

*Delitos de dominio y de infracción de deber**

Fundamentos dogmáticos de la coautoría y participación criminal

Por Carlos A. Bellatti

1. Consideraciones generales. Planteo del problema

Ensayar una aproximación de la problemática que gira en torno a la intervención de varias personas en la realización de un hecho delictivo, supone la incursión de un planteo de particular y notoria actualidad científica que exhibe considerables dificultades al momento de distinguir entre autoría y participación criminal.

En efecto, un debate que permanece vigente en la ciencia del saber penal y fundamentalmente en la teoría jurídica del delito, resulta el esclarecimiento del concepto de autor, así como de su diferencia con la participación *strictu sensu*. En este esquema metodológico la disputa referida ha resultado el campo escogido en el desarrollo de la figura del coautor, en cuanto la coautoría no logra ser aprehendida sino a partir de la concreción de la noción de autor.

Desde esta perspectiva deviene mayoritariamente aceptada la afirmación de Hans Welzel cuando escribe, “Coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio sobre el hecho delictivo único no le corresponde a un individuo sino conjuntamente a varios. Cada acción final consiste por lo general en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales descansa la realización de la decisión dirigida de la acción, reside la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos. El dominio le corresponde acá a todos: no al individuo, tampoco a la actuación particular, sino a todos juntos como portadores de la decisión de acciones y la actividad de cada uno en particular forma, conjuntamente con la de los restantes individuos, una única totalidad dada en este caso por las relaciones dirigidas mediante la decisión de la acción conjunta. Cada uno es, por lo tanto, no mero autor de una parte sino un coautor en su totalidad (Mittäter) en la totalidad –puesto que éste no tiene una función independiente– por eso responde como coautor del hecho total”¹.

* Bibliografía recomendada.

¹ Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal*, Bs. As., B. de F., 2002, p. 96. Elabora el concepto de acción en sentido final como objeto en pos de la regulación de la norma penal. Estructura su teoría del injusto como una relación de contradicción entre la acción y la norma jurídica elaborado sobre su concepto de acción final. En la misma línea Mir Puig y Cerezo Mir en España, este último, aunque discípulo de Antón Oneca, adopta la teoría final de la acción por influencia de Welzel en la Universidad de Bonn. En Alemania Armin Kaufmann (*Die dogmática der unterlassungsdelikte*, Gottingen, 1959, p. 50) y Diethar Zielinski se cuenta entre sus seguidores más destacados, también Jescheck y Maurach. Hirsch realiza un aporte superlativo en la difusión, alcance desarrollo y consolidación de la referida

Con esta lógica teórico conceptual, Welzel, destaca que la coautoría se construye en función de la división del trabajo “cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por lo que responde también por el todo”². Fuera de cualquier deducción dogmática que pudiera practicarse, es axiomático que con estas reflexiones Welzel, nos aleja de cualquier apriorismo sistémico que apartado de la realidad, origine una jurisprudencia puramente conceptualista que configure una abstracción inmoral para el justiciable.

Ahora, respecto de la ejecución en común, evidentemente existe una comunidad de voluntades que de manera ordenada y en forma conjunta busca la realización del plan global previamente trazado. Desde esta óptica se me ocurre que cabe la expresión que formule una interdependencia entre los coautores en tanto la realización del plan delictivo.

Antes de entrar en particularidades, conviene anotar que, en la caracterización de la coautoría, la pérdida de consenso tanto de la teoría objetivo material, como de la objetivo formal, así como de las llamadas teorías subjetivas (apuntando tanto a la teoría del dolo y a la teoría del interés) la aparición de la “teoría del dominio del hecho” ha permitido un análisis profundamente mejorado de la problemática que representa la figura de la coautoría.

Bien se podría decir, que con anterioridad a la recepción mayoritaria de la tesis del dominio del hecho, los casos de coautoría debían ser resueltos por medio de la teoría objetivo formal, la cual brinda una solución limitada del problema, llegando a desconocer algunas de las intervenciones que la dogmática jurídico penal moderna tiene como claros supuestos de coautoría, más aún el auge de las teorías subjetivas, y fundamentalmente la llamada teoría del acuerdo previo, con su fuerte carga de arbitrariedad, no hace otra cosa que acentuar la falta de soluciones que expongan un fundamento sólido en la estructura y explicación de la coautoría.

También resulta significativo, enfatizar la preeminencia práctica de una de las características propias más trascendentes de la coautoría criminal, la que se fundamenta en el hecho de que por el reparto de papeles entre los diversos intervinientes en el hecho, alguno o algunos de los coautores puedan no estar presentes en el momento de la ejecución, por lo que se hace indispensable recurrir a un criterio material superador de una concepción estrictamente formal de la coautoría. Este razonamiento material resulta a mi juicio, el del dominio del hecho.

En suma, más allá de la coherencia lógica y dogmática puesta en duda por algunos autores, la teoría del dominio del hecho ha alcanzado la mejor aceptación y comprensión de las figuras de co-(autoría) y participación en el ámbito del delito doloso³.

doctrina. En América latina, Zaffaroni y Bacigalupo contribuyeron a formar en esta doctrina a un número importante de jóvenes penalistas.

² *Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 120. También en su *Derecho penal alemán*, traducido al español por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

³ En España, Alemania y en general en América latina es cada vez mayor el número de autores que cree ver en la teoría del dominio del hecho el criterio más adecuado a fin de determinar el concepto de autor. Cabe destacar el rechazo de esta tesis que formula Gimbernat Ordeig en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” (<http://criminet.ugr.es/recpc/>). Donde reafirma su adhesión por la llamada teoría objetivo formal de la autoría. Así pues, dice que “la teoría del dominio del hecho me parece errónea para distinguir entre autoría y participación, y creo que sólo puede tener alguna vigencia para

Con lo visto hasta aquí, seguramente ya se puede afirmar sin perjuicio de la explicación sistemática que desarrollo más tarde, que coautoría es la realización conjunta del hecho consciente voluntario, típico y antijurídico enunciado como una forma de autoría.

Con referencia a este último punto, la epistemología que Claus Roxin ha delineado para la fundamentación de la coautoría se simplifica en la siguiente frase, coautor es “todo interviniente cuya aportación en el estadio de la ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa”⁴.

A modo de aclaración y sobre la base de una dimensión valorativa conviene señalar que, para Roxin, lo decisivo en este esquema, no radica en que el coautor realice un acto ejecutivo, sino que su actividad se efectivice cuando el delito ha entrado ya en fase de ejecución.

Roxin, referente ineludible en el estudio de la autoría y participación criminal, examina la coautoría sobre la piedra angular del dominio funcional del hecho, condominio o dominio conjunto del mismo, explayándose en lo que a su juicio constituyen los elementos primordiales.

En primer lugar, ha de satisfacerse el nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, constituido por la “resolución común al hecho” evidenciada por el acuerdo de voluntades en la presentación del plan global.

A la luz de lo que inmediatamente antecede la complementación inevitable en la edificación conceptual de la coautoría que formula Roxin, se establece en la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva⁵.

Por último y sin perjuicio de estar adelantando en parte uno de los contenidos de este trabajo, parece conveniente revelar los requisitos que muestra Jakobs, en la construcción del concepto de coautoría, los que, si bien es cierto originalmente, en líneas generales se correspondían con los expuestos por Roxin, no participan actualmente de su marco conceptual, para concluir aplicando un concepto radicalmente normativista.

Esta implicancia es sin duda la de un jurista polémico, cuyo objetivo final no es otro que el de reformular el discurso, dogmático sobre la base de un esquema extraído de la sociología, que resulta original en muchos aspectos y también es objeto de discusión científica a nivel internacional, con un fuerte correlato en América Latina.

determinar el alcance de la autoría mediata. La teoría del dominio del hecho, tal como la aplica, por ejemplo, el Tribunal Supremo, está sirviendo para justificar cualquier solución obtenida intuitivamente, es decir: irracionalmente y, desde el punto de vista de la seguridad jurídica no creo que suponga ningún avance, ni siquiera frente a la tradicional del acuerdo previo”. Un análisis similar en *Autor y cómplice en derecho penal*, Bs. As., B. de F., 2006.

⁴ Roxin, Claus, *Täterschaft un Tatherrschaft*, 4ª ed., 1984, p. 280 (en adelante citado como *Täterschaft*) citado por Carlos Chinchilla Sandí en “Autor y coautor en derecho penal”, *Jurídica Continental*. La primera edición de la monumental obra de Roxin data de 1963, la última fue impresa en el año 2000 con el título *Autoría y dominio del hecho*, con traducción al español.

⁵ Roxin, *Täterschaft*.

Esta pretensión de verdad y corrección que procura imprimir el discípulo de Welzel, a la teoría del dominio del hecho a pesar de no constituir *communis opinio*, no deja de ser interesante.

En efecto en los términos planteados por el profesor emérito de la Universidad de Bonn, el dominio del hecho, se define a través de actos de organización que fundamentan plena responsabilidad, claramente esto traza el hecho de que la coautoría se debe analizar desde la óptica de la igualdad de las demás aportaciones mediante lo que él llama “la configuración del hecho”, quedando entonces plasmada una relación de inmediatez entre el aporte que realiza el codelincuente y la configuración del delito. De aquí que la coautoría necesita imprescindiblemente de la división del trabajo vinculante.

Necesariamente el elemento original y relevante de las ideas de Jakobs, está directamente relacionado con el dominio por configuración del hecho, en este bosquejo concurre coautoría cuando “según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo”⁶.

En todo caso, lo que se propone como se dijo, es un cambio de orientación de la dogmática jurídico penal, que obviamente no puede dejar de lado una reelaboración de la teoría de la autoría.

La propuesta de Jakobs es observada detenidamente por Schünemann, un vehemente crítico de Jakobs, quien respecto de la tesis de aquel escribe⁷: “Pese a rechazar tanto la concepción unitaria de autor como el concepto extensivo de autor caracterizó a la acción ejecutiva como el ilícito de cada uno de los intervinientes, también de aquel que no ejecuta la acción por sí mismo. De este modo, el denominado comportamiento precedente de un interviniente conformaría aquella cuestión común que permitiría imputar la acción ejecutiva típica a todos conjuntamente. De todos modos, Jakobs caracterizó en aquel entonces como mero partícipe a quien no puede ser autor por ofrecer su aporte de organización sólo una débil contribución al delito pues le faltaría el dominio del hecho. Sin embargo, de esta adhesión a la teoría del dominio del hecho se retractó Jakobs, aplicando radicalmente su concepto normativista, adjudicándole al concepto de dominio del hecho una ‘forma amorfa’. En su opinión sólo podría usarse este concepto para presentar (y, por tanto ¡no para deducir!) la problemática y su solución, debiendo además indicarse esto abiertamente. En su lugar ahora ofrece el concepto de la ‘división del trabajo vinculante’. Así el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vinculare (al interviniente) con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a ésta. Bajo esta perspectiva, el mundo exterior (y con esto se refiere Jakobs a la base antológica del dominio del hecho) tendría alguna significación no como tal, sino sólo como comunicado a través de la estructura normativa de la sociedad. Por eso la distinción entre autoría y participación debería en su opinión ser desplazada al nivel comunicativo-simbólico del significado. Quien

⁶ Jakobs, Günter, *Derecho penal. Parte general*, tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, p. 730 y siguientes.

⁷ *Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI*, p. 256 y 257.

ejecuta recibiría no sólo una contribución a través del aporte del otro interviniente, sino una aportación con tendencia delictiva y, por tanto, la competencia del interviniente se extendería también a la realización del tipo penal del destinatario. Para arribar a este resultado, Jakobs parte del significado social de la aportación, es decir, que el interviniente debería ajustar su aporte de modo que conservara el sentido de posibilitar la ejecución, o bien el aporte debería tener desde un principio ese sentido, o sea, ser especialmente referido al delito. Entonces como cada interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho, la diferenciación entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Según esta concepción, no habría una diferenciación objetiva entre coautor y cómplice y, especialmente tampoco una restricción de la autoría al estadio de ejecución”.

En virtud de ello, se encuentra libre el camino a través del cual, Jakobs llega a sostener, que la configuración del hecho puede originarse en etapas anteriores a la ejecución, propiamente, esto es pasar por la misma acción preparatoria en tanto cumpla con el requisito de contar con la medida de igualdad de las demás aportaciones así como lograr la configuración de la ejecución que realiza el tipo.

Jakobs afirma “no cabe negar que una aportación, cuanto más se aproxime a la acción ejecutiva, más poder configurador puede ganar, pues las aportaciones ya prestadas están presentes *fait accompli* y una participación de la misma medida en la configuración de lo restante es posible ya mediante aportaciones insignificantes. Sin embargo, la aportación no deja de ser débil en cuanto a su poder configurador, si lo específico de su eficacia no reside justamente en realizarse en un instrumento tardío”⁸.

⁸ Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, p. 752. Para ampliar recomiendo la lectura de la conferencia de Jakobs, *El ocaso del dominio del hecho*, Rubinzal-Culzoni. Allí el profesor de Bonn, expone respecto de la falta de relevancia de la teoría del dominio del hecho en la coautoría, en lo que corresponde aquí destacar, puesto de que de lo que se trata en definitiva según su concepción es de aplicar un criterio puramente normativo de autoría, ya que en la interpretación del hecho no cuenta la participación; con lo que debería incluso eliminarse la llamada decisión común al hecho como uno de los elementos fundacionales de la coautoría, en tanto que la coautoría podría ser impuesta normativamente por el orden jurídico, por lo cual el expediente que recurre al acuerdo entre los intervinientes sale sobrando. Resulta más que evidente que con el argumento señalado incardinado con otros en la misma dirección el catedrático emérito de Bonn considera el dominio del hecho objeto de crítica por tratarse de una teoría finalista. Respecto de lo antes señalado dice Jakobs: “La cuestión del dominio del hecho... no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y con ello, la ejecución misma, o en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente sea pequeño–, un jirón del todo en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma –y de lo contrario no existe codelinencia sino sólo una tentativa de ésta–. Desde esta perspectiva la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codeinencia claramente diferenciados, sino por el contrario –y especialmente de autoría y complicidad– sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta– en función de cantidades de intervención, y, con ello de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quien más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Dominio del hecho tienen los dos, como acaba de decirse uno mucho y otro poco”.

Surge pues notoriamente de la tesis de Jakobs, lo innecesario que resulta que el aporte se realice obligatoriamente en la fase ejecutiva⁹.

Es útil, sin embargo a este propósito, prevenir al lector que las herramientas más importantes que utiliza Jakobs, en la construcción del concepto de coautoría, no autorizan a considerar que el docto de Bonn, desconozca a la fase ejecutiva como el momento de plena configuración del hecho, a contrario, interpreta lato sensu, que se puede tomar como coautoría, toda intervención o colaboración realizada en la faz preparatoria en tanto que las mismas logren la incidencia suficiente en la configuración de la ejecución del hecho, de este modo se ubica más allá de la doctrina del dominio del hecho compilando una serie de soluciones (por cierto objeto de un profundo debate doctrinario) a acciones que quedaban apresadas en actos de participación o para cuya solución se debía recurrir a figuras de autoría, como el caso de la autoría mediata desde la óptica de la responsabilidad penal dentro de los aparatos organizados de poder; en este sentido el llamado dominio por configuración logra, según la concepción de Jakobs, acceder a este tipo de colaboración y tenerla como coautoría.

Conforme lo visto hasta aquí, me parece útil e ilustrativo señalar que el mayor riesgo que conlleva el normativismo radical en su concepción de la coautoría, proviene del hecho de que los aportes con sentido delictivo resultarían todos objetivamente equivalentes y deberían diferenciarse solamente en la medida de la pena, lo que nos lleva indefectiblemente a la ausencia de distinción entre formas de autoría y participación del delito doloso, en el ilícito típico, comprometiendo así estructuras teórico-valorativas de suma profundidad e importancia.

Efectivamente para el normativismo radical, la diferencia entre autoría y participación se desplaza a un nivel de análisis conformado por los diferentes grados de determinación de la pena. Lo que lleva indefectiblemente a la ausencia de distinción entre formas de autoría y participación stricto sensu.

En esta línea de pensamiento el profesor Jakobs retoma un modelo unitario de autor que comprobadamente había rebatido. Modelo que por otra parte ha sido sistemáticamente impugnado por la doctrina jurídico penal en general (particularmente la doctrina alemana) por ser incompatible con los principios generales del derecho penal, al vaciar de contenido el concepto de autoría y concentrar a todos los partícipes del injusto penal dentro de un modelo unitario de participación, que no parece ser el más apropiado dogmáticamente.

Por último, quiero decir que estas consideraciones alcanzan tanto al modelo unitario funcional, propio del Código Penal austriaco (§ 12, OStGB), como al concepto unitario formal, adoptado por la legislación penal italiana (Código Penal de 1930).

Respecto de esta última cuestión quiero destacar que la decisión del legislador italiano de 1930, resultó duramente criticada por los colegas transalpinos.

Procede pues determinar aquí a grandes rasgos el objetivo de la propuesta. Conforme observaciones realizadas, el estudio y análisis del capítulo de la autoría y participación criminal, ha ocupado a la dogmática de la teoría del delito de la última centuria, no obstante, es de destacar que el debate en cuanto a sus fundamentos y límites se ha acentuado formidablemente en las últimas décadas.

⁹ En contra Roxin, y buena parte de la doctrina científica.

En gran medida esta cuestión a que refiero procede del expansionismo penal y la articulación de nuevos tipos penales creados por el legislador, con el fin de cubrir las necesidades de una sociedad que demanda cada vez mayor seguridad, para lo cual el parlamentario no ha encontrado mejor recurso que recurrir a un derecho penal simbólico, a fin de quedar bien posicionado políticamente frente una sociedad que lo tolera, quizá sin prestar demasiada atención a la posibilidad concreta de caer en un derecho penal de excepción y consiguientemente fuera del marco regulador del Estado constitucional de derecho.

A partir de un panorama sombrío, poco alentador y lleno de incógnitas, se pone de relieve la necesidad de instalar una dogmática jurídico penal como producto científico, no neutro, sino en su dimensión crítico-valorativa, conforme la exigencia de los nuevos tiempos, cuyo objetivo final consistirá indudablemente en dar sustento, fundamento, contenido y seguridad jurídica, en la aplicación de un orden jurídico comprometido con los derechos fundamentales propios del Estado social y democrático de derecho.

Quiere decir entonces que la dogmática jurídico penal y la labor político criminal cumplen un rol fundamental en materia de imputación al autor, y el establecimiento de límites al ejercicio del poder punitivo, en el marco regulatorio del Estado de derecho, llevándolo a límites racionales y rodeando su actuación de garantías formales y materiales.

Esto es puesto de manifiesto por el profesor y catedrático de Pompeu Fabra, Jesús María Silva Sánchez, cuando se refiere: “a la contraposición entre una política criminal ilustrada –científica– y la política criminal real, estando la primera comprometida con los derechos humanos y los estándares del Estado de derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las condiciones reales de aplicación del derecho penal y sus consecuencias. Sería científica –dice Silva Sánchez– en toda la extensión de la palabra. La segunda en cambio se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*). Sería sin más acientífica”.

Más que convincente resulta la explicación de Silva Sánchez, y no ofrece duda de que esta especie de mandato de combatir con eficacia el delito, debe estar sujeto a limitaciones y garantías de la constitución, la ley e incluso disposiciones supranacionales de derechos humanos que indudablemente lo proyectan a una dimensión supranacional en la búsqueda permanente de la humanización del derecho y del sistema penal.

Ahora bien, cuando el derecho penal en su saber científico, buscó respuesta al interrogante de quien debe responder como autor individual, coautor por intervención de varios agentes, autoría mediata o participación sensu estricto (cómplice o inductor) la dogmática jurídico penal desempeñó históricamente un rol fundamental en la sistematización conceptual de aquellos que intervienen en el delito.

Así, Hans Welzel, propone como criterio válido de imputación, el dominio del hecho, teoría que fue fundada por el ilustre penalista y que indudablemente tuvo un número importante de connotaciones y ha sido presentada en diferentes orientaciones (por poner un ejemplo, la referencia a los diferentes grados de dominio del hecho dentro de la autoría, forma parte del discurso argumentativo de Schünemann, en este tema) por otros penalistas, como una teoría superadora de las clásicamente conocidas como teorías subjetivas de la autoría, también de la denominada teoría material

objetiva, e incluso de la teoría formal objetiva ésta última aparece sin vueltas ni disimulo como más elaborada que las subjetivas u objetivo material, empero no permite solucionar, según entiendo, las dificultades que son vistas como obstáculos para delimitar autoría de participación criminal, además de presentar notables dificultades a la hora de conceptualizar la autoría mediata.

La teoría del dominio del hecho en versión Roxin, combina elementos tanto ontológicos como normativos. Consecuencia de esta afirmación como enseña Bacigalupo, se sintetiza, en que el hecho principal debe necesariamente ser doloso con la correspondiente acepción de la accesoriedad dolosa defendida por el finalismo, en tanto Welzel repara en un criterio que distingue entre un dolo separado de la conciencia de la antijuridicidad. De esta manera, Enrique Bacigalupo señala con gran acierto que los no finalistas aceptan puntos estructurales de la dogmática welzeliana.

Entonces marcó todo un problema dogmático-jurídico que no puedo más que rotular dado los límites del presente ensayo.

Por lo demás, conforme será constatado la teoría del dominio del hecho, contribuirá a la uniformidad de un debate que no ha concluido en la actualidad, esto pone de relieve que conviene continuar discutiendo cual resulta el método más preciso a fin de determinar autoría y participación criminal, advirtiendo que sobre la base de criterios de coherencia interna el referido debate debe a mi juicio reconducir necesariamente al modelo del dominio del hecho, que precisamente en la coautoría se traduce como codominio de parte de los intervinientes, en otras palabras la coautoría supone autoría de sujetos, ninguno de los cuales deviene por sí sólo en autor del hecho concreto.

En otro orden de cosas, debe reconocerse al finalismo o la teoría final de la acción, el mérito de haber explicado en detalle el carácter accesorio de la participación en hechos dolosos, tomando el modelo de la accesoriedad limitada, de la clasificación formulada por Mayer, aceptada prácticamente por toda la doctrina científica. Es la tesis basada doctrinalmente en Welzel, en la que la relación entre autoría y participación se corresponde con una estructura lógico-objetiva, que contiene la necesaria reflexión de referir a la participación *sensu stricto* a un hecho principal doloso inmersa en el principio de accesoriedad limitada al que se ha hecho alusión. Dicho de otra forma, la única participación posible para la teoría de la acción final, es la referida a la autoría dolosa.

Por cierto, no olvido el tratamiento que hace de esta cuestión el profesor Günter Jakobs, para quien la problemática de la autoría y participación, se desplaza conforme quedó expuesto al nivel de medición de la pena cuyas consecuencias ya han sido brevemente indicadas.

Asimismo, se analizará con particular atención, la autoría y coautoría en los delitos de infracción de deber, aquí como se verá, la autoría se consolida en tanto se incumpla un deber especial extrapenal, que se refiere a sujetos que presentan una relación especial respecto del bien jurídico y su necesidad de protección y en los que no se debe a mi entender desacreditar la posibilidad de que exista coautoría, en tanto se trate de la infracción conjunta de un deber conjunto (Roxin).

Estas y otras cuestiones referidas a la coautoría, constituyen la problemática central a explicitar y desarrollar en este ensayo en el que indudablemente la enorme

figura de Claus Roxin, resulta una referencia permanente en función del alto grado de consenso que han alcanzado sus premisas metodológicas.

En todo caso y para concluir el epígrafe quisiera subrayar y poner particular atención a la frase de Welzel: La doctrina del autor no es sólo epílogo, sino también el campo de prueba de la estructura del delito sistemático.

2. Aplicación de la teoría del dominio del hecho a la co-autoría

a) Me parece atinado ante todo recordar algunos de los puntos centrales sobre los cuales Roxin trabaja la teoría del dominio del hecho (hablar de dominio del hecho, no es más que referenciar a aquel autor que domina el hecho que tiene bajo su control de determinación, la realización y la forma de producción del delito, así resulta ser el director del accionar del injusto, como contrapeso el partícipe carece de tal dominio).

En efecto el profesor emérito de la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich, sobre la base de un hilo conductor que se ajusta a una noción que modela el carácter y comprensión de su tesis distingue tres formas de dominio del hecho a saber: dominio del hecho como dominio de la acción, dominio del hecho por dominio de la voluntad y dominio del hecho funcional¹⁰, delineado éste último para el estudio y análisis de la figura de la coautoría. Ahora bien, este paradigma teórico logra responder, o al menos ayuda a resolver las complicaciones en la distinción entre autor y cómplice, exponiendo un panorama más preciso en la presentación conceptual de otras formas de coautoría, remediando en alguna medida los problemas que presenta la teoría objetivo formal, frente a los casos del “organizador” del plan delictivo –jefe de la banda– en este contexto concluye que el cabecilla de la banda criminal podría ser considerado un autor mediato, siempre que se encuentren presentes los requisitos exigidos en el dominio de la organización criminal. La crítica del Supremo Español respecto de las soluciones que aporta la teoría formal-objetiva tanto a la coautoría, como a la autoría mediata, se han puesto en evidencia en la sentencia del 15/4/88 (A2781) que muestra notoriamente la necesidad de recurrir a la teoría del dominio del hecho. Dicha sentencia expone entonces la urgencia de valerse de la teoría del dominio del hecho al establecer “no resulta discutible que quien ha realizado una parte de la acción ejecutiva del delito y ya ha decidido la realización del hecho en igualdad de condiciones con los demás partícipes, ha obrado con el dominio funcional del hecho”. Se reafirma un rechazo hacia la postura formal-objetiva de la autoría cuando establece: “En efecto, un criterio formal-objetivo para la delimitación de la autoría resulta irreconciliable con los presupuestos valorativos de la ley y los fines políticos-criminales del legislador, dado que ni la autoría mediata ni la coautoría se pueden explicar satisfactoriamente con tal punto de vista, a pesar de ser sucesos cuyo sentido jurídico no difiere esencialmente de la autoría”. Esto permite afirmar que “tomar parte directa en la ejecución del hecho” no significa exclusivamente realizar una parte de la acción típica o un aspecto de la misma, sino también llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el concepto de comisión del delito.

