

EXIGENCIAS DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE AUTORÍA CRIMINAL

Análisis acerca de las teorías relativas a los conceptos de Autoría y Participación que se presentan en la Dogmática Jurídico-Penal, así como de la importancia de la diferenciación de dichos conceptos en la aplicación del Derecho Penal.

Dr. Carlos Alberto Bellatti

Sumario:

Consideraciones generales

- 1- Aproximación a las diferentes teorías que pretenden delimitar el concepto de autor
 - 1.a) Teoría objetivo formal
 - 1.b) Teorías subjetivas
- 2- Recapitulación y perspectivas
- 3- Teoría objetivo material
- 4- El dominio del hecho - Autoría-
- 5- Coautoría
- 6- Autoría mediata

Consideraciones generales

Con la finalidad de revisar la problemática que plantea la intervención de varias personas en la realización delictiva, la dogmática jurídico penal diferencia entre autoría y participación. La vastedad de criterios con los cuales se pretende dar solución a la cuestión planteada representa un obstáculo difícil de superar, sin embargo y tal como se verá, el criterio de distinción que predomina en la doctrina adhiere a la consideración del "Dominio del Hecho" por la que "autor" de un delito es quien domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, a

tal punto que, sin su intervención y decisión en el suceso, el mismo no se podría cometer.

Más allá de la coherencia dogmática que alguna doctrina puede cuestionar lo cierto es que durante más de dos décadas las teorías material-objetiva de la autoría, han adquirido un importante grado de supremacía, que conforme a lo adelantado resulta dominante en la doctrina jurídico penal contemporánea, fundamentalmente en su acepción moderna, la teoría del “Dominio del hecho” promovida por Claus Roxin.¹

En cambio el denominado partícipe, es alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión del delito, cuya realización depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor²

1- Aproximación a las teorías que pretenden delimitar el concepto de autor

La concreción conceptual de la autoría representa sin duda una de las problemáticas más comprometidas de la dogmática jurídico penal.

Ante todo debo señalar que por la naturaleza y extensión de este trabajo me limitaré a examinar determinadas concepciones.

Al respecto y adelantando en parte lo que se pretende con este trabajo, el profesor Doctor Edgardo Alberto Donna enseña que en la concreción del concepto de autor existe la posibilidad de tomar dos

¹ Anoto Bernd Schünemann, “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal del siglo XXI” “Cuando Hans-Joachim Hirsch, el custodio indiscutiblemente más importante de la herencia de Welzel, y Claus Roxin su crítico no más severo pero el más profundo e importante, se expresaron hace poco en forma de balance sobre “Fundamentos, desarrollos e interpretaciones erróneas del finalismo”, como también sobre sus ventajas y déficit, no se menciona para nada la teoría del dominio del hecho. Evidentemente ambos partieron de la premisa de que en el concepto de dominio del hecho, se trata de una doctrina independiente que no puede ser derivada ya de la teoría final de la acción.

Y como la teoría del dominio del hecho fue desarrollada con todo detalle por Roxin mismo y, así por un antifinalista, evidentemente no es vista por los finalistas ni por sus críticos como una conquista central del finalismo. Sin embargo de ese modo, ha caído en el olvido una de las instituciones más brillantes de Welzel, cuya reivindicación aportará al mismo tiempo un extraordinario ejemplo de la relevancia de estructuras lógico-objetivas y de la relación del ontologismo y normativismo.” “en el pensamiento penal de la modernidad- Colección Autores de Derecho Penal ED. Rubinzal-Culzoni p.252 y ss..

² Doctrina dominante, véase Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal Parte General 4ta. edición Valencia 2000, p.496.

caminos posibles, en efecto o bien se puede considerar “autor” a todo sujeto que haya cooperado de algún modo en la realización del hecho, sin efectuar distinción alguna entre los distintos aportes de los intervinientes – concepto unitario de autor-.

O, a contrarió diferenciar varias formas de intervención conforme el grado e importancia material de los aportes realizados, diferenciando la autoría de la participación y atribuyendo al “autor” el carácter de “ figura central del suceso”³.

Para la primera concepción no existe ninguna diferencia entre los intervinientes del delito de manera tal, que considera autores a todos aquellos actuantes que realizan una contribución causal a la realización del ilícito típico.

Al respecto afirma Claus Roxin⁴, con cita de Liszt, “ Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición al resultado producido, participa de éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado...”y prosigue“ la única solución coherente a partir de ahí, esto es la renuncia a establecer distintas formas de participación, que estaba descartada por la diferenciación plasmada en la ley. El concepto “unitario de autor” pues, solo era posible mantenerlo como exigencia de lege ferenda”.

Como puede observarse la planteo central de esta teoría radica, en dejar de lado todo criterio de distinción entre autoría y complicidad, por lo que el Juzgador no indaga si el sujeto fue autor o participe del hecho, sino tan solo debe medir la pena conforme la importancia y significación de cada uno de los intervinientes en el hecho⁵. Especialmente representativa me parece la opinión de Maurach⁶, en el sentido de que esta teoría conduciría a una considerable extensión de la punibilidad, asimismo consecuencia de esta teoría deviene en que la participación de los

³ Edgardo Alberto Donna “ La autoría y la participación criminal” ED Rubinzal y Culzoni segunda edición p 13.

⁴ Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, - séptima edición-ed Marcial Pons p 24.

⁵ Donna la Autoría y p 14.

