
8, 390-92 Sala V, 10.1.1956
9, 119-21 Sala II, 13.4.1956
9, 203-22 Sala III, 12.1.1956
9, 370-85 Sala II, 6.7.1956
10, 247-52 Sala V, 7.5.1957
10, 294-304 Sala I, 7.12.1956
11, 268-72 Sala IV, 23.1.1958
13, 13-15 Sala V, 24.2.1959
13, 162-69 Sala IV, 15.5.1959
14, 123-32 Sala IV, 3.2.1960
15, 132-34 Sala II, 24.8.1960
16, 12-15 Sala IV, 10.3.1961
16, 120-22 Sala V, 20.6.1961
17, 87-94 Sala IV, 12.1.1962
18, 87-96 Sala III, 19.10.1962
19, 135-40 Sala II, 14.8.1963
27, 205-07 Sala I, 7.6.1977
28, 346-49 Sala I, 13.3.1979
30, 363-66 Sala IV, 26.1.1982
32, 38-43 Sala I, 5.7.1983
32, 165-83 Sala III, 23.11.1983
32, 367-81 Sala III, 4.7.1984
34, 124-27 Sala V, 24.6.1986
35, 347-56 Sala IV, 15.9.1988
37, 289-94 Sala V, 15.1.1991
38, 32-36 Sala I, 11.7.1991
38, 315-20 Sala III, 22.7.1992
39, 381-390 Sala III, 3.11.1993
40, 218-40 Sala V, 26.7.1994
40, 257-72 Sala I, 13.9.1994
40, 299-304 Sala IV, 25.10.1994
40, 307-24 Sala III, 3.11.1995
41, 187-98 Pleno 25.7.1995

2. *BGHR*

StGB § 25.1, comisión, de propia mano, 3, Sala I, 17.9.1993
StGB § 25.2, coautor, 16, Sala III, 23.3.1994
StGB § 25.2, coautor, 18, Sala II, 1.2.1995
StGB § 25.2 coautor, 19, Sala III, 7.7.1995
StGB § 25.2 coautor, 28, Sala III, 12.2.1997
StGB § 25.2 coautor, 29, Sala III, 19.2.1997
StGB § 25.2, interés en el hecho, 5, Sala II, 19.2.1997
StGB § 27.1, omisión, 6, Sala V, 19.12.1997
BtMG § 29.1.1, importación, 34, Sala III, 25.5.1994

3. *Otras fuentes*

GA, 1963, 187 ss.
Sala IV, 15.6.1962
GA, 1977, 306
Sala I, 17.3.1977
GA, 1984, 287 ss.
Sala I, 9.2.1985
GA, 1986, 508 ss.
Sala V, 3.12.1985

JR, 1955, 104 ss.
Sala I, 2.9.1954
JR, 1955, 304 ss.
Sala V, 17.5.1955
JR, 1960, 104 ss.
Sala V, 10.11.1959

JZ, 1981, 596
Sala I, 16.12.1980

L.-M., núm. 10, ante § 47
Sala I, 24.6.1955
L.-M., núm. 3, relativo a § 176.1.1
Sala IV, 28.10.1954
L.-M., núm. 4, relativo a § 176.1.1
Sala II, 24.8.1960

MDR, 1953, 400 ss. (comentario de DALLINGER)
Sala I, 16.4.1953
MDR, 1954, 529 ss. (comentario de HERLAN)
Sala V, 15.6.1954
MDR, 1955, 244
Sala IV, 28.10.1954
MDR, 1955, 307 ss.
Sala IV, 10.2.1955
MDR, 1958, 139 (comentario de DALLINGER)
Sala V, 10.1.1958
MDR, 1958, 139 ss. (comentario de DALLINGER)
Sala V, 8.10.1957
MDR, 1960, 939 ss.
Sala V, 5.7.1960
MDR, 1973, 17 (comentario de DALLINGER)
Sala IV, 3.10.1972
MDR, 1973, 729 (comentario de DALLINGER)
Sala IV, 4.4.1973
MDR, 1974, 547 (comentario de DALLINGER)
Sala I, 12.3.1974
MDR, 1981, 631 ss. (comentario de HOLTZ)
Sala II, 4.3.1981
MDR, 1984, 626 (comentario de HOLTZ)
Sala IV, 29.3.1984

NJW, 1951, 120 ss.
Sala III, 21.11.1950
NJW, 1951, 323
Sala IV, 13.2.1951
NJW, 1951, 810
Sala II, 22.6.1951

