

## *Autoría*

### **Marco de una nueva concepción: el dominio positivo del hecho**

**Por Hesbert Benavente Chorres**

#### **1. Introducción**

“Los padres no morirán por los hijos, ni los hijos por los padres; cada uno morirá por su pecado” (Deuteronomio 24, 16). Esta porción de la Biblia nos indica que los costos de imputación lo sufrirá alguien por su propio injusto; sin embargo, en la actualidad, las legislaciones y la dogmática penal imponen los costos de imputación penal a un sujeto, ya sea a título de autor, o bien de partícipe. El tema de la autoría y participación en la actualidad, ha sido el objeto de estudio de una variedad de concepciones, así como ha sido regulada en distintas formas en las legislaciones, tanto del sistema romano-germánico (incluso en el seno de la misma, se presentan distintas matizaciones, p.ej., España, Francia y Austria), como en el *common law*.

El presente trabajo analizará las teorías sobre autoría y participación surgidas en el seno de las doctrinas alemana y española, estudiando, con principal énfasis, la tesis del dominio positivo del hecho, defendida por el jurista español Díaz y García Conlledo<sup>1</sup>.

Al respecto, y adelantando en parte el contenido del presente artículo, podemos precisar que esta teoría, ha abrevado las fuentes, por un lado, de la concepción objetivo-formal, y, por el otro, la concepción del dominio del hecho (aunque en esta última, el citado autor expone determinadas diferencias entre esta concepción y su teoría, buscando elaborar alternativas o variantes —especialmente en la sede de la coautoría— sobre la base de las aportaciones dogmáticas de su maestro Luzón Peña). Frente a ello, es menester, al menos, exponer sucintamente, la teoría del dominio del hecho (específicamente, en su recepción por la dogmática española), para luego entrar de lleno a la concepción de Díaz y García Conlledo, estudiándola, con especial ahínco, en el tópico de la coautoría alternativa y la coautoría aditiva.

También vamos a presentar la recepción que en la legislación peruana ha tenido sobre la autoría y participación, así como las opiniones de los expertos en derecho penal sobre este tópico.

#### **2. Aproximación a las distintas teorías sobre el concepto de autor**

Concretar el concepto de autor supone introducirse en uno de los problemas más comprometidos de la dogmática penal. Determinar cuándo el hecho aparece como *propio* de un sujeto (autoría), y cuándo su relación con el mismo se produce de manera indirecta, conectada a la de quien tiene el papel protagonista en el hecho principal (participación) es, sin embargo, una distinción dogmática y legalmente im-

---

<sup>1</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1991.

prescindible, pues con independencia de los marcos penales que en abstracto se señalen a unos y otros, la diferenciación está llena de consecuencias prácticas. Además, porque la responsabilidad de los segundos es *accesoria* de la de los primeros, alcanzándoles el reproche penal sólo si el hecho con el que están relacionados puede ser previamente imputado a un autor, porque de ello depende el sentido de la regulación legal de la autoría y la participación y, en definitiva, el significado de los tipos penales.

Debo señalar, asimismo, que por la naturaleza del trabajo me he limitado al examen de determinadas concepciones y legislaciones, y que, por la gran extensión de los temas a tratar, determinadas cuestiones, que se exponen y analizan, quedan para un estudio más exhaustivo<sup>2</sup>.

### a) Concepto unitario de autor

De acuerdo con el concepto unitario de autor, todos los que intervienen en un hecho punible deben ser considerados autores con independencia de la importancia que tenga su colaboración al hecho<sup>3</sup>. No cabe, pues, diferenciar entre autoría y participación.

<sup>2</sup> Al margen de las fuentes originales, quien pretenda un estudio detallado del panorama doctrinal alemán lo encontrará en las espléndidas monografías de Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966 –el primer estudio riguroso sobre la teoría general de la autoría y la participación en la doctrina española y, sin duda, el que más influencia ha tenido–, y Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*. Sobre la evolución doctrinal seguida en la distinción entre autor y partícipe, desde el siglo XIII a las más modernas construcciones, ver un análisis exhaustivo en la documentada monografía de Peñaranda Ramos, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990. Asimismo, sobre la dogmática alemana, véase, Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, tr. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello y José Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1998. Además, sobre un análisis de las teorías más modernas de la autoría y la participación y su relación con la causalidad, así como, un estudio de fallos judiciales relacionados al tema que nos ocupa, véase la extraordinaria obra de Fierro, Guillermo J., *Teoría de la participación criminal*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2001.

<sup>3</sup> Prescindiendo de antecedentes remotos, la tesis encontró sus defensores más significativos en la doctrina alemana (entre otros, Von Liszt, M. E. Mayer, Frank, v. Hippel, Roeder, Eb. Schmidt, Dreher; ver exhaustivamente Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 48 y ss.), en los partidarios del derecho penal de la peligrosidad con fundamento en el positivismo naturalista, básicamente adscritos a la Unión Internacional de Derecho Penal (a la que pertenecieron la mayor parte de los autores citados antes) y en la *Escuela de Kiel*, defensora del derecho penal de la voluntad. Esta última circunstancia ha permitido asociar el concepto unitario de autor con sistemas políticos autoritarios. Sin embargo, lleva razón Díaz y García Conlledo al advertir que esa relación no es tan automática como parece; prueba de ello es que mientras van saliendo de los códigos penales los preceptos incompatibles con el Estado de derecho, permanece la regulación de la autoría en términos unitarios en países nada sospechosos de totalitarismo, como Italia o Austria, por citar sólo dos casos (p. 89). Otra cosa es que se piense que el concepto unitario de autor no es el que mejor cumple con las exigencias del Estado de derecho; a ello nos referiremos después. En el derecho positivo, el concepto unitario se adopta, entre otros, por los Códigos noruego de 1902, danés de 1930 y el italiano, también de 1930 (Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 259 y ss.; ver la traducción de los preceptos correspondientes en Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 56 y ss.; asimismo: Fierro, *Teoría de la participación criminal*, p. 288 a 295).

A tal conclusión se llega mediante una interpretación extensiva de los tipos de la parte especial, que considera incluidos en los mismos a todos los que participan en el hecho<sup>4</sup>.

El fundamento último de la tesis aparece conectado a la teoría de la equivalencia de las condiciones: si todas las condiciones que concurren a la producción de un fenómeno son causa del mismo y tienen idéntico valor, todas las aportaciones personales relacionadas con un hecho deben ser consideradas de la misma importancia, sin que sea posible entender unas (las de los autores) de superior relevancia que otras (las de los partícipes). Como consecuencia, los marcos penales son señalados para todos los intervinientes en el hecho, es decir, todos incluidos directamente en el tipo de cada delito (todos son autores). Ello no significa necesariamente, sin embargo, que la pena deba ser la misma para todos, puesto que en el momento de su determinación el juez podrá establecer diferencias en atención a la voluntad criminal y a la importancia de la contribución de cada uno; para ello, deberían preverse circunstancias atenuantes o agravantes relativas a la forma de intervención en el hecho<sup>5</sup>.

Modernamente, la concepción unitaria se apoya –de forma más correcta–, no tanto en la causalidad, cuanto en la idea de que en la codeinfluencia el hecho es obra de todos los que intervienen en el mismo, frente al criterio de las tesis diferenciadoras entre autores y partícipes, que lo entienden como obra de uno (autor), con el que colaboran otros (partícipes). Esta forma de entender la asociación delictiva es la que les permite negar la accesoriedad propia de los sistemas diferenciadores, rasgo que constituye hoy la nota común y la característica básica de los conceptos unitarios de autor<sup>6</sup>. El principio del que parten es el de la responsabilidad autónoma e individual de todos los intervinientes: todos los colaboradores en el hecho son autores y, en cuanto tales, responden exclusivamente por su propio injusto y su propia culpabilidad; ni la calificación del hecho ni su responsabilidad dependen de la de otros. En consecuencia, rige el principio de la solución individual en cuanto a la tentativa de participación: la responsabilidad comienza para cada uno, sin esperar a la del hecho en conjunto<sup>7</sup>.

En la doctrina española, la tesis ha sido mayoritariamente rechazada<sup>8</sup>, enfrentándose de plano con la distinción expresa entre autores y partícipes que efectúa el Código Penal español. Las críticas que se han dirigido a la concepción unitaria son muchas y muy variadas. En primer lugar, porque la vinculación tan estrecha con la causalidad hace trasladables a las tesis unitarias las objeciones que han hecho

<sup>4</sup> Por esta razón, un sector doctrinal incluye a las tesis unitarias dentro de las concepciones extensivas del concepto de autor. Así, por ejemplo, Vives Antón, Tomás S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, p. 110 y ss., y Cobo del Rosal, Manuel - Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996, p. 566. Resaltando la relación entre concepto unitario y extensivo, Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 270 y 271.

<sup>5</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 186.

<sup>6</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 115 a 121.

<sup>7</sup> Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 321 y siguientes.

<sup>8</sup> Antón Oneca, José, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 429; Córdoba Roda, Juan - Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Ariel, 1972, p. 796 y ss.; Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 117 a 124; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998, p. 355 y siguientes.

cuestionar el papel del dogma causal dentro de la teoría del delito: que haya relación de causa a efecto entre un comportamiento y un resultado no es suficiente para decidir el sí, el cómo y el cuánto de la responsabilidad penal<sup>9</sup>. Sencillamente, porque, como tantas veces se ha recordado, una constatación puramente fáctica, naturalista, no puede resolver un problema valorativo como es el de determinar quién debe responder por su intervención en un hecho delictivo, en qué grado y, en su caso, quién más y quién menos.

Otra crítica generalizada a las concepciones unitarias es la de no corresponderse con las garantías propias del Estado de derecho y en particular con la exigencia de taxatividad o determinación derivada del principio de legalidad. Ello se produciría, por una parte, porque al declarar autores a todos los que intervienen en la producción causal de un resultado y no describir otras formas de intervención en el hecho punible, estaría delimitando insuficientemente las conductas lesivas y difuminando la necesaria concreción de los tipos penales<sup>10</sup>; y por otra, porque en los sistemas unitarios el tipo se considera realizado con tal de que conjunta y no individualmente las actividades de los distintos sujetos realicen la totalidad de sus elementos, lo que resulta poco respetuoso con el principio de determinación. En los sistemas restrictivos, en cambio, al sancionar la accesoriedad de la participación, es preciso, al menos, que uno de los intervinientes cumpla la totalidad de los elementos típicos<sup>11</sup>.

A las concepciones unitarias se les reprocha, igualmente, que conducen a una ampliación indeseable de la punibilidad de la tentativa; en particular de las formas de tentativa de participación y, muy en concreto, de la tentativa de complicidad, que en un sistema diferenciador es generalmente impune<sup>12</sup>. Al considerar autores a quienes en un sistema diferenciador serían partícipes, la tentativa de cada uno de los intervinientes en el hecho comenzará cuando empiece a realizar su propio hecho, de forma que el simple intentar inducir a otro a que mate (tentativa de inducción) o intentar ayudarlo (tentativa de complicidad) resultaría ya punible, aunque el ejecutor real de la muerte no llegara a materializar el hecho; y ello porque el comienzo de la tentativa de cada interviniente no depende nunca del comportamiento ajeno, sino del propio (solución individual). En un sistema diferenciador, en cambio, la accesoriedad de la participación impone que la responsabilidad del partícipe sólo aparezca cuando el autor ha llegado a un grado de ejecución del hecho que lo haga punible, es decir, la tentativa<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Como advierte Gimbernat Ordeig, el fondo de la teoría es cierto, porque no puede afirmarse que una condición del resultado sea más condición que otra, lo que obligaría a afirmar que el cómplice es tan causante del resultado como el autor. Sin embargo, siendo cierto que desde un punto de vista que considere las aportaciones como meras condiciones del resultado para juntar 100 pesetas tan necesaria es la aportación de quien contribuye con 99 como la de quien contribuye con 1, es posible considerar también las aportaciones como cantidades y entonces sí hay diferencias, pues 99 no es lo mismo que 1; en otras palabras, tan condición del resultado es entregar la pistola como disparar, pero nadie dirá que es lo mismo entregar el arma que disparar (*Autor y cómplice*, p. 43 y 44).

<sup>10</sup> Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, t. II, tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 890, y Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 264.

<sup>11</sup> Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 326 y 327.