¹⁰ Cfr. Roxin, *Täterschaft*, p. 127 y ss., p. 142 y ss., p. 275 y siguientes citado por Kai Ambos, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, tr. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia.

Lo anterior significa que la sentencia del Tribunal Supremo Español, que ha sido resumida, expone rotundamente la posibilidad de ser autor, coautor, a partir de tener el dominio del hecho o dicho de otra forma ser titular del dominio del hecho, sin necesidad de realizar un elemento del tipo, al menos dentro de la concepción del injusto personal de Welzel.

En la valoración de este modelo, me limito a exponer, en cuanto resulta lo que me interesa destacar, los argumentos delineados por Roxin, que se corresponden al dominio funcional del hecho, él mismo se verifica en aquellos supuestos en los cuales concurre la actuación plural de varios sujetos en la comisión del hecho delictivo. Así, concurre dominio funcional del hecho por el cual todos los intervinientes responden a título de coautores, en tanto exista un acuerdo (previo o simultáneo expreso o tácito) de éstos para llevar adelante la obra delictiva y la división de funciones o tareas durante la fase ejecutiva.

b) Desde el aspecto señalado, es claro que para Roxin¹¹, la coautoría se concibe como la realización conjunta del hecho, lo que dirige la idea central de dominio conjunto o co-dominio del mismo.

A partir de la consideración indicada, Roxin enseña que la coautoría debe necesariamente contar con elementos esenciales cuyos aspectos sobresalientes encuadrarán en: el cumplimiento del nexo subjetivo, evidenciado entre los coautores, constituido por la resolución común de realizar el hecho, representada por el acuerdo de voluntades en la realización del plan común, además otros dos componentes dirigidos a las características objetivas de la realización del hecho en común, registrados como la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva.

Dicho de una manera gráfica, el catedrático de Múnich, al referirse a coautoría la inviste como autoría funcional, en la que los intervinientes correalizan la ejecución en distintas funciones o roles, de manera tal que cada una de las contribuciones al hecho complementa la totalidad de la realización del tipo penal.

La difusión del discurso de Roxin fue alcanzado por un interesante trabajo del jurista y magistrado costarricense Chinchilla Sandí¹², quien recuerda: “Roxin ha acuñado la expresión ‘dominio funcional del hecho’, que contrasta con ejemplos que demuestran la dirección de sus palabras”. En efecto: “Si partimos de ejemplos en los que, en la medida de lo posible, el punto de vista rector para nosotros de la ‘figura central’ el proceso de actuación se pueda aplicar a un interviniente que no posee el dominio de la acción o de la voluntad, o sea, si pensamos por ejemplo en el ladrón de banco con la pistola, o en el interviniente que sujeta a la víctima en un asesinato, las cosas son así: el interviniente no puede llevar a cabo nada por sí sólo; la intimidación de los empleados bancarios y la sujeción de la víctima no producen el resultado; sólo si el compinche colabora, funciona el plan”. Pero el otro por sí sólo está también desamparado; si los empleados bancarios no son reducidos, será capturado; y si nadie inmoviliza a la víctima, ésta se defenderá o huirá. Para ambos por tanto la situa-

¹¹ Roxin, *Täterschaft*, p. 277 y siguientes.

¹² Chinchilla Sandí, Carlos, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, Jurídica Continental, p. 210. Con respecto al tratamiento de la cuestión ver Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, t. II, § 27, p. 308 y siguientes.

ción es la misma: sólo pueden realizar su plan en tanto y en cuanto actúen conjuntamente; pero cada individuo puede retirando su aportación al hecho desbaratar el plan global. Esta forma de “posición clave” de cada interviniente describe exactamente la estructura del co-dominio, tal como se presenta en su significado preexistente. Cuando dos personas rigen conjuntamente un país, es decir son co-dominantes en el sentido literal de la palabra, ello suele traducirse en que uno está ligado, en las medidas que toma a la colaboración del otro. La otra cara de este proceso consiste forzosamente en que cada individuo, cuando se niega a intervenir, hace fracasar la acción.

Pues bien, agrega el mismo Roxin¹³ perfilando aún más su concepto, que la idea central de la coautoría reside en cuanto se la entienda como “dominio conjunto del hecho”, donde “si se tiene a la vista este postulado se comprende sin más por qué cada coautor posee algo más que el dominio de su porción del hecho y sin embargo dirige el acontecimiento sólo junto con los otros”¹⁴.

Las observaciones realizadas por Roxin, confieren un considerable avance al debate evolutivo sobre la teoría de la autoría.

En tal sentido lo significativo no es la motivación, sino el aporte objetivo que ha correspondido al agente en la ejecución del hecho, por lo que si tuvo un rol dominante en la realización del hecho global será autor aun en el supuesto que haya obrado en interés o por instigación de otro, sí, a contrario no surge de los hechos investigados evidencia alguna de esa posición dominante en la comisión del hecho, sólo será partícipe.

Adicionalmente, expresa Roxin “quien sólo ha colaborado en la realización del hecho en la etapa de preparación, al contrario de lo postulado por la teoría subjetiva, sólo sufrirá la pena correspondiente al cómplice.

Por otra parte, los representantes de la teoría del dominio del hecho están de acuerdo en que la realización voluntaria y de propia mano de los elementos que componen un hecho punible, sin consideración a su actitud interior determinará en todo caso el dominio del hecho y la calidad de autor”¹⁵.

Se entiende entonces la necesidad de continuar desarrollando el enfoque de Roxin, respecto de lo que considero la cuestión substancial, objeto de debate, en el tratamiento de la coautoría, cuya respuesta no quedará aquí suspendida ni aplazada; concretamente: ¿los actos preparatorios pueden procurar en principio dominio del hecho y así fundamentar la coautoría criminal?, el entresijo tiene respuesta positiva para la jurisprudencia alemana que incluso considera suficiente en algunos supuestos actos preparatorios mínimos y distantes. Tal observación resulta ser objetada vehementemente y con razón por Roxin.

¹³ Roxin, *Täterschaft*, p. 278 y siguientes.

¹⁴ Roxin, *Täterschaft*, p. 280.

¹⁵ Roxin, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Homenaje a Jiménez de Asúa*, Bs. As., Pannedille, 1970, p. 56.

También afirma Roxin¹⁶, “representantes de la teoría del dominio del hecho como Stratenwerth¹⁷ y Jakobs¹⁸, pretenden que sea suficiente para la coautoría los actos preparatorios cuando estos dan forma a la ejecución.

Por el contrario, una concepción más estricta, que yo también defiendo, dice Roxin, exige para la coautoría una cooperación esencial en la etapa de ejecución. Pues aparte de los casos de la autoría mediata (que aquí no están en discusión) es imposible que se pueda dominar un acontecimiento de ejecución cuando uno no está presente. También es un contrasentido que, a través del desvío de la coautoría, se eleve a la categoría de autoría el influjo de un hombre de atrás cuando no es suficiente para una autoría mediata. Pese a ello la concepción que yo defiendo constituye por lo menos una opinión minoritaria –aunque se está abriendo paso–”.

Insisto con esto, debe ser recordado que, conforme enseña Roxin, coautor es “todo interviniente cuyo aporte en la etapa de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento la empresa total existe o fracasa”¹⁹, por lo que deja afuera aquellas aportaciones que, aunque esenciales hayan sido prestadas únicamente en la fase preparatoria del hecho y no se han actualizado en la ejecución.

Siguiendo este razonamiento, me interesa destacar, en conocimiento de las formas de delincuencia alcanzadas en la modernidad tardía, que el denominado “jefe de la banda” de acuerdo a la posición mostrada por Roxin, sólo, cuando participa en la ejecución de hecho es coautor. De aquí que, la sola condición de ser jefe de la banda no le otorga en principio calidad de autor, coautor, sino que necesita del plus, que resulte de colaborar en la ejecución o de mantener el dominio de la voluntad sobre la organización criminal. Por lo que, en tanto límite su actividad a la fase preparatoria, por ejemplo, organiza y planea la actividad delictiva no deja de ser un simple cómplice. Con el fin de superar algunas contradicciones que impiden obtener una respuesta satisfactoria en la demarcación entre coautoría y complicidad, señala Roxin²⁰: (la línea seguida por el BGH) respecto de la delimitación entre coautoría y

¹⁶ Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, tr. Manuel A. Abanto Vásquez, Ara editores, 2004.

¹⁷ Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1981, p. 824.

¹⁸ Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 217.

¹⁹ Roxin, *Täterschaft*, p. 280. *Autoría y dominio del hecho*, p. 323 y ss. Afirma Roxin “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 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 otro”. En definitiva, Roxin niega el carácter de autor a aquel interviniente que, aunque realizado un aporte esencial, lo concreta en etapa de preparación en tanto aquí no cabe ninguna posibilidad de tener el dominio del hecho. La posición de Roxin ha sido en este punto objeto de fuertes críticas de parte varios autores entre ellos Jakobs.

²⁰ Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*. Tribunal Supremo Federal es agregado al texto por lo que no se corresponde con el original. “La teoría normativa de la combinación se ubica en el medio entre la teoría subjetiva original y la teoría del dominio del hecho. Ella ha conservado de la teoría subjetiva el término de la voluntad del autor y el interés propio como punto de vista delimitador esencial y, al mencionar de manera especial la voluntad de realizar el hecho, deja también aflorar todavía la teoría del dolus. Pero incluye al mismo nivel el dominio del hecho como criterio de juicio, y también los elementos mencionados adicionalmente de la magnitud de la participación en el hecho” y

complicidad, el BGH Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) sigue mucho menos la doctrina del dominio del hecho que en la autoría mediata.

La jurisprudencia trabaja aquí con una teoría que yo denomino “teoría normativa de la combinación”. Según ella, para diferenciar entre autoría y participación se precisa una contemplación valorativa evidenciada en cuatro puntos de apoyo: el grado de interés en el resultado, la extensión de la participación en el hecho, el dominio del hecho o por lo menos la voluntad de dominio del hecho. Esto suena a un peso mayor del dominio del hecho o de criterios similares a él. Pero la práctica muestra que la jurisprudencia reciente contempla frecuentemente como coautores a participantes del hecho, sin ningún dominio del hecho, solamente debido al propio interés que estos tienen en el hecho.

La derivación de este estado de cosas, lleva a considerar que las simples contribuciones preparatorias de bagatela frecuentemente lleven a condenar por coautoría²¹.

de la voluntad hacia el dominio del hecho sólo pueden ser interpretados como indicadores del propio dominio del hecho. “La teoría normativa de la combinación” tal como se describe actualmente a la teoría subjetiva, ya no está expuesta a las objeciones fundamentales contra la teoría subjetiva en su configuración original. Pues ella se orienta en criterios valorativos de carácter preponderantemente objetivo, y también sus “puntos de apoyo” internos y psíquicos (voluntad de dominio del hecho, intereses), según el entendimiento moderno pueden ser ubicados sin más en el tipo subjetivo y protegidos así de la confusión con los factores de culpabilidad y de medición de la pena. No obstante, su debilidad decisiva radica en que no menciona concluyentemente los criterios de valoración, según los cuales debe ser determinada la autoría, ni se establece su jerarquía, ni siquiera se les somete a un principio rector. Queda sin aclarar por qué precisamente estos elementos son tan esenciales y cuál es la importancia que se les debe dar. Con ello surge una considerable inseguridad en la delimitación, la cual resalta claramente cuando alguien actúa con un fuerte interés propio, pero sin dominio del hecho, o con dominio del hecho, pero sin un especial interés propio. Permanece sin responder el que el juez en tal caso le dé preferencia a uno o a otro punto de vista, de modo que también según la teoría normativa de la combinación pueden fundamentarse resultados opuestos con el mismo, y por tanto reducido nivel de plausibilidad, asimismo dice Roxin aludiendo al Código Penal alemán (StGB) “que el criterio del interés como ‘punto de apoyo esencial’, es totalmente inidóneo para delimitar la autoría de la participación. En primer lugar, contradice el tenor de la ley, el cual se centra en ‘cometer el hecho’ (por sí mismo, a través de otro, junto con otros) (art. 25, C.P.); no se ve cómo deba determinarse este elemento objetivo según el interés subjetivo. Además, también carece de una idoneidad delimitadora pues en el caso normal uno sólo toma parte de un delito (sea como inductor o como cómplice) cuando tiene interés en él. Pero lo que por regla general es válido para todos los participantes, no sirve para diferenciarlos y tiene que conducir a una considerable sobre extensión de la autoría” (Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, p. 356 y ss., Rodhas, 1984) también digo en referencia a la inducción y complicidad que el legislador alemán ha definido a la primera en el § 26 como quien ha determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico. En lugar la complicidad es definida por el legislador alemán en el § 27 como prestación dolosa de ayuda a un hecho típico, antijurídico y doloso.

²¹ Un caso especialmente burdo es proporcionado por la sentencia BGHSt 37, 289; dos delincuentes buscados por la policía se habían puesto de acuerdo para, llegado el caso, abrirse paso a balazos durante la fuga. Cuando fueron rodeados por la policía A abatió a dos de ellos e intentó matar a otros dos mientras que B arrojó la pistola y alzó las manos. Pese a ello B fue condenado en los cuatro casos como coautor solamente debido a su participación en el acuerdo previo y el apoyo psíquico que brindaba con ello. La sentencia ha sido rechazada unánimemente por la literatura especializada, pero muestra que es prematuro que se diga a veces que la discusión teórica entre la jurisprudencia y la ciencia habría sido aclarada en el sentido de la teoría del dominio del hecho. Esto no es cierto hasta ahora por lo menos en cuanto a la delimitación entre coautoría y complicidad (Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*).

Del amplio horizonte de soluciones posibles, ésta última aparece francamente como absurda e irracional, en tanto consideremos que el derecho es un esfuerzo institucional puesto al servicio de la realización de la justicia material²².

3. Concepto y estructura de la coautoría en general y de la coautoría funcional en particular

a) Conforme las ideas centrales sobre las cuales se estructura la coautoría funcional, puede inferirse que la actuación conjunta de varias personas en la realización de un delito, en el que colaboran consiente y voluntariamente perpetrando una acción de ejecución técnicamente considerada, sobre la base de un plan común, relacionado con el hecho, se debe considerar coautoría²³.

Tampoco puedo negar desde el ámbito de una valoración personal, que coincide con la formulación de un importante y calificado sector doctrinario, la afirmación del penalista argentino, Edgardo Donna, cuando, conjuntamente con lo apuntado y continuando la línea argumental de Welzel, escribe “Pero también es coautor quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobársele en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito. Esto vale sobre todo para el ‘jefe de la banda criminal’ que planea el hecho, distribuye los ejecutores y dirige las obras, con lo cual será coautor, aunque personalmente no realice actos ejecutivos”²⁴.

b) Una vez dibujado este elemental panorama un examen más detenido de la cuestión tratada, me lleva a reafirmar acorde la importancia de ésta última consideración, que la tesis fundamental en la coautoría, radica en que el dominio del hecho lo tienen varias personas, de manera tal que las distintas contribuciones deben ser consideradas como un todo, y el resultado total debe necesariamente ser imputado a cada coautor.

c) Por otra parte, no está de más afirmar conjuntamente con la doctrina mayoritaria, que la autoría debe ser trabajada dentro del concepto restrictivo de autor, noción que permite un tratamiento idóneo no sólo de la teoría del dominio del hecho, sino también de la teoría objetivo formal.

d) Hay que observar en forma complementaria, que este concepto –me refiero al dominio funcional del hecho en la versión pura de Roxin, si se me permite la expresión– a pesar del avance científico que representa, no logra convencer en la solución de supuestos altamente problemáticos de la coautoría que permanecen hoy en

²² Vigo, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho*, Bs. As., La Ley.

²³ Ver Donna, Edgardo A., *Autoría y participación criminal*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 44. En esta línea de pensamiento Welsel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica Chile, p. 133.

²⁴ Donna, *Autoría y participación criminal*, p. 44. También Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 129 “la coautoría es autoría; su particularidad reside en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito”.

el centro de la discusión científica, ejemplo, el paradigmático caso aludido del jefe de la banda criminal, que realiza actos de organización planificación y dirección del hecho, sin estar presente en la ejecución del suceso, del cual se formularon aquí algunas efímeras referencias. En tal sentido la presentación dogmática de Roxin no hace más que ensombrecer un panorama que por cierto se presenta un tanto sombrío y han favorecido en alguna medida las duras críticas que se han dirigido contra el dominio funcional del hecho, que defiende Roxin, cómo es el caso de Gimbernat Ordeig²⁵, en España y Jakobs²⁶, en Alemania.

f) Al hacer referencia a las características y requisitos esenciales que debe tener la coautoría dentro de los lineamientos de la teoría del dominio del hecho se toma como referencia el marco general brindado por Roxin, en el desarrollo y análisis del instituto, además se mostrarán las posibles modificaciones de la conceptualización tradicional defendida por Roxin, formuladas por la doctrina científica.

Acorde lo expuesto, surge como se ha dicho, de las determinaciones fundamentales arriesgadas por Roxin, que coautor, es todo interviniente cuya aportación en el

²⁵ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Bs. As., B. de F., 2006, p. 102 y ss. y 113 y ss. Es indudable la influencia alcanzada por Gimbernat, no sólo en la dogmática española sino también en muchos de los seguidores de su tesis. Lo anima al insigne maestro la convicción de que si bien la teoría formal-objetiva, no da solución a todos los problemas de autoría y participación, resulta ella la más adecuada a pesar de sus defectos, pero advierte respecto a la confusión de los seguidores de esta tesis al pretender determinar al autor-coautor sobre la premisa que marca la realización de todos, o sólo alguno de los elementos del tipo penal. En efecto para Gimbernat, en la teoría objetiva-formal, autor no es solamente quien realiza todo el tipo, tampoco lo es quien realiza un elemento, su concepción respecto al concepto de autoría es mucho más amplia de lo reseñado, así coautor, en sentido objetivo-formal es quien realiza un acto ejecutivo –y no tan sólo que su actividad tenga lugar cuando el hecho ha entrado en etapa de ejecución, tal la exigencia de Roxin–. Según el catedrático español, la realización de los actos ejecutivos resulta un método que no puede circunscribirse a un ámbito puramente formal, sino por el contrario va más allá, y en la mayoría de las veces contiene un fundamento material para distinguir entre lo que resulta punible y lo impune, y entre autor o co-autor y partícipe. Más adelante dice Gimbernat, en alusión a la tesis de Roxin, por la cual quien sólo realiza actos preparatorios no puede ser coautor, que Roxin apoya su tesis en dos argumentos, ninguno de los cuales convence plenamente (p. 125 y 126).

²⁶ Montealegre Lynett, Eduardo - Perdomo Torres, Jorge F., *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 64. En este trabajo se expresa que la delimitación entre autoría y participación no depende de la realización de actos ejecutivos, ya que con apoyo del concepto normativo se puede ser autor, aunque el aporte se configure en la fase preparatoria y cómplice, aunque la contribución se preste durante los actos de ejecución. Desde la perspectiva normativista, la calidad de coautor no depende de que el aporte se brinde en la etapa de ejecución, puede haber intervención en calidad de autoría o coautoría siempre que en la etapa preparatoria se realicen contribuciones importantes para la configuración del hecho, aunque éstas no se actualicen durante la ejecución. En esta línea de pensamiento, la accesoriedad de la participación no depende de la realización de un hecho principal doloso y se admite toda forma de participación imprudente en un delito doloso, por lo que la accesoriedad gira en relación al alcance de la posición de garante, más exactamente a la posibilidad de imputación conjunta del hecho y de la prohibición de regreso. La accesoriedad de la participación resulta un problema de la imputación objetiva. Esta conclusión incardina el pensamiento de Jakobs y su concepción monista de la imputación, en efecto conforme su tesis la frontera entre acción y omisión se difumina en la dogmática penal contemporánea, de la misma manera no se presenta diferencia alguna entre delito doloso y delito imprudente o culposo, adquiriendo relevancia únicamente la distinción entre delito en virtud de competencia por organización y de competencia institucional, distingo que se presenta en toda la literatura jurídica del citado jurista.

estadio de la ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido²⁷.

Se trata en definitiva de sostener la coautoría funcional como la realización conjunta del hecho, que lo lleva al dominio funcional del hecho, proposición material de dominio, co-dominio o dominio conjunto. Esto conduce al jurista de Múnich, a exponer que la coautoría debe necesariamente contar con ciertos requisitos o caracteres esenciales, que se exponen a continuación recordando afirmaciones doctrinales ya mencionadas.

A saber, la resolución común de realizar el hecho, representada por el acuerdo de voluntades en la presentación del plan general, dirigida a cumplimentar el nexo subjetivo, que se debe evidenciar entre los coautores.

Otros dos requisitos vienen a completar el arco doctrinario, me refiero concretamente a la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva, ambos dirigidos a las características objetivas de la realización del hecho en común.

a. Resolución común de realización del hecho

a) Entrando ya en esta cuestión, la decisión común al hecho constituye un componente necesario de la coautoría, en efecto de aquí surge visiblemente ese nexo subjetivo que debe existir entre los coautores.

Inexorablemente ese acuerdo de voluntades o plan común resulta uno de los fundamentos de la coautoría funcional. No obstante, se advierte criteriosamente la necesidad de deducir que no estamos en presencia de un plan minuciosamente preparado, o ante la llamada teoría del acuerdo previo surgida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. Sin embargo, cabe reconocer que el Tribunal Supremo, reformuló esta doctrina ya avanzado el siglo XX. Una prueba de ello es la STS de 21/12/88 (A-9680), en la que cuando se refiere al co-dominio del hecho dispone “todos los criterios postulados para distinguir la participación de la autoría y, por lo tanto, a la coautoría persiguen como es sabido, establecer cuáles son las circunstancias determinantes de este papel principal. La jurisprudencia de esta Sala ha subrayado constantemente que una decisión común al hecho (frecuentemente designada como acuerdo previo) es un elemento básico de la coautoría. Sin embargo, de los precedentes más recientes la jurisprudencia ha considerado que el mero acuerdo, por sí sólo, es insuficiente para caracterizar la coautoría, dado que es posible un acuerdo en el que la distribución del trabajo se lleve a cabo otorgando a algunos de los partícipes papeles principales y a otras tareas subordinadas, que no permitirían fundamentar la coautoría. En función de estas consideraciones se viene sosteniendo que junto a la decisión común al hecho se precisa para la coautoría una ejecución común que será de apreciar cuando el sujeto en cuestión haya dispuesto del co-dominio del hecho, es decir cuando haya compartido con otros la dirección del hecho típico”.

Roxin considera que el argumento a favor del requisito de la resolución común, no debe encontrarse en las reflexiones que al respecto ha formulado Welzel, con arreglo a su teoría de la cual surge, que a costa de un límite en la actuación objetiva hay

²⁷ Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal*.

un plus de compromiso subjetivo²⁸. Puesto que, si alguien no tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho sobre el acontecer, tampoco puede alcanzarlo por medio de su intervención en el planeamiento.

Por el contrario, entiende Roxin que, la resolución común al hecho es necesaria en función de que los coautores son interdependientes alternativamente, por lo que necesariamente tienen que estar de acuerdo para poder actuar conjuntamente. Por lo demás, sí la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado sin estar de acuerdo con los demás actuantes, no puede ser coautor, por haberle faltado el conocimiento de la relación mutua requerida para la coautoría.

Con lo dicho queda fuera de discusión, que la resolución común de realizar el hecho, resulta por excelencia, el componente subjetivo necesario de la coautoría. Asimismo, crea la llamada dependencia recíproca entre los coautores.

Sin embargo, puede aparecer aquí una dificultad especial, en este sentido se podría analizar las consecuencias que devienen si el acuerdo común no se produce antes de iniciarse el hecho, sino que la cooperación de quien interviene surge después de iniciado el mismo, esta cuestión ha sido denominada por la doctrina científica como coautoría sucesiva.

En tal sentido escribe Jescheck “El acuerdo de los intervinientes se produce generalmente antes de iniciarse el hecho (complot). Sin embargo, también durante el hecho, y hasta su terminación... puede sumarse un coautor... haciéndose entonces co-responsable por las contribuciones fácticas que conozca y hayan sido realizadas por los demás intervinientes, en tanto le aprovechen y él las secunde con su intervención (coautoría sucesiva)”²⁹.

Sin duda, un aspecto problemático que podría presentar la llamada coautoría sucesiva, está referido a la responsabilidad del coautor por lo realizado con antelación a su participación, en tal sentido resulta absolutamente improbable la atribución de una responsabilidad subsequens³⁰ teniendo que descartarse que resulte suficiente para fundamentar la responsabilidad del segundo autor el simple conocimiento de lo realizado anteriormente por el primero. Resulta entonces una auténtica ratificación de lo ejecutado parcialmente por el otro sujeto –el primero– acoplada a un aprovechamiento de la situación previamente creada, de tal forma que sumándole el propio esfuerzo se pueda continuar la realización del hecho³¹.

Concisamente, se trata de la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos que asientan la afirmación que ha existido ejecución conjunta del hecho, puesto que únicamente se responde como coautor de lo ejecutado conjuntamente.

b) De ahí se colige forzosamente la ponencia de Roxin, quien respecto de la decisión común al hecho escribe “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, al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias cualificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención.

²⁸ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

²⁹ Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., tr. José Luis Manzanares Samaniego, Comares.

³⁰ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 243.

³¹ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 243.

Esto se deduce necesariamente 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 demás, pero, en virtud de la función que desempeña en el marco del plan global, tiene la 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 acontecimientos³².