NJW, 1952, 963 (comentario de HOFFMANN)
Sala I, 8.5.1951
NJW, 1953, 1838 ss.
Sala V, 27.10.1953
NJW, 1954, 1295
Sala I, 23.4.1954
NJW, 1961, 1031-33
Sala III, 6.3.1961
NJW, 1961, 1936
Sala V, 20.6.1961
NJW, 1962, 2165 ss.
Sala IV, 6.7.1962
NJW, 1966, 1763
Sala V, 5.7.1966
NJW, 1968, 1339 ss.
Sala V, 30.4.1968
NJW, 1979, 1259
Sala III, 4.10.1978
NJW, 1995, 2933-37
Sala II, 19.7.1995

NStZ, 1981, 394
Sala I, 21.7.1981
NStZ, 1982, 27
Sala V, 15.9.1981
NStZ, 1982, 243
Sala I, 25.3.1982
NStZ, 1984, 413 ss.
Sala I, 15.5.1984
NStZ, 1984, 548 ss.
Sala I, 7.8.1984
NStZ, 1985, 70 ss.
Sala IV, 2.10.1984
NStZ, 1985, 71 ss.
Sala III, 10.10.1984
NStZ, 1985, 165
Sala I, 6.11.1984
NStZ, 1987, 224 ss.
Sala III, 26.11.1986
NStZ, 1987, 233
Sala I, 22.1.1987
NStZ, 1987, 364
Sala II, 6.2.1987, 602 ss.
NStZ, 1987, 365 ss.
Sala I, 25.11.1986
NStZ, 1988, 127
Sala II, 8.7.1987
NStZ, 1988, 507
Sala II, 1.7.1988
NStZ, 1990, 80 ss.
Sala III, 6.10.1989
NStZ, 1991, 91
Sala IV, 16.10.1990
NStZ, 1993, 137 ss.
Sala I, 13.10.1992
NStZ, 1993, 138
Sala III, 14.10.1992
NStZ, 1994, 92
Sala II, 29.9.1993
NStZ, 1995, 122
Sala I, 18.1.1994
NStZ, 1995, 285 ss.
Sala II, 15.2.1995
NStZ, 1997, 544
Sala II, 6.6.1997

StrV, 1981, 275 ss.
Sala II, 25.3.1981
StrV, 1982, 17
Sala II, 18.9.1981
StrV, 1983, 461
Sala II, 6.7.1983
StrV, 1983, 501
Sala I, 19. .1983
StrV, 1984, 286 ss.
Sala II, 25.1.1984
StrV, 1985, 14
Sala I, 5.7.1984
StrV, 1985, 106 ss.
Sala III, 26.10.1984
StrV, 1986, 59 ss.
Sala III, 23.10.1985
StrV, 1986, 384
Sala II, 29.1.1986
StrV, 1986, 475
Sala I, 20.5.1986
StrV, 1992, 579 ss.

Sala IV, 31.3.1992
StrV, 1993, 474
Sala IV, 4.3.1993
StrV, 1994, 22
Sala IV, 18.8.1992
StrV, 1994, 22
Sala I, 25.2.1993
StrV, 1994, 241 ss.
Sala I, 23.11.1993
StrV, 1994, 422 ss.
Sala III, 30.3.1994
StrV, 1995, 197 ss.
Sala IV, 29.11.1994
StrV, 1995, 198 ss.
Sala I, 15.12.1994
StrV, 1995, 624 ss.
Sala I, 4.7.1995
StrV, 1996, 479 ss.
Sala V, 4.3.1996
StrV, 1997, 247
Sala IV, 4.6.1996
StrV, 1997, 411
Sala IV, 9.1.1997
StrV, 1998, 540 ss.
Sala V, 20.1.1998

wistra, 1989, 346 ss.
Sala II, 16.6.1989
wistra, 1992, 181 ss.
Sala III, 8.1.1992
wistra, 1998, 148 ss.
Sala IV, 11.12.1997

B. Tribunal Supremo de la zona británica

Recopilación oficial:

1, 303 05 StrS
8.2.1949

C. Otras sentencias de altos tribunales

BFH, *NJW*, 1990, 1253 ss.
13.12.1989
KG, *JR*, 1956, 150 ss.
Sala II, 5.1.1956
OLG Celle, *NJW*, 1961, 1079 ss.
Sala I, 15.12.1960
OLG Frankfurt, *NJW*, 1969, 1915 ss.
Sala II, 19.3.1969
OLG Köln, *MDR*, 1962, 591 ss.
19.10.1961
OLG Stuttgart, *MDR*, 508
Sala II, 6.3.1959
OLG Stuttgart, *NJW*, 1978, 715 ss.
Sala III, 16.9.1977