<sup>12</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 890.

<sup>13</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 135.

Con el criterio del sistema unitario, por tanto, se permite el castigo de conductas muy alejadas de la lesión o el peligro para el bien jurídico, lo que significa una desmesurada ampliación de los tipos, hasta comprender comportamientos que, como la tentativa de complicidad, no deben ser punibles. Otra de las críticas es que ofrecen dificultades en los delitos especiales y de propia mano. Desde el momento en que consideran autores a todos los intervinientes en el hecho, en los delitos que requieren una cualificación especial en el autor (hombre, funcionario, etc.) resulta poco congruente considerar autores a los *extranei* en los que no concurre esa cualidad y que típicamente no están cualificados para ser autores<sup>14</sup>. Algo semejante ocurriría con los delitos de simple actividad, en los que, al no haber causalidad, faltaría el presupuesto básico en el que se funda la concepción unitaria<sup>15</sup>. Pese a todo lo expuesto, debe reconocerse que no hay argumentos definitivos que obliguen a rechazar radicalmente las formulaciones más recientes del concepto unitario de autor<sup>16</sup>.

### **b) Concepto extensivo de autor**

El concepto extensivo de autor parte, como las concepciones unitarias, de la teoría de la equivalencia de las condiciones: es autor todo el que pone una condición del resultado, cualquiera que sea su entidad, puesto que como todas las condiciones son del mismo valor y todas son causa del mismo, todos los que intervienen en el hecho contribuyen en la misma medida a su realización. La diferencia fundamental con las teorías unitarias se encuentra en que la existencia de normas legales que diferencian entre autoría y participación obliga a sus defensores a aceptar una distinción que conceptualmente, a su juicio, no existe. Tales normas son restricciones o limitaciones de pena, en cuanto limitan la extensión originaria del concepto de autor contenida en el tipo, haciendo que deban ser considerados partícipes y resulten castigados con menor pena quienes en realidad son autores. El problema fundamental para estas posiciones se presenta a la hora de establecer los criterios de distinción entre autores y partícipes. Puesto que por su aportación al hecho todos los intervinientes son autores, la diferencia con los partícipes es difícil establecerla en el plano objetivo, sobre la base de la importancia causal de la contribución respectiva; aun-

<sup>14</sup> Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 316 a 318.

<sup>15</sup> Mientras que los defensores del concepto unitario consideran un acierto del sistema el señalamiento de marcos legales idénticos para todos los intervinientes, dejando –en su caso– para la determinación de la pena la diferenciación entre unos y otros, los críticos advierten que ello genera inseguridad jurídica, en la medida en que deja al criterio del juez la valoración última, lo que puede hacer que sean juicios de peligrosidad o de la actitud interna del sujeto los que decidan la pena; cuestión que dependerá mucho de cómo esté regulado en cada derecho el sistema de atenuantes y agravantes; por eso es que es más conveniente establecer con carácter general un marco penal inferior para determinadas formas de participación (Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 197).

<sup>16</sup> De hecho, los últimos estudios sobre la concepción, reivindican su importancia, viéndolo como un sistema que merece atenta consideración, en vez de las descalificaciones globales de que usualmente ha sido objeto. En este sentido, Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 200, y Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 197 y siguientes.

que no faltan quienes lo intentaron (las que podrían llamarse teorías “extensivo-objetivas”)<sup>17</sup>.

La opción mayoritaria, no obstante, acude al elemento subjetivo (teorías subjetivas de la participación)<sup>18</sup>: será autor quien, cualquiera que sea su aportación causal, actúa con *voluntad de autor* (*animus auctoris*); será partícipe quien, también con independencia de la entidad de su aportación objetiva, actúa con *voluntad de partícipe* (*animus socii*). La determinación concreta de quién actúa con *animus auctoris* y quién con *animus socii* se resuelve de distinta manera por las *teorías del dolo* y por las *teorías del interés*. Para las primeras, en el autor concurre una voluntad autónoma, independiente, mientras que el partícipe tiene una voluntad dependiente, supeditada y subordinada a la decisión que sobre la ejecución o no del hecho tiene el autor. Por su parte, la teoría del interés considera que interviene con *animus auctoris* quien tiene un interés propio en el hecho, mientras que lo hace con *animus socii* quien actúa en interés ajeno<sup>19</sup>.

En el fondo, el criterio extensivo responde al deseo de evitar tener que considerar partícipes a quienes merecen ser penados como autores, lo que hizo que la tesis alcanzara un importante predicamento en la jurisprudencia alemana<sup>20</sup>. La doctrina, sin embargo, rechaza mayoritariamente la tesis, con objeciones que coinciden con las dirigidas al concepto unitario, ya examinadas, y a las que me remito<sup>21</sup>.

Específicamente a las teorías subjetivas, la crítica fundamental que se les hace es que provocan una *subjetivación de la responsabilidad penal*, con lo que se contradice la estructura básica del moderno derecho penal, que se apoya en tipos deli-

---

<sup>17</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 253 a 270. En todo caso, la dificultad de encontrar diferencias entre autores y partícipes en base a su aportación causal objetivamente valorada –precisamente lo que en una concepción extensiva permite considerar a todos autores– es obvia y no requiere mayor comentario (sobre observaciones críticas, detalladamente, p. 272 a 287).

<sup>18</sup> Sobre la evolución doctrinal y las distintas formulaciones ver, Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 289 y ss., y Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 151 y siguientes.

<sup>19</sup> Para una exposición más detallada ver Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 46, y Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 314 a 332.

<sup>20</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 895. En ello influyó el tratamiento de los delincuentes nazis y el propósito de considerar autores a quienes daban las órdenes y cómplices a quienes las obedecían y en general la facilidad con que puede explicarse la autoría mediata, dado que para nada importa la actividad objetiva de los sujetos (Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 42).

<sup>21</sup> Ver resumen de críticas en Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 263 a 270. Las tesis subjetivas están hoy prácticamente abandonadas por la doctrina, pues quienes se ascribían a sus postulados han acabado defendiendo la teoría del dominio del hecho. En la doctrina española, prácticamente no ha tenido seguidores significativos, aunque no faltan autores que acuden a criterios subjetivos como elemento complementario de la distinción entre autor y partícipe. Quienes han estudiado el tema con profundidad citan fundamentalmente a Silvela, y con más vacilaciones a Montes, Saldaña, Conde-Pumpido y Luzón Domingo; Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 131 y 132; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 47 y 48; Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 302 a 306. La doctrina mayoritaria, sin embargo, es contraria a su admisión; entre otras razones, por considerarlas incompatibles con la regulación del Código (Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, p. 442 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 44 a 53; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 823; Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 116 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 356; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 568).

mitados de forma objetiva<sup>22</sup>. Por lo demás, los criterios que se proponen para la distinción (querer el hecho como propio o como ajeno, *animus auctoris* o *animus socii*, “dejar al criterio de”, “someterse a la voluntad del autor”, etc.) se consideran “lemas sin contenido”, fórmulas vagas, sin capacidad para proceder a la delimitación<sup>23</sup>.

Una concepción de este tipo acabaría considerando autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho, si se estima que obraron con *animus auctoris*, mientras que serían cómplices quienes realizaron directa e inmediatamente todos los elementos del tipo, si se considera que lo hicieron con *animus socii*<sup>24</sup>. Otro tanto sucede con la *teoría del interés*, que debe considerar partícipe a quien ejecuta el hecho de propia mano si lo hace para beneficiar a un tercero, lo que convierte a la tesis, como se ha dicho gráficamente, en “una doctrina de salvación para el asesino a sueldo”<sup>25</sup>. En definitiva, puede concluirse, afirmando, con Gimbernat Ordeig<sup>26</sup>, que “una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta”.

De carácter subjetivo es también la *teoría del acuerdo previo*, que viene utilizando tradicionalmente la jurisprudencia española para diferenciar entre autor y partícipe y que puede resumirse en el siguiente principio: cuando entre los intervinientes en un hecho hay un acuerdo previo o simultáneo, tácito o expreso, en virtud del cual cada uno de ellos tiene conciencia de que actúa en colaboración con los otros, todos son autores, con independencia de cual sea la entidad material de su colaboración al hecho. El criterio de que, si existe acuerdo previo, el acto del delincuente es un mero accidente de la acción conjunta, de forma que aunque su acción esté muy alejada del resultado, incluso aunque sea un acto preparatorio, debe responder como coautor, puesto que una vez puestos de acuerdo los delincuentes se dividen el trabajo y el que unos hagan una cosa u otra es algo casual que depende del puro azar, es un

<sup>22</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 896 y 897; Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 132. Buscar la diferencia entre autor y partícipe en la *actitud interna* del sujeto supone abandonar el plano del tipo para pasar a basar la distinción en la culpabilidad basada en el sentimiento, lo que choca con esos presupuestos. Sin olvidar que ello comporta recurrir a un elemento cuyas dificultades de prueba son evidentes.

<sup>23</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 50 y 51; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 823.

<sup>24</sup> Así, tan gráfico como siempre, Gimbernat Ordeig, “Lo más probable es que el vigilante, que está fumando un cigarro durante la ejecución del robo y pendiente sólo de si se acerca algún extraño, no medite en absoluto sobre si tiene voluntad de ejecutar el hecho que realiza el otro o no. Es decir, lo más probable es que no tenga voluntad de autor ni de cómplice” (*Autor y cómplice*, p. 49). La misma crítica hacen Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo (*Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 823), y Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, p. 356). Conforme a las teorías del dolo, incluso, podría llegarse a la paradoja de que hubiera hechos con partícipes y ningún autor (por ejemplo, si los dos intervinientes hubieran dejado “al criterio del otro” el que se lleve a cabo la ejecución (Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 317).

<sup>25</sup> Ello sin considerar que no es fácil encontrar supuestos en los que el sujeto no tenga directa o indirectamente algún interés en su consumación ni difícil hallar otros en los que el cómplice tenga más interés que el propio autor en la realización del delito (Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 52).

<sup>26</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 53.

punto de partida inaceptable: lo importante a la hora de enjuiciar conductas es lo que el sujeto realmente ha hecho y no lo que *podía* haber hecho<sup>27</sup>.

Como se ha puesto de relieve, en sus resultados la teoría del acuerdo previo llega a soluciones semejantes a las de las concepciones unitarias o extensivas de autor, porque acaba casi siempre convirtiendo a todos los intervinientes en autores. Aunque en principio acepta la distinción entre autores y partícipes, el entendimiento del acuerdo entre los participantes (previo, simultáneo, tácito o expreso) hace que la categoría de los cómplices quede extremadamente reducida.

### c) Concepto restrictivo de autor

Frente a los criterios extensivos, partidarios de considerar autor a todos los que intervienen en el hecho, con independencia de la importancia de su contribución causal, un entendimiento restrictivo considera que sólo algunos de los que toman parte en el hecho son autores, porque no es lo mismo interponer una causa del resultado que realizar el tipo correspondiente. La mera aportación causal no convierte al sujeto, por tanto, en autor; bien porque *causación y realización del tipo no son conceptos equivalentes (teorías objetivo-formales) o bien porque, al margen de ello, se requiere una posición especial de control en quien tiene el papel protagonista en el hecho (teorías del dominio del hecho)*<sup>28</sup>.

Ello supone una interpretación *restrictiva* de los tipos, que sólo permitirían considerar autores a los que realizan la conducta que describen. Las normas que casti-

---

<sup>27</sup> Si ese principio fuera válido ¿por qué limitarlo a la participación?: “La conducta no necesitaría ser típica para ser punible; bastaría para imponer la pena asignada a un delito que el tribunal llegase a la conclusión de que el sujeto muy bien hubiera podido actuar típicamente” (Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 79).