⁶ Maurach- Gossel -Zipf derecho penal Parte general tomo II ed Astrea 7ma. Edición p. 289 y ss.

extraños en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sería punible en razón de que el partícipe lesiona bienes jurídicos ajenos para él, mientras que según el principio de accesoriedad, se llegaría a la impunidad como consecuencia de la falta del hecho principal⁷.

La presencia de nuevas y complejas problemáticas en torno a la dogmática de la autoría criminal ha puesto de manifiesto la superación de la teoría del “Autor Único”, sin embargo no debo dejar de destacar, conforme apunta Schünemann, el hecho de que poco tiempo atrás en el libro homenaje a Lampe -Alemania 2003- Günter Jakobs, sostuvo un regreso teórico al concepto unitario de autoría y un concepto extensivo de autor caracterizando la distinción entre autoría y participación como una cuestión relativa a la medición de la pena.⁸ A mi entender, esta sistemática supone una notable regresión en la dogmática de la autoría.

En este sentido afirma Roxin⁹ “ han de rechazarse todas las teorías que pretendan determinar el concepto de autor con arreglo al “merecimiento de pena”, la intensidad de la energía criminal o criterios similares”

1a. teoría objetiva formal

Esta concepción considera que “autor” es quien por sí mismo realiza total o parcialmente las acciones que describen los tipos penales de la parte especial, por lo que los demás intervinientes en el hecho concurrirán en carácter de partícipes – inductores o cómplices-

Si el delito es pluriactivo el “autor” será quien realice aunque sea alguno de los elementos del tipo penal, por lo que el “autor” dentro de la concepción en análisis es quien lesiona, quien estafa, quien hurta, el aporte anterior o simultáneo es apreciado como participación.¹⁰

Ahora bien, el apego irrestricto a las legislaciones penales debió jugar un rol de enorme influencia-al menos en el florecer de la teoría- a la hora de afirmar que esta concepción resulta ser la única que no violenta el tipo legal, ni el significado de las palabras en el lenguaje común.

⁷ Donna La Autoría yP17.

⁸ Lo permanente y lo transitorio.....p 256.

⁹ Autoría y dominio p 49 y ss.

¹⁰ Ver Donna La autoríap25 y ss.

De manera tal que sus los defensores ¹¹ afirman como un paradigma irrefutable, que con esta sistemática, quien realiza la acción principal realiza el delito siempre es “autor” y nunca “cómplice”

Así escribe Bockelmann¹² “ El que ha realizado en su propia persona el tipo total es autor aunque se halle bajo influencia extraña..... El que derrama sangre con sus propias manos no puede lavarse las manos en la inculpabilidad”

Sobre esta premisa y esencialmente, señalando el respeto de la tesis expuesta por el “principio de legalidad” sus expositores, no sin esfuerzo han tratado de corregir la problemática que surge respecto de la complicación al momento de explicar la autoría mediata, en otras palabras la principal objeción que puede formularse a la teoría objetivo-formal resulta de la dificultad en el esclarecimiento de la autoría mediata.

El problema lejos de ser teórico se presenta en la realidad a tal punto que sus defensores proponen soluciones que pasan desde considerar que, el “autor mediato” ejecuta la acción típica hasta quienes reconocen que, si bien es cierto que el “autor mediato” no ejecuta resulta ser la causa del resultado contrario a la norma.¹³, en la doctrina nacional resulta particularmente interesante la posición de Ricardo Núñez¹⁴ quien para superar la problemática afirma que la denominación de “autor mediato” no es correcta en tanto presupone un autor inmediato que no existe, resultando situaciones de autoría única y no de coautoría, al final de cuenta volveríamos al concepto de autor único¹⁵

En referencia a esta tesis y con la claridad conceptual que caracteriza a Roxin, afirma “ obviamente la teoría objetivo forma presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno la autoría mediata. Muchos partidarios suyos han intentado arréglaselas sin esta figura

¹¹ Escribe Gimbernat Ordeig “ Autor y Cómplice en Derecho Penal “ed. IbdeF . “ Se puede afirmar que en Alemania no hubo un dogmático de categoría de los primeros treinta años de este siglo (formulo la salvedad que el autor se refiere al siglo XX) que no se proclamase partidario de esta teoría”. La única excepción que al respecto rescata el maestro español es la de Binding./ entre los autores de la doctrina nacional mencionamos a Fierro; Soler; Jiménez de Asúa y Núñez.

¹² Gimbernat Autor y p17.

¹³ Ver Gimbernat obra cit. P 22/ una clara exposición en Donna obra cit. P 28 y ss.

¹⁴ Derecho penal Parte general ed Lerner p 285.

¹⁵ Donna obra cit. p 28.

jurídica y resolver de “lege ferenda la penosa laguna de casos merecedores de punición” limitando la accesoriedad. Pero esta vía no solo está cerrada para el principal supuesto de aplicación, el actuar mediante un instrumento no doloso, por el hecho de que la jurisprudencia hoy exija para la participación un hecho principal doloso; por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación; que el tan mentado médico que a través de una enfermera no sabedora, haga administrar una inyección letal, es genuino autor lo mantiene hoy unánimemente la doctrina no necesitando aquí más fundamentación¹⁶”