ÍNDICE DE RECENSIONES DE ESTA OBRA

De la 1.ª edición de 1963

AEPPLI — *SchweizJZ*, 1965, p. 67
BLEI — *NJW*, 1965, p. 1218
GEERDS — *GA*, 1965, pp. 216-219
GIMBERNAT ORDEIG — *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 17, 1964 pp. 548-553
HARDWIG — *JZ*, 1965, pp. 667-671
HONIG — *MSchrKrim*, t. 49, 1966, pp. 41-44
KUNST — *ÖJZ*, 1966, pp. 559-560
LANGE — *ZStW*, 77 (1965), pp. 312-321
NAKA — *Universität Kansai, Studiensammlung*, t. 15, 1965, pp. 172-192 y pp. 273-297
SCHULTZ — *SchweizZSt*, t. 82, 1966, pp. 83-85

De la 2.ª edición de 1967

BLAU — *GA*, 1968, p. 128
DREHER — *MDR*, 1968, pp. 91-92
KUNST — *ÖJZ*, 1968, pp. 503-504
SCHROEDER — *Recht in Ost und West*, 1968, pp. 267-268
SCHULTZ — *SchweizZSt*, t. 85, 1969, pp. 207-208

De la 3.ª edición de 1975

BLEI — *JA*, 1976, p. 87
DREHER — *MDR*, 1976, pp. 435-436
GEERDS — *Archiv für Kriminologie*, t. 158, 1976, p. 190
GOSSEL — *GA*, 1977, pp. 60-61
KIENAPFEL — *JR*, 1977, p. 130
KUNST — *ÖJZ*, 1977, p. 112
A. M. — *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1976, pp. 205-206
MAIWALD — *ZStW*, 88 (1976), pp. 727-740

H. Mü. *Landeskriminalblatt Niedersachsen,* 1976, núm. 15
ROTH *Die Justiz,* 1976, núm. 9
H. p. *DRiZ,* 1976, p. 256
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 93, 1977, pp. 407-408
SCHSVENCK *Neue Zeitschrift für Wehrrecht,* 1976, pp. 118-119
TSCHULIK *Österreichische Richterzeitung,* 1977, pp. 87-88
WASEK *Panstwo i Prawo* (Estado y Derecho; Polonia), 1977, pp. 143-146
WEBER *Landeskriminalblatt Rheinland-Pfalz,* 1976, núm. 4

De la 4.ª edición de 1984

KOHL *Revue de Droit Penal et de Criminologie,* 1986, núm. 4
KUNST *ÖJZ,* 19S4, p. 616
OTTO *Jura,* 1985, p. 112
SCHROEDER *GA,* 1985, pp. 335-336
SCHUMANN *German Studies,* 1988, pp. 22-26
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 103, 1986, pp. 116-117
W. *Die neue Polizei,* 1986, núm. 2
ZIPF *Zeitschrift für Rechtsvergleichung,* 19S5, núm. 4

De la 5.ª edición de 1990

GEERDS *Archiv für Kriminologie,* 1990, p. 189
GÖSSEL *GA,* 1990, pp. 570-571
MEURER *NJW,* 1990, p. 2540
MÜLLER-DIETZ *ZfStrVO,* 1990, p. 380
SCHROEDER *JZ,* 1991, p. 455
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 108, 1991, p. 470

De la 6.ª edición de 1994

GRAUL *JR,* 1997, p. 260
SCHMITT *Archiv für Kriminologie,* 1995, p. 127
SCHROEDER *GA,* 1996, p. 233

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO (Manuel Cobo del Rosal)	1
PREFACIO	5
NOTA DE LOS TRADUCTORES	7
PRÓLOGO A LA SÉPTIMA EDICIÓN ALEMANA	9
PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN	11
PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN	13
PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN	15
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	17
§ 1. **INTRODUCCIÓN**	19
CAPÍTULO PRIMERO. PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS	23
§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA	23
§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA	26
§ 4. TEORÍAS ONTOLÓGICAS DE LA AUTORÍA	32
§ 5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y ESTABLECEDORES DE FINES	38
§ 6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER EN FORMA DE ACCIÓN	44
CAPÍTULO SEGUNDO. LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	53
§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL	54

Pág.