<sup>28</sup> No trataré detenidamente las *teorías objetivo-materiales*, hoy prácticamente abandonadas (sobre su influencia en la doctrina española, reconociéndoles más peso del que tradicionalmente se le atribuye, Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 64 y ss., 106 y ss., 123 y ss., 128 y 130) y que acuden a criterios relacionados con las teorías individualizadoras de la causalidad para identificar la figura del autor y establecer su distinción con los partícipes. La distinción entre causas y condiciones es la base de la diferenciación, tratando de identificar la que tiene una mayor significación en la producción del resultado. Básicamente, parten de la idea de que es autor quien coloca una causa del resultado y partícipe quien aporta una condición del mismo. Así, la *teoría de la necesidad*, conforme a la que sería autor quien interpone la condición más importante, la esencial para la producción del resultado (absolutamente insuficiente para establecer la distinción, puesto que, como se ha señalado, en abstracto ninguna aportación es imprescindible para la producción del hecho, puesto que todo es sustituible, y en concreto todas son esenciales, puesto que ellas hacen que el suceso se haya producido precisamente de esa forma y no de otra, ver por todos, Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, p. 441; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 131 a 134); la de la causalidad directa, que considera autor a quien aporta la actuación que aparece más directamente relacionada con el resultado y partícipe a quien realiza una conducta cuya causalidad se apoya en la del autor (que encuentra graves dificultades para explicar la autoría mediata, que aparecería siempre identificada con la inducción y que debería ser considerada como forma de participación, puesto que la conducta del “hombre de atrás” se relaciona con la del ejecutor inmediato); la que atiende al papel preeminente que ocupa el autor y el subordinado del partícipe, etc. (para una exposición detallada, ver el autor citado en último término, p. 115 a 121; Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 535 y ss.). En el fondo, todas ellas adolecen del inconveniente que ya quedó señalado para la concepción unitaria y la extensiva y que, sin insistir, me limito a recordar: confundir el plano naturalista de la causalidad con el valorativo de la autoría: que haya relación entre un comportamiento y un resultado no es suficiente para decidir quién debe responder y en qué condición.

gan las formas de participación son, pues, *extensiones de la punibilidad*, en la medida en que permiten exigir responsabilidad criminal a sujetos no comprendidos en los respectivos tipos delictivos y que sin tales ampliaciones quedarían impunes. Como consecuencia, la distinción entre autores y partícipes es obligada; con una particularidad, sin embargo: que la responsabilidad de los partícipes es accesoria de la del genuino autor.

## 1) Teorías objetivo-formales

De forma general, puede decirse que las teorías *objetivo-formales* vinculan la determinación del concepto de autor con la descripción de la conducta típica: autor es el que realiza todos o algunos de los actos ejecutivos que integran la conducta típica; por el contrario, quienes realicen simples actos preparatorios serán cómplices<sup>29</sup>.

El fundamento de este criterio se encuentra en dos razones fundamentales. De una parte, en la idea de que quien realiza actos ejecutivos tiene la intervención más reprochable en el hecho, reveladora de una mayor peligrosidad y energía criminal y, por consiguiente, más grave; de otra, en el criterio de que las formulaciones típicas coinciden básicamente con el lenguaje ordinario y los criterios sociales de valoración de conductas, y tanto uno como otros atribuyen la mayor gravedad a los actos ejecutivos y la mayor responsabilidad a quienes los realizan<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Ver una exposición detallada en Fierro, *Teoría de la participación criminal*, p. 314 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 19 y ss.; Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 411 y ss., y Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, p. 209 y ss. Durante el primer tercio del siglo fue la doctrina dominante en Alemania, hasta la consolidación de la teoría del *dominio del hecho*, hoy tan mayoritaria que puede considerarse abandonada la concepción objetivo-formal. En España sigue siendo defendida por un nutrido sector doctrinal, compartiendo defensores con la teoría del *dominio del hecho*, siendo ambas las posiciones dominantes. Partidarios de la misma, con los matices que después se detallan, y por citar sólo algunos son: Antón Oneca, *Derecho penal. Parte general*, p. 433 a 435; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 215 y ss.; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 802, 811 y ss.; Quintero Olivares, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, p. 74 y ss.; Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 119; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 571 y 572.

<sup>30</sup> Como pusiera de manifiesto Gimbernat Ordeig ninguna de esas razones pueden aceptarse sin matices. En lo que se refiere a la mayor peligrosidad, porque, aun sin desconocer su importancia como criterio interpretativo, existen tantos criterios para decidir la reprochabilidad de una conducta que no es posible partir de ellos para llegar al concepto de autor. La reprochabilidad constituye en realidad una "instancia de control", en el sentido de que en general la voluntad objetiva de la ley tiene que ser considerar autor a quienes realizan comportamientos en abstracto más reprochables que los que integran la complicidad, pues sería absurdo que castigara con mayor pena lo que considera menos reprochable; todo ello sin perjuicio de que en el caso concreto, debido a los factores concurrentes, la actuación del cómplice presente una culpabilidad mayor que la del autor. Tampoco es cierta la segunda razón, porque quien en el lenguaje ordinario merece la consideración de autor es el que realiza la acción consumativa y no quien realiza un simple acto de ejecución, como defiende la teoría. Y preciso es convenir con la doctrina mayoritaria en que en cuestiones como ésta la apelación directa a criterios sociales es inaceptable: ni los conceptos vulgares tienen la precisión suficiente para delimitar los conceptos jurídicos de autor y partícipe, ni los criterios de valor utilizados por la sociedad coinciden con las valoraciones jurídicas, que tienen que atender a elementos que escapan a las actitudes sociales (*Autor y cómplice*, p. 25 a 33).

De acuerdo con ello, y en la que podría llamarse formulación *tradicional*, autor es quien realiza todos o sólo parte de los actos ejecutivos que integran la conducta típica; quien “toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera sea parcialmente, el injusto tipificado por la ley”<sup>31</sup>.

Frente a este criterio, otro sector doctrinal, desarrollado a partir de las aportaciones de Gimbernat Ordeig<sup>32</sup> y Rodríguez Mourullo<sup>33</sup>, considera que autor en sentido estricto es todo aquel que realiza íntegramente la figura de delito; aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo de la parte especial<sup>34</sup>. La diferencia entre una posición y otra tiene mucho que ver con el concepto que se maneje de actos ejecutivos y actos típicos<sup>35</sup> y no está exenta de críticas. La principal de ellas es

<sup>31</sup> Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 572 y 573. El entendimiento de cuándo se realiza el tipo varía, sin embargo, de unos autores a otros, según que se considere suficiente la realización de actos ejecutivos o se reclame directamente la realización de actos típicos, y aún dentro de éstos, entre quienes piden la realización de todos o sólo de algunos de ellos.

<sup>32</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 215 a 219 y 299.

<sup>33</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *El autor mediato en derecho penal español, ADPCP*, 1969, p. 461. “Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva” (la bastardilla es textual) (Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 802, 811 y siguientes).

<sup>34</sup> En el mismo sentido, Quinteros Olivares, *Los delitos especiales y la teoría*, p. 74 a 77; Rodríguez Devesa, José M. - Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 17ª ed., Madrid, 1994, p. 796 y 797; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 803.

<sup>35</sup> En el fondo, la diferencia entre realizar actos ejecutivos y realizar el tipo se encuentra en la distinción entre acto típico y acto de ejecución, de forma que la extensión del concepto de autor dependerá del concepto de acto ejecutivo que se maneje, bien limitado a actos directamente descriptos en el tipo o, en un sentido más amplio, comprendiendo también los previos unidos a ellos de forma inseparable. Optando por la primera posibilidad, la postura *tradicional* se acerca a la de quienes entienden que autor es quien realiza una conducta directamente subsumible en el tipo, pues ello equivale a decir que autor es quien realiza la conducta típica (Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 457, nota 157). Cobo del Rosal y Vives Antón parten de un concepto amplio de acto ejecutivo, según el cual la acción ejecutiva puede comenzar antes del “acto concreto al que de manera inmediata hace referencia la formulación típica” (Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, p. 573). Vives Antón por su parte, considera que toda acción ejecutiva es típica, aunque no esté expresamente descrita en el tipo (Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, p. 174). En ambos casos se acepta, pues, la idea, iniciada en Beling, de que ejecución equivale a realización del núcleo típico y que acción de tentativa es aquella de la que se puede decir, sin más, que cumple el tipo (matar, tomar, etc.). Gimbernat Ordeig, en cambio, considera que no todo acto de ejecución es un acto típico: el comienzo de ejecución no es ya acción típica. La tentativa y la frustración son causas de extensión de la punibilidad porque hacen posible castigar acciones que no son típicas, que no son subsumibles en los tipos de la parte especial (disparar sobre otro fallando es una acción ejecutiva, pero no típica en el sentido del art. 407, Cód. Penal español, puesto que falta el *muerto*; meter la mano en el bolsillo es un acto ejecutivo, pero no es típico del art. 514, Cód. Penal español, Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 104). Lo correcto es distinguir entre acción típica y comienzo de la ejecución, considerando que la acción que da comienzo a la ejecución es la que se halla indisolublemente unida con el comportamiento descrito en la figura delictiva de la parte especial; en otras palabras: “acto de comienzo de ejecución es aquel que, sin ser típico, se halla vinculado necesariamente a la acción típica” (p. 105). De esta forma, la ejecución comienza antes de que el sujeto empiece a actuar típicamente, antes de que realice el primer elemento del tipo; acción de comienzo de la ejecución es aquella que precede inmediatamente a la típica y se halla unida a ella en una íntima conexión (p. 106, ejemplos de actos ejecutivos no típicos: quitar el seguro del arma antes de disparar; apoyar la escalera en la pared antes del escalamiento). Ello también vale para los delitos de simple actividad, por lo que es falsa la idea de que en ellos no cabe la tentativa (p. 106). También parte de la idea de que acción ejecutiva es más amplia que acción típica o acción consumativa (Córdoba

la imposibilidad de explicar la autoría mediata; objeción que explica en gran medida el abandono de la tesis en Alemania y su franco retroceso en España<sup>36</sup>.

Y es que si autor es quien lleva a cabo actos ejecutivos o realiza el tipo, no es fácil considerar como tal a quien, en principio, se considera que no lleva a cabo por sí ninguno de ellos. Los propios partidarios de la teoría, conscientes de la seriedad de la objeción, intentaron varias soluciones para salvarla: apelar al sentido de las palabras, considerando que la conducta del autor mediato entra casi siempre sin problemas en el verbo típico; acudir a la idea del instrumento, considerando que al utilizar la actividad de otro el autor mediato *ejecuta* a través de él el delito; mantener que el autor mediato también ejecuta la acción típica; prescindir de la autoría mediata para incluir todos los supuestos de ese tipo en la inducción y, en fin, operar con dos criterios distintos de autor: generalmente el que realiza un acto ejecutivo, pero también el que, sin ejecutar, ha sido la causa del resultado producido<sup>37</sup>.

Descartadas como solución a las críticas el recurso a la inducción o la utilización de dos distintos conceptos de autor, que son efectivamente inviables<sup>38</sup>, la posibilidad que estudiaremos detenidamente es la de si al utilizar a otro como instrumento el autor mediato *ejecuta* o no. De ello trataremos en la autoría mediata. Parecidas críticas se hacen en relación con la coautoría, entendiendo que la teoría objetivo-formal es incapaz de explicar supuestos como el del “jefe de la banda”, y, en general, cuando el interviniente principal no realiza acciones ejecutivas o realiza sólo algunas de ellas. De ello nos ocuparemos también al tratar de la coautoría, aunque puede adelantarse ya que tales objeciones no son correctas, pues en los ejemplos que habitualmente se citan lo que hay, en realidad, son contribuciones de distinta importancia, que permiten explicar perfectamente por qué en cada caso uno de los intervinientes es autor y el otro cómplice<sup>39</sup>.

---

Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 827). Por eso que considerando que la autoría es realización de actos típicos se mantiene un concepto de autor más restringido que cuando se piensa que basta la realización de actos de ejecución.

<sup>36</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 896; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 357; Gómez Benítez, José M., *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Civitas, 1984, p. 123. La objeción de que es una teoría excesivamente indeterminada, dadas las dificultades que presenta la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, no tiene sentido; entre otras razones porque ésta no es una distinción que *invente* la teoría objetiva-formal, sino que viene obligada por la propia ley penal, de manera que cualquiera que sea el concepto de autor que se maneje, la distinción habrá de hacerse (Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 34 y 35).

<sup>37</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 35 a 41; Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 474 y 475.

<sup>38</sup> Como ya pusiera de manifiesto Gimbernat Ordeig (*Autor y cómplice*, p. 37 a 40). La de la inducción, porque hay supuestos que no son en modo alguno reconducibles a ella y en los que o existe autoría mediata o no existe nada, con lo que el agente –inadmisible como es la analogía– quedaría impune. Del mismo modo, es inaceptable utilizar dos distintos conceptos de autoría, uno cuando se trata de diferenciarla con la complicidad (autor = ejecutor) y otro cuando se trata de explicar la autoría mediata (autor = el que causa) (p. 39 y 40).