Con el mismo acierto Roxin, señala las falencias de la teoría objetivo formal respecto de la coautoría cuando afirma “Wegner idea el supuesto en que el varón “a” y la mujer “b” han decidido envenenar a “c”, y en que “a” mezcla el veneno en la sopa mientras que “b” despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a “c” del extraño sabor de la sopa. En su opinión “a” es autor y “b” cómplice. Tampoco Beling, en el ejemplo en que “a” entrega a “b” un cuchillo que este clava en el corazón de “x”, al que “c” está sujetando, tiene reparos en considerar a “a” y “c” como meros partícipes. No obstante estas soluciones –dice Roxin– no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento “a” y “b” cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que solo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas. Precisamente el lenguaje común tan ensalzado por los partidarios de la teoría objetivo formal no titubearía en decir que “a” y “b” han matado conjuntamente a “c”. Otro tanto cabe afirmar del ejemplo de Beling”¹⁷

En definitiva la teoría objetivo formal merece aprobación en cuanto al respeto irrestricto por el principio de legalidad, ubica como la figura central del suceso a aquel que ejecuta por sí mismo la acción. Sus defectos, no pueden pese a sus alambicados argumentos explicar la autoría mediata y en materia de coautoría convierte un proceso unitario en actos que resultan conforme su sistemática, individuales entre sí.

¹⁶ Roxin obra cit. p 56 y ss.

¹⁷ Roxin obra cit. P 57.

Consecuencia de lo antes expresado, la teoría objetivo formal tendría solo capacidad de asimilar la sistemática de los delitos de propia mano, manifestándose insuficiente en los supuestos en que el “autor de propia mano” no resulta ser el sujeto que verdaderamente controla el suceso siendo controlado por el hombre de atrás.

De este modo deduzco que, más que incorrecta es inconclusa resulta una teoría que como veremos más adelante necesita a todas luces de un complemento, en otros términos requiere ser completada.

1b. Teorías subjetivas

Si bien es cierto que he concentrado mis esfuerzos en el análisis de la actuación del “autor” no debo por la importancia que ha tenido y tiene en la actualidad, dejar de mencionar las denominadas teorías subjetivas.

Esta creación de Köstlin, divulgada por v. Buri, propone fundamentalmente el siguiente esquema. “autor” será quien actuó con animus auctoris, en tanto resulta “participe” quien lo haga con animus socii.

La teoría subjetiva representa diría hasta hace muy pocos años, un pensamiento contundente para explicar la diferencia entre autoría y participación, como afirma Gustavo E. Aboso¹⁸ “ incluso hasta hoy dicha teoría subjetiva permanece vivida en la jurisprudencia de algunos tribunales de primer orden”. Y continua el autor, “ la descalificación de la postura subjetiva vino de la mano de su aplicación judicial en dos celebres casos (“Badewannenfall” y “Staschynski”) que produjo una crítica demoledora por parte de la doctrina que condujo a su definitivo abandono.”

La concreta determinación de quien actúa con animus auctoris y quien lo hace con animus socii, se resuelve con diferente metodología a través de la llamada “teoría del dolo” o la denominada “teoría del interés”.

Para la primera de ellas mientras el “autor” concurre con una voluntad autónoma, el participe tiene una voluntad dependiente de la del autor, en otras palabras el “participe” quiere la producción del resultado, solo en el caso de que el autor también lo quiera, es decir que

¹⁸ “El Criterio del dominio del hecho en la teoría del autor” publicado en “ Hans Welzel - en el pensamiento penal de la modernidad” libro homenaje/ ed. Rubinzal y Culzoni p 276.

si el autor no lo quiere tampoco él, así las cosas la decisión respecto a la producción o no-producción del resultado resulta del criterio del autor¹⁹.

La denominada teoría del interés, defendida por Feuerbach y Henke considera que interviene con *animus auctoris* quien tiene en el hecho un interés propio, en tanto actúa con *animus socii* quien actúa en interés ajeno²⁰ al respecto escribe Donna²¹ "la consecuencia práctica fundamental de esta teoría reside en que la realización formal de la acción no es esencial para determinar la autoría: el que realiza de propia mano la acción típica, no obstante puede ser solamente un cómplice o colaborador si no se da en él, el elemento subjetivo que caracteriza la autoría".

En este sentido, con la claridad conceptual que lo caracteriza afirma el maestro Gimbernat "el fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y sobre la base de ella se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice; ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es este: La ley positiva distingue entre autor y cómplice, las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente, luego la distinción - impuesta por la ley- ha de hallarse en el terreno subjetivo"²²

En síntesis las teorías subjetivas pretenden dar una solución a las carencias que presenta la teoría objetivo- formal, de forma tal de solucionar conflictos como el acontecido en la jurisprudencia alemana, - por cierto muy conocido- "la imputación del hecho como autora a la madre, que inmediatamente después de dar a luz, le requiere a la hermana que ahogue en la bañera al recién nacido"²³

¹⁹ Ver Donna " La autoría y p 19.

²⁰ Ver una exposición detallada en Díaz y García Conlledo " La autoría en el derecho penal" ed Bosch p 314 y ss.

²¹ La autoría y p 21.

²² Gimbernat Ordeig obra cit. p28/ la pretensión del autor, resulta de significar que como todos los aportes al suceso son igualmente causales no resulta posible diferenciar entre ellos algún elemento o dato que los distinga.

²³ Ver Rusconi M. "Cod. Pen. Comentado To. II "ed Hammurabi p.154.

Son considerables y numerosas las críticas que han recibido las teorías subjetivas,²⁴ sin embargo y a modo de epítome, puede decirse que, entre las cuantiosas y profundas objeciones que podrían formularse a estas teorías prevalece - al menos a mi modesto entender- la de provocar una “subjetivación de la responsabilidad penal”, incompatible con la sistemática de un derecho penal acorde a un Estado de Derecho.