§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES 58

I. Teoría de la necesidad de la aportación causal ("Teoría de la necesidad") 58
II. Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho ("Teoría de la simultaneidad") 61
III. Causalidad física y causalidad psíquica 65
IV. Teoría de la supremacía del autor ("Teoría de la supremacía") 69

§ 9. TEORÍAS SUBJETIVAS 71

I. Teorías del dolo 71
II. Teoría del interés 75

§ 10. TEORÍAS MIXTAS 77

CAPÍTULO TERCERO. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO 81

§ 11. ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO 81

I. Evolución del concepto de "dominio del hecho" 81
II. Orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho. 85

§ 12. REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA ACTUALIDAD 89

I. Welzel 89
II. Maurach 90
III. Gallas 92
IV. Richard Lange 97
V. Otros representantes de la teoría del dominio del hecho 99

1. Niese 99
2. Sax 100
3. Busch 101
4. Von Weber 102
5. Less 103
6. Jescheck 103

§ 13. TEORÍAS Y ENFOQUES AFINES 104

I. Bockelmann 104
II. Nowakowski 106
III. Otros autores 108

§ 14. LA IDEA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL *BUNDESGERICHTSHOF* 111

Pág.

CAPÍTULO CUARTO. FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR 129

NOTA PREVIA 129

§ 15. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO INDETERMINADO . 130

I. La doctrina 131
II. La praxis 132
III. Causas de esta evolución 134
IV. Toma de postura 135

§ 16. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO FIJADO 141

I. Argumentos contrarios de orden metodológico 142
II. Argumentos contrarios de orden histórico-dogmático 143
III. Argumentos contrarios derivados de la esencia de la autoría 143

1. Innecesariedad de abstracción esquematizadora 143
2. Imposibilidad de fijar elementos de sentido 144
3. Peligro de que el concepto jurídico no se ajuste siempre al contenido material 145

§ 17. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO 145

I. Los conceptos abiertos 145

1. El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto 146
2. La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto 148

II. Perspectiva previa 149

CAPÍTULO QUINTO. EL DOMINIO DE LA ACCIÓN 151

§ 18. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE. 151

§ 19. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE 155

I. Los casos de coacción 155

1. Estado del debate 155
2. Argumentos en favor de la autoría del agente 156

a) No cambia la configuración del curso del hecho 157
b) Naturaleza de la autoría mediata 158
c) Consideraciones sistemáticas 158
d) Significado de las causas de exclusión de la culpabilidad 159
e) Consideraciones relativas a la accesoriedad 159

II. La realización del tipo dolosa y exenta de coacción, pero disculpada 160

Pág.

§ 20. LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO 161

I. La realización de modalidades del delito y la realización de la acción típica 161

1. Estado de la cuestión 161
2. ¿Basta la realización de cualquier elemento del tipo? 162
3. El significado de la acción típica 163

II. El error sobre elementos de la situación relevantes para el injusto 164

CAPÍTULO SEXTO. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD 165

§ 21. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN 167

I. El estado de necesidad coactivo (§ 52 StGB) 167

1. Dominio del hecho del coaccionador y del coaccionado 167
2. La influencia volitiva no es dominio de la voluntad 168
3. Criterios del dominio de la voluntad 168
4. Supuestos de participación en el estado de necesidad coactivo 172

II. El estado de necesidad simple (§ 54 StGB) 173

1. La realización dolosa de un estado de necesidad del § 54 StGB 173
2. El ocasionamiento del hecho o el auxilio, concurriendo una situación de necesidad 174

a) La incitación al autor en estado de necesidad 175
b) La modificación de la situación en favor del autor en estado de necesidad 175

III. El estado de necesidad exculpante supralegal 177

1. La creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supralegal 177
2. La determinación o auxilio a quien actúa en estado de necesidad exculpante supralegal 179

IV. Situaciones análogas al estado de necesidad 179

1. La influencia psíquica análoga al estado de necesidad 180
2. El estado de necesidad coactivo para la autolesión 182

a) Estado del debate 182
b) Toma de posición 185

3. La producción del resultado mediante un tercero no coaccionado, que actúa lícitamente 187

V. La orden vinculante antijurídica 192
VI. Resumen 193

Pág.