<sup>39</sup> Los ejemplos que más frecuentemente se citan son el del veneno o el apuñalamiento. En el primero, A, que de acuerdo con B, quieren matar a C, le administra veneno en la sopa, mientras B distrae a C para que no advierta el raro sabor de la misma (conforme a la teoría objetivo-formal, A, sería autor –realiza actos ejecutivos– y B, cómplice). En el segundo, A entrega a B el puñal que éste clava en el pecho de la víctima, que está siendo sujetada por C (B, sería autor y A y C, cómplices) (ver por todos, Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 894; Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 481). Otro tanto ocurriría cuando sólo uno de los intervinientes realiza un elemento del tipo: si A y B entran en un piso, A toma las cosas, mientras B vigila, conforme a la teoría

Junto a ello, se resaltan las dificultades que encuentra la teoría objetivo-formal en los *tipos resultativos*, en los que la falta de descripción de medios típicos de causalización del resultado prohibiría distinguir entre autoría y causalidad, determinando una indeseable extensión del concepto de autor<sup>40</sup>.

## 2) Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho constituye, junto con la objetivo-formal, la que cuenta con mayor número de partidarios en la doctrina alemana, española<sup>41</sup> e incluso nacional. De acuerdo con ella, es autor quien tiene el dominio del hecho, quien decide sobre los aspectos fundamentales de la ejecución del delito. La concreción exacta de cuándo y quién tiene el dominio del hecho, que constituye el centro de la teoría, aparece, sin embargo, con distintos matices en cada uno de sus partidarios, lo que hace imposible una exposición detallada de los mismos. En la doctrina española, que como advertí constituye el objeto central de este trabajo, prácticamente se han reproducido las posiciones más significativas mantenidas en la doctrina alemana, que constituye el punto de referencia central en esta materia<sup>42</sup>.

---

objetivo-formal A sería autor (realiza una acción típica) y B cómplice; sin embargo, si, en idéntico supuesto, ambos han entrado mediante escalo, tanto A como B serán coautores. Más aún, si, por razones de conveniencia, deciden que B vigile de un lado u otro de la valla, B será cómplice o autor, según que escale o no la misma. En estos casos, se dice, la valoración de si un sujeto es coautor o no, no puede depender de cuestiones meramente coyunturales que realmente no inciden en el papel que el sujeto tiene realmente en el hecho, y que es lo que debe decidir si es o no coautor. Otro tanto sucedería cuando para alcanzar la fruta del árbol ajeno A sube encima a B, supuesto en el que A no toma la fruta y no sería autor porque no realiza actos ejecutivos (Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 393). Sin embargo, como advierte Díaz y García Conlledo ni la conducta de quien entretiene a la víctima para que no se percate de la presencia del veneno es la misma que la de quien se lo suministra, ni la de quien entrega el puñal o la sujeta es igual a la de quien la apuñala. Tampoco las conductas de quien escala o no escala son idénticas; en este caso, porque, con acierto o sin él, la ley quiere que sean objetivamente distintas, y considera que la de quien toma y además escala es más grave que la de quien sólo toma, diferenciación que permite considerar distinto el papel de unos y otros en el hecho (p. 482 a 484).

<sup>40</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 895; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 357; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 122.

<sup>41</sup> Así, por citar sólo los casos más representativos: Córdoba Roda, Juan, *Notas al tratado de derecho penal*, en Maurach, Reinhart, "Tratado de derecho penal", t. II, Barcelona, Ariel, 1962, p. 309 a 312 (desde posiciones finalistas); Cerezo Mir, José, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, y *Autoría y participación en el derecho vigente y en el futuro Código Penal*, en "Problemas fundamentales del derecho penal", Madrid, 1982, p. 172, 173, 337 y 338, respectivamente (también desde el finalismo); Gómez Benítez, José M., *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADPCP, 1984, p. 104 y ss., y *Teoría jurídica del delito*, p. 326 y ss. Con matices personales: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 355 y ss.; Luzón Peña, Diego M., *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, 1985, p. 95, y *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADPCP, 1989, p. 889 y ss. Limitadamente: Sáinz Cantero, José, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1990, p. 817 (en combinación con el criterio objetivo-formal), por todos. Es también la posición dominante en la doctrina alemana (sólo para los delitos dolosos).

<sup>42</sup> Cerezo Mir (*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 172 y 173), en los términos de Welzel (*Derecho penal. Parte general*, tr. C. Fontán Balestra, Bs. As., 1956, p. 104), como consecuencia de la teoría del injusto. Córdoba Roda (*Notas al tratado de derecho penal*, p. 310 y 311) del mismo modo, reproduce las tesis de Maurach (p. 307 a 309), vinculándolo al concepto de acción final. Gómez Benítez (*Teoría jurídica del delito*, p. 124 y 125, y *El dominio del hecho*, p. 103 y ss.) por su parte, es quien mejor representa las tesis de Roxin (en

A los efectos que ahora interesa, basta poner de manifiesto la ambigüedad con que se aborda la vinculación entre dominio del hecho y realización del tipo. Para la autoría inmediata, mientras que en unos casos el dominio del hecho se vincula de forma más o menos precisa con la realización del tipo, considerando que quien lo realiza tiene siempre el dominio del hecho<sup>43</sup>, en otros se mantiene el dominio del hecho incluso cuando el sujeto no haya realizado el tipo o alguno de sus elementos<sup>44</sup>. La autoría mediata también se fundamenta en el dominio del hecho, siendo con relación a ésta, se dice, donde la teoría alcanza sus mejores éxitos, al superar sin dificultad los obstáculos que encontraba la teoría objetivo-formal<sup>45</sup>.

---

cuya obra *Täterschaft und tatherrschaft*, fundamental en tema de autoría y participación, se hace la formulación más acabada e influyente de la teoría del dominio del hecho. Básicamente de las tesis de Jescheck (*Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 897), parte Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, p. 355 y 356, aunque su tesis coincide en gran medida con los criterios de Roxin).

<sup>43</sup> Como ejemplos más claros pueden citarse a Jescheck, “Sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho”; en todo caso, la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría (*Tratado de derecho penal*, t. II, p. 897); Mir Puig, siempre es autor quien realiza por su propia mano los elementos del tipo; para ser autor es preciso reclamar “la pertenencia exclusiva o compartida del hecho”; y el hecho no pertenece a todo aquel que puede interrumpir su ejecución, sino que la autoría supone que el hecho es imputable al sujeto “como suyo”: eso ocurre en el ejecutor material individual, cuando es el único causante al que puede imputarse el tipo (*Derecho penal. Parte general*, p. 355 y 356).

<sup>44</sup> Autor es “quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin”, aunque también le corresponde a quien realiza un elemento del tipo (Welzel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, tr. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 2ª ed., Santiago, 1976, p. 104); “El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo” (Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 172 y 173); autor es quien ostenta el dominio del acto (Córdoba Roda, *Notas al tratado de derecho penal*, p. 310 y 311); conforme al criterio de Roxin, en la autoría única inmediata el dominio del hecho corresponde a quien tiene el “dominio de la acción”, que pertenece a quien realiza de propia mano el tipo; autor es quien “realiza el tipo”, “realización” que hay que entender como “tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica, es decir, dominar el curso o realización del hecho”; en el bien entendido de que el tipo lo realiza “tanto el que ejecuta la acción típica en sentido objetivo-formal como el que no la ejecuta en ese sentido, pero tiene también el dominio de su realización” (Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 116).

<sup>45</sup> El autor actúa como mediador en el acto, mediante la interposición de un instrumento humano (Welzel, *Derecho penal*, p. 105 y ss.; Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 309 y ss.); Córdoba Roda, *Notas al tratado de derecho penal*, p. 310 y 311; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 116; el tipo puede realizarse también por quienes aún no realizando una acción típica en sentido formal hacen algo equivalente desde el punto de vista valorativo; eso ocurre en los casos de autoría mediata, en los que el “hombre de atrás” mediante su *prevalencia* consigue un dominio del hecho equivalente a la comisión directa (Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 897); el hecho pertenece al autor mediato porque el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia al “hombre de atrás”, que es el verdadero autor (Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 355 y 356). Más o menos expresamente, todas las posiciones parten del criterio del dominio de la voluntad formulado y desarrollado por Roxin. Contra lo que sucede con el dominio de la acción propio de la autoría directa, el autor mediato no fundamenta su dominio en la ejecución inmediata de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”, que se produce básicamente en cuatro casos: cuando se utiliza la coacción, cuando se crea o utiliza un error en el mediador, cuando se utiliza a jóvenes e inimputables y cuando el control de la voluntad se produce a través de aparatos organizados de poder (para una exposición detallada, Gómez Benítez, *El dominio del hecho*, p. 108 y ss., y Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 594 a 596). Especialmente interesante es la fundamentación de la autoría mediata en el caso de los aparatos organizados de poder (ver por todos, Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 131 y 132, que incluye estos casos también en la autoría mediata, como Roxin, y no dentro de la coautoría, como la posición mayoritaria, pues ello

Lo peculiar de la coautoría es, en cambio, el dominio funcional: es coautor todo interviniente cuya aportación constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, o lo que es lo mismo, aquél con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa<sup>46</sup>. Se trata de un co-dominio del hecho, en virtud del cual cada coautor posee algo más que el dominio de su porción de hecho, aunque dirige el acontecimiento sólo junto con otros. Sobre estas bases, los elementos de la coautoría que fundamentan el dominio funcional son tres: el plan común o nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, la esencialidad de la contribución<sup>47</sup> y, según algunos partidarios, como Díaz y García Conlledo, que la intervención se produzca en fase ejecutiva<sup>48</sup>.

---

supondría admitir que el jefe-coautor no tendría que intervenir en la fase de ejecución, tesis que no comparte). En este tipo de supuestos, en los que la autoría mediata no puede fundamentarse conforme a los criterios tradicionales –puesto que el mediador no actúa ni en una situación de error o amparado por una causa de justificación, sino con libertad y, por tanto, responsablemente– se acude a las peculiaridades de este tipo de organizaciones, caracterizadas por la fungibilidad del ejecutor: el “hombre de atrás” puede confiar en que la orden será cumplida sin necesidad de conocer al ejecutor y sin necesidad de recurrir a coacción o error alguno. Los ejecutores son sujetos anónimos e intercambiables, que aunque dominan la acción que personalmente realizan, aparecen como piezas de una maquinaria que controla el “hombre de atrás”. Como consecuencia, será autor quien puede dictar a sus subordinados órdenes relativas a la realización de hechos punibles, lo que dará lugar a una larga cadena de “autores detrás de autores” cuyo primer eslabón será el responsable máximo de la organización del que parte la orden. Cómplices serán quienes no maniobran independientemente del funcionamiento del aparato (asesores, proporcionar instrumentos para el delito) (críticamente Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 178 a 181, comentando el caso “Eichmann”).

<sup>46</sup> Teniendo en cuenta que si hubiera varios intervinientes y cada uno de ellos realiza todos los elementos del tipo, lo que se produce es una “co-ejecución” o un “co-dominio”, y no una coautoría, que se refiere a los casos en que ninguno de los intervinientes realiza por sí todos los elementos del tipo y en los que sólo concurre un “dominio funcional” del hecho (Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 309 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 116); en la coautoría todos los intervinientes deben ser cotitulares de la decisión común de realizar el hecho y aportar una contribución objetiva importante para el resultado que no constituya un acto preparatorio. No obstante, en la coautoría mediata la “distribución de funciones” puede hacer que baste una contribución que formalmente no entre en el ámbito de la acción típica: bastará con que constituya una parte necesaria de la ejecución del plan global, según una adecuada “división del trabajo” (dominio del hecho funcional) (Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 897); son coautores quienes intervienen en la ejecución, y “no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva”; “a todos ellos ‘pertenece’ el hecho, que es ‘obra’ inmediata de todos, los cuales ‘comparten’ su realización al distribuirse los distintos actos por medios de los cuales tiene lugar”; en definitiva: coautores son los que ejecutan y los que aportan una parte esencial del plan durante la ejecución (Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 416). Sobre la tesis de Roxin en particular, Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 597 y 598. Otros entendimientos del dominio del hecho en la coautoría pueden verse en Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 141 a 146.