Desde este análisis y con el objetivo de lograr una mejor comprensión de la coautoría sucesiva, obsérvese el siguiente ejemplo tomado del profesor Chinchilla Sandí: A y B concuerdan en perpetrar un robo sobre X, logrado el objetivo de reducir a X y tomar parte de sus pertenencias, pasa casualmente por el lugar del hecho Z, conocido de A y B, quien al observar que registraban a X, se acerca a ellos y tácitamente concuerda con ellos en registrar a la víctima, logrando entre todos hacerse del botín. Se podrá sostener que la acción comenzó en forma de coautoría entre los sujetos A y B –entre ellos existió acuerdo de voluntades y plan común– más tarde se les unió Z, bajo acuerdo tácito de cooperación conjunta. Habrá coincidencia en la doctrina científica en considerar que tanto A como B son coautores del delito de robo, en cambio Z sólo será responsable de hurto, aún en el caso de que la violencia ejercida sobre X fuera conocida por él, en función de que no es posible traer a este último sujeto todos los elementos que permitan una fundamentación en cuanto a su disposición subjetiva-objetiva en la ejecución de la violencia ejercida sobre X para consumir el robo.

En conclusión, la decisión común al hecho con división de tareas, junto a la realización en común y la importancia del aporte, representa, concreta, e instituye la unidad de la coautoría³³.

c) La doctrina propone también el estudio de la llamada autoría concomitante o accesoria, la que tiene lugar “cuando varios partícipes en un hecho causan el mismo resultado independientemente uno del otro”. En el supuesto contemplado la expresión independencia de los autores accesorios no se puede pensar de otra manera que como falta de conexión que resulta propia de la coautoría³⁴.

Donna proporciona el siguiente ejemplo³⁵ “A golpea a B y lo deja inconsciente, retirándose. Llega C y al verlo inconsciente aprovecha para sustraerle la billetera. A será sancionado por el delito de lesiones y C por el de hurto, mientras que, si se hubieran puesto de acuerdo y realizado los actos de este modo en base a la división del trabajo, ambos serían punibles como coautores del delito de robo”.

Partiendo de las razones apuntadas respecto de la llamada autoría accesoria, parece muy claro que la misma no resulta dogmática ni legislativamente justificada, en verdad aquí se trata de distintos supuestos de autoría individual. En efecto en todas las formas que se pueda manifestar la autoría accesoria, el autor responde

³² Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

³³ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 4ª ed., tr. Manuel Cancio Melía y Marcelo Sancinetti.

³⁴ Maurach, Reinhart - Gössel, Karl H. - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1994.

³⁵ Donna, *Autoría y participación criminal*.

exclusivamente de su aportación, por el grado de conocimiento del hecho y voluntad de resultado³⁶.

b. La ejecución del hecho en común

a) Ciertamente la teoría del dominio del hecho y fundamentalmente el dominio funcional del hecho tal como se lo entiende, requiere que todos los autores para ser considerados tales, tienen que participar en el ejercicio del dominio del hecho, esta circunstancia puede tener lugar en tanto cada uno de los intervinientes con base en el acuerdo común, realiza de propia mano y responsablemente algún elemento del tipo penal.

No obstante, explica con acierto Jescheck³⁷, “ninguno necesita reunir por sí mismo todos los elementos del tipo, pues cada uno de ellos, debido a la resolución conjunta y en el marco de la misma, se le atribuyen las contribuciones de los demás intervinientes como acción propia –principio de reciprocidad de la imputación– por lo tanto, para el catedrático citado, alcanza con la realización de una parte del hecho para estimar la coautoría. Pone el ejemplo del caso de la violación donde uno de los intervinientes se encarga de ejercer violencia sobre la víctima en tanto el otro realiza el ataque sexual, evidentemente le cabe razón al considerar coautores a ambos” (Idéntica solución para Roxin).

b) Bajo este aspecto, defiendo la tesis que interpreta que el dominio del hecho no sólo se ajusta a los supuestos de realización de mano propia de la acción típica. Cuenta además con aquellos casos en que el desarrollo del plan común requiere el reparto de funciones o del trabajo, que venga a atribuir a los distintos partícipes, contribuciones fuera del tipo legal y condicione la ejecución del hecho a la cooperación establecida.

Dicho de otro modo, no resulta imprescindible la presencia del coautor en el lugar del suceso.

Al respecto valga reiterar la fórmula de Welzel, cuando afirma “cada coautor ha de ser, subjetivamente coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien –en posesión de las cualidades personales de autor– efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero

³⁶ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*. Además, pertenece a esta temática el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios: A sabe del atentado planeado a un tren ferrocarril por la banda XY e induce a su tío millonario O, a que viaje en el tren puesto en peligro, en el que O perece. A es autor concomitante junto a XY en el homicidio del tío, los que son igualmente autores. Se excluye la coautoría por falta de decisión común al hecho; también la autoría mediata, por falta de dependencia de la banda XY de A (Welzel, *Derecho penal alemán*, tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, p. 133).

³⁷ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 621.

también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho”³⁸.

Estos criterios delimitadores explican técnicamente y con alto vuelo teórico los extremos más relevantes de la teoría del co-dominio del hecho desde la teoría final de la acción.

En consecuencia, cabe señalar que, pese a las muchas voces críticas, es válido atender al dominio funcional del hecho, sin necesidad de valerse exclusivamente del aporte realizado dentro de la faz ejecutiva del delito, esto tiene especial importancia en tanto este dominio funcional del hecho, también puede darse en la fase preparatoria cuando ésta configura la ejecución.

4. El carácter esencial de la contribución al hecho

a) La esencialidad de la contribución al hecho se advierte como una hipótesis ineludible por la mayoría de la doctrina que sigue los lineamientos de la teoría del dominio del hecho.

En efecto, para Roxin³⁹ y sus epígonos, la contribución deviene esencial cuando el partícipe retirando su contribución al hecho podría lograr desbaratar el plan global. Precisamente este carácter junto a la actuación en la fase ejecutiva da por resultado el dominio funcional del hecho. En este sentido el Tribunal Supremo Español en STS 26/2/04 (RC 271/03P) aborda la cuestión relativa a la diferencia entre complicidad y autoría, en el Código Penal español (arts. 28 y 29) indicando que: “La complicidad consiste en la cooperación anterior o simultánea a la ejecución del hecho mediante una aportación relevante pero no necesaria según el plan del autor. De esta forma, el cómplice, que colabora al hecho de otro, no tiene el dominio funcional del hecho.

Por el contrario, el autor tiene el dominio del hecho. Y cada coautor, sobre la base de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal.

En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen en forma decisiva a su ejecución”.

b) Consecuente con su tesis, Roxin, reflexiona aquí, considerando un error sindicar como coautor a quien presta un aporte importante o esencial al hecho, puesto que, para el pensador alemán, además de ser esencial el aporte, debe haber sido

³⁸ *Derecho penal alemán*, p 132. En la misma obra Welzel, refiere puntualmente al jefe de la banda criminal y expresa textualmente: Tal es el caso, de aquellos que son jefes de alguna banda que previamente planean el hecho típico y para tal efecto distribuye a los coautores que serán aquellos que ejecutan el hecho, mientras estos jefes dirigen las obras con lo cual será coautor aunque de manera personal no realicen aquellos actos ejecutivos (p. 133).

³⁹ *En homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, p. 67 y 68. En igual sentido, Stratenwerth, *Derecho penal*.

prestado, como ya se ha visto desde el comienzo de este trabajo, en la fase de ejecución, sólo en esos casos corresponde hablar de coautoría. Desde esta perspectiva, el requisito de la esencialidad de la contribución se encuentra intrínsecamente relacionado con su realización en la fase de ejecución.

c) Stratenwerth, contradiciendo la opinión de Roxin, afirma “que lo importante no resulta el momento en que se ha prestado el aporte, sino el modo en que se producen los efectos en la ejecución”⁴⁰.

Es claro entonces que el condominio del hecho está subordinado a la importancia del aporte al hecho, y el plan común de los partícipes.

El profesor de Basel, completa su argumentación con un patrón “En la planificación y organización de un delito ejecutado por varias personas, por ejemplo, también fundamenta la coautoría, aun cuando el organizador no aparezca durante la ejecución, comunicándose telefónicamente con los actores... el plan da sentido al comportamiento de los partícipes durante la ejecución, conforma los roles individuales y determina la participación del organizador en el dominio del hecho”⁴¹.

No puede dejar de reconocerse que Stratenwerth, se mantiene dentro de la corriente científica que admite que el aporte debe necesariamente verificarse en la faz de ejecución cuanto menos en lo fundamental, aunque presenta matices que lo diferencian de la posición de Roxin.

En tal sentido y conforme el ejemplo propuesto por Stratenwerth, para Roxin esa aportación –la del organizador del plan– nunca podría ser tomada como coautoría en función de que no se aprecia su actualización en la faz ejecutiva. A contrario Stratenwerth, entiende que ella –la contribución– podría ser tenida como coautoría, si en lugar de tomar en cuenta el momento en que el aporte fue prestado, se examina el modo en que se producen los efectos en la ejecución.

En conclusión, está última consideración se acerca en buena medida a la idea de Jakobs, aunque con diferentes argumentos dogmáticos, mostrando lo que en apariencia alguna doctrina considera una visión más moderna y menos alambicada de la coautoría, además de dejar de lado la carga que significa la efectiva aportación en el momento de la ejecución⁴², al conceder que los actos preparatorios pueden constituir coautoría siempre que den forma a la ejecución o produzcan sus efectos en la fase ejecutiva.

5. Coautoría y tentativa

a) Ciertamente la consideración de la tentativa en coautoría, asume la tarea de delimitar si lo que corresponde es tomar en cuenta aisladamente el obrar del coautor –solución individual–, o en su defecto se debe considerar exclusivamente la actuación en conjunto de los coautores como una unidad –solución global–. Cabe señalar entonces, la posición mayoritaria de la doctrina que suscribe el comienzo de tentativa cuando uno de los coautores inicia la realización del tipo en el marco de la resolución

⁴⁰ Citado por Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 258.

⁴¹ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 258.

⁴² Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 258.

común al hecho. Esto equivale a decir que la tentativa comienza en virtud del dominio común del hecho, al mismo tiempo para todos los coautores.

Conforme las hipótesis consignadas he de señalar en primer lugar la posición de Roxin, quien defiende la solución particular, es decir la que aborda por separado la actuación de cada coautor en el inicio de la tentativa, esto es el instante en que él interviniente ingresa en el estadio de la tentativa⁴³. En puridad el jurista citado, es consecuente con su tesis en el sentido de apoyar la coautoría en el dominio de los actos ejecutivos, por lo que necesariamente debe exigir para la tentativa, un co-dominio en esta etapa de ejecución.

b) De todas formas la tendencia que marca la doctrina mayoritaria se inclina en admitir, que para la coautoría la cuestión no puede disiparse sino a favor del dominio

⁴³ Afirma Roxin: La coautoría se presenta cuando varios cometen conjuntamente el hecho, o sea cuando varios cooperan en el cumplimiento del tipo repartiéndose el trabajo. La jurisprudencia alemana y también la opinión dominante en la ciencia defienden, para el inicio de la tentativa, una llamada solución global, la cual ha sido formulada por el Tribunal Federal de la siguiente manera: “Cuando según el plan del hecho, un delito debía ejecutarse por varios autores, entonces todos intervienen como coautores en el estadio de tentativa en tanto uno de ellos comience inmediatamente la comisión del hecho”. Cuando p.ej., A y B acuerdan cometer juntos un robo con fractura de manera que A debía penetrar en la bóveda del banco y abrir con un soplete las cajas fuertes mientras que B, quien recién después iba a ser informado telefónicamente, se encargaría de sacar las barras de oro con ayuda de un aparato especial y de cargarlas en un camión; B resulta ser ya un coautor punible en la tentativa tan pronto como A penetre en el banco. Luego B es punible por tentativa, aunque todavía no haya hecho nada que vaya más allá del concierto para delinquir”. Esta solución global se fundamenta sobre todo con la tesis de que en la coautoría se tiene que imputar a cada participante la contribución de los demás prevista, en el plan común. Adicionalmente se esgrime a favor de la solución global “el argumento del azar”: no se comprendería que en un actuar conjunto con división de trabajo aquél que ha colocado su contribución en un periodo de tiempo posterior (y por ello a menudo sea tanto más importante) deba salir mejor librado que sus cómplices solamente por el hecho del descubrimiento anticipado del plan. Por el contrario, una opinión minoritaria, pero que está ganando seguidores de forma creciente, defiende la solución del caso particular. Según ella debe evaluarse por separado para cada coautor el inicio de la tentativa y tomar en cuenta el momento en que él mismo entra en el estadio de la tentativa. Entonces en el ejemplo inicial; B recién resulta punible por una tentativa de robo con fractura en coautoría cuando él personalmente entra al banco y comienza a transportar las barras de oro. Si A es tomado preso antes, y B no llega a actuar, B no quedaría impune, pero solamente será punible por complicidad síquica. Si se tratará de un delito grave –como p. ej. el robo de un banco– según el derecho alemán también sería punible el concierto para delinquir. Para mí los mejores argumentos los tiene la solución del caso particular. Y es que cuando, para el hecho consumado, uno apoya la coautoría en el dominio conjunto de los hechos ejecutivos, consecuentemente tiene que exigir para la tentativa un co-dominio en el estadio de tentativa. Pero eso es lo que falta cuando un coautor ni siquiera ha llegado a actuar. Supongamos que cinco coautores conciertan un asalto conjunto a un banco y que el quinto no aparece en el lugar de los hechos porque ha sido detenido cuando estaba en camino hacia allá... ¡debido a otro delito! Los otros cuatro autores ejecutan sin él exitosamente el robo al banco. En este caso, el quinto autor que no ha llegado a actuar no es penado por la jurisprudencia alemana como coautor de un robo consumado al banco sino solamente por concierto para cometerlo. Pero entonces es un contrasentido admitir una coautoría de tentativa solamente por el hecho de que los que sí aparecen en el lugar de los hechos hayan entrado en el estadio de tentativa. Si un concierto no es suficiente para la coautoría de delito consumado, tampoco puede fundamentar una coautoría de tentativa. El argumento de la jurisprudencia de que a cada coautor se le imputa la contribución de los demás no es concluyente porque presupone lo que debe todavía probarse; o sea que aquél que no ha cooperado sería un coautor. Pero precisamente este presupuesto no es correcto. También es poco convincente el “argumento del azar”. Y es que, también en el autor individual depende a menudo de la casualidad el que un hecho fracase en el estadio de la preparación o de la tentativa, sin que esto decida, sin embargo, sobre la punibilidad o la impunidad (*Problemas actuales de dogmática penal*).

en común del hecho, cómo quedó dicho, la tentativa comienza de manera uniforme y para todos los coautores, en cuanto uno de ellos se pone inmediatamente a realizar el tipo⁴⁴.

Para Jescheck, “la coautoría presupone también aquí que los demás intervinientes hayan asumido, conforme al reparto de funciones establecido en la resolución común, unas aportaciones al hecho que les permitirán compartir el dominio del mismo y que hubiera sido preciso efectuar para completar la acción de tentativa ya realizada”. El autor alemán, muestra el siguiente ejemplo: Un coautor debía realizar la falsificación documental, y el otro utilizar en el tráfico jurídico el documento falso, si el uno hubiera empezado con la acción de falsificación, el otro sería asimismo responsable por falsificación documental en grado de tentativa⁴⁵.

En este orden de ideas considero oportuno destacar la posición de Jakobs⁴⁶ quien se muestra partidario de la solución global así los coautores cometen conjuntamente un hecho (y no cada uno un hecho por sí), cuando comienzo y terminación de la tentativa de ese hecho se ejecuten unitariamente (a contrario de los delitos de infracción de deber en los que el autor antes señalado opta por la llamada solución individual, ya que según él en estos delitos no se observa necesidad alguna de considerar el aporte al hecho de todos y cada uno de los que participa en función de establecer comienzo de ejecución).

“Concurre tentativa en coautoría cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un interviniente, llegaría al estadio de la tentativa. Por eso, un coautor puede haberlo realizado todo sin que concorra tentativa; ejemplo: el jefe de la banda envía, según su plan y preparación, a la banda a cometer el robo. También cabe que un coautor no haya dado comienzo a su aportación, y sin embargo sea ya autor de la tentativa; ejemplo: quien en la ejecución del robo sólo ha cooperado configuradoramente en la preparación, comete robo intentado ya con el empleo de violencia por los otros partícipes”. Los conceptos de Jakobs se corresponden con su tesis del dominio por configuración del hecho.

Resumo: la tesis de la solución global es sin duda la mejor manera de comprender la tentativa en la coautoría ya que respeta la unidad de actuación tomando distancia de interpretaciones que enfocan la coautoría como una dependencia causal.

c) En cuanto al desistimiento de la tentativa, en coautoría no escapa a los requisitos generales que debe reunir esta figura a saber: desistir de la ejecución una vez

⁴⁴ Véase Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, p. 410. “Por el contrario la solución individual pretende fijar el comienzo de la tentativa separadamente para cada coautor, según que ya se haya puesto a realizar su propio aporte al hecho o no. Entonces se plantea la cuestión de cómo debe estar conformado, por su parte, este aporte. El admitir que baste con la última influencia psíquica sobre el coautor conduce, en las consecuencias, a ampliar la responsabilidad por tentativa de intervención mucho más allá de los límites del § 30: si los intervinientes –modificando el caso que se registra en BGHSt, t. 11, p. 268 y ss.– tras un robo por el que se comprometen a disparar contra eventuales perseguidores, huyen en distintas direcciones, sería cada uno culpable de tentativa de asesinato, ¡aun cuando en ningún lado aparezca un persecutor! Si, en cambio, se exige un aporte prestado en el estadio de ejecución del hecho, la punibilidad del coautor individual por tentativa depende de la casualidad de que si su aporte se debía producir antes o después del momento en el que fracasa el hecho. En ambos casos se desconoce que la responsabilidad por el comienzo de la tentativa se trasmite ya por la decisión común al hecho a la que se remite”.

⁴⁵ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 621.

⁴⁶ *Derecho penal*, p. 760.

que ésta ya ha sido iniciada, o en su caso impedir o al menos intentar evitar con decisión la consumación.

6. Reflexiones respecto al denominado “jefe de la banda”

a) Cuando se analiza el comportamiento de las bandas criminales se advierte una problemática compleja en cuanto se trata de calificar la conducta que despliega el “jefe de la banda”, que no ha realizado aporte alguno al momento de la ejecución del hecho, es decir, en palabras de Roxin⁴⁷, no ha actualizado su contribución al hecho en la fase ejecutiva.

En todo caso el profesor de Múnich defiende la tesis de que el jefe de la banda podría ser considerado según el caso concreto un autor mediato, en tanto se encuentren presentes los requisitos del dominio por organización “quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que pueda 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, por lo que resulta absolutamente irrelevante que lo haga por propia iniciativa o en interés de estamentos superiores, puesto que para la configuración de su autoría lo verdaderamente importante resulta de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del injusto”⁴⁸.

b) Según ello se puede decir con certeza, que Roxin, configurando su tesis sobre la base del dominio funcional del hecho, interpreta que el cabecilla de la banda criminal no pueda considerarse coautor, cuándo su actividad sólo se limita a planear u organizar delitos dejando a otros su ejecución. Por lo que aleja en el caso concreto cualquier posibilidad de coautoría.

A partir de estos presupuestos y sobre el particular escribe Roxin, “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 la banda de ladrones o el jefe de unos gánsteres no puede ser coautor si su actividad se limita a planear delitos, dejando a los demás la ejecución”⁴⁹.

Más aún, abonando su tesis el citado jurista menciona la existencia de un dominio coactivo, que tendría lugar en tanto el cabecilla cuente en forma absolutamente

⁴⁷ *Autoría*, § 28, p. 330 y 331. A fin de corroborar su tesis en el sentido de considerar al jefe de una banda criminal como autor mediato siempre que su actividad se limite a planear delitos, recurre aquí a un ejemplo extremo escribe entonces el jurista “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 inducción, en la que incurrirá el jefe de la banda 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 supuesto 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”.

⁴⁸ Roxin, *Autoría*, p. 330.

⁴⁹ Roxin, *Autoría*, p. 330.

segura y con total control sobre cada uno de sus subordinados que estos llegarían incluso hasta a poner en peligro su propia vida en caso de desobedecer las órdenes impartidas por su jefe, o en el caso que dirija o cubra la ejecución del delito.

Así entonces partiendo de estas premisas, se podrá afirmar que, para el dogmático alemán, sólo cuando el jefe de la banda criminal participe en la realización del hecho realizando actos de ejecución, puede ser considerado coautor.

Por ello se puede advertir aquí que Roxin, propone una lectura contraria a la sostenida no sólo por Welzel, sino también por Jakobs, y buena parte de la doctrina, al considerar al cabecilla de la banda criminal conceptual y materialmente como un cómplice. Excepto (tal y como se anticipó) el caso puntual en el que mantenga un dominio coactivo sobre los ejecutores, o cubra la ejecución de los delitos, hipótesis en que podrá ser considerado coautor.

Mi impresión es que un esquema extremadamente rígido como el que prepone aquí Roxin, podía generar una injusticia en la aplicación concreta del derecho en su propósito de obtener una justa solución al conflicto, calificando como simple cómplice al cabecilla de la banda que limita su intervención a la fase preparatoria (aunque asumiendo actos preparatorios que lo ubican en una posición de codominio de autos, en otras palabras analizando el aporte objetivo al hecho que realiza el coautor se verifica si tuvo o no el dominio o codominio del hecho) adjudicándose la planificación y organización del hecho.

Por lo que en este aspecto considero que la tesis del dominio del hecho, puede abarcar cabalmente supuestos de realización de delitos en los cuales alguno o algunos de los coautores, no participan de la fase ejecutiva. Dicho de otro modo, lo decisivo para la coautoría no radica en la presencia de los miembros del grupo en la fase de ejecución, sino en la importancia de su contribución a la realización del suceso.

c) En este sentido, a pesar de continuar en general, la línea trazada por Roxin, se manifiesta aquí Francisco Muñoz Conde⁵⁰, en efecto el docto de la Universidad Pablo de Olavide escribe “Tradicionalmente se exigen dos requisitos para que

⁵⁰ En su ensayo sobre *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?*, publicado por la Universidad de Fribourg. También en “Revista Penal”, n° 9, enero de 2002. La referencia al Código español no corresponde al texto original. También ver Muñoz Conde - García Arán, *Derecho penal. Parte general*. Así planteada la cuestión y respecto a la colaboración prestada por el cooperador necesario los autores mencionados insisten en la importancia del aporte afirmando: En estos casos de cooperación necesaria, si la ayuda prestada es de tal magnitud que se puede decir que el que la presta también domina el hecho, éste será coautor aunque no ejecute el hecho. La necesidad debe medirse con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso. Así por ejemplo una misma contribución, la del vigilante o la del que espera en el coche a los atracadores, sólo puede considerarse de coautoría, si aparte del acuerdo constituye una ayuda esencial en la concreta realización del delito. Sólo así pueden considerarse también coautores al jefe de banda y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o son parte fundamental de la realización del delito. En Argentina, Fierro, Guillermo J., *Teoría de la participación criminal*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2004. Señala que el denominado jefe de la banda criminal realiza un aporte por el cual debe ser considerado cómplice primario, la lógica del argumento de Fierro se fundamenta en el siguiente esquema: de ningún modo se discute que quien planea desde sus inicios toda la operación delictiva –jefe de la banda– es merecedor de una sanción equivalente a la del autor, sanción que con el criterio tradicional no crean mayores problemas, pues más allá de toda duda él ha prestado un auxilio o ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse... asimismo se muestra partidario de las críticas que Ricardo Núñez formula respecto de la teoría del dominio del hecho manifestando

pueda darse una coautoría: un acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene en la realización del delito lo que, por definición, no sucede en la conspiración (art. 17, Cód. Penal español). Pero a mi juicio, dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución. Sólo así pueden considerarse también coautores al jefe de la banda que asume funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental de la realización del delito”.

d) En este orden de ideas merece ser destacado el pensamiento de Welzel, quien en su teorización de la coautoría presenta como rasgo que la distingue, el dominio del hecho representado por varios intervinientes. De manera tal que coautor resulta quien, en posesión de cualidades personales de autor, sea portador de la decisión común respecto del hecho y en función de esto toma parte en la ejecución del delito.

Luego y relacionado con el vocablo ejecución, Welzel, no considera ni el concepto restrictivo de la teoría objetivo formal, ni el criterio extensivo de la teoría subjetiva. Por tal motivo prepone caracterizar al coautor, desde el punto de vista subjetivo, como coportador de la decisión común al hecho, en otras palabras, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, desde el punto de vista objetivo completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario.

De este modo el autor, marca una pauta importante en el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, en relación con el principio de imputación, al considerar como coautor a quien realiza actos preparatorios, pero resulta portador de la decisión común al hecho.

que el reconocimiento de la calidad de autor por fuera o más allá de lo que surge de la realización del hecho típico supone un peligroso abandono del principio de legalidad ya que la autoría y el consecuente castigo no han de quedar supeditados a que el imputado haya transgredido la ley previa y, por tanto puede ser castigado como autor quien no ejecutó la infracción punible. No debo cerrar la nota, sin mencionar la réplica de Tozzini, cuando afirma: En un trabajo anterior pusimos un ejemplo para cuya solución correcta los causalistas se verían en serios apuros, y que puede resolverse sin dificultad por la coautoría mediante la aplicación del dominio finalista de la acción: un malhechor que capitanea una banda decide interesar a sus compinches para robar un comercio. Para ello en forma previa, estudia el lugar, memoriza debidamente el horario del personal, como así también las horas de menor concurrencia del público, observa donde se guarda el dinero y el tipo de custodia a que está sometido. Con todos estos datos en su poder, traza el plan sceleris y reparte las actuaciones entre sus secuaces mientras que a él le tocará permanecer como un simple concurrente al comercio, entre el público asaltado con la finalidad exclusiva de dejar correr el robo o suspender su ejecución mediante una señal convenida, si aparece una circunstancia adversa o imprevista (*Dominio final de la acción en la autoría y en la participación*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, n° 3, 1968, p. 80, citado por Fierro). En esta coyuntura debo recordar en relación a la propuesta del profesor Fierro que, en el proyecto de 1891, los cómplices necesarios, eran considerados autores (ver art. 69 del citado proyecto elaborado en Argentina).