§ 22. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR 194

I. El error excluyente del dolo, inculpable o con imprudencia inconsciente 195

1. El ejecutor obra sin dolo ni culpabilidad 195

A. La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso 195

a) No hay dominio del hecho por parte del que yerra 195
b) No hay dominio de la persona del que yerra por parte del sujeto de detrás 196
c) La supradeterminación final del curso causal como criterio del dominio de la voluntad 196

B. Autoría mediata en caso de mero auxilio al instrumento que yerra 198
C. Autoría mediata en la influencia inesencial sobre el curso causal 199

2. El ejecutor actúa con imprudencia inconsciente 203

II. El que yerra actúa con imprudencia consciente 204

1. Planteamiento del problema 204
2. Finalidad e imprudencia consciente en la doctrina 205

A. La finalidad comprende también a la imprudencia consciente. 205
B. La finalidad comprende sólo la intención, excluyendo el dolo eventual 207
C. La finalidad comprende todas las formas del dolo, excluyendo la imprudencia consciente 208

a) Armin KAUFMANN 208
b) STRATENWERTH 209
c) WELZEL 209

3. Toma de posición con respecto a los cinco conceptos de finalidad, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho 210
4. Resultado 214

A. Dado el conocimiento coincidente sobre la probabilidad de resultado: participación 214
B. Dado el conocimiento más amplio por parte del sujeto de detrás: el problema se traslada a otra sede 216

a) Irrelevancia del límite dolo-imprudencia 217
b) Irrelevancia del límite causalidad-finalidad 217

III. El que yerra obra sin consciencia de la antijuridicidad 218

1. Error de prohibición propio 218

A. Estado de la cuestión 218

a) WELZEL 218

Pág.

b) BOCKELMANN 219
c) MAURACH 219
d) Otros autores 219

B. No hay dominio sobre la persona del autor directo 220
C. Grados de la configuración del hecho con sentido 222
D. Solución de la problemática 224

2. El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación 230

A. Con independencia de la doctrina del error: autoría mediata del sujeto de detrás que lo ha advertido 230
B. Opiniones contrarias 231
C. Toma de posición 232

IV. El sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad 233

1. ¿Dominio de la voluntad en virtud de coacción? 234
2. Dominio de la voluntad en virtud de error: el tercer grado del dominio del hecho 235

V. El que yerra obra típica, antijurídica y culpablemente 237

1. El error sobre el sentido concreto de la acción 237

A. Sus manifestaciones 237

a) El *error in persona* y fenómenos afines 237
b) El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho 238
c) El error sobre presupuestos de cualificaciones 238

B. El *error in persona* y fenómenos afines 239

a) El cuarto grado del dominio del hecho 239
b) La relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho 240

C. El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho 243
D. El error sobre presupuestos de cualificaciones 245

2. El error sobre el riesgo 247

A. El aspecto psicológico 248
B. La significación jurídica del error sobre el riesgo psíquicamente relevante 250

VI. El que yerra obra atípica o lícitamente 251

1. El ejecutor obra atípicamente 252
2. El ejecutor obra lícitamente 257

Pág.

VII. Resumen 258

§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y JÓVENES 259

I. Imputabilidad del ejecutor directo excluida o mermada 259

1. El ejecutor es inimputable 259

a) La comisión de delitos por inimputables 260

aa) Estado de la discusión 260
bb) El defecto reside en el ámbito intelectivo 261
cc) El defecto reside en el ámbito volitivo 262

b) El autodaño de los inimputables 263

2. El ejecutor obra con imputabilidad mermada 264

II. El ejecutor directo es un niño o un adolescente 265

a) El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes 265
b) El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes 267

III. Resumen 269

§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS 269

I. Supuestos 269
II. Quedan excluidos el dominio por coacción y por error 270
III. Los fundamentos estructurales del dominio de la organización 271
IV. El enjuiciamiento dogmático de las relaciones de autoría en el proceso Eichmann 273
V. Problemas concretos 275

1. Autoría y participación en el seno de organizaciones 275
2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad 276

VI. Aspectos metodológicos del dominio de la organización 279

§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS? 280

I. El instrumento doloso no cualificado 280

1. Estado de la cuestión 280
2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho 281
3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico? 282
4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio? 284

II. El instrumento doloso sin intención 286
III. El instrumento cooperador doloso 287

Pág.

§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA ... 288

I. El desconocimiento de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho ... 289

1. ¿Autoría mediata? ... 290

a) Fundamentación del dominio del hecho en la doctrina ... 290
b) El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de dominio como factor de dirección necesario ... 290

2. Participación consumada ... 292

a) Posiciones doctrinales ... 292
b) El ejecutor obra dolosamente ... 293
c) El ejecutor obra sin dolo ... 294

aa) El ejecutor obra con imprudencia consciente ... 294
bb) El ejecutor obra sin ser consciente de la posible realización del tipo ... 295

3. ¿Participación intentada y autoría imprudente? ... 297

II. La suposición errónea de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho ... 299

1. Posiciones doctrinales ... 299
2. Participación consumada ... 300
3. ¿Autoría mediata? ... 302

CAPÍTULO SÉPTIMO. EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL ... 305