<sup>47</sup> El plan común entre los intervinientes se concibe generalmente como un dolo común, sin que necesite de un detallado plan o un acuerdo previo. El segundo elemento, la esencialidad de la contribución, concurre, según la conocida fórmula de Roxin, cuando el concreto interviniente, retirando su contribución al hecho, puede desbaratar todo el plan. Es esencial la contribución que “bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización” (Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 132). La esencialidad dependerá de la función asignada a cada uno en el plan delictivo, según que la realización del mismo dependa o no de su contribución (Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 177 y 178).

<sup>48</sup> Conforme a este último requisito mantenido por algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho, quien actuara en fase preparatoria no podría tener el dominio del hecho porque llega un momento en que tiene que dejar en manos de otro la realización del delito; así, Cerezo Mir, *La polémica*

Tampoco hay coincidencia plena en cuanto a la naturaleza del dominio del hecho, aunque la posición mayoritaria coincide en considerarlo objetivo-subjetiva<sup>49</sup>, requiriendo circunstancias fácticas que otorguen efectivamente al sujeto el control del hecho (objetivas: independientes de lo que él crea o quiera) y el conocimiento de la existencia de esas condiciones que le otorgan el dominio (unas veces entendidas como dolo, otras como simple conocimiento o conciencia de su concurrencia).

Las críticas que se han hecho a la teoría del dominio del hecho son muchas y muy variadas, sin que prácticamente ninguna de sus variantes esté libre de objeciones. La principal es, a mi juicio, la desvinculación que se produce con la regulación legal, en ocasiones reconocida de forma palmaria<sup>50</sup>. Y, desde luego, cuando se desvincula el dominio del hecho de la realización típica, no queda más remedio que, o conectar el concepto de autor y del dominio del hecho a ideas prejurídicas o valoraciones sociales –que son las que permiten decir, efectivamente, que el verdadero autor es el “hombre de atrás” y no quien materialmente realiza el tipo–<sup>51</sup>, o ampliar el

---

*mica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 176 y 177. El dominio funcional no acoge nunca a los meros preparadores del hecho, porque la realización del hecho depende de la iniciativa y decisiones del que actúa directamente. Ello tiene especial importancia a la hora de decidir el dominio del hecho del jefe de la banda, para el que se exige que el organizador manifieste su labor de dirección en la ejecución del hecho, excluyendo al mero “organizador-preparador”; es preciso, pues, que lleve a cabo la dirección de la ejecución o que asegure su realización mediante su presencia activa en el lugar de los hechos (Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 129 y 130). El jefe de la banda será mero inductor si no participa en la ejecución del delito, según expresa Cerezo Mir. Como advirtiera Gimbernat Ordeig, criticando el criterio de Roxin, de donde procede la exigencia, la exclusión supone una contradicción con el criterio mantenido para afirmar la coautoría (coautor es quien puede desbaratar el plan si no lleva a cabo su aportación), pues en determinados supuestos quien realiza sólo actos preparatorios puede tener esa facultad (*Autor y cómplice*, p. 149 y 150). La exigencia, como hace notar Díaz y García Conlledo, en realidad, responde a la intuición de los propios partidarios de la teoría del dominio del hecho de que con ella se extiende desmesuradamente el concepto de autor; razón por la que tratan de limitarlo acudiendo a la necesidad de que la aportación del sujeto se produzca en fase de ejecución (*La autoría en derecho penal*, p. 674).

<sup>49</sup> Exigiendo que el sujeto sea consciente de su posición (Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 309 y 310); Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 898; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 394. Aun reconociendo que sin dolo no existe dominio del hecho, estima que se trata de una teoría exclusivamente objetiva: “El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía”. Aunque es preciso que el titular de dominio sepa que lo tiene, no es ésta una teoría subjetiva en el sentido en que este término se utiliza en la participación, en el sentido de que la condición del sujeto depende del ánimo con el que actúe, dado que aquí esa circunstancia es indiferente (Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 126 y 127). En términos parecidos, Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 576 y siguientes.

<sup>50</sup> Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 172 y 173. “Las personas que en los delitos comunes dolosos no dominan el hecho, aunque intervengan en él de determinadas formas, no son autores, sino partícipes, por mucho que el Código Penal considere autores a algunos de ellos” (Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 115).

<sup>51</sup> Lo que resulta inadmisibles porque, como señala Vives Antón: “la afirmación de que es autor quien tiene el dominio del hecho, no puede reclamar validez objetiva alguna, con independencia del derecho positivo; en primer lugar, porque la estructura de la realidad no vincula al legislador, y en segundo lugar, porque no se trata de una afirmación acerca de la realidad, sino acerca del mundo de los valores. Autoría, según se ha dicho, no es realización de un acontecimiento natural, sino realización del injusto, y sólo la ley puede determinar qué conductas realizan el injusto típico” (*Libertad de*

sentido de los tipos hasta permitir considerar autor a quien no realiza ningún elemento del mismo, con tal de que tenga el dominio del hecho, lo que aleja a estas posiciones del concepto restrictivo de autor y las aproxima a uno extensivo, dejando en manos del intérprete, y no de la ley, decidir quién es autor<sup>52</sup>.

En realidad, la teoría del dominio del hecho ignora las previsiones legales para construir el concepto de autor al margen del derecho vigente, en base a una idea no definida legalmente. En algunas de sus formulaciones, como se ha visto, si el sujeto no tiene el dominio del hecho ni siquiera la realización del tipo da lugar a la autoría, lo que no puede dejar de sorprender si se considera que precisamente a quien se castiga directamente es a quien realiza la conducta típica, por lo que, al menos en ese caso, el reconocimiento de la condición de autor resultaría imprescindible<sup>53</sup>.

Desde luego, son inaceptables fórmulas como la del dominio negativo, en los términos de Maurach<sup>54</sup>, que resultan insuficientes para definir el concepto de dominio del hecho; sencillamente porque la posibilidad de detener o interrumpir la realización del tipo puede corresponder no sólo al autor, sino a cualquiera de los partícipes (cómplice que advierte al dueño de la cosa) o, incluso, a un tercero no interviniente<sup>55</sup>.

Si lo que define la condición de autor es el tener el dominio del hecho y no el realizar el tipo, se puede ser autor inmediato sin realizar por sí acto ejecutivo o típico alguno, con lo que no resulta nada fácil (ni necesario) distinguir entre autor inmediato y autor mediato, que también tiene el dominio del hecho y no realiza acto ejecutivo alguno.

La teoría del dominio funcional del hecho como explicación de la coautoría, en fin, no se considera aceptable por tres razones fundamentales<sup>56</sup>: 1) porque ofrece fórmulas demasiado amplias, que pueden servir para fundamentar cualquier calificación de la conducta corresponde con un concepto auténticamente restrictivo de autor; 2) porque acaba en los intervinientes en el hecho; y 3) porque determina una ampliación de los tipos que no se suponiendo un simple dominio negativo, insuficiente

---

*prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, p. 141).

<sup>52</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 640.

<sup>53</sup> Ruiz Antón, *El agente provocador en derecho penal*, Madrid, 1982, p. 117; Olmedo Cardenete, *Autoría y participación (arts. 27, 28 y 29 del Código Penal español)*, en "Comentarios al Código Penal español", t. III, Madrid, 2000, p. 200 y siguientes.

<sup>54</sup> "Dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico; esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo". Tal posibilidad la tiene "todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo" (Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 307 y 308).

<sup>55</sup> Crítica generalizada; así, Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 129; incluso por los propios partidarios de la teoría como Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 395, por todos. Lo mismo puede decirse de fórmulas como la de la voluntad de dominio del hecho o dominio potencial del hecho, porque ni querer dominar el hecho ni tener posibilidad de dominarlo es lo mismo que el dominio efectivo, que es, en realidad, lo que importa; para mayor detalle, Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 598 a 604.

<sup>56</sup> No obstante, considera que el criterio del dominio del hecho es un buen principio rector que sirve para confirmar la idea de que el autor mediato no contribuye a realizar el injusto que lleva a cabo otra persona sino que es él mismo el que lo realiza, sirviéndose de otra persona (Ruiz Antón, *El agente provocador*, p. 160 y 161).

—como se ha visto— para caracterizar la autoría; y ello porque quien aporta una condición esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga, pero simplemente por ello no está en condiciones de decidir positivamente con su actuación que el hecho se realice.

Por otra parte, la teoría del dominio funcional conduce a un concepto de coautor demasiado amplio que no se corresponde con la regulación del Código. Desde el momento en que puede ser coautor quien tenga el dominio funcional, aunque no intervengan en la ejecución directa del hecho, se ignora la figura de la cooperación necesaria, prevista en nuestro derecho —no así en el alemán— precisamente para comprender colaboraciones de este tipo<sup>57</sup>.

En el fondo, como resumiera Gimbernat Ordeig, los problemas de la teoría del dominio del hecho surgen porque en ella se parte del principio falso de que el autor no está definido en el Código: “Convencida de que goza de una libertad absoluta, la teoría del dominio del hecho es un intento de establecer cuáles son aquellas conductas delictivas que, desde un punto de vista de justicia material, son totalmente equiparables a las definidas en el tipo. Pero esta libertad no existe”<sup>58</sup>.

### 3) Teoría del dominio positivo del hecho

La tesis del dominio positivo del hecho es defendida por Díaz y García Conlledo<sup>59</sup>, y que básicamente comparto, en la medida en que me parece que puede fundamentar la autoría de forma más precisa que las objetivo-formales y la del dominio del hecho. Aparte de las críticas concretas, la principal objeción que cabe hacer a las teorías objetivo-formales (en cualquiera de sus versiones) es que dejan sin explicar lo fundamental: si toda realización del tipo es autoría y por qué<sup>60</sup>. Y es que, a su juicio, “ni la realización (inmediata o mediata) de cualquier acción ejecutiva ni la realización (inmediata o mediata) de cualquier acción claramente típica bastan para afirmar que un sujeto es autor y tampoco, por tanto, que es coautor”. Algo parecido sucede con el dominio del hecho, que al final se traduce en un dominio negativo, insuficiente para fundamentar la autoría.

El criterio de que autor es quien realiza actos ejecutivos o, incluso, quien realiza actos ejecutivos típicos, le parece insuficiente. Partiendo de que el sistema preferible para precisar el concepto de autor es el restrictivo —porque al sancionar el principio de accesoria es el que mejor delimita el tipo, y porque esa virtud debe mantenerse y

<sup>57</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 676.

<sup>58</sup> Ruiz Antón, *El agente provocador*, p. 172.

<sup>59</sup> Entre los textos de este autor tenemos: *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, La Ley, 1986, p. 527 a 531; *Responsabilidad penal en la ocupación y desvío de un buque por un conjunto de trabajadores en un acto de reivindicación laboral: (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª)*, La Ley, 1990, p. 1038 a 1045; *La autoría en derecho penal; Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿un caso de dolo alternativo?*, PJ, n° 24, 1991, p. 206 a 211; *La configuración del dolo en una omisión del art. 338 bis del Código Penal*, La Ley, 1992, p. 566 a 571; *Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de la parte general de un nuevo Código Penal de 1990*, La Ley, 1992, p. 1029 a 1035; *Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría*, “Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal”, Barcelona, 1995, p. 305 a 307; *Autoría y participación*, La Ley, 1996; y, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación?*, “Política criminal y nuevo derecho penal”, Barcelona, 1997, p. 295 a 330.

<sup>60</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 472.

potenciarse— entiende que no todos los que realizan actos ejecutivos se enfrentan de la misma forma a la norma contenida en el tipo, lo que hace que sus conductas no tengan el mismo merecimiento y necesidad de pena (no es lo mismo sujetar a la víctima que apuñalarla, aún siendo ambos actos ejecutivos).

De todos los que realizan acciones ejecutivas, el infractor más directo de la norma debe ser quien tenga una responsabilidad autónoma; él debe ser el autor, por lo que conducta de autoría sólo debe considerarse a la que más directamente ataca la norma directa de prohibición (o de mandato) de conductas contenidas en cada tipo de delito. Sólo esa conducta merece y necesita (en la propia valoración legal) el más alto grado de responsabilidad, y sólo ella puede dar lugar a una responsabilidad autónoma y no dependiente de la acción de otros sujetos. Sólo quien la realiza puede decirse que domina objetiva y positivamente el acontecimiento y que es autor. Más aún si se considera que lo que caracteriza al autor frente a los partícipes es “que es el sujeto directo de la norma primaria, de la contenida en cada tipo del delito, no de las extensivas”, porque él deberá ser quien reúna el máximo merecimiento y necesidad de pena y su responsabilidad debe ser autónoma.