2- *Recapitulación y Perspectivas*

a- Como resultado de una realidad histórica, las categorías dogmáticas de la teoría del delito no pueden trascender exclusivamente desde un plano puramente naturalístico-causal metafísico-racional o teleológico. En otras palabras la contraposición entre política criminal y dogmática jurídico penal es, cada vez y en mayor medida, un paradigma difícil de sostener.

Obviamente la dogmática de la autoría no escapa a esta afirmación, por lo que, si bien es cierto la fortaleza del argumento de la teoría de von Buri en la construcción de la teoría unitaria de autor, no lo es menos considerar el hecho de que su modesta expansión abreva principalmente en concepciones autoritarias - fascistas y nacionalsocialistas-que tomaron este modelo en tanto sirviera o resultara funcional a sus tenebrosos propositos²⁵.

En síntesis la “teoría unitaria de autor “ nos muestra una clara adhesión a un Derecho Penal de autor, impensable en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Asimismo la renuncia a la distinción entre “autor y partícipe”, conlleva la introducción en el delito de todas las formas bajo una única figura -la del autor- sobrelleva consecuencias muy importantes, como la negación de cualquier vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho, por último y tal quedo

²⁴ Se puede citar a modo de ejemplo a autores de la categoría de Gimbernat; ; Maurach; Díaz y García Conlledo; Claus Roxin; Rodríguez Morullo; Mir Puig.

²⁵ Ver Donna La autoría y p 15/ interesante también la cita del autor respecto de la toma de posición de Díaz y García Conlledo/ Donna; “ detrás de esta teoría está von Liszt quien tenía un concepto de derecho penal basado en la prevención especial y la peligrosidad” obra cit. P 15.

dicha esta teoría resulta más que objetable desde el punto de vista político-criminal.

b- Especialmente representativa de la metodología de análisis de la jurisprudencia alemana resultan ser las denominadas “teorías subjetivas”, en efecto, en tanto obstáculos insuperables surgen para la teoría objetivo formal en el terreno de la autoría mediata, los mismos son salvados impecablemente por la tesis subjetiva, de tal modo, que si la actividad objetiva en la codelincuencia resulta indiferente a los fines de distinguir entre autor y cómplice, de forma tal que lo único importante para su diferenciación resulta el factor subjetivo, no existe obstáculo alguno para considerar al “autor mediato” por muy alejada que se encuentre su actividad del resultado típico un auténtico “autor” por tanto lo único que resultará auténticamente relevante –en este esquema metodológico- deviene de la consideración en él, del factor subjetivo entendido como característico de la autoría.

La puesta en escena del elemento subjetivo de la autoría, como factor determinante a la hora de explicar sin contradicciones la “autoría mediata” resulta uno de los factores concluyentes del éxito y aceptación de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana²⁶

Aceptación, que aunque en parte depreciada, subsiste en decisiones del Tribunal Supremo Alemán.

²⁶ En este sentido detalladamente Gimbertnat obra cit. P 20 y ss./ Maurach obra cit. Nos muestra alguna de las saludables decisiones del (BGH) en la solución de casos aplicando como fundamento dogmático la teoría subjetiva-restringida, que constituye un claro avance frente a la teoría subjetiva extrema. En efecto esta doctrina apunta el autor, se acerca considerablemente en sus resultados, a la teoría material objetiva en función de que le entrega al juzgador indicios concretos para investigar la autoría, así un indicio subjetivo de la voluntad del autor está constituido por el interés personal en el resultado típico, empero este indicio no puede bastarse a sí mismo como indicios objetivos de la voluntad del autor, el tribunal supremo federal ha destacado la conducta del afectado, tanto durante como con posterioridad al hecho; la influencia sobre la planificación de la realización típica, el dominio del curso del acontecer, en especial la comisión por propia mano y la posesión del dominio del hecho; las características del aporte típico son de importancia; una actividad notoriamente subordinada constituye un indicio de complicidad, sin embargo Maurach, considera la teoría subjetiva restringida como insuficiente en su fundamentación, ella confunde el punto de partida y la conclusión, cuando con el propósito de plantear a la autoría (coautoría) como un dato objetivo, busca determinar ese elemento objetivo mediante criterios en sí subjetivos- atento que la consideración causal del delito le cierra toda otra posibilidad-

En tal sentido escribe Schünemann²⁷ " En la dogmática de la autoría se muestra esta peculiaridad en que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) ha adoptado la concepción de autoría de Roxin solo en la superficie verbal, mientras que, en los resultados concretos de sus decisiones, se ha vuelto a acercarse muy estrechamente a la arbitrariedad de la teoría subjetiva." Continúa el autor " Para ofrecer solo dos ejemplos de esto: En la autoría mediata mediante la utilización de un aparato organizado de poder ha renunciado entretanto a la exigencia central de Roxin de que el aparato tenga que estar absolutamente distanciado del derecho, incluso a renunciado en el fondo a la misma categoría del aparato de poder, porque ha querido considerar suficientes las meras relaciones contractuales, como por ejemplo la relación con un enfermero en un hospital o con un empresario que actúa por su cuenta y se encarga de la eliminación de basura"²⁸.