§ 27. LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA ... 305

I. Posibilidad y estructura del dominio conjunto del hecho ... 305
II. La coautoría como dominio del hecho funcional ... 308
III. El dominio del hecho funcional como concepto abierto ... 312
IV. Cuestiones particulares ... 316

1. El carácter común de la decisión del hecho ... 316

a) El conocimiento unilateral de la colaboración ... 316
b) El exceso del coautor ... 317
c) El *error in persona* de un coautor ... 317
d) Coautoría en virtud de la "operatividad ulterior causal" ... 318
e) Coautoría en casos en que está excluida o mermada la culpabilidad de un interviniente ... 319
d) Coautoría en casos de realización de tipos heterogéneos ... 320

2. Coautoría sucesiva ... 320

§ 28. LA COOPERACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA ... 323

I. Estado de la cuestión ... 323

Pág.

II. El que prepara no es coautor ... 325
III. Polémica con WELZEL ... 326
IV. El problema de los jefes de banda ... 330
V. División del trabajo y coautoría ... 331
VI. La delimitación entre actos preparatorios y ejecución ... 334

CAPÍTULO OCTAVO. DOMINIO DEL HECHO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN ... 337

§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO ... 338

I. La influencia determinante sobre el transcurso y el resultado del hecho. 338
II. La capacidad de hacer continuar y de impedir ... 342
III. La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo ... 344
IV. El poder sobre el hecho ... 345
V. La subordinación de la voluntad ... 345
VI. "Voluntad de dominio del hecho" y "sentimiento de autoría" ... 346

1. La "voluntad de dominio del hecho" ... 347
2. El sentimiento de autoría ... 349

§ 30. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO ... 350

§ 31. POSICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA HISTORIA DOCTRINAL ... 354

§ 32. POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO ... 359

I. El dominio del hecho como elemento del sistema ... 359
II. El dominio del hecho en relación con el injusto y la culpabilidad ... 360

1. Rechazo de la "autoría indiciaria" ... 361
2. La autoría como manifestación del injusto ... 361
3. La indiferencia del concepto de autor con respecto a la culpabilidad. 362
4. La doctrina del dominio del hecho como argumento en favor de la pertenencia del dolo al tipo ... 363
5. Elementos de la culpabilidad fundamentadores de autoría ... 365

CAPÍTULO NOVENO. EL CONCEPTO DE AUTOR DE LOS DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN ... 367

§ 33. ALCANCE DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO ... 367

I. El criterio del dominio del hecho como concepto general de autor ... 367
II. El dominio del hecho, los delitos de apropiación y el problema del instrumento doloso sin intención ... 371

1. El hurto y el instrumento doloso sin intención ... 371

a) Estado de la cuestión ... 372

Pág.

b) Solución ... 373
c) El problema del "instrumento doloso sin intención" en general. 378

2. La apropiación indebida ... 380
3. Receptación y caza furtiva ... 383

§ 34. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ... 385

I. Introducción ... 385
II. La coautoría en los delitos de infracción de deber ... 388
III. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber ... 393
IV. El problema de la participación en hechos principales no dolosos en los delitos de infracción de deber ... 398

1. La accesoriedad en los delitos de dominio ... 399
2. La accesoriedad en los delitos de infracción de deber ... 401

A. Consecuencias derivadas del concepto de autor de los delitos de infracción de deber ... 401
B. Consideraciones teleológicas ... 404

a) ¿Se extiende la autoría a los no cualificados? ... 405
b) ¿Ampliación de la responsabilidad de órganos como solución al problema? ... 405
c) ¿Objeciones derivadas del principio de accesoriedad? ... 406
d) ¿Falseamiento de la estructura típica? ... 406
e) ¿Ampliación excesiva de la punibilidad? ... 408
f) ¿Objeciones desde el Derecho positivo? ... 411
g) Resultados ... 413

V. La idea de deber en la evolución de la teoría del dominio del hecho ... 413

1. Concordancias y diferencias en el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber ... 413
2. Concepto extensivo de autor, deber y dominio en Eb. Schmidt ... 414
3. La unificación de dominio del hecho y deber en Lange y Gallas ... 416
4. Dominio del hecho y deber como presupuestos comunes de la autoría en Welzel y Maurach ... 417
5. La aplicación de la idea de deber a los delitos de dominio en Hardwig ... 418

VI. Ámbito de los delitos de infracción de deber ... 419

1. Cuestiones generales ... 419
2. Las injurias ... 422
3. Delitos de propia mano inauténticos ... 427

VII. Indicaciones sistemáticas ... 431

1. Delitos de infracción de deber y unidad sistemática ... 431
2. El autor de los delitos de infracción de deber como sujeto del tipo total de injusto ... 432

Pág.