En esta inteligencia, el denominado jefe de la banda criminal que no participa en forma directa de la fase ejecutiva del hecho, pero contribuye a la realización del plan, designa roles y funciones que deberían cumplir cada uno de los ejecutores, debe ser considerado coautor del hecho, en virtud de lo que ya se adelantó, el *minus* de coparticipación objetiva en la realización del tipo penal tiene que resultar compensado con el plus de coparticipación en el planeamiento del hecho⁵¹.

Jeschek, al momento de precisar la coautoría, interpreta que cada contribución debe necesariamente resultar un fragmento de la ejecución del hecho, donde quien asume la planificación y la organización del hecho, configura su desarrollo y comparte así el dominio del mismo⁵².

Ahora bien, según la interpretación del catedrático antes citado, no habría inconveniente alguno en otorgar la categoría de coautor al cabecilla de la banda criminal que no participa de la ejecución del hecho, pero su aporte ha sido esencial en la planificación y organización del suceso criminal. Efectivamente aprecia el profesor de la universidad de Friburgo de Brisgovia, que el dominio del hecho no sólo se identifica con los supuestos de realización de propia mano de la acción típica, sino que además abarca aquellos casos, en los que el desarrollo del plan común requiere o hace conveniente el reparto de funciones o de trabajo que venga a atribuir a los distintos intervinientes, contribuciones fuera del tipo legal y condicione la ejecución del hecho a la cooperación establecida.

Más allá de la visión crítica que pueda tenerse respecto de alguno de los argumentos señalados y sin ambicionar obtener la solución a toda la problemática que ha quedado planteada, sostengo tal y como vengo anticipando que la teoría del dominio del hecho, atendiendo al llamado dominio funcional, es perfectamente capaz de abarcar delitos en los que el organizador o principal responsable no está presente en el momento de la ejecución, no realice actos de ejecución, o en fase ejecutiva, este contexto obedece a el criterio que defiende una sistemática que explicita que en la coautoría no se observa un hecho propio de cada interviniente sino la presencia de un hecho conjunto o mancomunado de los autores.

Por lo expuesto, y reconociendo el enorme esfuerzo del profesor Roxin, en este tema, adhiero a un importante sector doctrinario para quien lo concluyente en la coautoría no resulta la presencia de todos los miembros del grupo en el mismo momento de la ejecución del hecho, sino la importancia de la contribución ejecutiva, o no, en la realización de ese hecho.

⁵¹ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 11 ed., p. 129. Véase también el § 28, p. 326, punto III. Polémica con Welzel. En *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed. En consonancia con la teoría del dominio del hecho resultan considerablemente importantes las opiniones de Gallas y Maurach: El que se queda vigilando es coautor, dice Gallas, “si fue cotitular 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 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 suscribirse a la pena por coautoría”. Ver Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 312, § 27.

⁵² *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., tr. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, p. 620.

En síntesis, es dable resaltar la doctrina que sostiene la consideración a la importancia del aporte prestado por el interviniente para ser considerado coautor, conforme al plan del hecho.

Esto es así, pues si según esta proyección el fundamento de la coautoría resulta el dominio funcional del hecho, en esta determinación lo que debe trascender aquí no es exclusivamente la ejecución del delito, sino el dominio del hecho que el sujeto posea aún en el caso que no esté presente en la ejecución, o en la realización de actos de ejecución.

f) Por último y, a modo de conclusión vale la reiteración en el sentido de afirmar que uno de los principios centrales de la concepción que aquí me ocupa resulta de sostener que lo fundamental en materia de coautoría engloba la existencia de un co-dominio también llamado dominio compartido del hecho en el marco de una división funcional de tareas, mediante el aporte a la planificación de la empresa delictiva con una actividad compartida y decisiva en la que no deben incluirse obligatoriamente actos de ejecución material que abarquen el tipo delictivo, este esquema ofrece la posibilidad cierta de incluir como coautores a aquellos que realicen actos de planificación, directivos o de organización, aunque no estén físicamente presentes en la ejecución del hecho o actualicen su aporte en la faz ejecutiva, empero resulten co-portadores de la decisión común de realizar el hecho completando con su aporte al hecho la realización de los demás autores.

7. El exceso en la coautoría

a) No es posible concebir el exceso en la coautoría sin mencionar la resolución de realizar el hecho en común de parte de los intervinientes.

Por tanto, las acciones de uno o más intervinientes que excedan la resolución conjunta referida al hecho en concreto, se deben atribuir a ellos como autores individuales: ejemplo, un coautor hiere de muerte a la víctima que conforme el plan⁵³ global de realización común sólo debía lesionar.

En este aspecto no está de más recordar el pensamiento de Roxin, para quien aquel copartícipe que vaya más allá de lo acordado con ausencia de cooperación de parte de los demás, se desliga de la dependencia funcional y obra como autor único, o si se vale de un copartícipe que nada sabe, como autor mediato⁵⁴.

b) En virtud de ello la responsabilidad viene a sustentarse primordialmente del dolo del coautor⁵⁵, por la realización de una acción que no estaba prevista por el acuerdo común, en tal sentido responderá sólo por el exceso, el partícipe que ha obrado por su cuenta y riesgo.

Compendiando, esta noción del exceso en la coautoría, se puede proponer el desarrollo que del mismo formula Günter Stratenwerth⁵⁶ cuando afirma “el alcance del

⁵³ Al respecto en detalle Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

⁵⁴ Roxin, *Autoría*, p. 317, § 27.

⁵⁵ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 275.

⁵⁶ En *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., tr. Manuel Cancio Melía y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, p. 400 y siguientes.

acuerdo recíproco es significativo sólo en el sentido de que jalona el marco de la responsabilidad por coautoría. Si lo concertado consiste en matar en común a un hombre y uno de los intervinientes actúa a ese respecto con la intención, desconocida por el otro, de desvalijar a la víctima acto seguido, se cometerá en coautoría sólo el delito de homicidio, no el robo. Se habla aquí de un exceso, por el cual tiene que responder como autor solamente quien actúa por su propia cuenta”.

En consecuencia, definido como práctica fundamentada en una convicción dogmática generalizada, por la más calificada doctrina, el exceso en la coautoría desalienta e impide la aplicación del principio de imputación recíproca de los intervinientes.

c) A fin de situarse en los parámetros correctos se debe contemplar la contingencia, que indica que la responsabilidad por el exceso resulte fundamentada también por el dolo eventual respecto de la verificación del resultado más grave por otros coautores⁵⁷.

8. Delitos de omisión y coautoría

a) La dogmática jurídico penal diferencia en líneas generales, la tipicidad activa de la omisiva conforme la diferente ordenación y estructura de los tipos penales. Así pues, la distinción más notoria que surge entre el delito de acción y el delito de omisión, radica en la verificación de la adecuación del tipo. En efecto el tipo prohibitivo se ajusta a una acción que coincide con el tipo, o dicho de otra forma que está descrita en el tipo y aunque no resulte más que un asomarse al tema, la prohibición busca impedir que un sujeto invada un ámbito ajeno de forma tal que ponga en riesgo de lesión o lesione en forma grave un bien jurídico protegido por el derecho penal. En lugar al tipo imperativo se adecua toda acción que no coincida con la ordenada por la norma⁵⁸.

Siguiendo esta concepción, “las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. Si la norma prohibitiva viene a impedir una acción determinada, se ordena por tanto una omisión. Por el contrario, la norma preceptiva viene a ordenar una acción determinada, solicitándose un hacer positivo de modo que la infracción consiste en la omisión de ese hacer”⁵⁹. En el marco de este proceso intelectual, se podrá afirmar “que los delitos de omisión tanto propios como impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas”⁶⁰, asimismo y puntualmente en la comisión por omisión no sólo se realiza una norma preceptiva sino también otra prohibitiva. La opción señala prohibiciones o mandatos establecidos en el marco de la criminalización primaria.

Ciertamente acción y omisión típica se muestran como dos alternativas de conductas posibles, que avanzando en las estructuras categoriales de la teoría del delito pueden llegar a ser antijurídicas, culpables y punibles. Pero sigo adelante, como se observa la distinción entre acción u omisión no resulta ser tarea sencilla, cuestión

⁵⁷ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 393.

⁵⁸ Ver Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Bogotá, p. 72. También Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 393.

⁵⁹ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 393. También, Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 567.

⁶⁰ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

que ha sido advertida entre otros autores por Jescheck⁶¹, quien propone como solución el llamado criterio o teoría de la causalidad a fin de ayudar a la tramitación de esta cuestión, recurriendo a la teoría de la *conditio sine qua non*, por medio de la supresión hipotética de la contribución sin la cual el resultado no se hubiera producido, así “únicamente cuando conste que el actuar activo del autor, aunque doloso o imprudente, era socialmente adecuado, ajustado a derecho –no antijurídico, debido a una causa de justificación– o inculpable, habrá que continuar examinando si el autor omitió el hacer positivo que cabía esperar de él y mediante el cual se habría evitado el resultado”⁶².

Toca entonces establecer, “si efectivamente el autor ha impulsado la cadena causal que llevó al resultado; más tarde corresponde comprobar que el impulso resulte típico, antijurídico y culpable; luego y en tanto no se trate de un hecho delictivo, nace el interrogante en el sentido de establecer si haciendo lo que resultaba posible, el autor hubiera evitado el resultado”⁶³. En otras palabras, cobra vigencia el concepto de omisión de Armin Kaufmann, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba. Esto requiere que la omisión resulte básicamente equivalente a la acción. En tal sentido el Código Penal alemán establece en el § 13, inc. 1° “quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción”.

b) La delimitación de la coautoría en los delitos de omisión como forma de estructurar el comportamiento humano en la coejecución del hecho típico resulta un problema de alta complejidad, a punto tal que ni siquiera puede hablarse de una posición determinante en la doctrina, por lo que sólo se podrá esbozar para estas cuestiones de gran calado algunas formulaciones a modo de propedéutica.

c) En principio parece posible reconocer la negativa de aceptar la coautoría en los delitos de omisión como dominante en la doctrina alemana.

La premisa o principal fundamento para tal negativa estaría atada a la siguiente reflexión “si los dos elementos básicos de la coautoría se formulan a través de la resolución común de realizar el hecho y la realización del hecho en común, dentro de estos elementos, encontramos como consecuencia de la decisión común de realización del hecho, el co-dominio del mismo, que se realiza por medio de la división del trabajo, dando lugar al dominio funcional. El tipo subjetivo de la omisión –propia o impropia– lleva inmersa la falta de exigencia de una voluntad de realización, impidiendo que pueda hablarse de una ‘resolución común de realizar el hecho’⁶⁴. En este sentido la ausencia de acuerdo de voluntad en la realización del hecho hace inexistente el sentido de la ‘división del trabajo’. Por ello resulta inadmisibles la coautoría en tales casos”⁶⁵.

⁶¹ Citado por Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

⁶² Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, citado por Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 394.

⁶³ Ver Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1998, p. 224 y siguientes.

⁶⁴ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit. por Chinchilla Sandí en “Autor”, p. 410.

⁶⁵ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

No puede pasarse por alto, ni negar que lo que expresan estas oraciones no funda una conclusión, sino una simple aseveración, que partiendo de la teoría del dominio del hecho, afirma que quien omite no tiene co-dominio del hecho por lo que no puede ser coautor.

Sin embargo, dentro de la misma discusión dogmática, y con apoyo en la teoría del dominio del hecho, Maurach⁶⁶ acepta la coautoría en omisión en determinados supuestos “a) En primer lugar existe coautoría por omisión cuando cada colaborador, además del dominio del hecho, tiene una posición de garante por el bien jurídico amenazado (ambos padres dejan morir de hambre a su hijo, RG 66, 74)”.

Asimismo, cabe aceptar la coautoría por omisión, cuando el colaborador que incurre en ella es garante de la evitación de la situación de peligro creada por otros colaboradores mediante un hacer activo.

Quien niegue la existencia de un dolo de omisión... debe necesariamente rechazar también la coautoría por omisión o bien extender el cuasi-dolo igualmente a la coautoría.

En resumen, para Maurach, tal como él lo expresa “la concepción sostenida posibilita también la aceptación de la coautoría por omisión: la pretendida lesión del bien jurídico puede ser provocada mediante acciones por omisión que estén bajo el dominio del hecho de una colectividad de personas y de la intervención de un miembro individual, por vía de acciones omisivas”⁶⁷.

c) Jescheck también percibe la posibilidad de coautoría en los delitos de omisión, en función de que en los casos de actuación conjunta en omisión resulta innecesaria la imputación recíproca de las contribuciones al hecho, puesto de que cada uno de los coautores por omisión resulta imputable como garante por el resultado⁶⁸. Como corolario de esta fundamentación afirma quien fuera presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, “por de pronto procede estimar la coautoría cuando uno de los intervinientes aporta una contribución al hecho mediante un hacer positivo, mientras que el otro, infringiendo un deber jurídico, se abstiene de impedirlo... Sin embargo, responde mejor a la teoría del dominio del hecho considerar en este caso al omitente como cómplice, porque de ordinario se encuentra en una posición subordinada frente al autor activo”⁶⁹.

Constituye en cambio coautoría la omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar que concierne a varias personas conjuntamente (RG 66,71: el padre y la madre omiten conjuntamente la prestación de asistencia al recién nacido extramatrimonial). Más adelante dice “pese a faltar el deber conjunto, puede haber coautoría si, por ejemplo, varios obligados a actuar en la misma situación típica, deciden en común permanecer inactivos así cuando diversas personas implicadas en un accidente, que han ingresado al herido en un hospital, se ponen de acuerdo para no presentarse”.

La temática analizada puede variar si consideramos la actuación en un delito de comisión activa mediante un forjar omisivo, aquí hay quienes aceptan la posibilidad

⁶⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, p. 390.

⁶⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*.

⁶⁸ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 621 y siguientes.

⁶⁹ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*.

de coautoría⁷⁰, otros solamente la solución de participación, como complicidad. Jescheck, refiere concretamente a esta opción considerando al sujeto que omite como cómplice, por un actuar subordinado que mantiene frente al autor activo⁷¹. Por lo demás, otros catedráticos rechazan la posibilidad de coautoría por omisión en tanto se trataría de autoría individual en la que cada uno es sujeto de imputación en función de su propio actuar en razón de que no podemos contar con la presencia de la división del trabajo, que constituye un bastión fundamental del dominio funcional⁷².

d) Bacigalupo⁷³ por su parte afirma “la autoría del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa.

La coautoría no es posible ya que al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una decisión común al hecho”. Consecuentemente quien omite resulta para Bacigalupo, un cómplice ya que se sitúa en una posición de subordinación frente al autor activo, en tal sentido carece de dominio del hecho⁷⁴.

En este contexto, el profesor Bacigalupo, aspira a demostrar que el agente que omite no cuenta con el co-dominio del hecho, motivo por el cual no podrá ser considerado coautor.

e) A la plétora de investigaciones científicas en el complejo campo de la coautoría por omisión, pretendo sumar la opinión del profesor Roxin, quien establece dos formas o mejor dicho dos manifestaciones de un hecho omisivo.

Así cuando se trata de varios omitentes como coautores, cada uno de ellos resulta para el catedrático de Múnich autor por omisión o más claro aún, autor simultáneo de la omisión⁷⁵, no existe por lo tanto para él, otra alternativa que no sea la que se corresponde con los delitos de infracción de un deber por comisión⁷⁶, esta consi-

⁷⁰ Cfr. Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

⁷¹ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 621.

⁷² Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 621, cita a Armin Kaufmann (*Unterlassungsdelikte*, p. 189) quien rechaza la posibilidad de coautoría en los delitos de omisión, al faltar el requisito de la división del trabajo. Respecto de la fundamentación de Kaufmann, resulta conducente la reflexión que al respecto formula Roxin, cuando afirma “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 dolo de omitir. Pero aun aceptando la tesis de Kaufmann de que a la omisión no le es propia ninguna finalidad paralela a la de los hechos *comisitos*, 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” en función de estas consideraciones se pregunta Roxin “Si, dando por supuestas las premisas de Kaufmann, a pesar de la inexistencia de dolo de omitir, se puede llegar a ser autor único en la omisión ¿por qué no va a ser igualmente posible la coautoría?” (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 509, § 37).

⁷³ *Manual de derecho penal*.

⁷⁴ Cfr. cita de Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*. Idéntica solución para Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 621.

⁷⁵ Roxin, *Autoría*, p. 509.

⁷⁶ Roxin, *Autoría*, p. 509.

deración no es superficial, en efecto desde esta perspectiva como lo explica el propio Roxin⁷⁷ “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 ese carácter común”, asimismo pone el ejemplo otorgándole razón a Kaufmann, quien toma como patrón el caso de los nadadores que permanecen inertes mientras se ahoga un niño, en tal situación considera a cada uno como autor de la omisión, es que en el caso resulta irrelevante que dejen de realizar lo que requeriría una acción conjunta, lo relevante aquí para Roxin es que no omiten en coautoría.

También se ocupa el jurista de Múnich⁷⁸, de la posibilidad de que un sujeto actuante y otro que omita puedan resultar coautores, negándola, en función de “que la coautoría requiere criterios de imputación unitarios para los diversos intervinientes”, en la misma línea, toma el ejemplo del socorrista “que observa impasible como un agente empuja a un sujeto que no sabe nadar a un lugar en que el agua lo cubre, ciertamente en este caso ambos resultarían autores (de un hecho comisivo y de un delito de omisión) pero no coautores”⁷⁹.

f) Conforme la naturaleza del deber lesionado el paradigma de Roxin, no acepta la coautoría en tanto el deber se refiere a la persona individual, es el caso de aquel individuo cuya obligación se refiera al pago de alimentos. Aquí la coautoría decae, conforme enseña el penalista, si dos personas deben procurar alimentos a un menor de edad y se sustraen de esa obligación, conviene tenerlos a ambos como autores accesorios en función del quebrantamiento de una obligación personal e individual, en cambio la consiente cuando son varias las personas que están constreñidas a un mismo y único deber⁸⁰. En palabras de Roxin⁸¹ “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, quebrando su deber se ponen de acuerdo para permanecer impasibles ante la fuga de éste, realizan el tipo del § 347 StGB como coautores por omisión⁸²... Otro tanto rige asimismo para los delitos omisivos ‘no descriptos’: si dos guías de montaña asumen contractualmente el

⁷⁷ Roxin, *Autoría*, p. 508.

⁷⁸ Roxin, *Autoría*, p. 510.

⁷⁹ Roxin, *Autoría*, p. 510. Un enfoque de interés en el ámbito del derecho penal económico puede leerse en Juan M. Rodríguez Estévez (con cita de Silva Sánchez, *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Bosch, p. 200) quien señala respecto a la posición de garante de bienes jurídicos concretos la necesidad de que el sujeto haya asumido un compromiso real, efectivo y concreto de circunscribir su actuar a la evitación de producción de riesgos determinados, que conformarían lo que se denomina riesgos jurídicamente desaprobados, precisamente esta solución se defiende en la teoría de la imputación objetiva, y tiene la posibilidad concreta de éxito en la concepción de ámbitos normativizados que no admiten finalidades naturalísticas (*Derecho penal económico*, p. 100).

⁸⁰ Así escribe “En cambio siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos este 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 una 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 con la evasión de los presos o la desaparición de las cartas (Roxin, *Autoría*, p. 391).

⁸¹ Roxin, *Autoría*, p. 391, § 34.

⁸² Roxin, *Autoría*, p. 509, § 37.

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 que tipo sea aplicable coautores de abandono de lesiones o de homicidio”⁸³.

En todo caso a los fines de mantener esta tesis debo expresar la necesidad de sustentarla en una constante que trate a los delitos de omisión, fundamentalmente comisión por omisión, como delitos de infracción de un deber específico, excluyendo la aplicación del dominio del hecho, tesis que por otra parte no resulta pacífica en la literatura, como lo reconoce el propio Roxin⁸⁴, el teórico que por primera vez trazó las líneas fundacionales, a los fines de distinguir los delitos de dominio, de los delitos de infracción de deber, en este entendimiento y conforme la dogmática del autor citado, los delitos de comisión por omisión, serían delitos de infracción de deber, en los cuales –ha de anotarse aquí, aunque ya se indicó antes– “existe coautoría cuando varias personas lesionan conjuntamente un deber común”⁸⁵.

g) También Santiago Mir Puig⁸⁶, ha propuesto un modelo de explicación de la coautoría en los delitos de omisión, explicitado sobre la base del esquema presentado por Jescheck, en orden a esta consideración, Puig, acepta la posibilidad de coautoría en la omisión en tanto el deber que se infringe sólo podría resultar cumplimentado por la actuación conjunta de varias personas.

En cambio, sí concurren sujetos con actuación positiva unos, y omisiva otros, opta por considerar al que omite como cooperador de un delito de comisión positiva.

h) Acorde se ha insistido en el presente estudio, la coautoría requiere de dos presupuestos esenciales a fin de tenerla como tal, ellos son el aspecto subjetivo, cuya realización cristaliza en el acuerdo de voluntades, y el objetivo que se materializa en la co-ejecución del hecho en común, con co-dominio funcional del hecho típico. Este postulado, sumado a la división del trabajo, construye en líneas generales la denominada coautoría funcional, ahora bien en este bosquejo la omisión o mejor dicho un proceder omisivo de varios partícipes sobre los cuales recae la obligación de evitar un resultado, sólo aceptaría en principio autoría individual de los sujetos que intervienen. Así resulta categórica la afirmación del catedrático Chinchilla Sandí⁸⁷ cuando escribe “la omisión no da más que para pensar en autoría. Sólo en algunos casos podría admitirse la figura de la participación –complicidad o cooperación necesaria– pero no coautoría. En este sentido sería posible la intervención en un

⁸³ Roxin, *Autoría*, p. 509.

⁸⁴ Muy instructivo es señalar la siguiente afirmación de Roxin, cuando se refiere a “Los límites del criterio del dominio del hecho”, allí afirma “También en los delitos de omisión, sobre los que por cierto se sigue discutiendo, no es posible una diferencia entre autoría y participación con ayuda del dominio del hecho. Porque mediante una pura pasividad característica de la omisión, no puede dominarse un acontecimiento. Por ello una serie de distintas concepciones se disputan aquí la delimitación correcta” (Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, tr. Manuel A. Abanto Vázquez, Idemsa). Una excelente investigación de autoría y participación en la órbita de los delitos de infracción del deber, en el artículo *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*, de Manuel A. Abanto Vázquez, “Revista Penal”, n° 14, julio 2004, www.cienciaspenales.net y www.terragnijurista.com.ar

⁸⁵ Roxin, *Autoría*.

⁸⁶ En su *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 393.

⁸⁷ Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*.

delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, siempre que se trate de una participación stricto sensu”.

En lo que a mi ponencia respecta, prefiero robustecer la posición que acepta la posibilidad de coautoría en la omisión, cuando cada uno de los coautores resulta garante de la evitación del resultado típico respecto de la misma fuente de peligro. Aquí se observa según entiendo, la contrariedad a un deber de actuar referido a varias personas en forma conjunta. Singularmente esclarecedor resulta el ejemplo del padre y la madre que omiten conjuntamente la prestación de asistencia alimentaria a su hijo, ocasionando la muerte de éste. Se podrá objetar que el deber que ostentan los progenitores respecto de su hijo consiste en un deber propio, individual o particular, sin embargo, esta consideración no obstaculiza a mi juicio, la existencia de un deber común o co-deber, que acepte la posibilidad de un acuerdo entre los progenitores en la realización del injusto⁸⁸.

Para concluir el acápite, es de advertir que la discusión técnica no ha perdido actualidad, por el contrario, la dogmática de la teoría del delito, continúa trabajando con el fin de obtener soluciones plausibles en un instituto por demás complejo, en el que a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina científica no hay consenso en cuanto a la contingencia de distinguir entre autoría y participación criminal.

9. Delito especial y coautoría

a) El autor de un delito especial debe en principio reunir la cualificación o caracteres propios exigidos por el tipo penal de la parte especial, en consecuencia, va de suyo que este tipo de delitos sólo puede ser realizado por algunas personas en particular, cerrando así el círculo de posibles autores.

Conforme lo reseñado, quienes reúnan aquí las cualificaciones requeridas por el tipo penal, reciben el nombre de “intraeus”, en función de cumplir con los requerimientos típicos necesarios para poder ser considerados autores. Diferente es la situación jurídica de aquella persona que no reúne o mejor dicho no cumple con la cualificación exigida por los tipos especiales, a quien se los denomina “extraneus”⁸⁹.

Por lo expuesto señalo que los delitos especiales se contraponen a los comunes, en que en estos últimos cualquiera puede acceder a la condición de autor, mientras que en aquellos (delitos especiales) la particularidad reside en la presencia del llamado sujeto calificado o intraeus, y el deber específico al que se encuentra obligado en función del rol que le toca cumplir en la esfera de protección del bien jurídico, que lo hace especial o diferente de los demás en tanto se espera de él un mayor compromiso para con la sociedad, en la tutela de determinados bienes jurídicos verbigracia, funcionario público que da un uso o disposición privada a bienes pertenecientes a la esfera de la Administración, actuaría malversando caudales públicos. Al menos esto indica la teoría.

A la vista de estas consideraciones no dudo en afirmar que es el legislador quien establece aquella persona que, por su condición de intraeus, puede resultar autor de

⁸⁸ Cfr. Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, p. 390, § 49 IV 87.