Cabe consignar, conforme al estudio propuesto, el hecho que se desprende de la lectura de la mejor doctrina española, en el sentido de poner de manifiesto que la teoría subjetiva nunca encontró demasiados partidarios, igual consideración merece su escasa influencia en la jurisprudencia de los tribunales de la madre patria, en efecto aunque el Tribunal Supremo haya acudido a estas tesis cabe señalar la circunstancia de que no lo haya utilizado como único criterio, sino como uno más, frecuentemente unido a otras tesis.

c- Otra cuestión que merece considerarse esta relacionada con aquellos partidarios de la teoría "objetivo formal" que proponen prescindir del autor mediato - al no poder explicarlo lo dejan de lado- y ajustar su actividad en la inducción.

Frente a estas concepciones que aparecen como un importante desajuste en la dogmática de la autoría, corresponde afirmar la existencia de determinados supuestos en los cuales solo puede existir autoría mediata, a contrario no existe nada y corresponde afirmar la impunidad del sujeto.

²⁷ Hans Welzel en el pensamiento penalp 255.

²⁸ Sobre la idea del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) extensamente en Roxin... Autoría y dominio.... p 111 y ss.

Un ejemplo de la doctrina alemana enseña “ si, “a” conecta el timbre de la puerta de su vecino “b” a un explosivo, de tal manera que al llamar alguien a la puerta explote la construcción de “b” y de allí produzca su muerte y se sienta a esperar al primero que toque el timbre, no existe basamento dogmático alguno que me permita afirmar que “a” ha inducido al visitante a la acción comisiva.

Otro antiguo, pero no por ello menos interesante ejemplo de la dogmática alemana resulta ser el siguiente: “ Si el loco “a” quiere dar muerte a “b” y decidido desde tiempo atrás a cumplir con su cometido, un día cualquiera se cruzan en la calle, “c” da un golpe en el hombro de “a” con el fin de señalarle la presencia de “b” que para “a” había pasado inadvertida, reaccionando “a” matando a “b” tal cual lo había decidido hace tiempo, no cabe la posibilidad de indicar el comportamiento de “c” como inducción, en función de que resulta imposible convencer de la realización de un delito a quien ya estaba convencido.

En todo caso cabe la posibilidad de hacer desistir al “autor” de su realización, empero está problemática se corresponde con la dogmática de la tentativa.

La fortaleza de la teoría objetivo formal descansa en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, ubicando a quien ejecuta por si mismo como “autor”, como figura central del suceso.

Por último, vale destacar, que la jurisprudencia española acude muy frecuentemente a esta teoría – que de hecho no consideró equivocada- a fin de determinar autoría o coautoría ubicándolo tanto como argumento único o combinado con criterios doctrinales como el llamado “acuerdo previo”²⁹. Muy sintéticamente la denominada teoría del acuerdo previo representa una verdadera confrontación con el derecho penal de hecho, en efecto no se debe juzgar a las personas exclusivamente por lo que pensaban hacer, ni tan siquiera por aquello que manifiestan que están dispuestos a hacer por el contrario se los juzgará por aquello que efectivamente han hecho. En otras palabras si el derecho penal entiende que el ponerse de acuerdo con otros para cometer un injusto implica una

²⁹ La doctrina del “acuerdo previo” se puede ver con detalle en la obra de Gimbernat “ Autor y Cómplice”... ya cit.

mayor peligrosidad, que el hecho de que una persona individual piense o exponga su deseo de cometer un ilícito típico, podrá ponderar la necesidad de adelantar lo punible al mismo hecho del acuerdo, por lo que no estaría castigando la comisión del hecho antijurídico, ni tan siquiera el intento comisivo, sino el mayor grado de probabilidad tal el caso de la conspiración por lo que ni siquiera se trataría de peligrosidad del autor, sino de la probabilidad de comisión del hecho.

En síntesis la llamada teoría del “acuerdo previo” resulta cargada de subjetivismo, llevando el concepto de autoría a una extensión que no convence dogmáticamente, ni tampoco desde una perspectiva político – criminal.

3- Teoría objetivo material

a- En el análisis de la teoría “objetivo material”, resulta de significación la distinción propuesta por el maestro Gimbernat³⁰ al referir: “algunos llaman también a la doctrina del dominio del hecho objetivo-material. En tal caso y para evitar confusiones, se llama a la tesis que vamos a exponer en este apartado vieja teoría objetivo material y a la del dominio del hecho, moderna teoría objetivo material. Todo esto induce a equivocaciones, pero la terminología está ahí y el autor de este trabajo no puede variarla”

Hecha esta consideración lo cierto es que la llamada teoría objetivo material cuyo pilar resulta la ser la doctrina de la causalidad- es decir aquellas que en contraposición a la teoría de la equivalencia estima que entre las distintas fuerzas que han contribuido a la causación del resultado se puede diferenciar entre causa y condiciones – afirma que en tanto el autor es la causa, el cómplice resulta ser la condición del resultado típico.

Está hipótesis propone una considerable ventaja y mayores criterios de razonabilidad por sobre la pretendida determinación del concepto de autor partiendo de la base de una causación naturalista del delito, en el marco de la teoría de la equivalencia.