§ 35. DELITOS DE PROPIA MANO ... 434

I. Estado de la cuestión ... 434
II. Teoría del tenor literal ... 438

1. Principales defensores ... 438
2. Crítica ... 439

III. Teoría del movimiento corporal ... 441

1. Principales defensores ... 441
2. Crítica ... 441

IV. Teoría de la intensidad ... 445
V. Toma de postura ... 446

1. Los delitos de autor jurídico-penal ... 446
2. Delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico ... 448

a) Fundamentación de la naturaleza de propia mano ... 448
b) Sobre la jurisprudencia del BGH relativa a la condición de propia mano y sobre la autoría en los delitos contra las buenas costumbres en general ... 452

VI. La accesoriedad en los delitos de propia mano ... 456

1. ¿Participación en el hecho doloso? ... 456
Excurso ... 461
2. ¿Accesoriedad extrema en los delitos de propia mano? ... 462

VII. La naturaleza de propia mano en algunos tipos controvertidos ... 464

1. Adulterio y bigamia ... 464
2. Prevaricación ... 465
3. El delito en estado de embriaguez (*Volltrunkenheit*) ... 468
4. Síntesis retrospectiva ... 470

§ 36. SÍNTESIS Y COMPLEMENTOS ... 471

I. Posibilidad de otros criterios de la autoría ... 472

1. ¿Los elementos de la actitud como circunstancias de la autoría? ... 472

a) Elementos de la actitud que agravan la pena ... 473
b) Elementos de la actitud fundamentadores de la pena ... 474

2. Conceptos de autor referidos a tipos y a grupos de delitos ... 479

a) La referencia al tipo del concepto de autor en relación con los criterios generales de la autoría ... 479
b) Conceptos de autor referidos a grupos de delitos ... 483

II. Carácter positivo y vinculante del concepto de autor ... 485
III. El concepto unitario de autor ... 489

Pág.

IV. La autoría en el delito intentado ... 490

1. Los criterios de la autoría en el hecho no culminado ... 490
2. Adecuación, tentativa y dominio del hecho ... 494

CAPÍTULO DÉCIMO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS OMISIONES ... 497

§ 37. EL AUTOR DEL DELITO DE OMISIÓN ... 497

I. Introducción ... 497
II. El delito omisivo como delito de infracción de deber ... 498

1. El deber de evitar el resultado como elemento fundamentador de la autoría ... 498
2. La eliminación de la idea del dominio del hecho ... 501

a) ¿La posibilidad de intervención como dominio por omisión? .. 502
b) ¿El omitente como sustentador de dominio del hecho "social"? 504

3. El concepto del autor por omisión en Armin KAUFMANN y GRÜNWALD ... 507

III. Coautoría y autoría mediata en la omisión ... 508

1. Coautoría ... 508

a) Varios omitentes como coautores ... 508
b) Sujeto agente y sujeto omitente como coautores ... 509

2. Autoría mediata ... 511

IV. La omisión de impedir el suicidio ... 512

1. Inidoneidad de la teoría de la participación para resolver la problemática ... 512
2. Debate con GALLAS ... 513
3. La problemática de la posición de garante ... 515

§ 38. LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN ... 516

I. Problemática de partida ... 516
II. Participación en supuestos en que falta el tipo omisivo ... 517

1. Exclusión de la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado ... 517

a) Requisitos de los tipos prescriptivos de garante ... 517
b) Ejemplos de falta de tipos de omisión ... 518

A. Delitos de propia mano ... 518
B. Delitos de infracción de deber personalísimos ... 520
C. Delitos de apropiación ... 521

2. Fundamentación de la participación por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado ... 522

Pág.