⁸⁹ Cfr. Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*, p. 377, con cita de Gómez Benítez.

un delito especial, así como también revela que los extraños, no pueden ser autores de un delito especial, al no reunir las exigencias requeridas por la norma⁹⁰. También la doctrina tradicional defiende la tesis de que en los delitos especiales propios la coautoría sólo resulta posible en tanto los partícipes sean intraneus. La posibilidad de que el extraño pueda ser considerado coautor es apreciada por un sector minoritario.

b) Las dificultades propias de los delitos especiales, lleva a Roxin, a crear la teoría de los delitos de infracción del deber (1963) (no exenta de críticas por considerarla violatoria del principio de legalidad penal, §28 del StGB), considerando entonces inaplicable para estos delitos la tesis del dominio del hecho, afirma Roxin “además se podrá 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 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”⁹¹. En todo caso el tratadista conceptualiza el carácter extratípico del deber quebrantado en los delitos de infracción de deber que no alcanza a todos los intervinientes en la obra delictiva.

c) Cabe asimismo recordar como válido para la aplicación de la coautoría en los delitos especiales, sin necesidad de recurrir a la tesis de los delitos de infracción del deber, que por otra parte no conocía, la reflexión de Karl Binding (1841-1920) “si el coautor es también intraneus nada se opone a castigarle como tal coautor:” “la prevaricación judicial es posible cometerla en coautoría, pero entonces los coautores han de ser miembros del tribunal durante el mismo proceso, esto es han de ser colegas in concreto”⁹².

Asimismo, se debe recordar siguiendo a Jescheck, que “como la coautoría constituye una forma de autoría, sólo puede ser coautor quien también es autor idóneo, respecto a las demás contribuciones al hecho”⁹³. Por eso no existe coautoría en los delitos de propia mano sin realización personal de la acción típica... y lo mismo pasa en los delitos especiales propios cuando falta la cualidad requerida”⁹⁴. Por cierto, es verdad, que el delito de falso testimonio debe enmarcarse entre los delitos de propia

⁹⁰ Es importante consignar la opinión del catedrático de Derecho Penal, de la Universidad de Huelva, Juan Carlos Ferré Olivé, quien en su trabajo *Autoría y delitos especiales*, en homenaje a Mariano Barbero Santos afirma: el legislador no sólo nos indica quienes, en su condición de intraneus, puede ser autor de un delito especial. También nos indica claramente que los extraneus no pueden ser autores, por no poseer la característica requerida. Pero el hecho de que no puedan ser autores no debe interpretarse como que no son destinatarios de la norma en estos delitos especiales. Las normas especiales van dirigidas a todos, tanto a intraneus como a extraneus. Por ello puede decirse que el partícipe de un delito especial también actúa en contrariedad a la norma. La norma también se dirige al extraneus, para evitar que participe en un delito especial de un sujeto cualificado. De esta forma (consigna Ferré Olivé) rechazamos los planteamientos que sostienen que en estos delitos la norma inculpativa se dirige a un número limitado de personas.

⁹¹ *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 386.

⁹² Citado por Enrique G. Ordeig, en *Autor y cómplice en derecho penal*, B. de F., p. 225, nota 74, con cita de Grundriss 1913, p. 152 y 174. Y también del mismo Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen I*, 1915, p. 267.

⁹³ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 617.

⁹⁴ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 617. Jescheck, acepta la posibilidad de coautoría en los delitos de propia mano en tanto los autores realicen la acción típica personalmente.

mano sin que resulte a mi juicio posible hablar de la posibilidad de ser cometido en coautoría o autoría mediata.

En todo caso, considero como la doctrina correcta aquella que niega la posibilidad de coautoría del extraño en los delitos especiales propios cuestión que puede apreciarse al no congregarse en su persona el deber específico al que resulta sometido el intraneus y reflexiono que aquel (el extraño) debe necesariamente ser considerado partícipe en sentido estricto.

En síntesis, la coautoría en los delitos especiales requiere necesariamente que cada uno de los autores cumpla los requerimientos personales requeridos por el tipo penal. Además, los delitos especiales admiten en líneas generales la posibilidad de coautoría del intraneus, la excepción, por ejemplo, los delitos de propia mano (considerados una variedad de los delitos especiales) que exigen la existencia de un agente más que calificado. Así el infanticidio es un delito autónomo especial, que únicamente admite que sea cometido por la madre, bajo las circunstancias exigidas por el tipo penal⁹⁵, aunque sin duda se podrá sostener la participación (complicidad e instigación) de extraños en este tipo de acciones, sin ningún tipo de reservas.

d) Por último, consiente de la diversidad de soluciones doctrinales conviene al menos dejar planteada la tesis de Fierro⁹⁶ cuando examina la noción de concurso de un extraneus con un intraneus, entonces partiendo de la premisa que sostiene que el coautor siempre debe reunir las cualidades que la norma penal exige para el autor afirma: “Los delitos especiales se clasifican en propios, que son aquellos que sólo pueden ser cometidos por sujetos calificados, e impropios, que están configurados por tipos generales que cuando son cometidos por personas que tiene ciertas cualidades

⁹⁵ Al preguntarse si es posible que el aporte de un extraneus a un delito de infracción de un deber pueda llegar a ser coautoría Javier Sánchez Vera Gómez Trelles escribe “ y desde ese punto de vista, la antigua teoría del delito especial supo ver acertadamente que únicamente ‘los pertenecientes a un círculo particular de personas’ pueden ser coautores del correspondiente delito especial, porque la coautoría no afecta a las características esenciales del concepto de autor: un extraneus no puede ser coautor de un delito de infracción de deber, del mismo modo que no puede ser autor”. También así sentencia nuestra jurisprudencia: “El extraneus que presta colaboración indispensable a la realización de un delito especial... no puede ser coautor, porque falta la calidad de funcionario indispensable para que el delito se produzca”. Esto mismo rige también, incluso en aquellos casos que el extraneus se encuentre en posesión del “dominio del hecho”, puesto que el dominio del hecho en los delitos de infracción de deber, como vimos no fundamenta la responsabilidad, ni por tanto, la coautoría. Un extraneus no puede ser, por ejemplo, autor de un delito de torturas para obtener una confesión porque no es funcionario; esto es, con independencia de si se encuentra o no en coposesión del dominio del hecho. “El no funcionario siempre responderá como partícipe, en tanto que la circunstancia de que haya tenido o no el dominio del hecho será tenido en cuenta a la hora de determinar la pena”. A continuación, afirma: Se explicó supra que la conjunción de los autores de un delito de dominio del hecho y de un delito de infracción de deber tiene como consecuencia un caso de autoría paralela. Con ello, se tiene en cuenta al obligado especial como tal; esto es, en su rol de obligado especial. Pero este obligado especial como cualquier tercero, puede también haber organizado algo. En este caso, además del correspondiente delito de infracción de deber, el especialmente obligado comete también a la vez otro delito, el común o de organización –con o sin dominio del hecho–, delito que se corresponde y habrá de ser valorado según lo que se haya organizado. Un extraneus puede, por tanto, haber organizado con un especialmente obligado, formando un colectivo en el que ambos se hayan repartido el “trabajo”, incluso de tal forma que el extraneus –atendiendo al quantum de su organización– aparentemente se haya convertido en coautor del obligado especial; en verdad, es coautor del delito común de dominio del hecho u organización y no del delito de infracción de deber (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, p. 222 y 223).

⁹⁶ *Teoría de la participación criminal*, p. 55.

(ascendientes, descendientes o cónyuge) son constitutivos de figuras agravadas o privilegiadas.

En general la doctrina es conteste con la solución antedicha por cuanto debe recordarse que la participación es la determinación o colaboración en un hecho ajeno, y así Gómez cita el ejemplo de la “quiebra fraudulenta... infracción que sólo puede ser cometida por quien reviste la calidad de comerciante, pero ello no es óbice para que lo secunden o instiguen otras personas que no reúnan esa condición y a las cuales las atrapan las normas de la participación criminal. Diferente es por cierto la situación de la coautoría ya que el coautor para ser tal debe reunir las mismas calidades que la ley exige para ser autor. Excepcionalmente, dicha coautoría puede presentarse en el caso de la violación, en el cual la doctrina en su enorme mayoría sólo admite al varón como sujeto activo de dicha infracción (violación más acceso carnal), nada impide que sea la mujer quien lleva a cabo la violencia sujetando a la víctima, en tanto el hombre es quien la accede carnalmente. Se trataría en la hipótesis examinada del concurso de un extraneus con un intraneus”. Quiero resaltar que en este caso en particular no debe existir duda alguna en considerar coautores tanto a quien accede carnalmente, como aquel que sujeta a la víctima con la finalidad señalada. Consecuencia de considerar que el delito de violación según entiendo no constituye un delito de aquellos que la doctrina denomina de propia mano, cuestión que no corresponde aquí ser tratada con el detenido análisis que merece, por exceder el objetivo perseguido en el presente escrito.

Por lo demás y con el propósito de reafirmar su posición el profesor Fierro, cita a Novoa Monreal, el caracterizado jurista trasandino, no admite en un delito especial la actuación aislada de un extraño, empero recepta la posibilidad de “hacerlo en comunidad con un intraneus”⁹⁷.

Culmino la acotación, expresando lo que a mi juicio constituye un interesante dato en el seno del derecho penal español, proveniente de la pluma del catedrático Enrique Bacigalupo, quien citando jurisprudencia española que llegó a admitir la coautoría e incluso la autoría mediata en la violación, asume una postura menos comprometida y luego de referirse a los criterios de Roxin y de Jakobs concluye: “si bien la existencia de la categoría de los delitos de propia mano ya no se discute, persisten los problemas de definir cuáles tipos deben enmarcarse en ella y que el único que parece estar fuera de duda ‘es el falso testimonio’”⁹⁸. El tratadista, sin embargo, no expone ningún motivo de fondo que permita excluir la violación de la tipología dicha y sus citas jurisprudenciales solo reflejan que el tema ha sufrido vaivenes en el tratamiento que le ha dispensado el Tribunal Supremo Español, sin una orientación clara (así se admitió la coautoría en dos sentencias de 1987; la autoría mediata en una de 1994 pero a la vez, reafirmaron el carácter de propia mano sendos fallos de 1992 y 1994). Debe tenerse presente, en cualquier caso... Que el nuevo Código Penal español modificó sustancialmente la definición del delito. Esta relación histórica merece especial atención en tanto demuestra los diferentes criterios con que ha sido tratada la cuestión en estudio por el alto Tribunal Español.

⁹⁷ *Teoría de la participación criminal*.

⁹⁸ SCIJ, Sala Tercera, 6/4/01, sentencia 00346, expediente 99-203695-0275-PE. Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 512 y 513.

10. Imprudencia y coautoría

a) Plantea dificultades la cuestión de cuán claramente puede admitirse la existencia de coautoría culposa o imprudente en el ámbito de la teoría de la autoría y participación criminal, llegando a constituirse en una de las cuestiones más controvertidas por la dogmática jurídico penal moderna.

b) Como se sabe, pese a algunos esfuerzos a contrario, la constatación de que el dominio del hecho no logra solucionar la regulación sistemática de los delitos culposos, confinando su método de aplicación exclusivamente a los hechos dolosos, aparece desde el punto de vista conceptual como acertada.

Lo cierto es que aún en el supuesto de acentuar esta complejidad, el paradigma dominante, indica que el esquema correcto a seguir en la configuración de la autoría en el delito de comisión doloso, autoriza a recurrir a la tesis del dominio del hecho, que bien podría verse complementada por algunas precisiones adicionales.

No sucede lo mismo respecto del llamado delito culposo o imprudente, que presenta para ilustres plumas, una serie de obstáculos a fin de admitir la aplicación de la tesis del dominio del hecho.

c) Sin perjuicio de que más adelante se abundará sobre esta última cuestión, conviene por ahora formular algunas precisiones históricas respecto del tratamiento que a esta materia le ha otorgado la doctrina alemana.

En este discurrir, me permito traer a colación el pensamiento de Franz von Liszt⁹⁹ y del controvertido Edmund Mezger¹⁰⁰, quienes admitían la coautoría culposa, aquí se advierte que tanto el creador del programa de Marburgo, como el representante más conocido en lengua española del neokantismo alemán de Baden (en su versión autoritaria), tomando como referencia el paradigma del caso de los albañiles de una obra en construcción, dan sustento a sus afirmaciones, en el sentido de que hay coautoría culposa en tanto varios operarios arrojan conjunta e imprudentemente una viga desde el andamio que estaban construyendo, sin avisar a los transeúntes y precisamente por su accionar culposo se produce un ataque al bien jurídico protegido penalmente consistente en la lesión o muerte de una o más personas.

d) Clausurada esta fase de análisis y como una primera aproximación, la doctrina penal germana ha producido un giro copernicano, en el ámbito de la coautoría culposa, consagrando un sistema unitario de autor, conforme el cual si varias personas producen imprudentemente un resultado típico cada una de ellas es sujeto de imputación de la totalidad del hecho en calidad de autor, sin necesidad de distinguir entre diversas formas o tipos de participación stricto sensu.

Conforme lo dicho la doctrina mayoritaria en Alemania rechaza o mejor dicho no acepta la posibilidad de coautoría en el delito culposo o imprudente.

e) Es verdad que se ha pretendido que esta negativa se basa en que la tipicidad del delito imprudente demanda que el autor haya infringido un deber objetivo de cuidado de donde la noción de riesgo y la infracción de deber de cuidado resultan los

⁹⁹ *Tratado de derecho penal*, t. III, 2ª ed., Madrid, p. 85.

¹⁰⁰ *Derecho penal. Parte general*, Din, p. 312.

dispositivos que definirán los límites de la autoría en estos tipos delictivos. También en relación con los problemas de autoría y participación¹⁰¹.

Por lo demás se concluye en la ineficacia de la coautoría en el delito culposo conforme la falta de propensión del instituto, al faltarle el requisito esencial de la resolución común de realización del hecho, de modo tal que si varias personas cooperan culposamente cada uno de los que intervienen debiera ser considerado autor accesorio o paralelo (Gómez Benítez).

f) Ahora bien, me permito una última consideración respecto del pensamiento reciente de Roxin cuando escribe “La posibilidad de coautoría imprudente tendrá que ser ponderada seriamente. Se tendría que construir un concepto independiente de la ‘comisión comunitaria’ en los hechos culposos que difiera de la coautoría en los delitos dolosos. Esto está permitido dogmáticamente y es posible. El que sea aceptable o no depende de si se consigue construir un concepto suficientemente preciso de la comunidad culposa. Y es que no se trata naturalmente de renunciar a la prueba de la causalidad de una conducta culposa solamente porque varias personas se comportan culposamente”¹⁰².

En este contexto, este requerimiento intelectual del maestro de Múnich, aparece con prognosis de horizonte lejano en Alemania frente a una realidad dogmática que por el momento no parece estar dispuesta a acercar posiciones que se exponen sumamente distantes, y se exhiben como una magna aporía. En tal sentido cabe destacar de acuerdo a lo dicho por el catedrático antes citado, la constelación de autores contemporáneos que defiende la posibilidad de existencia de coautoría culposa, sobre la base de la teoría general del autor¹⁰³, que abren paso a una nueva concepción escudada fuertemente en España.

No obstante, el valor de esta última afirmación, hay buenos motivos para pensar que en los delitos culposos sólo cabe la posibilidad de autoría en tanto la violación del deber de cuidado es absolutamente “personal e intransferible”¹⁰⁴. También es cierto que la falta de deber de cuidado que se corresponde con la tipicidad imprudente o culposa no resulta un aspecto que pueda resultar acordado previamente, cuestión que admitiría sobre bases sólidas el rechazo de la coautoría culposa.

Conforme lo expuesto se puede afirmar, que tanto los posicionamientos teóricos actuales en Alemania, como la regulación legal del BtGB relativos a la aplicación del

¹⁰¹ Ver *Autor y cómplice*, p. 359.

¹⁰² *Problemas actuales de dogmática penal*, tr. Manuel A. Abanto Vásquez, Ara, 2004, p. 218. En este sentido agrega Roxin: Hasta hace pocos años en la literatura alemana la doctrina totalmente dominante era aquella según la cual en los delitos culposos regía el concepto unitario de autor, de manera que cuando varios actuaban imprudentemente sólo era posible una autoría accesoría. Actualmente numerosos autores se muestran partidarios de la coautoría culposa. Los trabajos más minuciosos han sido trabajados en la monografía de habilitación de cátedra de Renzowski y el libro de Bettina Weiber sobre decisiones colegiadas. También habría que nombrar la reciente disertación de Simone Kamm sobre “Die fahrlässige Mittäterschaft” en Ratisbona.

¹⁰³ Ver Aboso, Gustavo E., *Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas*, “Revista de Derecho Penal. Autoría y participación I”, Rubinzal-Culzoni.

¹⁰⁴ Bustos Ramírez, Juan J. - Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta. En sentido similar se pronuncia Bacigalupo Enrique. Ver su teoría del delito. En *Manual de derecho penal*, Temis, p. 197 y siguientes.

concepto unitario de autor en los delitos culposos, se originan en la teoría finalista de la acción¹⁰⁵.

g) En España, la doctrina dominante adhiere a la existencia de la coautoría culposa o imprudente y, lo hace desde los diferentes alcances de la teoría de la autoría, lo que sí cabe enfatizar es que en su mayoría son los seguidores de la llamada teoría objetivo-formal, los juristas que defienden esta tesis¹⁰⁶.

h) Continuando con el análisis que se presenta en forma de controversia epistemológica. Enrique Del Castillo Codes¹⁰⁷, adhiere a la posibilidad de que la decisión común al hecho éste presente tanto en el campo del delito doloso como en el ámbito

¹⁰⁵ Welzel, hace más de medio siglo escribe: únicamente en los tipos dolosos existe la distinción entre autoría y participación y sólo en ellos se exige materialmente esa diferencia, la participación en hechos principales no dolosos es participación sin autor y por ello no es participación real o verdadera sino causación (Das Deutsche Strafrecht, 1969). Escribe Welzel: toda forma de participación imprudente se subsume inmediatamente en el tipo delictivo imprudente como causación imprudente y es autoría imprudente. justamente porque habíamos extraído de la regla de la participación los tipos delictivos imprudentes y la habíamos delimitado a los tipos dolosos, hemos concluido en un ordenamiento de participación vívidamente correcto (*Estudios de derecho penal*, B. de F., p. 116).

¹⁰⁶ En profundidad Chinchilla Sandí, *Autor y coautor en derecho penal. Parte general*. A modo de síntesis el citado catedrático señala: Antón Oneca, funda la codelinencia del delito culposo en la involuntariedad del resultado. En el mismo sentido cita a Córdoba Roda, quien la cimienta sobre la base del anterior art. 565 del Cód. Penal de 1973, hoy derogado. También Quintero Olivares, admite la posibilidad de coautoría imprudente, aunque se debe considerar que para el autor citado la coautoría es una forma de participación y no verdadera autoría. Cobos Vives acepta la coautoría imprudente partiendo de la voluntad ejecutiva que no abarca el resultado típico presente en la autoría única, es posible en la coautoría, un acuerdo ejecutivo que lo excluya. En concreta referencia a la existencia de coautoría imprudente se pronuncia Mir quien, a pesar de pronunciarse a favor de la teoría del dominio del hecho, que por regla general no acepta esta forma de codelinencia, admite expresamente esta posibilidad. Configura así la posibilidad de lograr el acuerdo común en la realización del hecho, separando el mismo del resultado que se produzca con esta acuerdo, con lo cual lo realmente trascendente según Mir viene dado por la separación por la comprensión de esta separación (entre hecho y resultado) También señala Chinchilla Sandí “según Mir la coautoría imprudente no se reconoce por la doctrina alemana debido a la imposibilidad de llegar al acuerdo mutuo entre los intervinientes en la realización del hecho. Sin embargo, reconoce que la doctrina española ha admitido la participación en los delitos culposos, resultando coherente a su entender, la aceptación de la coautoría en estos delitos. De aquí Mir viene a reconocer la posibilidad del acuerdo en común para la realización del hecho, separando el mismo del resultado que se produzca en este acuerdo. En realidad, lo importante es comprender esta separación y perder la fijación y relevancia del resultado en el delito culposo para alcanzar la coautoría. Esto conduce a dejar de lado el determinismo que siempre ha venido arrastrando la culpa, que es su inmediata vinculación con el resultado, debido a la ausencia de dolo para estudiar el elemento subjetivo. Ahora bien, esto nos conduce a entender que los intervinientes en el caso de coautoría culposa, actúan imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no respecto a su participación, que en todo caso debe ser querida. De esta forma no se admite la coautoría por imprudencia, aunque sí como ya se dijo la coautoría imprudente” (p. 364). Se podrían hacer objeciones a la posición de Mir, empero y con la prudencia del caso entiendo que al partir de la teoría del dominio del hecho para admitir la coautoría culposa, lo único que obtiene Mir es una hipertrofia de la tesis en cuestión, en función de que ésta en todo momento requiere inexorablemente de un acuerdo común entre los coautores, cuestión ésta última que no se observa en la coautoría culposa o imprudente, por lo que resultaría conveniente dejar de lado el dominio del hecho en la explicación y análisis de la coautoría culposa. Por otra parte, y tal como apunta Chinchilla Sandí, “el sistema adoptado por el CP español de 1995 se dirige hacia la existencia de la imprudencia en cada uno de los tipos penales que específicamente los regulen... ello conduce, en cierto modo, a dejar de lado la posibilidad de la participación en los delitos culposos y sumarse a un sistema unitario de regulación de la autoría en estos delitos” (p. 375).

¹⁰⁷ *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, p. 194 y siguientes.

de la imprudencia, cuestión que por cierto resulta difícil de aceptar conforme la estructura del delito imprudente, sin embargo y en relación a la coautoría imprudente escribe el citado jurista “En efecto si en el presente trabajo hemos mantenido que toda imprudencia consiste, subjetivamente en el conocimiento de un sector relevante de las circunstancias fundamentadoras del peligro para el bien jurídico y que el sujeto, al actuar con conocimiento de dichas circunstancias, se decide por un foco de riesgo que resulta de su actuación, es perfectamente posible que varios sujetos se concierten para generar en común un determinado foco de peligro. Ciertamente que tal decisión común no se proyectará sobre el resultado lesivo, dado que el mismo no forma parte del tipo imprudente ni, por tanto, es abarcado por la voluntad de los intervinientes, pero sí sobre las circunstancias riesgosas de las que derivará el resultado. Toda vez que el autor imprudente siempre actúa en dirección consciente hacia una determinada meta, que no es otra que la formación de un foco de peligro, puede constatarse una decisión de varios sujetos hacia un mismo fin penalmente relevante”.

Además, el jurista señalado, indica que objetivamente los autores actúen simultáneamente en la formación del foco de peligro, agregando que se encuentren bajo las mismas reglas de cuidado¹⁰⁸.

Un examen crítico pormenorizado del discurso de Codes, excede los límites de este trabajo, de ahí que me limite al único aspecto que considero decisivo y, que a pesar de resultar más que suficientemente debatido por la literatura no encuentra una solución que integre a la doctrina científica, por lo que continua bajo la lupa de los más destacados especialistas.

Concretando, el destacado profesor tutor de la UNED, refiere a la presencia en el ámbito de la imprudencia, como en el del delito doloso de una decisión común al hecho, en general debo decir que esta tesis es censurable en lo concerniente a la presencia de coautoría en los hechos por imprudencia, porque precisamente lo que falta en la imprudencia es ese acuerdo común, por lo que conviene hablar de autoría paralela¹⁰⁹.

No se puede negar, al menos así lo creo en tanto se corresponde con la experiencia cotidiana, que tampoco conduce a la coautoría imprudente, el hecho de que varios intervinientes tomen la decisión de infringir el deber de cuidado superando de esta manera la barrera del riesgo permitido, en estos casos podrá hablarse en última instancia de autoría (coautoría) por dolo eventual, más no de coautoría por imprudencia. Señaló además que Roxin en los últimos años y dentro de la evolución de la teoría del dominio del hecho ha señalado la posibilidad de que la imprudencia con representación permitiría un trato equivalente al dolo eventual.

En todo caso se podrá discutir el carácter de autoría paralela que Jescheck le imprime al instituto, empero entiendo que la solución debe partir de la ausencia o falta de resolución común que cosifica la imposibilidad conceptual de receptar la coautoría en los hechos por imprudencia, reservándola a los hechos dolosos. Consecuentemente en la búsqueda de una solución se impone al menos así lo entiendo, la indagación de los límites de la coautoría como resolución común de realización del hecho.

¹⁰⁸ *La imprudencia: autoría y participación.*

¹⁰⁹ Ver Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 529.

j) Entre muchas sentencias encuentro en el ordenamiento jurídico argentino una que refleja lo que se viene apreciando¹¹⁰, donde se dijo: “Ante la posibilidad de que al inducir al robo el imputado hubiera incurrido en una conducta violatoria del cuidado que fuera determinante del resultado muerte, cabe señalar que el imputado alegó que no sabía el modo en que reducirían a la víctima y que el juzgador terminó aceptando con las reservas del caso esa acomodada versión del encartado. Siendo así debe estimarse que la inducción no comprendió la forma de reducir a la víctima y que la concreta conducta de los autores de atarle los pies, las manos, los ojos y ponerle una media en la boca si bien permitiría responsabilizarlos por la imprudencia que esas acciones comportan no cabría hacer lo propio con el instigador, para quien la muerte en esas circunstancias no podía serle previsible. Cuando la muerte se atribuye como un resultado producido con motivo u ocasión del robo por imprudencia, no hay diferencia de los hechos dolosos, cogobierno de las acciones de los coautores ni recíproca imputación de las aportaciones individuales enlazadas con el plan común que aceptan los intervinientes, pues en el delito imprudente no hay coautoría ni participación, cada uno de los que producen el resultado es autor y las distintas contribuciones al hecho deben ser analizadas en forma independiente”.

En suma, este fallo se expone como paradigma ya que reproduce muchos otros que se han dictado en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, establece que la institución de la coautoría resulta reservada a los hechos dolosos, consecuentemente no existe la coautoría culposa o imprudente, porque el tipo culposo atrae a todo interviniente que por su acción infracciona un deber de cuidado (objetivo), causando un resultado típico, no logrando distinguir entre autores y partícipes. Entonces si se debe tomar posicionamiento respecto a diferenciar en el delito culposo entre autor y partícipes, me anticipo a expresar que conforme lo recepta con buenas razones el sector mayoritario de la dogmática Argentina y Alemana, no sería correcto desde un análisis jurídico-penal aceptar ninguna diferencia entre autor y partícipe, en función de que todo aquel que infracciona un deber (objetivo) de cuidado, causando una lesión al bien jurídico tutelado por el derecho penal, debe ser tenido como autor. Consecuentemente entiendo que en el delito culposo no tiene cabida un concepto restrictivo, sino que todo sujeto activo del delito, respecto del cual se haya comprobado que realiza un aporte con relevancia típica, responde como autor, aunque esto resulte sumamente controvertido por la dogmática jurídico penal contemporánea.