Empero sobrelleva una pesada carga que Gimbernat hace notar con precisión magistral cuando escribe “ si al decir que el autor es la causa y

³⁰ Obra cit. P 95.

el cómplice la condición del resultado lo que se pretende es aplicar criterios tomados de las ciencias naturales, para efectuar la delimitación, entonces esta postura es inadmisibile. Está fuera de discusión que la categoría de la causalidad a la que ciertamente están sometidos los fenómenos del mundo exterior, no puede contribuir en nada a la aprehensión de conexiones jurídicas de sentido y de significación ³¹”

b-Günter Stratenwerth³² escribe “buscar lo característico de la acción ejecutiva en una relación causal especialmente intensa con el resultado típico se ha mostrado como irrealizable: ni se puede distinguir la causa necesaria o imprescindible de la meramente útil, ni la causa de la condición, ni la causalidad transmitida físicamente de la transmitida psíquicamente, e incluso si esto fuera distinto todas estas distinciones no atentarían, empero el núcleo de la cuestión, como se ve claramente ya en el hecho de que la autoría (al menos también) tiene que depender de factores subjetivos tal como el de la medida de conocimiento de la situación de hecho. Justamente ante esta objeción sucumben naturalmente también todas las demás teorías que quieren basarse en criterios objetivos externos”

Simplifico: los procesos causales resultan decididamente irrelevantes a los fines de establecer si la acción ha sido o no-condición del resultado producido, aunque impliquen una mayor precisión respecto de la teoría de la equivalencia.

Como puede advertirse, no resulta posible formular con precisión un plano dogmático en el que se determine un criterio sólido para la determinación de la autoría, frente a una afirmación cabe una negación u objeción, que nos llevaría al acto de la misma “Creación”.

Por último, me parece más que alentador el hecho de que el dogma causal haya sido superado en la moderna dogmática penal, aunque preciso es reconocer que tal superación no ha sido completa, sino por el contrario a dejado importantes secuelas, quizás la más relevante de ellas radica en la creación de otras teorías diferenciadores de la causalidad a efecto de sustituir la denominada “teoría de la equivalencia de las condiciones”- sobre la que algunos autores han pretendido equivocac-

³¹ Gimbernat obra cit. P 98.

³² Derecho Penal Parte General I 4ta. Edición. ed. Hammurabi Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti.

damente fundar la teoría subjetiva del acuerdo previo- se advierten entonces la presencia de criterios normativos para superar la causalidad, de forma tal de disminuir su importancia en la responsabilidad penal³³

4- El dominio del hecho³⁴

a-La aparición de la obra de Claus Roxin "Autoría y dominio del hecho" conformó una apariencia, en el sentido de alcanzar un importante consenso en Alemania, respecto de la concepción de determinadas cuestiones primordiales, en torno a la dogmática de la autoría y participación criminal.

En este sentido señala Schünemann ³⁵ "... tres puntos angulares de la concepción de Roxin han sido ampliamente aceptados durante décadas sobre todo en la ciencia penal alemana, pero también en gran parte de la ciencia penal hispanohablante. En primer lugar la adopción de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; en segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y, en tercer lugar la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una parte de los delitos la base decisiva de la autoría."- entiendo que sin decirlo el autor refiere concretamente a los denominados delitos de "Infracción al deber" en los que la teoría del dominio del hecho, resulta en principio de difícil aplicación, así un sector doctrinario estima que el llamado dominio del hecho resulta un elemento imprescindible de autoría en el injusto doloso, a contrario otros distinguen entre delitos de violación al deber o violación de un deber y delitos de dominio-

b-La teoría del dominio del hecho de Roxin, se sustenta en la apertura de un criterio rector de naturaleza normativa, luego de

³³ José U. Hernández Plasencia " Imputación objetiva versus dominio del hecho" en Autoría y participación tomo II ED Rubinzal y culzoni p 175 y ss.

³⁴ Escribe Roxin" ... se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a Welzel y no a Lobe, lo cual obedece a razones históricas. Y es que Welzel fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, coadyuvando a que finalmente se impusiera, mientras que la aportación de Lobe, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna. Pero desde luego carece de justificación que hoy ni siquiera se cite a Lobe en parte alguna." Autoría y p 87

³⁵ En " lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel", en libro homenaje a Welzel ya citado p 253.

descompone de la mano de distintas formas de aparición del delito, por una sola persona o por varias, en los tres tipos de autoría del dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional³⁶

Lo anterior ha dejado ya planteada la cuestión, en efecto en la sistemática desarrollada por Roxin "quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor"

"Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la concepción natural de la vida y la valoración del legislador.." Resulta por cierto altamente clarificante la expresión del jurista germano al afirmar "no puede determinarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano³⁷". Conforme lo expresado sería "Autor" aquel individuo que resulta protagonista del acontecer típico.

Asimismo Roxin, formula una clara distinción entre el sujeto que tiene el dominio de la acción y aquel que en cambio tiene el dominio de la voluntad; Así quien realiza de propia mano, dolosamente, todos los elementos del tipo objetivo, tiene el dominio de la acción. En la misma medida tiene el dominio de la acción quien realiza dolosamente todos los elementos del tipo sin actuar libremente, cita como ejemplo entre otros al sujeto que actúa bajo un estado de necesidad provocado por otro

Esta distinción a que aludimos parece desde todo punto de vista objetable, en tanto la voluntad resulta un factor que estimula y conforma la acción, en tal sentido como bien lo expresa el Profesor Cerezo Mir³⁸ " si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción".

El concepto de autor entonces, deberá resultar de la concepción de lo injusto que ilumina la legislación penal de que se trate; quien tenga el

³⁶ En contra, Jacobs para quien el dominio del hecho resulta ser ante todo el resultado de una imputación normativa antes que un hecho fáctico /Ver su AT, 2ed. 1991. p 21y ss.

³⁷ Ver Autoría yp 151 y ss.

³⁸ José Cerezo Mir " Temas Fundamentales de Derecho Penal" T.II ED. Rubinzal y Culzoni.

dominio del hecho es autor, irrelevante resulta la realización de algún elemento del tipo penal, de hecho se es autor aunque no se realice ningún elemento del tipo "coautor o autor mediato", ejemplo el jefe de la banda que participa o no del hecho.