III. La participación en los casos en que falta el deber de evitar el resultado. 525

1. La omisión como favorecimiento positivo del hecho ... 525
2. ¿La omisión de dificultar el hecho como complicidad? ... 529

IV. Concepciones divergentes ... 530

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) ... 530
2. Armin KAUFMANN ... 533
3. GALLAS y KIELWEIN ... 536
4. SCHRÖDER ... 546
5. Intentos de graduación de las posiciones de garante (GALLAS, SCHRÖDER) ... 549

§ 39. INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD RELATIVAS AL HECHO OMISIVO .. 550

I. ¿Excluye la falta de dolo de omitir la posibilidad de inducción a omitir? 550
II. ¿Se oponen consideraciones de justicia material y de merecimiento de pena a estimar inducción a omitir? ... 554

1. ¿Resultados aleatorios? ... 554
2. ¿Es la inducción en los delitos omisivos relativamente más merecedora de pena que en los hechos comisivos? ... 556

III. ¿Cabe concebir la inducción a omitir como autoría comisiva directa? ... 559

1. La teoría de Armin KAUFMANN y WELZEL ... 559
2. El requisito del dominio del hecho como factor excluyente de la autoría ... 560
3. La inviabilidad práctica de considerar al sujeto autor por comisión. 562
4. Las lagunas de punibilidad en la solución de considerar al sujeto autor comisivo ... 564

IV. Complicidad en la omisión ... 565

CAPÍTULO UNDÉCIMO. PROBLEMA, SISTEMA Y CODIFICACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA ... 569

§ 40. IDEAS PARA FORMAR UN SISTEMA DE TEORÍA DE LA AUTORÍA. 569

I. Síntesis de los resultados ... 569
II. Dialéctica del concepto de autor ... 571
III. Consecuencias dogmáticas ... 574

1.º Los dos defectos capitales de la dogmática de la participación ... 574
2.º La "resistencia del objeto" como criterio de acierto en cuanto al contenido ... 576
3.º Realzar las antítesis en lugar de allanarlas ... 577

IV. Problema y sistema en la doctrina de la autoría ... 579

Pág.

§ 41. SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA 582

CAPÍTULO DUODÉCIMO. PARTE FINAL DE 1999. SOBRE EL RECIENTE ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN 589

§ 42. DESARROLLO DE LA AUTORÍA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY 589
I. La realización del tipo de propia mano 589
II. Participación sólo en caso de hecho doloso 596
III. La intervención en el hecho que se ha supuesto doloso 599

§ 43. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA 601
I. Sentencias de los años 1962 a 1999 601
II. Resumen 676
III. Antecedentes de política jurídica, sistemáticos y dogmáticos de la jurisprudencia última 679

§ 44. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA 688
I. Nociones básicas sobre la evolución reciente de la doctrina de la autoría. 688
1. La teoría del dominio del hecho hoy 688
2. La teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER 691
3. La teoría de las formas de participación de STEIN 692
4. La concepción idealista de KÖHLER y KLESCZEWSKI 694
5. La revitalización de la teoría objetivo-formal por FREUND 697
6. Observaciones metodológicas 700
A. RENZIKOWSKI 700
B. KLESCZEWSKI 702
II. Delitos de dominio 703
1. Dominio de la acción 703
2. Dominio de la voluntad 705
A. Estructura de la autoría mediata 705
a) El rechazo de la autoría mediata en SCHILD 705
b) El rechazo del dominio del hecho como criterio de la autoría mediata en STEIN y KÖHLER 706
c) El principio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro como criterio de delimitación entre autoría mediata e inducción 706
aa) M.-K. MEYER 707
bb) SCHUMANN 708
cc) RENZIKOWSKI 709
B. El dominio en virtud de coacción 712
C. La cooperación en los delitos de inculpables y menores 716
D. El dominio en virtud de error 717
a) El instrumento que obra sin dolo 717

Pág.

b) Acerca de la divergencia estructural del dominio en virtud de error con respecto al dominio en virtud de coacción 717
c) La utilización de persona interpuesta que obra en error de prohibición 718
d) El engaño sobre el sentido concreto de la acción 721
E. El dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas 723
a) Estado del debate 723
b) La tesis de la coautoría 725
c) La calificación de inducción 727
d) ¿Extensión del "dominio de la organización" al mundo empresarial? 729
F. El instrumento doloso sin intención 729
3. El dominio del hecho funcional 731
A. Noción básica 731
B. La decisión del hecho conjunta 733
C. La exclusión de los actos preparatorios del ámbito de la coautoría 734
D. La coautoría aditiva 737
E. Aportaciones al hecho alternativas 739
F. *Error in persona* y coautoría sucesiva 739
G. Coautoría imprudente 740
III. Delitos de infracción de deber 742
1. Generalidades 742
2. El instrumento doloso no cualificado 745
3. Autoría y participación por omisión 749
IV. Delitos de propia mano 754

BIBLIOGRAFÍA ANTERIOR A 1963 759
BIBLIOGRAFÍA DE 1963 A 1999 768
ÍNDICE DE SENTENCIAS DE ALTOS TRIBUNALES 777
ÍNDICE DE RECENSIONES DE ESTA OBRA 781