Sobre el postulado auspiciado, Daniel Domínguez Henáin¹¹¹ escribe “En la dogmática argentina, autores como Zaffaroni, Bacigalupo, y Fierro entre otros, sostienen que la participación es el aporte doloso que se hace a un injusto doloso de otro, por lo que no habría participación en el delito imprudente”. Sin embargo, el mismo Henáin, hace hincapié certeramente¹¹², en la existencia de una concepción doctrinal

¹¹⁰ SCBA, 27/9/01, “S., A. A s/recurso de casación” TCPE02-LP-P1508 RSD-787-1 S, juez Celestia (SD) MAG, votantes: Celestia-Mancini-Hortel. Trib. de origen CU0000PE, eDial.com, W15325.

¹¹¹ En *Participación en el hecho culposo y participación culposa*, “Revista de Derecho Penal”, Autoría y Participación-I, 2005-I-199.

¹¹² En la nota 11 del artículo *Participación en el hecho culposo*, p. 200. Bacigalupo escribe: “En los delitos culposos son autores todos los que infringen un deber de cuidado que caracteriza lo ilícito culposo” (*Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, p. 169).

que acepta la participación en el delito culposo y cita en tal sentido a Marco Antonio Terragni¹¹³. En función de este sustrato teórico, el mismo Henáin, considera la posibilidad en los delitos culposos o imprudentes, de efectuar una distinción entre autores y partícipes de la mano de una concepción puramente objetiva del suceso, agrega que por este camino se debe transitar en la depuración del criterio de deslinde entre autores y partícipes. Para luego rematar. “No obstante todas estas cuestiones sobre las que no existe acuerdo doctrinario, no invalidan la utilidad del criterio del dominio objetivo como pauta definitoria de la autoría culposa”¹¹⁴, esta concepción se sostiene para el citado jurista, no sólo en la autoría individual sino también en la coautoría¹¹⁵.

En resumen, la participación en el delito culposo es un problema todavía no resuelto, no sólo por la dogmática sino por la jurisprudencia, lo que representa una dura confrontación a la que aún no ha podido darse una respuesta unitaria, por lo que debe abogarse por la profundización permanente de la elaboración doctrinaria en esta materia.

11. Complicidad necesaria y coautoría

a) Al comienzo de esta contribución he señalado que los requisitos exigidos al autor, deben estar presentes necesariamente en el coautor, así elementos subjetivos exigidos por el tipo en cuestión, calidades que resultan exigidas para el autor en los delitos especiales y codominio del hecho en el sentido que cada uno de los coautores realiza una parte de la totalidad del hecho conforme el plan común, resultan aspectos fundacionales a los fines de construir el concepto de coautoría¹¹⁶.

Este punto de partida sirve para introducir el auténtico rasgo privativo de la coautoría esto es el principio de división de trabajo o de tareas –coautoría funcional– por el que cada uno de los coautores completa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito¹¹⁷. Consecuencia directa de esta afirmación, resulta que conforme el principio de división del trabajo, algunos realizarán tareas de mano propia, otros supervisarán la realización del acontecer típico, regulándolo y dominándolo, empero mientras tengan el co-dominio del hecho serán coautores¹¹⁸.

b) Diversa resulta la situación del cómplice quien carece del dominio o co-dominio del hecho, realizando un aporte doloso a un hecho antijurídico.

Podría decirse que, en el ámbito jurisprudencial argentino, la justicia de un Tribunal de Trelew, ha receptado estas exigencias doctrinales, en efecto la Cámara de Apelaciones, tiene dicho: “Cómplice es aquella persona que dolosamente presta

¹¹³ *Autoría e intervención de terceros en el delito culposo*, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Lerner, 2001, p. 446.

¹¹⁴ *Participación en el hecho culposo y participación culposa*, p. 207.

¹¹⁵ *Participación en el hecho culposo y participación culposa*, p. 225.

¹¹⁶ Véase Bellatti, Carlos A., *Exigencias dogmáticas fundamentales en materia de autoría criminal*, eDial.com DC9E5.

¹¹⁷ Bellatti, *Exigencias dogmáticas fundamentales en materia de autoría criminal*.

¹¹⁸ En este sentido, véase Bacigalupo, Enrique “El codominio del hecho en la coautoría presupone la comisión común del hecho. De acuerdo con ello habrá codominio del hecho cuando los coautores se dividan funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común; sin un plan que dé sentido unitario a la acción de cada uno, no puede haber coautoría” (*Lineamientos*, p. 175).

ayuda a otra para que ésta realice dolosamente un hecho antijurídico. Tanto el coautor como el cómplice cooperan en la ejecución del hecho, pero el cómplice carece del dominio del hecho. La complicidad indica una colaboración que se concreta en una prestación de ayuda que facilita o favorece a que el autor principal realice el hecho. En términos generales, cabe afirmar que cualquier medio es hábil para conformar la complicidad. Siempre que se emplee un medio que suponga una colaboración con el autor principal, prestándole ayuda para la realización del hecho, nos encontramos ante un supuesto de complicidad¹¹⁹.

c) Corresponde ahora señalar que en la cuestión vinculada al llamado cómplice necesario o primario y secundario o no necesario se deben formular algunas consideraciones de las que ahora me paso a ocupar.

Respecto de la primera cuestión (complicidad necesaria) resultan particularmente interesantes las reflexiones de José Cerezo Mir, respecto a la figura del cooperador necesario. En efecto al comentar la legislación penal anterior al llamado Código de la democracia (1995) Mir, discrepa con la inclusión de la figura referida en las legislaciones modernas por considerarla anacrónica, razonándola como “uno de los más graves defectos” del Código Penal español. Afirma “es probable que los nuevos tiempos exijan la desaparición de esta figura –lo que ya aconteció prácticamente en todos los códigos penales europeos– en tal sentido escribe: “la figura de cooperador necesario se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal, de los juristas italianos de la baja Edad Media. Según esta doctrina, el cómplice principal, es decir aquel que coopera en la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*) que era castigado con pena inferior”¹²⁰. Cabe recordar las razones que aduce Cerezo Mir, a favor de la eliminación del instituto en análisis, ellas se incardinan en la dificultad de medir la eficacia causal de las distintas condiciones, lo que de ser posible no resultaría decisivo para la medida de lo injusto y de la culpabilidad, medida que dependerá de criterios normativos tales como la concepción de lo injusto o de la culpabilidad que se defienda.

En suma, no me merece ningún tipo de objeciones considerar a los cooperadores necesarios como coautores, cuando tengan el codominio del hecho, aunque cierto es decirlo, no siempre resultará así, no lo tendrán tal quedo dicho, cuando realicen actos meramente preparatorios, ni tampoco actos de mero auxilio en la fase ejecutoria, que no aparezcan ex ante como una contribución esencial. De aquí, no es coautor quien sólo realiza objetivamente actos preparatorios de ayuda excepto que resulte coportador de la decisión común al hecho.

Cerezo da un ejemplo: el vigilante en el robo tendrá el dominio funcional del hecho y será coautor cuando su contribución, con arreglo al plan delictivo aparezca ex ante como esencial para la comisión del delito. No así en cambio cuando la cooperación del vigilante aparezca ex ante como inesencial aunque luego tenga que intervenir y su intervención sea decisiva para la comisión del delito¹²¹.

¹¹⁹ CApel, Sala A, Trelew, 21/6/00, causa: 000P000068, eIDial, BC 1306.

¹²⁰ Mir, José C., *Temas fundamentales de derecho penal*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

¹²¹ Mir, *Temas fundamentales de derecho penal*.

Entonces surge claramente el pensamiento de Cerezo Mir cuando sostiene “la figura de cooperador necesario refleja un enfoque causal –la teoría de la causa necesaria– y se basa de una contemplación *ex post*. El dominio funcional del hecho se basa en cambio en una contemplación *ex ante*”.

Corresponde constatar, asimismo, los casos en los cuales dominar el hecho resulta un supuesto compartido entre dos o más personas, empero sin que exista entre las mismas la presencia de un plan común, estaremos aquí en presencia de una autoría accesoria¹²².

La calificación del cómplice en primario y secundario es una cuestión de la cual también se ocupa Bacigalupo, citando para graficar su posición el tratamiento que le da a esta problemática el Código Penal argentino y otros que se sitúan en un mismo nivel de análisis, al respecto señala “que ambas categorías dependerán de que la ayuda haya sido de tal magnitud que sin ella el delito no hubiera podido cometerse o bien que no haya alcanzado tanta importancia respectivamente”¹²³.

Así se pone en evidencia la fórmula de la teoría de la *conditio sine qua non*, como lo explica el citado tratadista si se elimina mentalmente la acción del partícipe y el hecho no hubiera podido cometerse estaremos frente a una participación necesaria¹²⁴.

En cuanto a la posibilidad de que códigos como el argentino tengan como cooperador necesario a quien en realidad resulta ser coautor por la sencilla razón de que bajo determinadas condiciones tiene el co-dominio del hecho resulta ser palmaria, en efecto el que presta su auxilio o cooperación realizando un aporte sin el cual el delito no podría realizarse, por regla general después de haber comenzado la ejecución del mismo, co-domina el hecho y es coautor.

Por lo expuesto la argumentación de Bacigalupo me parece apropiada cuando refiere a la conveniencia de la supresión de las categorías de cómplices

Que proviene de modelos de codificación española, citando el art. 47 del Código Penal de Costa Rica (ley 4573) que reza: son “cómplices los que presten al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible”.

Comparto con el tratadista citado, la preferencia por una técnica legislativa que evolucione en el sentido indicado¹²⁵.

¹²² Bacigalupo, *Lineamientos*.

¹²³ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 182.

¹²⁴ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 182.

¹²⁵ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 177. Similar metodología legislativa en el Código Penal de Colombia art. 24 dice “El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad”. El Código Penal de la República Oriental del Uruguay, luego de conceptualizar al coautor en el art. 61. En el art. 62 dispone: “(de los Cómplices) Son cómplices los que no hallándose comprendidos en los artículos precedentes cooperan moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación”. Valgan las legislaciones citadas sólo como un signo especialmente significativo de la eliminación en la calificación del cómplice (primario; secundario; necesario o no necesario) en Latinoamérica. Corresponde constatar como legislación paradigmática en Europa el Código Penal Alemán (StGB), que en el § 27 establece Complicidad: 1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico. 2) La pena para el cómplice se determinará con base a la

Consecuentemente concibo que el llamado cooperador necesario deba ser considerado de lege ferenda, un estricto cómplice para el cual está disponible la pena del autor.

12. Razones de la punibilidad en la participación

a) Si por vía del absurdo la participación no fuera punible se dejaría impune la conducta de quien de manera efectiva coopera con su conducta y de esta forma contribuye a la acción del autor individual o coautor, en la realización del resultado delictivo.

De lo expuesto cabe deducir *lato sensu*, que el partícipe a pesar de no realizar la tipicidad legal presta ayuda dolosamente a la realización delictiva del autor.

Enrique Bacigalupo¹²⁶ con la claridad de pensamiento y reflexión que lo identifica escribe “la participación es una categoría dogmática que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan la acción típica. Por lo tanto, la participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son acciones típicas en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descripta en el tipo: determinar a otro a matar a un tercero –instigar– no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo –complicidad–”.

sanción penal establecida para el autor. La pena deberá atenuarse conforme al § 49, párrafo 1, la atenuación de la sanción penal del cómplice no resulta facultativa sino obligatoria. El Código Penal español (ley orgánica 10/95 de 23 de noviembre). En el Título II. De las Personas Criminalmente Responsables de los Delitos y Faltas. Legisla sobre la cuestión en los arts. 27, 28, 29 y 30. El art. 31bis refiere a supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que resulten previstos por este ordenamiento penal. Art. 27 Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. Art. 28 Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperen a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Art. 29 Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El art. 63 del C.E dice: A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito. Es el sistema del Código Penal español por el que se ordena una atenuación obligatoria en la pena que cupiera al cómplice. Ley Orgánica 10/1995. Según la doctrina española el Código Penal de 1995, diferencia entre quienes son autores reales y otros a quienes se consideran autores sin serlo, tan sólo a los efectos de la punibilidad. En función de la relevancia de su participación en él o los hechos realizados por el autor o coautor. Por último, el Código Penal argentino debe leerse en este título, fundamentalmente en los arts. 45 y 46 enmarcado en una hermenéutica diferente, que no puede negar una vocación, donde se podría admitir más de una interpretación respecto del concepto de autor-coautor al que no define. Libro I. del Título VIII. Art. 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado a otro a cometerlo. Art. 46. Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años (texto originario conforme a la ley 23.077).

¹²⁶ *Lineamientos*, p. 176.

En otras palabras, si bien el partícipe no realiza el tipo legal, objeto de actuación por parte del autor individual o coautor, realiza sí la norma prohibitiva de la parte general, cooperando con el injusto penal ejecutado.

De modo que del comportamiento del partícipe se desprende una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado, en función de la realización de la conducta típica y antijurídica del autor, de donde se sustenta el argumento que lleva a decir que la participación es accesoria respecto del hecho del autor y que esta accesoriedad es limitada.

En el derecho español, lo señala con exactitud el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid Orlando T. Gómez González¹²⁷ al destacar, que la doctrina española mayoritaria ha entendido que el derecho español adhiere al principio de accesoriedad limitada o interna, esto es realización de un hecho principal típico y antijurídico, lo cimienta en la significación que la doctrina le atribuye a la frase “ejecución del hecho” en los arts. 14 y 16 de la anterior legislación penal y en los arts. 28.2 a, 28.2b y 29 del Código Penal de 1995.

Escribe el autor citado “cuando se alude a la ‘ejecución del hecho’ sólo se está requiriendo por parte del autor la realización de un hecho típico y antijurídico, sobre lo que se fundamenta la punibilidad del partícipe, sin necesidad de exigir la culpabilidad o punibilidad del hecho principal”.

Esto lo reafirma Gómez González, cuando acertadamente escribe “el principio de accesoriedad limitada de la participación significa que la participación es accesoria respecto del hecho del autor. Depende de éste hasta cierto punto, siendo el hecho típico y antijurídico, no precisando que sea personalmente imputable al autor, por lo que no es necesario que sea ‘culpable’ descartándose por sí solas las variantes de accesoriedad máxima y mínima. Por tanto, no deben comunicársele al partícipe las condiciones personales del autor. Cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en el concurren”¹²⁸.

Como quedó dicho quien participa en la obra delictiva, lo hace en un hecho que resulta típico y antijurídico es decir es partícipe de un injusto¹²⁹ y no existe pretensión alguna de que el autor actúe en forma culpable¹³⁰.

¹²⁷ Gómez González, Orlando, *Participación criminal*, Madrid, G. Ibañez, 2004, p. 138 y siguientes.

¹²⁸ Cita a Mir Puig y Díaz y García Conlledo.

¹²⁹ Ver Welzel, en *Derecho penal alemán*, p. 134. escribe: Aunque la accesoriedad limitada no requiere de un hecho principal culpable, presupone sin embargo un hecho principal antijurídico doloso. La mayoría de la doctrina alemana sigue este principio. Asimismo, en *Estudios de derecho penal con traducción de Gustavo E. Aboso y Tea Löw, B. de F.*, 2002 escribe: 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”. Se afirma aquí la necesidad de tomar en cuenta la realidad de la vida social, cuestión que reafirma el catedrático de Bonn cuando manifiesta: “Ni siquiera la ley positiva puede eliminar estas diferencias básicas porque no son producto de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado” (*Estudios sobre el sistema de derecho penal*, título original “Studien zum Systems des Strafrechts”).

¹³⁰ En la década de los 60 del siglo pasado Paul Bocklemann (profesor de Göttingen) afirma: “La participación es, necesariamente, accesoria es decir dependiente de la existencia del hecho principal. Esta accesoriedad no es ‘producto de la ley’, ella está en la misma naturaleza de la cosa. Conceptualmente ‘algo’ al cual se prestan”. En *Relaciones entre autoría y participación*, tr. Carlos Fontán Balestra,

Por lo tanto y reconociendo la existencia de las diferentes teorías que pretenden encontrar la respuesta al fundamento de la punibilidad de la participación, que pueden hallarse en todo manual o tratado del derecho penal, parte general, adhiero a la llamada teoría del favorecimiento, es decir, aquella que encuentra el fundamento de punir la participación criminal, porque el partícipe realiza un aporte de significación para la realización del injusto del autor individual o coautor.

A la hora de valorar las consecuencias prácticas de esta aseveración, se afirma la necesidad de una dependencia del hecho realizado por el partícipe, respecto al que ocupa al autor. Dicho de otra forma, “el hecho del partícipe no es más que una participación al injusto del autor”¹³¹. Por el contrario, no se trata de un verdadero delito de participación, de momento constato que esta última posición corresponde a la llamada “teoría teleológica” defendida por Schmidhäuser¹³².

Enrique Bacigalupo explica contundentemente la diferencia que existe entre optar por una u otra posición escribe el prestigioso jurista “En la práctica, la diferencia sustancial de estos dos puntos de vista reside en que, para el criterio aquí seguido –teoría de la participación en lo ilícito– la punibilidad del partícipe depende de la punibilidad del autor, mientras que para la teoría teleológica tiene su propio contenido de ilicitud. En nuestros sistemas legales, la dependencia parece clara, ya que las circunstancias del hecho principal influyen sobre la punibilidad del partícipe cuando éste las ha conocido –Cód. Penal argentino, art. 48 in fine–”¹³³.

Por último, las consecuencias que derivan de la llamada “teoría de la corrupción” resultan a mi juicio poco convenientes, es que como expresión conceptual determinar un efecto corruptor que sobre el autor ha prestado el partícipe, no se apoya en una sistemática que entiendo correcta, y que se concreta en la accesoriedad limitada, sino que habilita la exigencia inaudible de la culpabilidad del autor principal o coautor¹³⁴.

b) Bacigalupo toma posición en un tema sumamente controvertido y afirma categóricamente: “la participación en los delitos culposos carece de todo sentido”¹³⁵.

c) También merece ser mencionado el destacado penalista Jescheck¹³⁶ quien tras explicar lo inconveniente que resulta una teoría de la participación que resulte comprensiva de la culpabilidad del autor, se pronuncia a favor de la teoría del favorecimiento, en los siguientes términos “De la teoría del favorecimiento se desprende que

Bs. As., Abeledo Perrot, p. 7. Bockelmann es un acérrimo defensor de las teorías subjetivas de la autoría, que procuran la distinción entre autor y partícipe desde el aspecto interno del sujeto (particularmente de la teoría del dolo).

¹³¹ Ver Bacigalupo, *Lineamientos*.

¹³² Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 178.

¹³³ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 178. Conforme la teoría teleológica de Schmidhäuser, la punibilidad del partícipe tiene su propio contenido de antijuridicidad, por lo que no existe accesoriedad en ninguna categoría dogmática entre el autor y el partícipe.

¹³⁴ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 178 y 179.

¹³⁵ Bacigalupo, *Lineamientos*, p. 180. En el delito culposo no sería concebible sino como la realización de un aporte contrario al deber de cuidado –dado que si el aporte, en lugar de ser sólo al deber, fuera doloso, estaríamos ante un caso de autoría mediata en la que se utiliza un instrumento que obra sin dolo– en los delitos culposos esta contribución comporta ya autoría. En consecuencia, al atenerse a razones sustanciales entiendo que el tipo imprudente se orienta a la captación de una conducta que infracciona un deber de cuidado causando un resultado desvalorado y tipificado por la ley penal, en el cual no cabe la posibilidad de distinción alguna entre autores y partícipes.

¹³⁶ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 624.

la voluntad del partícipe debe orientarse hacia la ejecución del hecho principal (RG 15,315 316) y que hay que exigir dolo en tal hecho principal (BGH 9,370 382). Sólo esta teoría es compatible con la ley, en tanto deja en claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo del delito, consistiendo su injusto en cooperar a la vulneración de la norma por parte del autor”.

En resumen, la punición de la acción del partícipe depende mínimamente del injusto del autor (individual) o coautor (varios), no de su propio injusto típico¹³⁷, por lo que la participación *eo ipso*, carece de un contenido que le sea propio.

13. Coautoría y participación una aproximación al normativismo radical. Excurso

a) El normativismo radical históricamente hunde gran parte de sus raíces epistemológicas en el desplazamiento que sufre la persona humana, a la cual se sacrifica en pos de la búsqueda permanente de un “sistema”, y subsistemas que resulten útiles en la exploración y permanencia de modelos teóricos conceptuales, que se adapten a las necesidades que resultan propias de los sistemas, con un total y significativo desprecio por el principio de humanidad de quienes no ofrezcan un mínimo de seguridad cognitiva, considerados como enemigos del derecho o no personas.

Emparentado con lo anterior, la persona, el individuo, es tomado como centro de imputación e instrumento de estabilización social de expectativas.

Para contraponer tal postura que algunos autores consideran como legítima vale contrastar las palabras de Welzel, e incluso las de Roxin, respecto de la consideración del ser humano como persona: “Si el derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia tiene que reconocer al hombre como persona, como ser responsable” afirma Welzel y esta es la posición que resplandece e ilumina toda su dogmática jurídico penal.

En sentido similar Roxin, en efecto el citado jurista luego de exponer su teoría relativa a la justificación de la culpabilidad penal, que por otra parte se puede o no sentir, dice textualmente “para decirlo con Jakobs, para la ‘práctica de fidelidad al derecho’, no es aceptable. Pues entonces, el individuo no es más tratado según la medida de su propia personalidad, sino sólo como instrumento de intereses sociales. Una instrumentación semejante atenta contra la dignidad humana y, ya por eso no puede resultar una concepción de culpabilidad defendible”¹³⁸. Probablemente Roxin, tiene presente los mismos aspectos que Welzel, cuando alude en términos generales a la dignidad de la persona humana, sin dejar de ser un férreo crítico de la dogmática del maestro de Bonn.

¹³⁷ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 625. Cita un verdadero contra modelo cuando escribe: “Lüderssen acepta tipos de participación independientes y desligados del injusto del hecho principal; él se apoya en que al partícipe no se le hace responsable por el favorecimiento de un hecho ajeno, sino por el propio injusto típico. La dependencia de la punibilidad del partícipe respecto de la concurrencia del hecho principal sería de naturaleza meramente fáctica. De esta forma se abandona la accesoriedad de la participación y, en consecuencia, también la estructura de la inducción y de la complicidad según la orientación de aquella hacia los tipos de la parte especial”.

¹³⁸ Claus Roxin, *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*, tr. Elena Carranza y Fabricio Guardiola.

b) Desde luego esto no quita validez ni significación a la investigación del discurso dogmático del normativismo radical.

c) Mucho menos tratándose de la elaboración de un sistema completo de derecho penal (teoría jurídica del delito) como es el caso del redactado por Günther Jakobs, equiparable en este sentido sólo a Frank Von Litz y Hans Welzel. Sin embargo, no resultaría razonable dejar de lado u oscurecer, el programa desarrollado por Roxin, donde construye el paradigma normativista teleológico, apoyado en elementos antológicos¹³⁹. Se evidencia de esta forma y en lo que aquí interesa la circunstancia sobre la que procesa el dominio del hecho, con base antológica, con otras palabras, el citado tratadista cuando refiere a dominar el hecho formula una combinación de elementos normativos con datos antológicos, que conlleva un reconocimiento superlativo en la doctrina y jurisprudencia dentro y fuera de Alemania.

d) Ahora bien, retomando el tema que me ocupa, Jakobs emprende un esfuerzo a fin de procurar el inicio de una etapa terminal de la teoría del dominio del hecho¹⁴⁰, que desarrolla con fenomenal sutileza, otorgando a la atribución normativa una escala superadora a la del dominio, que determina la cantidad de una intervención delictiva. Por otra parte, se debe tener presente el hecho irrefutable que marca a fuego todas las reflexiones de Jakobs en su proyecto de reformular la teoría de la dogmática jurídico penal.

Para el logro de esta finalidad establece un esquema de objetivización y normativización de la tipicidad que va más allá de la imputación por el resultado, y que viene desarrollándose con fuerza significativa en la dogmática hispanoparlante, especialmente en los denominados delitos imprudentes. Consecuentemente para el discípulo de Welzel, se debe alzar vuelo con un principio que se configura necesariamente en la sociedad de libertades que no es otra cosa que un principio de auto responsabilidad, lo que lleva a que todos respondan respecto a las consecuencias de su comportamiento¹⁴¹. Siguiendo la costumbre de los expositores, pone un ejemplo para convalidar su afirmación; escribe Jakobs: Si un juez sigue desarrollando un determinado proceso a pesar de la amenaza de unos terroristas de asesinar a un ministro, si el proceso continúa, no por ello el asesinato del ministro –al menos en lo que se refiere a esta razón– se convierte en asunto del juez. Dicho de otra forma, la conducta del magistrado no depende de que el autor individual o los autores, realicen la acción típica.

Lo anterior significa en la práctica aplicar la teoría de la prohibición de regreso la cual y conforme la concepción del tratadista antes mencionado, corresponde determinarla como una concepción que forma parte de la imputación objetiva, debiendo tenerla como una problemática inherente al tipo objetivo, y contraria a la imputación por el principio garantista de accesoriedad.

f) En cuanto se refiere al punto central objeto del presente epígrafe, el jurista de Bonn, afirma que la coautoría constituye una división de trabajo o de tareas que resulta vinculante (como se expresó al comienzo de este ensayo) la particularidad es que el citado profesor entiende que este reparto de tareas en lugar de aislar, resulta

¹³⁹ Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, 1969.