Las acciones ejecutivas no nucleares o no típicas demuestran también un alto grado de enfrentamiento a la norma, por lo que deben merecer una amenaza penal tan grande como la del autor; en definitiva, el mismo marco penal. Pero, a diferencia de la conducta del autor, su responsabilidad ha de ser dependiente y no autónoma. Y ello porque tales actos ejecutivos no atacan de forma tan directa la prohibición (o mandato) típica y no son las que la ley tiene mayor interés y urgencia en evitar, por lo que su merecimiento y necesidad de pena es menor. Como consecuencia, no todas las acciones ejecutivas (en el sentido de la tentativa) son conductas de autoría. Del mismo modo, tampoco la realización de acciones típicas no nucleares (en los delitos que describen más de una acción típica) comporta la autoría<sup>61</sup>: sólo es autor quien realiza la “acción típica nuclear, aquella en que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho”<sup>62</sup>.

Otro tanto sucede con la autoría mediata. Díaz y García Conlledo<sup>63</sup> advierte que los criterios planteados para fundamentar el dominio de la voluntad, si bien explican cuándo una acción se realiza por una persona a través de otra que utiliza como instrumento, no consiguen aclarar cuándo hay dominio del hecho y, por tanto, autoría mediata. Para precisar si hay autoría o participación mediata lo determinante será que la acción del instrumento sea objetivamente de autoría (determinación objetiva y positiva del hecho). De acuerdo con ello: “Dándose los presupuestos que fundamentan la realización de acciones a través de otro, y siempre que el sujeto de atrás cumpla el resto de los requisitos típicos y la ley no impida, aunque sea por cuestiones meramente formales, la inclusión de su conducta en el tipo, dicho sujeto será autor mediato si el instrumento a su vez realiza una acción que determina objetiva y positivamente el hecho, independientemente de que este instrumento esté sometido a responsabilidad penal o su conducta sea o no típica”<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 489 y siguientes.

<sup>62</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 513, 530 y 531.

<sup>63</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 646.

<sup>64</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 677. Cuando no sea evidente quién tiene el dominio objetivo y positivo del hecho (uno, varios o todos los intervinientes), debe procederse de la siguiente manera: en un caso en el que hayan intervenido, por ejemplo, A, B, C y D, se compro-

La coautoría sólo se da “cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan conjuntamente la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho”. Además, será preciso determinar qué acción común es la que determina la autoría, es decir, qué conjunto de actuaciones especialmente ligadas entre sí determina objetiva y positivamente el hecho. Bien entendido, la acción común capaz de fundamentar la coautoría tiene que cumplir un papel semejante a la que se precisa en la autoría inmediata individual o en la autoría mediata<sup>65</sup>. Como consecuencia de todo ello, “autor es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, sólo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso”<sup>66</sup>. Con ello –a mi juicio con razón– se consigue un concepto auténticamente restrictivo de autor, que delimita mejor los tipos penales y potencia el principio de accesoriedad.

#### 4) Críticas a la teoría del dominio positivo del hecho

El magistrado y jurista español Bacigalupo<sup>67</sup>, defensor de una nueva versión de la teoría objetivo-formal, considera, en principio, la incompatibilidad entre esa concepción con la teoría del dominio positivo del hecho, implicando, según él, que Díaz y García Conlledo realice una redefinición ampliada de la acción ejecutiva.

La contradicción, según Bacigalupo, consiste en que Díaz y García Conlledo señala, por un lado, la compatibilidad entre la teoría objetivo formal y la coautoría, pero, por otro lado, indica que especialmente en los delitos llamados puramente resultativos, es necesario un criterio material caracterizador de la autoría. Al respecto, este último, precisó que no existe tal contradicción, puesto que, estima que desde la teoría objetivo-formal se puede explicar la coautoría, aunque la caracterización de ésta derivada en la teoría objetivo-formal no le parece la más correcta<sup>68</sup>.

En segundo lugar, Bacigalupo, con relación a la concepción de la autoría como realización de acciones nuclearmente típicas defendida en la teoría del dominio positivo del hecho, estima que desemboca, en realidad, en la errónea conclusión de que todos los delitos serían de propia mano<sup>69</sup>. Sobre este punto, Díaz y García Conlledo, acota que llegar a la errónea conclusión como la formulada por Bacigalupo, es equiparar la realización de acciones nuclearmente típicas con ejecución de propia mano,

---

bará primero si la conducta de alguno de los intervinientes tiene el dominio positivo (A o B o C o D); si no fuera así, se irá comprobando si la conjunción de dos de las acciones ya lo determina (A+B, A+C, A+D, B+C, etc.); en su defecto, tres (A+B+C, etc.), y así sucesivamente (p. 678).

<sup>65</sup> Díaz y García Conlledo considera su tesis un complemento de la de su maestro Luzón Peña (*La autoría en derecho penal*, p. 691).

<sup>66</sup> Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, p. 206.

<sup>67</sup> Bacigalupo, Enrique, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal*, PJ, n° 31, 1993, p. 35 y siguientes.

<sup>68</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 308. Asimismo, precisa que, “por razonar paralelamente: el que yo no comparta la teoría del dominio del hecho y, en concreto, la teoría del dominio funcional para caracterizar la coautoría, no debe llevarme a la conclusión de que la teoría del dominio del hecho es incompatible con la coautoría, sino simplemente a la de que los límites de esa figura se establecen mejor con otro criterio”.

<sup>69</sup> Bacigalupo, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal*, p. 37.

es decir, si se repite el razonamiento por el que se rechaza la compatibilidad de la autoría mediata y la teoría objetivo-formal; sólo que, considera que tal razonamiento es aún menos sostenible en relación con su concepción de autoría<sup>70</sup>.

En tercer lugar, Bacigalupo precisa que Díaz y García Conlledo entiende el dominio del hecho con causalidad en el sentido de la equivalencia de las condiciones; es decir, si suprimido mentalmente el aporte del plan no se realiza, el que lo realizó codomina el hecho, ésta no es la teoría del dominio del hecho, sino una variedad de las teorías material-objetivas, llamada *teoría de la necesidad de la contribución*<sup>71</sup>. Al respecto, Díaz y García Conlledo apunta que no es fácil compaginar un entendimiento del dominio del hecho como causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones (que no distingue entre las diversas condiciones de un resultado, siendo todas ellas causas del mismo) con una confusión de la teoría del dominio del hecho con la teoría de la necesidad (que parte precisamente de la idea de que es posible distinguir entre condiciones necesarias y no necesarias de un resultado)<sup>72</sup>.

En cuarto lugar, Bacigalupo indica que no comprende qué importancia tiene que el dominio del hecho sea “negativo” o “positivo”; en efecto, el magistrado español considera que la teoría del dominio del hecho no conduce a un codominio negativo en la forma que postula Díaz y García Conlledo, pues lo que configura la realización concreta del hecho es el aporte positivo del partícipe y no la omisión de su retirada<sup>73</sup>. Sobre este punto, este último autor señala que la utilización de los términos “positivo” y “negativo” es una cuestión convencional; ciertamente, todos los que realizan una aportación no absolutamente ineficaz configuran el hecho (si no, el hecho sería otro), pero, si esa configuración es el dominio del hecho (no considerándolo así este autor), entonces, si se acercaría a la comprensión del mismo en un sentido muy cercano a la causalidad tal y como la entiende la teoría de la equivalencia de las condiciones; asimismo, el autor en análisis, concediéndole a Bacigalupo que todos los sujetos que realizan esas aportaciones poseen un dominio positivo del hecho, pero que en unos casos es un dominio de mayor grado que en otros. De todas formas, estima Díaz y García Conlledo, que la terminología “dominio positivo” y “dominio negativo” es expresiva y que la idea de la esencialidad en el dominio funcional supone un dominio negativo, pues es el propio Roxin quien (implícitamente) lo confirma: *“para ambos la situación es, por tanto, la misma: sólo pueden realizar su plan en tanto actúen conjuntamente, pero cada uno puede desbaratar el plan reiterando su contribución al hecho. Por eso tiene el hecho en sus manos”*<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 308. Al respecto, comenta que en algunos delitos que describen más de una acción típica no siempre la realización de cualquiera de ellas fundamenta la autoría, sino sólo la de la que aquí no puede desarrollarse, es secundario y plantea una cuestión de interpretación de algunos tipos de la parte especial más que de concepción de la autoría. Considerar qué acciones son nuclearmente típicas en los supuestos de más de una acción típicas (no centrales en el contexto de una concepción de la autoría) requiere un estudio pormenorizado de la correspondiente figura de la parte especial. Mediante este fundamento, el jurista español basa su concepción de autoría y participación en los delitos de violación y de robo.

<sup>71</sup> Bacigalupo, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal*, p. 37.

<sup>72</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 312.

<sup>73</sup> Bacigalupo, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal*, p. 37.

<sup>74</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 316.

Por otro lado, los juristas Peñaranda Ramos y Suárez González, reconociendo el carácter restrictivo de la teoría del dominio positivo del hecho, han señalado, con gran agudeza y ejemplificando con distintos supuestos (que el mismo Díaz y García Conlledo propuso en su monografía sobre la autoría), que tampoco el concepto de coautor que mantiene el autor en análisis se corresponde con quien realiza el correspondiente tipo de la parte especial (o la acción típica nuclear del mismo) y, por tanto, también resulta extensivo de la tipicidad; sucediendo, además, que cada coautor no domina positivamente el hecho, sino en la idea de la imputación recíproca<sup>75</sup>.

Sobre esta consideración, Díaz y García Conlledo acepta la idea de la imputación recíproca (basada en la existencia de un plan común con división del trabajo o acumulación de esfuerzos) en la coautoría, pero lo hace de forma más limitada que otras construcciones, pues exige (como en toda forma de autoría) que la acción realizada sea la típica nuclear y la determine positivamente el hecho. En la coautoría, cada autor por sí solo no realiza la acción típica nuclear ni determina positivamente el hecho, pero sólo del conjunto de los verdaderos coautores (no sólo de alguno de ellos, pero tampoco de ellos y además de otros intervinientes con tareas acordadas en un plan) se puede decir que determina positivamente el hecho (en ese sentido habla de realización conjunta de la acción típica nuclear y de determinación positiva compartida o conjunta del hecho)<sup>76</sup>.

Finalmente, los siguientes juristas españoles no comparten la teoría del dominio positivo del hecho, Mir Puig señala: “Díaz y García Conlledo considera autor sólo al que realiza (por sí sólo, a través de otro o conjuntamente con otros) la acción típica nuclear y no al que realiza otro acto típico, por ejemplo, no sería coautor de una violación quien ejerce la fuerza sobre la víctima mientras otro tiene acceso carnal con ella, sino que sólo este último sería autor y el primero únicamente sería partícipe; pero violar no es sólo tener acceso carnal, sino hacerlo, por ejemplo, con fuerza, del mismo modo que el robo con violencia o intimidación exige no sólo tomar la cosa, sino también ejercer violencia o intimidación, por lo que, cabe objetar que la realización del acto típico nuclear no basta para la realización del tipo ni, por tanto, para la autoría, que no es más ni menos, que esta realización”<sup>77</sup>.

Muñoz Conde, por su parte, y desde una perspectiva contradictoria, señala, por un lado, que la mayor punibilidad del cooperador necesario vendría así determinada por la posesión de un cierto dominio del hecho, que es un dominio esencialmente negativo: posibilita la comisión del delito por el autor porque, sin su contribución, el plan se detiene; pero no domina positivamente el hecho<sup>78</sup>; pero, por el otro lado, el citado jurista, considera los casos de autoría alternativa (A se aposta en el otro lado de la calle para disparar contra C, caso de que B falle) pueden considerarse como coautoría si se dan los presupuestos de la misma<sup>79</sup>; sin embargo, en base al dominio positivo del hecho, en estos casos (denominados “autoría alternativa”) se aprecia un autor, así como, un partícipe (cooperador necesario)<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Peñaranda Ramos, Enrique - Suárez González, *Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: comentario a la STS del 21/02/1989*, PJ, nº 27, 1992, p. 198.