En el mismo sentido escribe Cerezo³⁹ "El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice algún elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto", más adelante dice el profesor español "si el Código en cambio se inspira en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería en principio autor. No podría hablarse entonces de un centro personal de lo injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el derecho partiera de la concepción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería exclusivamente en el lado objetivo o externo de la acción". De lo expresado en el texto surge claramente la necesidad de apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto.

Concluyo: -autor, es quien realiza el hecho por sí solo. Quien lo realiza conjuntamente con otros de manera tal que todos co-dominan el hecho; aquel que se vale de otro de quien se sirve como instrumento.

5- Coautoría.

a- Es imposible dar ahora en pocas paginas la cantidad de aportaciones que ha formulado la doctrina con el objeto de aproximarse al concepto de coautor, empero y, a los fines del presente trabajo debo necesariamente destacar las palabras de Welzel quien enseña coautoría es autoría, su particularidad reside en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Así coautor es quien en posesión de cualidades personales del autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito. La coautoría es una forma independiente de autoría que se asienta sobre el principio de división del trabajo esto es cada coautor complementa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito; por eso también

³⁹ Obra cit. p.94.

responde por el delito cometido. -debo necesariamente dejar sentado que conforme la tesis examinada aquí la posibilidad de coautoría se limita exclusivamente a los delitos dolosos.-

b- De las palabras del jurista germano surge claramente la necesidad de que los requerimientos exigidos al autor, deben darse necesariamente en el coautor, así elementos subjetivos exigidos por el tipo en cuestión; calidades que resultan exigidas para el autor en los delitos especiales y condominio del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores realiza una parte de la totalidad del ilícito típico, resultan aspectos fundacionales al construir el concepto de coautoría.

Asimismo, tal quedo dicho, el auténtico rasgo privativo de la coautoría, lo constituye el llamado principio de "división del trabajo" - coautoría funcional- en otras palabras cada uno de los coautores completa con su parte en el hecho, la parte de los demás, en la totalidad del delito.

En el abordaje del tema propuesto, se mencionan esencialmente dos requisitos para la coautoría "la decisión común al hecho" y "la realización en común- alguna doctrina habla de ejecución común del hecho- (con división del Trabajo) de esa decisión"⁴⁰

Respecto de la llamada decisión común al hecho, Aboso tomando palabras del propio Welzel⁴¹ afirma: "coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio sobre el único hecho delictivo no corresponde a un individuo sino conjuntamente a varios. Cada acción final consiste por lo general, en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales

⁴⁰ Ver Stratenwerth obra cit. p 398 y ss./ con detalle en Donna obra cit. p 47 y ss./ Maurach - Gössel-Zipf p. 366 y ss. Obra. cit./ Gustavo E. Aboso, Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas. En Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación T.1 ed. Rubinzal - culzoni/ una tesis completamente diferenciada en Günter Jakobs. El ocaso del dominio del hecho. editada por Rubinzal-Culzoni.

⁴¹ Hans Welzel, Estudios de Derecho Penal Nro. 6. Colección Grandes Maestros de Derecho Penal Dirigida por Gonzalo D. Fernández, Cordinador Gustavo E. Aboso, de ed Ibde F Montevideo Buenos Aires.

descansa la realización dirigida de la decisión de la acción, radica la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos. El dominio le corresponde acá a todos; no al individuo, tampoco a la actuación particular, sino a todos juntos como portadores de la decisión de acciones y la actividad de cada uno en particular forma, conjuntamente con la de los restantes individuos, una única totalidad dada, conjuntamente con la de los restantes individuos, una en este caso por las relaciones dirigidas mediante la decisión de acción conjunta. Cada uno es, por lo tanto no mero autor de una parte sino coautor (Mit-Täter) en la totalidad, puesto que éste no tiene una función independiente, por eso responde como coautor del hecho total.”

c- Fuera de cualquier deducción dogmática que pudiera practicarse, es axiomático que con estas reflexiones Welzel, nos aleja de cualquier apriorismo dogmático que alejado de la realidad origine una jurisprudencia puramente conceptualista que configure una abstracción inmoral para el justiciable.

Respecto de la ejecución en común, evidentemente existe una comunidad de voluntades que de manera ordenada y en forma conjunta busca la realización del plan global previamente trazado, en este sentido se me ocurre que cabe la expresión en el sentido de la existencia de una fusión entre los coautores en tanto la realización del plan delictivo.

Por lo que, conforme el principio de división del trabajo, algunos realizaran tareas de mano propia, otros supervisarán el acontecimiento típico regulándolo y dominándolo, empero, mientras mantengan el co-dominio del hecho serán coautores.

Desde esta perspectiva escribe Stratenwerth⁴²: “la planificación y la organización de un delito ejecutado por varios debe fundamentar la coautoría, dicho a modo de ejemplo, aun cuando el organizador ya no esté durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores: el plan predetermina la conducta del interviniente en el estadio de la ejecución, conforma los roles individuales y hace intervenir al organizador, por eso mismo, en el dominio del hecho “

⁴² Obra cit.