¹⁴⁰ *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 87.

¹⁴¹ *El ocaso del dominio del hecho*, p. 94.

vinculante, con sus propias palabras dice: “el reparto de trabajo puede producirse de tal manera que una persona deba aportar una determinada prestación a otra, debiéndose ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación. Esto es lo que sucede en la mayoría de los casos de la vida diaria: el vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizadas por el adquirente”¹⁴².

Luego de referirse al sujeto que lleva adelante una prestación que produce un riesgo de posterior desarrollo delictivo que resulta ubicado en la misma línea de análisis que el ejecutante escribe: “Mientras en el reparto de tareas con efectos de aislamiento lo común se limita a un intercambio de prestaciones, en el caso del reparto de trabajo que vincula. Lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no sólo la suya propia. Dicho de otro modo: los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno –una así llamada teoría de la participación en el injusto que debería castigar también al *agent provocateur*, ya que el autor principal al menos realiza un injusto de tentativa–, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir comete también en el acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya”¹⁴³.

¹⁴² *El ocaso del dominio del hecho*, p. 95. Véase también, Feijóo Sánchez, Bernardo, *Límites de la participación criminal*, Universidad del Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, p. 60. El punto de partida del citado monografista, comienza con palabras del propio Jakobs respecto de cómo concibe el jurista de Bonn, la llamada prohibición de regreso “cuando la conducta del autor” es susceptible de interpretación sin necesidad de recurrir a un plan delictivo propio o ajeno, siendo los otros los que desarrollan los resultados del comportamiento en una dirección delictiva. Sobre esta cuestión extensamente, Jakobs, *Teoría de la imputación objetiva en derecho penal*. Feijóo Sánchez afirma: Es decir, el criterio de delimitación entre lo penalmente irrelevante y el injusto de participación es determinar si otra explicación de la conducta del favorecedor del delito tiene sentido, sin necesidad de recurrir a la posterior actuación del autor del delito y esta regla es igual de válida para supuestos de participación dolosa e imprudente o para supuestos en los que el hecho principal es doloso o imprudente.

¹⁴³ *El ocaso del dominio del hecho*, p. 98. Agrega Jakobs: Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de la distinción entre autores y partícipes sino sólo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo. Frente a la cuestión que se plantea en este punto, relativa a quién entre los intervinientes tiene el dominio del hecho, la respuesta sólo puede ser la siguiente: el colectivo. Esta respuesta no debe entenderse en el sentido de que el hecho que es dominado es el acontecer desde el primer acto preparatorio hasta la ejecución. De lo único que se trata aquí es del hecho típico, es decir de la ejecución del hecho. Ahora bien, esta ejecución parece estar dominada exclusivamente por el sujeto que ejecuta, y éste es el modo de ver las cosas de una extendida teoría que en todo caso convierte a los intervinientes en la ejecución (y sólo a éstos) en autores, es decir, que quiere atribuirles el dominio del hecho en exclusiva. Esto ya en sí mismo es problemático, incluso difícilmente pueda resultar coherente. Cuando son varios los que ejecutan, por ejemplo, en el robo con violencia, es uno el que ejerce violencia y el otro el que se apodera de la cosa, se afirma tienen un dominio del hecho común, “funcional”. Incluso la antigua teoría formal-objetiva hubiera afirmado la existencia de autoría, al existir al menos ejecución de propia mano respecto de uno o de varios de los elementos del tipo. Ahora bien, debería asumirse que en cuanto dominio ostentado de propia mano sólo hay un dominio parcial, mientras que aquellos elementos que realiza en cada caso el respectivo otro no son susceptibles de ser imputados en virtud del dominio ejercido personalmente, sino sólo en virtud de lo común, por el actuar de un colectivo. Quien no quiera limitarse a los autores únicos, no puede evitar de ningún modo la imputación de elementos de la acción de ejecución que no han sido realizados por el propio sujeto.

Es sencillo advertir que en este nivel de análisis, que propone Jakobs no existe diferencia alguna entre autor o coautor y partícipes.

Así lo describe el jurista Rafael Berruezo, quien subraya “En la coautoría para imputar el hecho, de lo que se trata es determinar una competencia común por el hecho total. La competencia conjunta por el delito se produce cuando varias personas han contribuido culpablemente a su realización mediante aportes prohibidos. En este nivel cualitativo, no se diferencian los autores de los partícipes”¹⁴⁴.

Más adelante en la misma obra y con cita de Jakobs¹⁴⁵ afirma “El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya”. Y ante la pregunta de quién tiene el dominio del hecho, para diferenciar entre autores y partícipes la respuesta es que el dominio lo tiene el colectivo. Es por ello que, en la ejecución del hecho según Jakobs, el dominio del hecho lo tiene tanto el autor o coautor, como el partícipe en tanto cada uno de ellos domina una parte del hecho que según su competencia se le imputa.

Consecuentemente si se trata de determinar quién es o resulta ser el sujeto de comportamiento, la respuesta se hallaría, en un sujeto único en tanto los coautores y partícipes serían imputables por las mismas reglas de imputación¹⁴⁶. A lo dicho correspondería agregar la siguiente afirmación del profesor de Bonn “Por tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho... y de lo contrario no existe codelinencia, sino sólo una tentativa de ésta”¹⁴⁷.

Por lo tanto según la posición que defiende Jakobs, todos aquellos que de una u otra forma intervienen con su obrar delictivo en el hecho típico, cuya configuración resulte dolosa o imprudente (en la ejecución del hecho) producen un motivo o razón que crea la eventualidad de una imputación, en la cual no existe distinción alguna entre autores y partícipes, de aquí la vinculación con lo que él denomina el colectivo¹⁴⁸, que por otra parte fulmina cualquier posibilidad de trabajar con un concepto restrictivo de autor y consecuentemente con la teoría de la accesoriedad.

En el contexto de tal panorama, cada uno de los intervinientes resultaría competente (utilizando la terminología de Jakobs) por la totalidad del hecho realizado,

Pero sí es que existe la posibilidad de imputar a título de autor partes de la ejecución que son llevadas a cabo por parte de otro, no hay razón alguna para limitar esa imputación a título de autor a los intervinientes de la ejecución. ¿Por qué no también al jefe de la banda que ya no interviene en la fase de ejecución? (*El ocaso del dominio del hecho*).

¹⁴⁴ En su magnífico trabajo *Autoría y participación desde una visión normativa*, B. de F., 2012, p. 306 y 307.

¹⁴⁵ *El ocaso del dominio del hecho*, p. 98.

¹⁴⁶ Berruezo, *Autoría*, p. 316. asimismo, respecto de la cuestión escribe: En relación al “colectivo”, nos hallamos ante un único sujeto de comportamiento y de la imputación, al cual la norma de sanción designa como “quien” o como autor de la ejecución. Esto en razón de que todos los intervinientes, esto es los coautores, partícipes, son abarcados de la misma manera (“el colectivo”). En el ámbito de la imputación para tratarse de una dogmática normativista de la imputación (una dogmática de la imputación objetiva) debe fundarse en que alguien se convierte en parte junto con otros de un colectivo y por ello le incumbe a él la acción del colectivo.

¹⁴⁷ *El ocaso del dominio del hecho*, p. 103.

¹⁴⁸ *El ocaso del dominio del hecho*, p. 99.

cuando le proporciona al ejecutor un aporte delictivo que vinculare al interviniente con la ejecución (por esta razón el partícipe sensu stricto actúa culpablemente, dicho de otra forma conforma su actuación a la realización típica) lo que sepulta la diferencia entre el autor y el partícipe, en el horizonte de investigación del injusto típico. Quiero agregar que este razonamiento llevaría a desestimar la posibilidad de distinción entre autor y partícipe, relegándola a los grados de gravedad que se utilizan para evaluar la necesidad y merecimiento de pena¹⁴⁹, cuyo objetivo, aunque parezca sutil vale la pena repetirlo, resulta aniquilar, con argumentos que no convencen el distingio entre autor y partícipe.

14. La problemática de la coautoría en los delitos de infracción de deber. La teoría jurídica. Marco conceptual

a. Estructura de los delitos de infracción de deber

a) Resulta de especial consideración en la praxis y en concreto por lo que el objeto de esta investigación se refiere, tomar en cuenta simplificando en exceso, la temática que surge en torno a los llamados delitos de infracción de deber, categoría propuesta por Roxin, a comienzos de la década de los sesenta del siglo XX; y sus consideraciones resultan de gran actualidad y rigor científico, caracterizando esta cuestión cómo un problema de tipo, en tanto estos delitos requieren para su configuración la infracción de un deber extrapenal (deberes que provienen de otras ramas del derecho en general) como elemento constitutivo de la autoría¹⁵⁰.

El instituto es tratado en detalle por Roxin, en efecto, en cuanto se refiere a las particularidades que reúnen esos deberes afirma que “todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación

¹⁴⁹ Resulta interesante aquí reflexionar sobre el análisis que efectúa Schünemann en “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel”, p. 258 y 259. Donna, Edgardo A. (dir.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. Cuando escribe “Para Jakobs se trata aquí de aquel reemplazo de la realidad y estructuras de la realidad por significado y atribución que desde hace más de diez años representa la quintaesencia de su teoría penal y, por cierto, también de su teoría del derecho. Como se sabe, esto comienza con la teoría de la pena, ya que Jakobs rechaza expresamente todo fin a perseguir con la pena de influir en la conducta de algún individuo. En su lugar, quiere legitimar la pena sólo con la necesidad de marginalizar mediante una aseveración contraria objetivada de la pena, la afirmación del autor objetivada en el hecho de que la norma no vale. De un modo muy similar, lo que caracteriza la autoría o complicidad no sería el verdadero peso causal de un aporte, sino el significado, el que, como Jakobs dice, sería el sentido delictivo de la aportación, por el que cada interviniente sería competente automáticamente por la totalidad del hecho. Por eso todas las aportaciones con sentido delictivo serían objetivamente equivalentes y sólo podrían diferenciarse en el nivel de la medición de la pena”. A mayor abundamiento expresa Jakobs en *El ocaso del dominio del hecho*. Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de distinción entre autores y partícipes, sino solo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo. Jesús María Silva Sánchez, al hacer referencia a la globalización económica e integración supranacional, que se muestran como dos pilares de la organización de las sociedades postindustriales expresa “En el ámbito de formas de intervención en el delito, tienden a imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y participación; algo que se advierte en el plano de la pura tipificación si se examinan los tipos en materia de tráfico de estupefacientes o blanqueo de capitales” (*La expansión del derecho penal*, B. de F., p. 105).

¹⁵⁰ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*.

con el contenido del injusto del hecho y porque el legislador los considera la figura central del suceso, como autores, precisamente debido a esa relación¹⁵¹.

Ahora bien, desde el punto de vista técnico-jurídico la referencia a estos tipos de delitos que propone el citado autor, determina que el dominio del hecho no resulta exclusivo ni excluyente para configurar autoría, en términos más simples en los delitos de infracción de deber la figura central del suceso de actuación, actúa sin tener el dominio del hecho y en materia de accesoriedad la acción se desentiende del dolo de quien la realiza.

b) La necesidad de tomar en cuenta que la doctrina del dominio del hecho jamás tuvo un viso de universalidad en la determinación de la autoría es puesta de manifiesto por Silvina Bacigalupo¹⁵², cuando luego de precisar que el criterio general que aplica Roxin para la construcción de esta categoría delictiva se fundamenta en los delitos de funcionarios afirma “En estos delitos no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta la que determina que una persona pueda ser autor del delito: es el deber especial que surge de una determinada situación jurídica cuya lesión consciente fundamenta la autoría. De ello se debe extraer también, generalizando la conclusión a todos los tipos que requieren que el autor haya infringido un deber especial, la consecuencia de que en la categoría de los delitos especiales el elemento determinante de la autoría no es el dominio del hecho. También en aquellos casos en los que el círculo de autores no se encuentra delimitado inicialmente por la existencia de una determinada profesión o status, como en el caso de los funcionarios, se repite una misma situación. Autor de un delito de administración desleal (Untreue del §266 StGB; administración desleal del art. 295 del CPE) sólo puede ser aquél a quien le incumba el deber de proteger el patrimonio ajeno, el que no sea portador de tal deber, aunque domine fácticamente el hecho, sólo puede entrar en consideración como partícipe¹⁵³. Desde este punto de vista la solución de quien domina el hecho como partícipe se presta a una única interpretación, en tal sentido su acción puede ser objeto de sanción, sí por el contrario se relega de esta solución lo único que queda para quien domina el hecho sería la impunidad.

En suma concuerdo con Silvina Bacigalupo¹⁵⁴ el criterio para diferenciar si se trata de un delito de dominio o de infracción de deber, se debe observar en la construcción de la estructura del tipo, porque como expresa la catedrática de la universidad de Barcelona “mientras en los delitos de dominio es autor el que domina el hecho, es decir el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe, aunque no sea el que dirige la causalidad al resultado”. En otras palabras, autor de un delito de infracción de deber es aquel especialmente cualificado para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, de aquí que el extraño o no cualificado, no puede ser

¹⁵¹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

¹⁵² *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Marcial Pons. En contra de esta tesis, Jakobs, para quien la referencia a la estructura típica no se sostiene en los delitos de deber, por lo que habrá que estar a los deberes institucionales que corresponden al agente.

¹⁵³ *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 56. El mismo argumento se aplica en Argentina al llamado “delito de administración fraudulenta” (art. 173, inc. 7, Cód. Penal).

¹⁵⁴ *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 57.

autor aunque actúe con dolo y tenga el dominio del acontecer causal, lo que supone una sustancial modificación en el marco de la accesoriedad de la participación¹⁵⁵.

Habida cuenta de las cuestiones tratadas no puedo dejar de mencionar en apretada síntesis la excelente monografía del profesor Sánchez Vera¹⁵⁶, ciertamente en-

¹⁵⁵ *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 16 y siguientes. Jakobs recoge el concepto de delito de infracción de deber de Roxin. Por otro lado, los llamados por Roxin delitos de dominio resultan para Jakobs delitos de organización. Conforme la explicación que brinda en este punto Silvina Bacigalupo y que creo de especial relevancia reproducir aquí. Jakobs ha introducido importantes cambios en la elaboración conceptual de los delitos de infracción de deber. Precisamente en el fundamento de la teoría es donde la posición de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber difiere del planteamiento de Roxin. Para Jakobs todo sujeto que se encuentra sometido a una institución está obligado al cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por esa institución. Por tanto, delitos que son, en principio y de manera general de dominio se convierten en delitos de infracción de deber en virtud de la infracción de deber inherente al rol institucional del sujeto. El obligado por una institución se convierte así en un obligado especial, es decir en garante del bien jurídico protegido frente a una norma que contenga un deber general de protección del bien. Por ejemplo, nuevamente: el padre que debe evitar la muerte del hijo y no hace lo que está dentro de su posibilidad, convierte el delito de homicidio en delito de infracción de deber por la fuerza de la institución (patria potestad) que le incumbe y es autor, aunque su aportación al hecho no le haya conferido ni el dominio ni codominio del hecho. La diferenciación fundamental entre los delitos de dominio u organización y los de infracción de deber se puede presentar pues en todos los delitos de la parte especial y es consecuencia de los subsistemas normativos del derecho penal. Por el contrario, para Roxin los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extrapenal. Este elemento es irrelevante para Jakobs pues como vimos la calificación de delito de infracción de deber dependerá de la relación institucional que tenga el sujeto con el bien jurídico protegido por la norma. Esto explica una diferencia fundamental que ya hemos señalado: para Jakobs no es la estructura del tipo lo que fundamenta la categoría de los delitos de infracción de deber, sino que se integra con una estructura institucional, así prefigura la responsabilidad en relación a la existencia de una institución que implica la necesidad de presencia de un mundo compartido entre el bien jurídico protegido y el autor del hecho. Jakobs amplía así la calificación de los delitos de infracción de deber por encima de las características del tipo –y con ello, por tanto, también los extremos delimitadores de la autoría y participación– abarcando todos los casos en los que se constate la concurrencia de un deber institucional o en los que el autor sea un obligado especial. Por ende, para Jakobs son delitos de infracción de deber no sólo aquellos que contienen un deber extrapenal sino toda forma de conducta en la que el autor lesiona un deber institucional, aunque el tipo de la parte especial haya sido formulado como un delito común. El deber institucional no es accesorio para los partícipes que no están obligados por él (Bacigalupo, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 84 y ss.). Asimismo, de las reflexiones efectuadas por Jakobs, interpreta para los delitos que la doctrina en general denomina de infracción de deber, deviene más preciso, partiendo de su construcción sistémica tenerlos como “delitos con deber que elude la accesoriedad” quedando relegada la denominación de delitos de infracción de deber (Jakobs, *Parte general*, p. 259). Urge empero establecer aquí una importante distinción resultante de las consideraciones formuladas por el profesor de Bonn, respecto de los delitos especiales y los denominados delitos de infracción de deber, que se sostiene en que en esta última categoría el círculo cerrado de autores deviene de la existencia previa de una institución, consecuentemente el marco de aplicación se enclava en la relación institucional del autor con el bien jurídico protegido, que en este caso resulta lesionado o puesto en peligro, esto significaría la matriz de donde surge la autoría. En cambio, en los delitos especiales la calidad de autor se desprende de la construcción del tipo objetivo, en que sólo un conjunto cerrado de agentes puede reunir los requerimientos necesarios para ser considerado autor. Para finalizar la nota y a fuerza de resultar reiterativo, en la concepción de Jakobs, infraccionar un deber no constituye ningún indicador de la estructura o conformación del tipo penal, sencillamente porque la solución se imbrica con deberes institucionales del agente, en cambio para Roxin la estructura del tipo penal resulta fundamental, como quedó establecido, en la conformación de esta categoría de delitos.

¹⁵⁶ Sánchez Vera Gómez Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons.

comiada no sólo por Roxin, sino por la doctrina especializada. El mencionado autor atendida la índole del argumento, afirma conclusiones novedosas, así en los delitos de infracción de deber el distingo entre instituciones negativas (*neminem laede*) e instituciones positivas, que según su criterio resultan absolutamente diferenciadas ya que de la primera surgen deberes negativos, en cambio de las instituciones positivas nacen deberes positivos¹⁵⁷ y precisamente de la infracción de deberes positivos es de donde resultan los delitos de infracción de un deber, en tanto porque de las instituciones negativas de no dañar no son opuestas con instituciones positivas que se solidarizan y coadyuvan a la realización del bien jurídico tutelado. Dice Sánchez Vera¹⁵⁸ contrariamente al pensamiento de Roxin; que la estructura de los tipos de la parte especial de los códigos penales no define o conceptualiza los llamados delitos de infracción de deber, sino que estos son el resultado de la posición que ocupe el sujeto dentro de la estructura jurídica. Más adelante agrega “la intercambiabilidad no rige, empero, para el concepto de ‘institución’. Y es que la institución negativa ‘no dañar’ no se encuentra en una relación de contradicción con las instituciones positivas de edificación del mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico” continua el autor la institución negativa (cuya lesión supone un delito de dominio) reza: “No hace falta que organices, pero si organizas, te has de ocupar de las consecuencias de tu organización”.

Las instituciones positivas que dan lugar a los delitos de infracción de deber, disponen en cambio: “Has de edificar un mundo en común con un determinado beneficiario de la institución, para su ayuda y fomento”. La institución negativa –y en verdad con independencia de su formulación como prohibición o mandato– señala únicamente que el otro debe ser respetado como persona. Las instituciones positivas exigen, además la edificación de un mundo en común. Así pues, los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los que describen un delito de dominio o común, conceptos inintercambiables institución negativa/institución positiva, y no de acuerdo con los conceptos intercambiables prohibición/mandato. Si un tipo penal se encuentra aparentemente, formulado como una prohibición –p.ej., la prohibición de matar del art. 138 del Cód. Penal– esto no significará una necesaria correlación con la institución negativa ni por tanto con un delito de dominio del hecho. Aquellos tipos de la parte especial que supuestamente (según la opinión dominante) por estar formados a modo de prohibiciones –v.gr., el homicidio–, pueden ser también delitos de infracción de deber, puesto que tales tipos han de ser interpretados de acuerdo con las instrucciones descriptas. “Por ello el padre –obligado especialmente por la institución paterno filial– que mata a su hijo es autor de un delito de infracción de un deber y no simplemente de uno de dominio del hecho”¹⁵⁹. Yendo más allá Sánchez Vera advierte que las instituciones positivas se enmarcan en un doble contenido ya que ellas mismas encierran (a diferencia de la institución negativa) una institución negativa, este expediente lo fundamenta con el siguiente esquema. El deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo para su ayuda y fomento, en virtud de la institución positiva paterno filial, comprende evidentemente el deber de no dañarle. Esto que parece una obviedad conlleva consecuencias en cambio, que no siempre son tenidas en cuenta por la generalidad de la doctrina: si la madre organiza algo

¹⁵⁷ Bacigalupo, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 91.

¹⁵⁸ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 281.

¹⁵⁹ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 282.

dañoso para su hijo –p.ej., facilita el arma homicida a quien pretende asesinarlo– quebranta no sólo una institución negativa, sino también la positiva, y por tanto, lleva a cabo un delito de infracción de deber, con todo lo que ello implica a nivel de autoría y participación (es autora y no partícipe)¹⁶⁰.

En resumen, Sánchez Vera reflexiona como Jakobs, así la acción y omisión son conceptos exactamente iguales dentro de la conducta típica, e irrelevantes a los efectos de determinar autoría, por lo que habrá de acudir a la distinción dominio-deber, esto no resta la aceptación de un bosquejo, que abra la puerta a la comisión delictiva por acción o por omisión. El planteo consiste en absolutizar la idea de la realización de delitos que pueden ser perpetrados como autor sólo por aquellos sobre los que recae un deber especial, los llamados delitos de infracción de deber que pueden ser según él, tanto activos como omisivos, así el padre (que tiene la patria potestad) es un obligado especial respecto del menor y responde tanto por un obrar activo como omisivo, los terceros en cambio responden sólo de su obrar activo. Cualquiera que resulte ser el éxito final de la teoría de Sánchez Vera, el autor citado rechaza toda posibilidad de conformar los delitos de infracción de deber de acuerdo a la estructura del tipo penal, por el contrario, el protocolo válido en la determinación de estos delitos resulta el lugar que el individuo ocupa respecto del orden jurídico vigente en lugar y tiempo determinado, conforme lo que ha quedado expuesto antes.

De la reflexión planteada líneas arriba, un sector por cierto no minoritario de la doctrina científica, determina autoría en los delitos de infracción de deber sólo en aquellos sujetos que tienen deberes positivos, esto es sujetos que infringen su deber de protección del bien jurídico en posición de garante.

En relación con esta cuestión Sánchez Vera Gómez Trelles, profundizando la tesis de Jakobs y dando fundamento al delito de infracción de deber en la teoría de los deberes institucionales dice: la institución positiva únicamente puede ser dañada a través del sujeto especial, pero, a través de él, pues también incumben mediatamente al extrañeus las expectativas positivas¹⁶¹.

c) Lo cierto es que la razón de ser y a la vez la necesidad de recurrir al expediente de los llamados delitos de infracción de deber ha sido y es actualmente tema de debate doctrinal. Es que cuando se presta atención a la construcción de este tipo de delitos la crítica campea tanto en Alemania como en España. En efecto en cuanto queda expuesto y a la luz de las interpretaciones de los estudiosos alemanes y españoles, la categoría de los delitos de infracción de deber es rechazada parcialmente en Alemania, en tanto en España, se toma como referencia las argumentaciones de su creador para glosar las críticas a su teoría, apremia subrayar en este sentido y siguiendo a Silvina Bacigalupo¹⁶² la argumentación de Langer, que se subsume en que la aplicación lisa y llana de los delitos de infracción de deber conforme los lineamientos de Roxin resulta inconsistente al contrariar el derecho positivo alemán, adoptando una técnica que vulnera el principio de legalidad, § 25 del StGB.

¹⁶⁰ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 281 y siguientes.

¹⁶¹ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*.

¹⁶² Bacigalupo, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, p. 95

En España las críticas no distan demasiado de la mencionada supra y adquieren autoridad en cuanto a que resultan encabezadas por el maestro Gimbernat¹⁶³, su sustento ciertamente resulta de tomar en cuenta la mencionada transgresión del principio de legalidad, si bien es cierto que el ilustre autor español hace referencia al viejo Código Penal español¹⁶⁴ sus conclusiones serían aplicables al Código Penal de 1995, art. 28.

Respecto de esta cuestión es cierto que en los delitos de infracción de deber se modifica sustancialmente el principio de accesoriedad en relación a los delitos de dominio, empero coincido con Silvina Bacigalupo¹⁶⁵ en que el argumento que esgrime Gimbernat, no parece definitivo al entender que el principio de legalidad deviene vulnerado por el tipo al requerir éste de la realización de una acción determinada, también Stratenwerth¹⁶⁶, juzga que el principio de legalidad siempre requiere de la determinación de una acción. El análisis que realizan tanto Gimbernat como Stratenwerth, se pierde en las sombras porque en los delitos de infracción de deber existe determinación de la acción en tanto se trate de la realización de un determinado deber¹⁶⁷, por ejemplo, el deber del funcionario público se agota en el cumplimiento del deber mismo, y aquí se visualiza claramente la necesidad de acción en la realización de un determinado deber.

d) En orden al aspecto apuntado importa señalar brevemente las originales proposiciones que al respecto apunta Jakobs, en efecto el catedrático aludido, construye su sistema sobre la base del normativismo extremo, y así refiere a los delitos de orga-

¹⁶³ Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*.

¹⁶⁴ Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*.

¹⁶⁵ Bacigalupo, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*.

¹⁶⁶ Bacigalupo, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*.