<sup>76</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 323.

<sup>77</sup> Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 366 y 367.

<sup>78</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 2000, p. 513.

<sup>79</sup> Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, p. 504.

<sup>80</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 324 y siguientes.

### 3. Toma de postura

Después de lo dicho, poco queda que agregar sobre el concepto de autor que considero más apropiado. Nada añadiré a las críticas hechas a los conceptos unitarios y extensivos, que deben rechazarse. Por el contrario, me parece preferible un concepto restrictivo, en el que se considere que el autor viene recogido directamente en el tipo correspondiente de la parte especial. Entre otras razones, porque resulta poco lógico entender que quien ha de realizar el injusto típico no esté comprendido en la descripción legal, que resultaría, así, una proposición impersonal. Como consecuencia, las normas que con carácter general se refieren a la autoría y a la participación son normas extensivas, necesarias para abarcar a quienes no están incluidos en el tipo y cuya responsabilidad es accesoria de la del autor principal.

El punto de partida del que arrancan las teorías objetivo-formales al entender que autor es quien realiza la conducta típica es correcto; pero resulta, por una parte, insuficiente, porque deja sin explicar el porqué de ello; por otra, demasiado amplio, porque al considerar autor a todo el que realiza un acto ejecutivo o un acto típico, no se corresponden bien con un entendimiento auténticamente restrictivo de la autoría. Las teorías del dominio del hecho ofrecen, a mi juicio, todavía peores resultados; aunque más no sea porque, al menos en nuestro derecho, no puede construirse un concepto de autor de espaldas a la regulación legal.

Por todo ello, me parece preferible concebir la autoría en los términos del dominio positivo del hecho, que acaba de exponerse.

Frente a ello, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (que pretende abarcar delitos dolosos e imprudentes), iniciada por Luzón Pena y desarrollada por Díaz y García Conlledo, presenta varias bondades, al señalar que lo característico de la autoría es un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y efectivamente lo hace<sup>81</sup>.

Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero poder o capacidad de impedir o contener el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial o negativo o, más simplemente *dominio negativo*, característico de una simple forma de participación como la cooperación necesaria. Asimismo, presenta como ventaja fundamental la mejor delimitación del tipo, producida por el principio de accesoriadad limitada, en donde, al considerarse que la conducta de autoría sólo es la que más directamente ataque la norma directa de prohibición (o mandato) de conductas contenidas en cada tipo de delito (solo esa conducta merece y necesita el más alto grado de responsabilidad).

Sin embargo, toda teoría debe pasar la prueba de fuego, dada por las circunstancias que pasan en la realidad y no sólo en la mente del dogmático. Al respecto,

---

<sup>81</sup> La expresión española *determinación objetiva del hecho (o del curso del hecho)*, debe entenderse precisamente como *objektives bestimmen u objektive bestimmung o dtermination der tat* en el mismo sentido en que por ejemplo Welzel hablaba de supradeterminación (no al hecho sino del hecho). Díaz y García Conlledo, *Dominio funcional, delimitación positiva*, p. 306.

analizaremos los resultados que arroja la aplicación de la teoría del dominio positivo del hecho formulado por Díaz y García Conlledo en los casos de coautoría aditiva y coautoría alternativa.

El primer grupo de casos consisten, básicamente, en aquellos casos en los que la consumación del hecho no es producto de todas y cada una de las acciones de quienes intervienen, sino que es resultado de la suma del efecto de todas o tan sólo de una parte de ellas...<sup>82</sup> así tenemos el caso que, A, B, C y D disparan sobre E, pero sólo uno de ellos acierta al dar en el blanco.

Frente a esta constelación de casos, la doctrina alemana defiende la calificación de coautores de delito consumado para todos los actuantes: Roxin, Herzberg, Seelmann, Maurach y Gössel, Bloy y Bottke; en cambio, niegan esa calificación Schmidhäuser, Jakobs y Stein<sup>83</sup>.

Los que defienden la coautoría, lo hacen al estimar la presencia de un dominio funcional del hecho, pues han elaborado un plan común, así como, cumplen una función de importancia durante la ejecución; asimismo, otros consideran la presencia de un dominio del hecho colectivo (Maurach y Gössel), dominio configurativo (Bottke) e igualdad de rango (Herzberg).

Por otro lado, el segundo grupo de casos, consiste en la ejecución de una infracción penal en la que, ante la posibilidad de que la víctima obre de modo diverso, los intervinientes elaboran un plan en el que se prevén ambas posibilidades de las que, finalmente, sólo acabará por realizarse una de ellas<sup>84</sup>. Por ejemplo, A y B para matar a C con un arma de fuego, deciden apostarse uno en la salida principal y otro en la puerta de atrás, ante la posibilidad de que la víctima no utilice la puerta de entrada; si, finalmente, C utiliza cualquiera de los dos accesos, surge el problema de cómo calificar la conducta de quien no ha llevado a cabo disparo alguno.

Igualmente, la doctrina alemana que se ha ocupado de estos casos. Unos sostienen que se está ante un supuesto de coautoría (Roxin, Seelmann, Maurach y Gössel y Bloy), mientras que otros le niegan ese carácter y defienden que B es partícipe en sentido estricto en el delito que A comete como autor (Rudolphi, Stein y Schmidhäuser)<sup>85</sup>. Los que fundamentan la coautoría, parten de los mismos argumentos, en los cuales fundan la coautoría aditiva; en cambio, aquellos que niegan el título de coautores a todos los intervinientes, lo hacen por la imposición de un deber completo (Stein) o la adscripción al tipo (Rudolphi).

Frente a ello, Díaz y García Conlledo precisa que, para hablar de coautoría debe darse una realización conjunta de la acción típica nuclear por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la determinación positiva conjunta del hecho. El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Por tanto, para que

<sup>82</sup> Olmedo Cadenete, *Autoría y participación*, p. 234 y ss., Díaz y García Conlledo, *Autoría en el derecho penal*, p. 685 a 688.

<sup>83</sup> Por todos véase, Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 298.

<sup>84</sup> Olmedo Cadenete, *Autoría y participación*, p. 235 y siguientes. Díaz y García Conlledo, *Autoría en el derecho penal*, p. 685 a 688.

<sup>85</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 297.

esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica nuclear, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos<sup>86</sup>.

De esta forma, el citado jurista señala que en los supuestos de actuación aditiva y acumulativa no son supuestos de coautoría sino de participación. En lo que respecta al primer grupo de casos, señala que, la que realmente ha determinado positivamente la muerte, en el ejemplo de que todos disparan sobre el blanco pero uno acierta, causando la muerte de la víctima, es la acción de quien dio en el blanco; es un supuesto de autoría individual de delito consumado, a la que sin duda se suman varias conductas de autoría individual de tentativa acabada de delito frustrado de homicidio; sólo el problema probatorio impedirá castigar al autor del delito consumado como tal, pero no se puede suplir esa dificultad en la prueba con el expediente de la coautoría<sup>87</sup>.

Así, los que intervinieron, pero en concreto no mataron a la víctima, y fuera del problema de la prueba, tienen sólo un dominio negativo del hecho, siendo, no cooperadores necesarios (por no tener una esencialidad *ex ante* tal que sus conductas tienen en las posibilidades de éxito del plan), sino cooperadores ejecutivos (esa es la terminología empleada en el derecho penal español; otros simplemente dicen complicidad; en Perú, puede ser comprendida como complicidad secundaria), puesto que, en forma mínima participaron con una acción ejecutiva de homicidio o asesinato; o a lo sumo defenderse la calificación de *cooperación ejecutiva moral*<sup>88</sup>.

En los supuestos de actuación alternativa, el dominio positivo del hecho de matar, (en el ejemplo de aquellos que se apostan en diferentes lugares a fin de que en cualquiera de los lugares donde la víctima ingrese, morirá) lo tiene por sí solo quien espere en el camino por el que pasa la víctima y dispara sobre ella (autor inmediato individual). El mostrarse decidido a matar no es lo mismo que matar. Que sea el azar el que haya decidido que uno se aposte en un camino y otro en otro y que, por tanto, el azar haya decidido por fin quien mata, es algo que no varía la situación objetiva, pues se pueden construir casos en que el azar determine incluso que quien se muestra dispuesto a todo no responda penalmente en absoluto<sup>89</sup>.

Así, el que interviene solo apostado en un lugar y no mata, no podrá ser condenado por cooperador ejecutivo, porque su conducta no es una acción ejecutiva en el sentido de comienzo de la tentativa, pero sí será probablemente cooperador necesarios (en el Perú puede traducirse como cooperador primario), por la importancia *ex ante* de su conducta para las posibilidades de éxito del plan<sup>90</sup>.

Ante tales argumentaciones, Olmedo Cardenete se ha visto, en parte, distante. Así, en la actuación aditiva, no cabe duda de que tales comportamientos son hipótesis en las que, si bien no hay una realización de la conducta formalmente típica, sí existe una vinculación inmediata y directa en un mismo contexto espacio-temporal con quien causa el resultado letal. Esta circunstancia unida al elemento subjetivo del acuerdo previo por el que se conciertan las voluntades para la ejecución de la infracción que se

---

<sup>86</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 322 y 323.

<sup>87</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 324.

<sup>88</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 329.

<sup>89</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 324.

<sup>90</sup> Díaz y García Conlledo, *Coautoría alternativa y coautoría aditiva*, p. 328.

materializa en un dolo homicida en todos los intervinientes, determina la completa responsabilidad del resultado a través del tipo de imputación de la autoría<sup>91</sup>.

Pero, en la actuación alternativa, este jurista considera que, quien no consuma la infracción en el caso concreto, esto es, no realiza formalmente el tipo delictivo quien no ha lesionado finalmente el bien jurídico, sólo cabe averiguar si colaboró activamente en su ejecución con un comportamiento vinculado inmediata y directamente con la acción típica. En suma, los demás intervinientes en esta constelación de casos son cooperadores necesarios<sup>92</sup>.

Sin embargo, nosotros no compartimos los argumentos de Olmedo Cardenete, por el hecho que, si rechaza la coautoría en la actuación alternativa por no haberse realizado formalmente el tipo delictivo, ¿cómo puede considerar coautoría en los supuestos de actuación aditiva, cuando el mismo jurista considera también, la no realización de una conducta formalmente típica?

Por otro lado, estimamos que el solo elemento subjetivo no basta para configurar autoría, sino que, se requiere además un elemento objetivo, dado por la realización de la conducta típica del delito en concreto, en donde, cada aportación, o bien detenta sólo el poder de la no producción del mismo, o además de ese poder, el agente tenga el sí y el cómo del hecho (en el primer caso sólo habrá un dominio negativo, y en el segundo un dominio positivo). Frente a esta premisa, podemos inferir que el sólo hecho de estar apostado en una de las calles esperando que pase la víctima, o, que todos disparen a la vez y ver quien da en el blanco, no configura un dominio positivo (en función a la aportación y la acción típica). Por lo tanto, las conclusiones de Díaz y García Conlledo son correctas, pero a éstas se podían haber llegado a través de ser consecuentes con su teoría sin el hecho de afirmar un *inconsistente* cooperador ejecutivo moral. Finalmente, determinar cuál es la acción típica nuclear no es una cuestión de parte general sino de la parte especial.

#### **4. El concepto de autor en el Código Penal peruano**

##### **a) Concepto restrictivo de autor y regulación legal**

En el Código Penal hay indicios suficientes para mantener que se sigue un concepto restrictivo de autor. Y en ello hay coincidencia mayoritaria, con independencia de cuál sea la interpretación concreta que se haga del art. 23 y de dónde se ubique a la autoría. La diferenciación entre autores y cómplices que establece el art. 23 constituye un indicio a favor de los sistemas diferenciadores y en contra de los unitarios. Los propios arts. 23 y 24 pueden considerarse que contienen implícitamente la misma distinción, pues, a pesar de que no recogen un concepto de autor<sup>93</sup>, dife-

<sup>91</sup> Olmedo Cadenete, *Autoría y participación*, p. 234.

<sup>92</sup> Olmedo Cadenete, *Autoría y participación*, p. 236.