De acuerdo con este esquema se puede concluir: conforme la utilización del criterio del dominio funcional del hecho – que ha hallado amplia acogida en el Tribunal Supremo Español- se debe afirmar que aquellos sujetos que no realicen ninguno de los elementos del tipo penal pero tengan el dominio funcional del hecho, son coautores, es que al tener el dominio funcional del hecho realizan el hecho punible conjuntamente con aquellos que realizan la acción típica o alguno de sus elementos, sus aportes resultan entonces engarzados conforme el principio mencionado que cualquiera de ellos que dejara de aportar su contribución al hecho este no se realizaría⁴².

d- particularmente interesantes resultan las reflexiones de Cerezo respecto de la figura del cooperador necesario, considerándolo “uno de los más graves defectos” del Código Penal Español, es probable que los nuevos tiempos exijan la desaparición de esta figura – lo que ya aconteció prácticamente en todos los Códigos Penales europeos- al respecto escribe el Maestro “la figura de cooperador necesario se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal, de los juristas italianos de la baja edad media. Según esta doctrina, el cómplice principal, es decir aquel que coopera en la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (quod causam dedit delicto) debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (quod causam non dedit) que era castigado con pena inferior⁴³”. Las razones que aduce Cerezo a favor de la eliminación de esta figura radican en la dificultad de medir la eficacia causal de las diversas condiciones, lo que de ser posible no resultaría decisivo para la medida de lo injusto y de la culpabilidad, medida que dependerá de criterios normativos tales como la concepción de lo injusto o de la culpabilidad que se defienda.

Resumiendo: no me merece ningún tipo de objeciones considerar a los cooperadores necesarios como coautores cuando tengan el dominio del hecho, aunque cierto es decirlo, no siempre resultará así, no lo tendrán cuando realicen actos meramente preparatorios, ni tampoco cuando realicen actos de mero auxilio en la fase ejecutoria, que no aparezcan ex ante como una contribución esencial. De aquí, no es coautor quien solo

⁴² Cerezo Mir, obra cit.

⁴³ Cerezo Mir obra cit. p 25..

realiza objetivamente actos preparatorios de ayuda, excepto que sea coportador de la decisión común al hecho, el minus de coparticipar en la realización del tipo penal necesariamente debe resultar compensado con un plus de participación en el plan delictivo, esto vale muy especialmente para el llamado jefe de la banda, que bien puede estar durmiendo plácidamente, cuando antes dirigió, organizo y distribuyo tareas entre los ejecutores, aunque no participe de la realización de actos ejecutivos

Vamos al ejemplo de Cerezo⁴⁴: el vigilante en el robo tendrá el dominio funcional del hecho y será coautor cuando su contribución, con arreglo al plan delictivo aparezca ex ante como esencial para la comisión del delito. No así, en cambio cuando la cooperación de un vigilante aparezca ex ante como inesencial aunque luego tenga que intervenir y su intervención sea decisiva para la comisión del delito⁴⁴

De aquí, como afirma Cerezo⁴⁵ la figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal- la teoría de la causa necesaria- y se basa en una contemplación ex post. El dominio funcional del hecho se basa en cambio en una contemplación ex ante⁴⁵.

6- Autoría mediata

a-Los supuestos en los cuales el agente no realiza de propia mano la ejecución del hecho punible -autoría stricto sensu- empero domina la ejecución del suceso, valiéndose de un instrumento -el autor inmediato- que actúa en forma atípica, justificada, inculpable e inclusive en los supuestos en que falta la acción, entre los más comunes, reflejan lo que la doctrina denomina supuestos de autoría mediata; más sintéticamente la autoría mediata surge cuando un sujeto realiza el tipo de autoría utilizando a otra persona como un simple instrumento de su quehacer delictivo

Escribe Donna⁴⁶ "Es autor mediato quien comete el hecho por medio de otro, quien para la ejecución del hecho punible que se cometa con dolo se sirve de otro ser humano como instrumento. Por eso si algo caracteriza a la autoría mediata es el dominio de la voluntad de otro". En todo caso lo que está claro, es la depreciación de una persona a la categoría de

⁴⁴ Cerezo Mir obra cit p 26.

⁴⁵ Cerezo Mir obra cit. p 26.

⁴⁶ La autoría y... p 45.

medio material, conduciendo dentro de un ámbito de falta de libertad, con el objetivo de perpetrar la obtención de fines delictivos. De ahí me parece convincente entonces, la tesis que sostiene que el autor mediato es autor y no partícipe, independientemente de que se sirva de una cosa o de un ser humano como intermediario. Su autoría se funda en que el llamado hombre de atrás mantiene en todo momento el dominio del suceso, por esta razón Donna⁴⁷ afirma “el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho. Su autoría se funda en el dominio del hecho: objetivamente tiene en las manos el curso causal del acontecimiento típico y subjetivamente conoce y quiere este dominio.”

b- En relación a la estructura de la autoría mediata, cabe consignar, que la doctrina alemana, orientaba prácticamente toda la atención en el sujeto de adelante- autor inmediato- de ahí, que la posibilidad de conceder la realización de un hecho a través de otro quedaban reducidas a situaciones en las que el defecto del instrumento resultará suficientemente relevante. Más tarde opera un cambio substancialmente importante, puesto que se pasa a analizar con mayor interés la conducta del “llamado hombre de atrás” fundamentalmente en su relación con el ejecutor material, conformándose así un concepto de autoría mediata más amplio.

Así las cosas se obtiene la posibilidad de dotar, este actuar a través de otro, de un ámbito de aplicación de considerable amplitud, prueba de ello resulta que el criterio de dominio se va estructurando en niveles diferentes, permitiendo admitir la autoría mediata en supuestos muy diferentes entre sí.

⁴⁷ La autoría y...p 46.