¹⁶⁷ Ampliar de S. Bacigalupo, quien afirma: Gimbernat Ordeig, piensa que en el CPE hay tipos penales cuyo autor es un funcionario que “califican de autoría acciones que son de participación”, refiriéndose a delitos en los que la acción consiste en consentir que otros lesionen el bien jurídico. Seguramente se sostiene que en ellos se trata de cooperaciones en delitos ajenos que no pueden ser identificados como ejecución del delito cometido por aquél cuya actuación se tolera. El argumento no parece concluyente pues los delitos de infracción de deber no convierten en infracciones de deber acciones no ejecutadas por el garante. El funcionario no sólo infringe su deber por tolerar acciones de otro sino también cuando se vale de otro para lesionar el bien. Las acciones del no garante no pueden ser por otra parte consideradas como participación en la conducta del no cualificado o no garante, porque sin relación con la actuación del garante que infringe el deber tales acciones deberían ser impunes. En consecuencia, la conducta o el obrar del que participa en el hecho estará siempre referida al actuar concreto de aquel que infracciona el deber, aunque él no quebranta el deber por tomar parte en el hecho, se percibe claramente en el partícipe una cooperación o inducción sin infracción de un deber. Asimismo, si se observan los delitos de infracción de deber como una estructura dogmática completamente independiente de los delitos de dominio es válido referirse al análisis que formula Roxin y que encuentra su lugar destacado en la doctrina. Dice el profesor de Múnich como consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior “si se ven las cosas desde esta perspectiva, entonces no se podrá sostener que el reconocimiento de la inducción o de la cooperación en un hecho sin dominio del hecho en los delitos de infracción de deber pueda ser contrario a la ‘esencia’ de la participación a la naturaleza de la cosa”. Todo lo contrario, afirma Roxin, precisamente parecería que la esencia de la autoría, tal y como ha sido desarrollada en los delitos de infracción de deber, permite sostener con claridad la existencia de una participación en hechos en los que el obligado por el deber no domina el hecho, dado que el dominio del hecho ya no es criterio para decidir sobre la existencia de autoría o de participación (citado por Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 367).

nización que se rigen por el dominio del hecho y los delitos institucionales, que constituyen los llamados delitos de infracción de deber, sentadas estas apreciaciones corresponde centrarse en la valoración de la autoría que realiza el destacado penalista en estos delitos.

La base metodológica ciertamente original que propone el profesor germano deviene en considerar que la autoría en los delitos de infracción de deber se construye en base a la participación en el hecho del garante institucional, de tal manera que para hablar de autoría de un hecho punible se quebrante un deber impuesto institucionalmente.

Dicho de otra forma, la característica central en los delitos de infracción de deber radica en que el autor tiene el deber de garante institucional¹⁶⁸, deber que habitualmente está presente en las relaciones de familia y en las obligaciones del ciudadano para con el Estado.

Conviene tener en cuenta, tal lo hace notar Bacigalupo¹⁶⁹, que a diferencia de la propuesta de Roxin, en la que los delitos de infracción de deber se construyen en base a la estructura del tipo penal, aquí despunta la noción de la responsabilidad institucional del autor, es decir que la cualificación o el rol especial del obligado institucional que caracteriza como quedó dicho los delitos de infracción de deber en el sistema de Jakobs¹⁷⁰.

Por todo lo dicho en este nivel de análisis, no hay delito de infracción de deber si el autor no lesiona o pone en peligro un deber institucional, resultando indiferente que el tipo penal este estructurado sobre la base de un delito común.

De esta forma y conforme la construcción dogmática examinada cree haberse encontrado, en “el deber” el mecanismo para diferenciar la autoría de la participación, consecuentemente la complicidad e inducción en los delitos de infracción de deber es participación sin infligir el deber específico, puesto que este deber específico está en cabeza del autor.

A la búsqueda de una respuesta respecto del alto grado de abstracción que conllevarían la concreción de estos deberes específicos en el sentido de que resultarían

¹⁶⁸ Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 82.

¹⁶⁹ Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 82.

¹⁷⁰ Sobre algunos ejemplos tomados de Jakobs, Bacigalupo cita “un ejemplo claro de la institución de la relación de padres-hijos surgen determinados deberes de los hijos respecto de los padres y viceversa; como consecuencia de ellos, el homicidio del hijo por el padre o del padre por el hijo, configura un delito de infracción de deber. La participación del hijo en el homicidio del padre o del padre en el hijo quedará incluida por tanto en una noción de autoría amplia (*umfassende Täterschaft*) que no requiere que el padre o el hijo hayan obrado con dominio del hecho. Con otras palabras, la participación de los padres en la causación de la muerte del hijo será siempre autoría de un delito de infracción de deber, de tal forma que siempre habrá autoría, independientemente del cómo y el cuánto de la participación” (p. 82). Se puede apreciar conforme lo reseñado como un delito común se convierte en un delito institucional por el obrar de un actor especialmente cualificado por un deber institucional. En otras palabras, el autor en el caso reseñado en el ejemplo resulta un garante institucional según la tesis de Jakobs.

moralizadores y por lo tanto de compleja respuesta punible, Javier Sánchez Vera, expuso en la Universidad de Buenos Aires¹⁷¹, al fundamentar su posición, responde criteriosamente mostrando que en delitos de infracción de deber conforme el grado de avance de la dogmática actual los deberes aparecen como muy concretos y se estructuran sobre la base de la posición de garante que establece la norma, asimismo manifiesta el autor “lo que se fomenta con esto no es la misericordia (como pensaban los teólogos) sino la protección de la vida en la sociedad”.

En la misma jornada Bacigalupo cuando aborda la temática relativa a la autoría y participación en los delitos de infracción de deber, luego de formular un correlato histórico dogmático de la materia y fundamentalmente la acepción que las diferentes escuelas hacen de la figura del autor y del partícipe, concluye indicando que la teoría de los delitos de infracción de deber no supone un revolución dogmática sino la consecuencia de la evolución que se ha dado en la teoría de la autoría y participación.

e) Las consideraciones apuntadas aquí me llevan a afirmar una última conclusión, concretamente los llamados delitos de infracción de deber no crean un concepto de autor diferente, sino, que al fundamentar otra sistemática en la construcción del tipo penal, se debe estar a la tesis que indica que el no cumplir con el deber especial extrapenal dispuesto por la norma da fundamento a la autoría, a la sazón se trataría en el caso de un deber extrapenal, dirigido sólo a sujetos predeterminados que se encuentran en una situación de relación especial respecto del bien jurídico¹⁷².

¹⁷¹ En el debate llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre “Delitos de Infracción de Deber”, “Derecho al Día”, año V, n° 98, 1/12/06.

¹⁷² En palabras de Silvina Bacigalupo: Los delitos de infracción de deber, por tanto, son delitos en que la delimitación de la autoría y la participación adquiere una especial configuración en comparación con los delitos de dominio del hecho. Dicho brevemente: mientras en los delitos de dominio es autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe, aunque no sea el que dirige la causalidad al resultado. Por tanto, la estructura del tipo es la que determina si un delito debe ser considerado como delito de infracción de deber o como delito de dominio. Creo importante señalar el hecho, innegable por cierto que el acierto de Bacigalupo es concretar breve pero muy acertadamente el pensamiento elaborado originalmente por el ilustre jurista Claus Roxin respecto de esta cuestión, en la que propone técnicamente la existencia de dos esquemas diferentes referido a una sola institución: la autoría. Autoría por dominio y autoría por infracción de deber como estereotipos distintos en cuanto a su fundamentación en la aplicación al hecho concreto. Así Roxin explicita como quedó dicho que la teoría del dominio del hecho nunca pretendió constituirse en única ni universal por lo que resulta conceptualmente factible tomar otros criterios de evaluación para atribuir autoría y participación. Estos criterios son de aplicación tanto en los delitos de infracción de deber como en los delitos de propia mano (Ampliar en Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, con cita de Roxin en LK § 25/28). Ciertamente debe rechazarse una posición muy minoritaria de la doctrina, que pretende imputar autoría, en los delitos de infracción de deber, con fundamento en la teoría del dominio del hecho, este planteo violenta institutos básicos del derecho penal como el principio de legalidad, al admitir como necesaria consecuencia la posibilidad de imputación de autoría en la infracción de deber a un extraño, esto es a un sujeto que no reúne la cualificación requerida por el tipo penal para ser autor del evento criminal. Dejando de lado las cuestiones dudosas y reconociendo las dificultades que surgen de la delimitación de autoría y participación en los delitos de infracción de deber, creo importante traer la reflexión que al respecto formula Roxin, quien concluye “Más bien el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de deber extrapenal que no se entiende 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. Ejemplo de esta categoría son los ya citados deberes jurídicos públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de

b. La coautoría

a) Más allá de cualquier consideración dogmática o político criminal respecto de la conveniencia de distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se ha generado en la doctrina penal de los últimos años un complejo universo de posibles soluciones respecto de la propuesta de Roxin, que han pasado desde absolutizar la dominante teoría del dominio del hecho, a planteos absolutamente abstractos o inconcretos que poco contribuyen a clarificar esta cuestión.

Ciertamente en el programa que elabora Roxin, respecto de los delitos de infracción de deber la idea rectora conlleva necesariamente la absoluta retirada del dominio del hecho del ámbito de los delitos de infracción. Entonces se abre la posibilidad de coautoría dejando de lado el aporte de los intervinientes en la realización delictiva partiendo en líneas generales del presupuesto de infraccionar pluralmente deberes especiales.

Dicho de otra forma, no resulta posible fundamentar autoría, coautoría funcional o autoría mediata (sin duda la que mayores dificultades plantea en esta órbita delictiva) en los delitos de infracción de deber, recurriendo a los elementos fundadores de los delitos de dominio. Las razones de esta consideración las proporciona el propio Roxin, cuando al analizar los delitos en particular informa que, respecto de determinados acontecimientos delictivos, no resulta relevante tener o no el dominio del hecho, sino la cualificación especial exigida por el tipo penal, la que recae sólo sobre determinadas personas conminadas con un deber especial de proteger el bien jurídico concreto, indicando además que tales deberes se hallan en normas jurídicas extrapenales.

b) En este contexto explica el profesor de Múnich la diferente sistematización que presenta la coautoría en los delitos de infracción de deber, la que por cierto considera posible¹⁷³ en tanto se trate de una infracción conjunta de un deber conjunto. De no tratarse de un deber conjunto es decir de un deber que corresponde individualmente a cada partícipe del hecho, la solución pasa por la autoría individual concurrente¹⁷⁴.

satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado especial sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente por esa obligación" (*Autoría*, p. 387 y 388).

¹⁷³ En contra, Sánchez Vera Gómez Trelles

¹⁷⁴ Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 59. En los delitos de infracción de deber se deben excluir todos los elementos caracterizadores de la autoría y coautoría propios de los delitos de dominio. Sirva aquí como ejemplo el ilustrativo caso planteado por Roxin: dos personas administran conjuntamente un patrimonio. Ambas trazan el plan de apropiarse para sí de una parte del capital social. En la ejecución del plan común la decisión de la operación que produce el daño al capital administrado es tomada sólo por uno de ellos, mientras que el otro sólo colabora en la preparación del negocio con asesoramientos destinados a disimular el efecto. Aquí no existe dominio funcional del hecho como sería exigible de acuerdo con la teoría del dominio del hecho. Desde tal punto de vista el hecho sólo sería dominado por el que ejecuta la parte decisiva del plan común, mientras que el otro sólo sería un cooperador. Sin embargo, ambos deben ser coautores porque ambos han infringido conjuntamente el deber de administrar lealmente: también infringe el deber de "proteger y custodiar el patrimonio ajeno" que le incumbe y "causa un perjuicio" el administrador que sólo ha realizado, objetivamente labores de apoyo, cuando éstas constituyen por sí mismas la infracción típica del deber. Cómo sostiene Roxin si esta infracción del deber es la que lo convierte en el centro de realización del tipo, no

Cabe agregar todavía según el criterio del jurista citado, que en el método propuesto lo que constituiría simple cooperación en el ámbito del dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber puede apreciarse como autoría y eventualmente como coautoría¹⁷⁵, en consideración a las razones antes apuntadas, esto es, a mayor abundamiento, el sujeto ha vulnerado el deber jurídico que deviene de una norma extrapenal, asimismo cuando resulten ser varias las personas obligadas por un mismo deber conjunto existe coautoría.

c) Ahora bien, formuladas las consideraciones fundamentales de la coautoría en los delitos de infracción de deber de parte de su hacedor (que ciertamente no presenta en doctrina penal la misma aceptación que la teoría del dominio del hecho) resulta muy interesante el replanteo que formula Sánchez Vera quien produce una conjunción que se proyecta a la búsqueda de nuevas soluciones conforme la constante evolución dogmática que presenta la ciencia penal en los institutos que la integran.

Puntualmente en cuanto al análisis de la coautoría en los delitos de infracción de deber el autor antes citado niega esta posibilidad, en razón de que lo que se infracciona es un deber especial de carácter individual, conforme lo cual se estaría en presencia de autorías individuales, no de coautoría.

Sánchez Vera plantea dos hipótesis diferentes en cuanto a lo que me interesa subrayar, la primera se circunscribe a la posibilidad de coautoría entre un autor de delito de dominio y otro de infracción de deber, luego refiere a la probabilidad de coautoría entre obligados especiales¹⁷⁶. En el primer planteo Sánchez Vera, utilizando la terminología de Jakobs, niega cualquier posibilidad de que exista coautoría entre autor por organización y autor por infracción de deber¹⁷⁷, las razones se sustentan en la necesidad de establecer para los coautores criterios únicos de imputación. Amplía el criterio fundamentador de la solución cuando expresa “La lesión del deber en un delito de infracción es siempre, como el deber mismo, algo personalísimo; ella podrá coincidir en el tiempo y en lo externo con una lesión del mismo bien jurídico llevada a cabo por otra persona mediante una organización defectuosa, pero en el plano relevante para el derecho penal, en el plano normativo, ambas lesiones –la del deber y la de organización– coinciden de forma paralela sin interconexión alguna”.

Respecto a la posibilidad de coautoría entre dos obligados especiales también es negada por Sánchez Vera, en razón de que, según él, se trata de una autoría concluyente o accesoria y no coautoría¹⁷⁸, aquí afirma Sánchez Vera: “Si varios obligados especiales incumplen su deber –cada uno para sí– es irrelevante para determinar el grado de participación de cada uno de ellos el hecho de que otros obligados también

es explicable que haya que exigir además dominio del hecho. La infidelidad en la administración del patrimonio ajeno no adquiere ninguna modificación cualitativa por la inexistencia de co-dominio en la ejecución externa del hecho.

¹⁷⁵ Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 61, con cita de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 365. Respecto de las bases de la coautoría en delitos de infracción de deber, Enrique Bacigalupo escribe: “En los delitos de infracción de deber la coautoría se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes” (*Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, p. 511).

¹⁷⁶ La obra de Javier Sánchez Vera Gómez Trelles tiene el mérito de haber sido aplaudida por la doctrina más calificada (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*).

¹⁷⁷ Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 201.

¹⁷⁸ *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 202.

quebranten su deber. Puesto que el deber es personalísimo e independiente, la lesión del mismo se produce por parte de cada uno de ellos igualmente de forma completa e independiente, cada cual será autor y, entre ellos en su caso, autores paralelos. La coautoría no es posible puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento. Como es fácil de suponer, esta concepción tiene diversas consecuencias en lo referente al grado de ejecución y otros diversos aspectos de la teoría del delito”. El propio Sánchez Vera, probablemente con la intención de confirmar su propuesta en clave personalista, afirma a continuación “Roxin y su discípulo Busse rechazan la coautoría cuando el deber –dicen atendiendo a su naturaleza– se refiera tan sólo a la persona individual; por ejemplo, el deber de pago de pensiones”. Es de señalar que esta sería la única afirmación en común que tienen estos autores respecto de este planteo, cuestión que el mismo Sánchez Vera reconoce implícitamente al afirmar inmediatamente; “Sin embargo a diferencia de lo sostenido por nosotros, afirman la posibilidad de coautoría entre dos obligados especiales en otros casos de infracción de deber”¹⁷⁹.

En principio debe hacerse notar la imposibilidad de reconducir la propuesta de los distintos autores que han discurrido sobre esta materia a un fundamento común, en tanto resulta complejo llegar a conclusiones similares.

Considero entonces válido el testimonio de Roxin, en el sentido de aprender que los delitos de infracción de deber se explican en base a una estructura distinta o sustancialmente diferente al codominio del hecho, en cuanto a cómo ha quedado dicho se sustancia en función de la infracción conjunta de un deber conjunto. En otras palabras, si los intervinientes lesionan conjuntamente el deber conjunto que pesa sobre ellos hay coautoría, esto lleva necesariamente a la clarificadora expresión de Bockelmann/Volk, que inteligentemente cita Bacigalupo¹⁸⁰, “en los delitos de infracción de deber la coautoría presupone que cada partícipe sea sujeto de deber”, un deber que origina coautoría cuando en connivencia con otro obligado lo quebranta con un aporte al hecho¹⁸¹.

En conclusión, creo posible la coautoría en los delitos de infracción de deber en tanto que pluralmente se infraccionen deberes especiales en cuanto cada uno de los coautores resulte sujeto del deber especial en cuestión.

¹⁷⁹ Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 201 y ss. Refiriéndose a Roxin y Busse

¹⁸⁰ *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 60.

¹⁸¹ Diferente resulta el enfoque de Jakobs, que cuando evalúa la cuestión respecto al ámbito de los delitos de deberes positivos, los llama delitos de infracción de deber y entiende que sólo pueden ser cometido por quien resulte titular de un determinado status, en la tesis de maestro de Bonn, cuando se lesionan deberes negativos se puede organizar a través de la división del trabajo, en lugar los deberes positivos no conocen la división del trabajo porque quien resulte titular del deber cumple un rol especialísimo que no resulta susceptible de ser dividido. Ver *Acción y omisión en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, “Cuadernos y Conferencias” n° 23. La tesis de Jakobs, procura resolver esta cuestión cuando afirma categóricamente “En los delitos correspondiente a estos deberes la autoría no se fundamenta en la organización sino en la infracción de deber. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos el obligado no puede ser partícipe. Y es que lo relevante en estos delitos no es la organización –en la que varios pueden participar– (división del trabajo) sino la lesión de un deber, lesión que siempre se lleva a cabo de un modo personalísimo”.

c. La participación

a) Conforme la formulación de las reglas de participación que rigen en los delitos de infracción de deber, ellas se precisarán como cooperación sin infracción de deber, ello significa que el intraneus, único titular del deber jurídico especial extrapenal, no es partícipe, ni jamás podrá ser considerado como tal, a contrario será autor o coautor, en función de haber violentado el deber especial que da fundamento a su rol.

b) Si bien es cierto que resulta una cuestión debatida en doctrina adhiero al sector que entiende que en lo relativo a limitar la participación en los delitos de infracción de deber, debe considerarse partícipe a aquel que al cooperar no violenta el deber especial que deviene del tipo penal, tomando en cuenta lo que advierte Roxin¹⁸², en el sentido de que resulta totalmente irrelevante si el autor o coautor, obró con o sin dolo, porque la cooperación no tiene ninguna relación con dominar o no dominar el hecho en función de la estructura de los tipos de infracción de deber.

En este marco digo con Bacigalupo, quien sigue la dogmática trazada por Roxin: partir de esta definición, la estructura del delito de infracción de deber no se modifica por el hecho de que el obligado que infringe el deber actúe sin dolo. En todo caso, cuando sea posible distinguir entre la infracción de deber y la producción del resultado material, habrá un resultado independientemente del dolo de la infracción del deber; la cuestión relativa al dolo que decide sobre el dominio del hecho, resulta en este contexto irrelevante a los efectos de la accesoriedad¹⁸³. Finalmente, el comportamiento del extraño que actúa con dominio del hecho, no debe ser considerado en este ámbito como la intervención de un autor, coautor, al no pesar sobre él un deber especial extrapenal, por lo que sólo debe tenérselo como partícipe del hecho concreto, solución ésta que resulta no sólo dogmática sino políticamente sustentable de la misma manera cabe sostener la punibilidad de este extraño o no cualificado en tanto las consideraciones antes propuestas¹⁸⁴.

¹⁸² Roxin, *Autoría*.

¹⁸³ Bacigalupo trae a colación el pensamiento de Roxin cuando afirma: En los delitos de dominio nadie puede ser partícipe (=cooperador sin dominio del hecho) sin que otro tenga el dominio del hecho y, por tanto, obre con dolo; por el contrario, en los delitos de infracción de deber es perfectamente posible la participación en un hecho principal sin dolo, porque aquí lo determinante para diferenciar entre autoría y participación no es el dominio del hecho que sólo es posible con dolo, sino la infracción de deber, que no debe ser necesariamente dolosa. El deber por tanto es el elemento característico y diferenciador entre la autoría y la participación en los delitos de infracción de deber. El extraneus puede ser responsabilizado como inductor aunque el intraneus que realice materialmente el hecho lo haga bajo la concurrencia de un error de tipo y, por tanto sin dolo. Claramente dicho: el hecho principal en los delitos de infracción de deber (el del intraneus) sólo debe ser típico en el sentido del tipo objetivo y la inducción a un delito de infracción de deber no requiere, en estos delitos, crear el dolo en el autor (de la acción típica) (*Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 72).

¹⁸⁴ Véase Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 72 y 122. aquí sostiene la autora lo infructuoso que resultaría sepultar la distinción entre autores y partícipes, asimismo en lo que se refiere a la teoría de los delitos de infracción de deber y en función de lo afirmado no se debe renunciar a la accesoriedad, en otras palabras lo que se debe tomar en cuenta es que las reglas de accesoriedad en los delitos de dominio son diferentes a las de los delitos de infracción de deber más abajo sostiene: “en los delitos de infracción de deber la contribución del intraneus infringiendo su deber, sin la cual el hecho no hubiera podido ser cometido, realiza el tipo en forma de autoría. El que participa sin infringir el deber especial, por el contrario realizará una acción accesoria, es decir: será un cooperador o un cómplice de una infracción de deber del autor” además, en una fundamental consideración

c) No se trata de generar inseguridad jurídica, todo lo contrario es plantear la accesoria conforme la diferente estructura de los tipos de dominio, y de infracción de deber, y el mérito es de Roxin, y lo es precisamente porque su teoría informa, respecto de determinados tipos de la parte especial de los códigos penales, en los que para determinar la figura central del proceso de actuación, resulta infructuoso recurrir al dominio del hecho, como lo muestra en su estudio, y esto es lo que acontece en los delitos de infracción de deber y también en los denominados delitos de propia mano¹⁸⁵. Lo mismo sucede en materia de accesoria, dicho de otra manera, no existe una noción de accesoria totalizadora, por el contrario, ella debe adecuarse a la estructura y/o construcción del tipo penal¹⁸⁶.

Resumiendo esto significa, que el cualificado o intraneus que infringe el deber jurídico especial al que está sujeto, no es partícipe, a contrario es autor, o en su caso coautor, como consecuencia de vulnerar ese deber, que resulta por cierto concluyente en la determinación de autoría, o coautoría en el supuesto de quebrantamiento común de un deber en conjunto, en oficio de la necesidad de tomar en cuenta solamente la infracción de un deber especial quedando fuera de cualquier consideración el dominio del hecho.

15. Trascendencia de la autoría y participación criminal en el marco de la teoría del delito

a) El proceso de determinar autoría y participación criminal, así como de conceptualizar sus rasgos esenciales resulta de una formidable complejidad en curso de un panorama vasto y sensible, que produce un número cuasi-infinito de discursos. En efecto los criterios para adjudicar autoría directa o inmediata, coautoría por intervención conjunta de acuerdo con otros, o autoría mediata por dominio de la voluntad, no obstante haber alcanzado mediante la noción del dominio del hecho, un grado significativo de aceptación no sólo en la literatura especializada, sino también en la jurisprudencia, tanto en Europa como en América Latina, lamentablemente no pueden tomarse como concluyentes, en virtud de la enorme diversidad de fórmulas utilizadas para distinguir autoría de participación criminal, en el marco del delito doloso. Frente a la diversidad aludida se debe a mi juicio reivindicar, *corsi e ricorsi*, el dominio del hecho como forma o principio de imputación y distinción entre autoría y participación criminal.

Igual reflexión cabe respecto del armado intrasistemático de la participación criminal en sentido estricto, donde entiendo, los bríos doctrinales no han conseguido el

y dentro de una línea conciliadora, Bacigalupo, en línea con el pensamiento de Roxin luego de manifestar que en los delitos de infracción de deber coexiste la concreta posibilidad de admitir diversas formas de autoría escribe “también hay coautoría cuando los obligados por un mismo deber cometen de común acuerdo el delito, infringiendo cada uno su deber según el acuerdo de realización conjunta del hecho”. Roxin, es categórico cuando en referencia a los delitos de infracción de deber escribe “A mi juicio, hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho” (*Autoría*, § 34 p. 388). También Bacigalupo escribe “la teoría del dominio del hecho se ha demostrado insuficiente para determinar la autoría y participación en relación a los tipos de delitos de omisión, los delitos imprudentes, los delitos especiales y aunque por distintas razones, los delitos de propia mano” (*Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 13).

¹⁸⁵ Roxin, *Autoría*, p. 353.

¹⁸⁶ Cfr. Bacigalupo, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 72 y siguientes.

resultado esperado, complicación que indudablemente se agrava en el ámbito de los delitos de infracción de deber.

b) No ignoro que esta dificultad se presenta en otros ámbitos de la ciencia del derecho penal que exteriorizan la misma importancia o significación que la teoría de la participación criminal, aunque el lector seguramente admitirá que la delimitación conceptual, así como las consecuencias que derivan de ella conducen a uno de los debates doctrinarios más atrayentes, engorrosos oscuros y complicados que conforman la dogmática jurídico penal contemporánea, dejando expuesta las principales explicaciones a los grandes maestros de la literatura jurídico penal universal, cuestión no menor ya que en gran medida, el legislador en la tarea que le es propia, así como la jurisprudencia especializada, se hará eco de su pensamiento y toma de posición, no en la teoría, sino en la respuesta a la solución de conflictos concretos del mundo social, en los que está en juego la vida, el patrimonio y el honor de las personas.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.