<sup>93</sup> Al respecto, en la ciencia penal peruana, existen dos variantes respecto al concepto de autor. Por un lado, están aquellos que consideran que el concepto de autor se desprende de la expresión (equiparándola con el Código actual) “*el que realiza... el hecho punible*” que usa el art. 23 del Cód. Penal (Bramont Arias, *Código Penal anotado*, Lima, 1966, p. 219). Y, por el otro lado, aquellos que consideran que el concepto de autor se extrae de las disposiciones de la parte especial (Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, 1987, p. 520). Asimismo, es menester señalar las opiniones que sobre este punto realizan determinados juristas penales nacionales: “*el con-*

rencian entre dos grandes grupos de sujetos: los que toman parte *directa* en la ejecución, y los que no lo hacen, interviniendo en ella a lo sumo de forma indirecta o asimilada, lo que, conforme a una cierta interpretación, permitiría diferenciar claramente entre autores y coautores, por una parte, y partícipes, por otra.

Definitivamente puede descartarse que el Código esté acogiendo una teoría subjetiva. Tampoco creo que la teoría del dominio del hecho se avenga con el sistema legal; aunque más no sea porque el Código distingue la responsabilidad de los intervinientes en base a su aportación al hecho delictivo y esas son calificaciones que no pueden ignorarse o equipararse por vía del dominio del hecho.

## b) La autoría en los delitos imprudentes

Frente al criterio de la doctrina alemana, partidaria de un concepto extensivo de autor en los delitos culposos que niega, por tanto, la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación<sup>94</sup>, el criterio dominante en España es el restrictivo, en términos semejantes a los que se mantienen para los delitos dolosos<sup>95</sup>.

La regulación de la imprudencia en el derecho español, mediante una fórmula general configuradora de un sistema de *numerus apertus* y referida siempre a un hecho que “si mediare dolo, constituiría delito” (art. 565, párr. 1º, Cód. Penal español)<sup>96</sup>, obliga a entender que para ser autor de un delito culposo es preciso realizar la

---

*cepto de autor es óntico-ontológico y para precisarlo se requieren características generales y especiales”* (Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal*, Lima, 1990, p. 198), y, finalmente, aquellos que acogen la concepción finalista de autor, Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal, estudio programático de la parte general*, 3ª ed., Lima, 1997, p. 336 y ss., así como, Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, p. 294 a 296, 298 y ss., y 303 siguientes.

<sup>94</sup> Ver ampliamente Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 272 y ss. Para la autoría del delito culposo es suficiente la infracción del deber objetivo de cuidado y la aportación de una causa del resultado, lo que responde a una visión puramente causalista del delito imprudente. Así, Welzel, *Derecho penal. Parte general*, p. 104; Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 307 a 309, en los delitos culposos será autor todo el que interponga una condición causal del resultado: “El autor imprudente será siempre *autor único* sin atender a los restantes factores humanos cooperadores” (p. 308, la bastardilla es textual). Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 897; Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 171 y 172. Ver críticamente, por todos, Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 812 y 813, resaltando las dos consecuencias fundamentales que se derivan de un entendimiento de este tipo: mantenimiento de un concepto extensivo de autor en los delitos culposos (al negar la distinción entre autor y partícipe) e imposibilidad de aceptar la autoría mediata culposa (tanto en los delitos dolosos como en los culposos, por considerar que falta siempre el dominio del hecho, que constituye la esencia de la autoría mediata).

<sup>95</sup> Ver por todos, Quintano, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958, p. 333; Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 813 a 817; Luzón Peña, *Derecho penal de la circulación*, p. 95, y *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*, p. 889 y siguientes.

<sup>96</sup> La misma fórmula se utiliza en el art. 586 *bis* del Cód. Penal español: “Los que por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito”. A distintas conclusiones podría invitar, en cambio, la prosa del art. 600: “...los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas...”, en donde se potencia el carácter de delitos de prohibición de resultado que se reconoce a la imprudencia y en la que la conducta parece que se desvincula de la del delito doloso correspondiente. Una interpretación sistemática, que inscriba a los daños por imprudencia simple con infracción de reglamentos dentro lo que es: una forma de imprudencia, obliga, sin embargo, a mantener también respecto de ella los mismos principios sobre la autoría y la participación que rigen con carácter general sobre la misma.

misma conducta objetiva que en los delitos dolosos. Y si en estos es objetivamente distinta la conducta de autores y partícipes, también ha de serlo en los delitos culposos. Sin embargo, por mandato de los arts. 11 y 12, Cód. Penal peruano, la regulación de la imprudencia está regida por un sistema de *numerus clausus*; es decir, especifican los tipos culposos en la parte especial del texto punitivo; por lo que, de *lege lata*, no hay participación culposa (art. 24, Cód. Penal) y de *lege ferenda* la autoría culposa es unitaria.

### **c) La autoría mediata**

Autor mediato es quien realiza el tipo utilizando a una persona, de la que se sirve como instrumento. El autor mediato es un *verdadero autor*, que realiza el hecho como propio. La razón es sencilla: si nadie discute que es autor quien para realizar el delito se sirve de un instrumento mecánico o de un animal, no se ve por qué habría de negársele esa condición cuando se sirve de otros hombres, que actúan como si fueron ellos también un puro instrumento.

Lo peculiar de la autoría mediata es que en ella se invierte el papel que usualmente corresponde al realizador inmediato y material de la conducta. Generalmente, es éste quien realiza como autor un hecho propio, mientras que el “hombre de atrás”, normalmente inductor, aparece como partícipe, colaborando en el hecho de otro. En la autoría mediata, por el contrario, es el “hombre de atrás” y no el ejecutor inmediato el que tiene el papel principal, circunstancia que permite considerarlo como autor; el ejecutor inmediato resulta ser un mero instrumento del que se sirve el autor mediato para llevar a cabo la realización delictiva.

La posición mayoritaria, por el contrario, considera que la autoría mediata es precisa en el derecho peruano, porque ni la inducción ni la complicidad pueden acoger los casos de autoría mediata, dado que, en cuanto formas de participación, requieren, conforme a la accesoriad limitada, un hecho típico y antijurídico realizado por el autor principal con el que relacionar su intervención, lo que supondría declarar impunes todos los casos en que el instrumento actúa atípica o justificadamente. Por otro lado, porque tratar esos supuestos como inducción o complicidad supondría desconocer la esencia de los supuestos de autoría mediata, que responden a la idea de realización de *hecho propio* y no de colaboración en *hecho ajeno*. En definitiva, que ni el reconocimiento de la accesoriad limitada ni la equiparación a la autoría de la inducción y la cooperación necesaria hacen superflua a la autoría mediata en el derecho nacional.

### **d) La coautoría**

Son coautores los que, de forma mediata o inmediata, realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. El coautor es *verdadero autor*, porque realiza, con otros, un hecho propio y no ajeno; como consecuencia, entre los coautores no rige la accesoriad. Como el coautor es autor, la delimitación del concepto de coautor depende de la posición que se mantenga en torno al concepto de autor.

La estructura de la coautoría se basa en el principio de la división del trabajo, entendida como “interdependencia funcional entre cada uno de los que conjuntamente intervienen en el proceso directo de ejecución del delito”. Los elementos es-

tructurales de la coautoría son la *resolución común de ejecutar el delito* o *mutuo acuerdo*, del que resulta una división del trabajo y una asignación de funciones que convierte en partes de un plan global las contribuciones de cada coautor, y la *realización conjunta del hecho*, conforme al acuerdo de división del trabajo, y que es lo que permite hablar de una *acción conjunta* formada por actos parciales.

Lo particular de la coautoría es, pues, que la ejecución del delito no resulta de la suma de las colaboraciones hechas por cada interviniente a título de autor, sino que la conducta que realiza el tipo es la del conjunto que interviene en su ejecución, de tal manera que, siendo esencial para la ejecución la contribución prestada por cada coautor, el delito resulta de la confluencia de todas ellas. En todo caso, conforme al criterio definidor de la autoría que se expuso en su momento, para que pueda hablarse de coautoría, la acción conjunta debe ser la acción típica nuclear, que determina objetiva y positivamente el hecho.

La actuación de los partícipes se rige por el principio de la *imputación recíproca*, de acuerdo con el cual lo que haga cualquiera de los coautores es imputable a los demás; cada uno responde de la totalidad del hecho, como si lo hubiera llevado a cabo por sí; supone, en definitiva, la aceptación por todos de lo que va a hacer cada uno de ellos.

Para la coautoría es necesario el *acuerdo previo*, pues sólo toma parte en la ejecución quien se inscribe conscientemente en el *plan global*, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo; en definitiva quien es consciente de su posición objetiva de ser parte del todo. La exigencia de ese *plan común* se deriva del propio principio de culpabilidad, porque al sujeto no se le puede hacer responder (por lo menos dolosamente) de lo que no conoce o no quiere.

El acuerdo puede ser anterior o coetáneo (*autoría sucesiva*) y expreso o tácito. Cuando el sujeto sabe que otros están realizando el delito y contribuye a él por propia iniciativa se integrará la coautoría si los demás advierten y aceptan, aunque sea tácitamente, la colaboración; no la habrá si los demás no lo saben o no la admiten. La importancia del acuerdo previo, sin embargo, no permite entender que todos los que participan en el hecho son coautores, cualquiera que sea la importancia de su contribución objetiva al mismo. Así lo viene entendiendo la teoría del acuerdo previo, que por eso resulta censurable, como hemos visto anteriormente. Por el contrario, resulta imprescindible que los coautores intervengan en la fase de ejecución del delito, lo que significa que las colaboraciones que signifiquen meramente actos preparatorios son conductas de participación y no de coautoría.

Desde el punto de vista objetivo, pues, serán coautores todos los que realizan una conducta que se corresponde totalmente con la descripción típica, aunque no es preciso que la conducta de cada uno de los intervinientes pueda subsumirse íntegramente en el tipo: no es preciso que el coautor lleve a cabo por sí mismo todas las características del tipo; para la coautoría basta con que, consideradas en conjunto, las distintas aportaciones conformen todos los elementos del tipo de injusto.

También hay coautoría cuando uno de los intervinientes realiza completamente el tipo y los demás sólo parte del mismo. La realización parcial del tipo por todos los intervinientes dará lugar a la coautoría de una tentativa de delito. Cuando los demás intervinientes no conocen o no aceptan la colaboración de otro, aparece la *autoría accesoria*, que no es verdadera autoría, por lo que su contribución debe valorarse de

forma independiente. La *autoría accesoria* se produce, pues, cuando dos o más sujetos, actuando cada uno por sí e independientemente de los demás, producen el resultado típico; aunque hay objetivamente una cooperación en la producción del resultado, falta el acuerdo entre ellas que permitiría hablar de coautoría. Como consecuencia, debe valorarse independientemente la conducta de cada uno de los sujeto que han contribuido con sus actos ejecutivos a la producción del resultado.

Respecto de la tentativa de coautoría, se mantienen dos posturas: la *solución global*, que considera que la tentativa comienza para todos cuando uno de los coautores alcanza con su conducta el estadio de la tentativa, aunque los demás no hayan realizado actos de ejecución, y la *solución individual*, que, por el contrario, entiende que la tentativa sólo alcanza a todos, cuando todos los coautores hayan realizado acciones calificables cada una de ellas de tentativa. De acuerdo con la concepción mantenida, es evidente que el principio de *imputación recíproca* impone optar por la *solución global*: cuando un coautor realiza actos que en sí mismos son calificables de tentativa, ello vale para todos. La razón es clara: si los coautores no cometen un hecho cada uno por sí solo, sino que cometen todos conjuntamente un hecho global, la tentativa se inicia en el mismo momento en que, si hubiera un solo autor, hubiera dado comienzo. Sí es preciso, en cambio, que la aportación que integra la tentativa se haya llevado a cabo en ejecución del plan concertado por todos, de forma que no habrá coautoría si el acto ejecutivo se realiza al margen del mismo o sin el apoyo funcional de los demás intervinientes.

No es aceptable, sin embargo, la *autoría moral o intelectual*: si quien iba a ser coautor no ha empezado a realizar su contribución, pero su intervención en el acuerdo ha servido para reforzar la voluntad de realización del hecho de los otros, podrá castigársele como partícipe.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.