

dominio del hecho¹³⁹. Sin embargo, analizándola más detenidamente, la concepción de HEGLER presenta diferencias notables en la idea básica, en el desarrollo teórico y en los resultados prácticos. Efectivamente, en primer lugar aquí todas las soluciones individuales están referidas al principio del dominio del hecho, comprensivo de todas las formas de autoría, mientras que la idea de la preponderancia de HEGLER se yuxtapone, sin relación, con la teoría objetivo-formal que en lo demás mantiene; en segundo lugar, HEGLER distingue entre la preponderancia en el plano de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad, mientras que nuestra postura, al margen de tales cuestiones sistemáticas, se basa en el conocimiento más amplio del sujeto de detrás, que posibilita una superior medida de dirección con sentido; en tercer lugar, la mayor medida de culpabilidad, si no permite dirigir el acontecer, no puede fundamentar (con arreglo a nuestra teoría) la autoría mediata, como pone de manifiesto precisamente el tratamiento de la imprudencia consciente, y finalmente, en cuarto lugar, al margen de los supuestos no controvertidos, apenas se encuentran coincidencias entre ambas teorías en cuanto a los resultados materiales.

§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y MENORES

Entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En éstos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad (i, 1) y la imputabilidad disminuida (i, 2), entre niños (ii) y adolescentes (ii); entre autodaño y daño a otro (a y b, respectivamente). El tratamiento de la mayor parte de estos casos es controvertido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

I. IMPUTABILIDAD DEL EJECUTOR DIRECTO EXCLUIDA O MERMADA

1. El ejecutor es inimputable

Damos por supuesto que el sujeto de detrás responsable coopera en la realización de un delito por parte de un inimputable (a), enlazando con lo cual se debatirá la determinación de inimputables a dañarse a sí mismos, por ejemplo, a suicidarse (b).

¹³⁹ Cfr. al respecto ya *supra*, p. 80.

a) *La comisión de delitos por inimputables*aa) *Estado de la discusión*

En los casos de inimputabilidad GALLAS¹ estima autoría mediata con carácter general, a no ser que la necesidad de comisión de propia mano o la naturaleza del delito especial lo impida. Para fundamentarlo argumenta que el ejecutor «por falta de capacidad de comprender o de querer (no es) capaz de oponer a la tentación proveniente del sujeto de detrás la resistencia que en otro caso se le exigiría», encontrándose por tanto “en manos” de éste.

La mayoría de los demás autores llevan a cabo diversas distinciones. WELZEL² limita el dominio del hecho del sujeto de detrás a la utilización de «ciertos enfermos mentales sin voluntad que, si bien actúan finalmente, ejecutan sin querer la voluntad ajena»; en otros casos el enfermo mental puede “desplegar una voluntad propia”, existiendo entonces participación. MAHRACH³ señala simplemente que también, dada la inimputabilidad del ejecutor directo, puede haber autoría mediata si el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho; no se manifiesta sobre cuándo es ése el caso. LANGE⁴ afirma la autoría del sujeto de detrás cuando «quiso el hecho como propio». WIENERS⁵ atiende a si el inimputable aún pudo adoptar una decisión volitiva personal o no.

Yendo más allá, HARDING⁶, al parecer en contradicción con GALLAS, estima sólo participación en todos los casos, porque “en el delito doloso sólo importa la voluntad del hecho del autor”, y ésta también la tiene claramente el inimputable. No obstante, que el dolo “natural” del agente por sí solo no puede excluir necesariamente la autoría mediata, ya se ha puesto de manifiesto en los supuestos de coacción y en muchos de error.

La imagen global de las opiniones, cuya multiplicidad induce a confusión, muestra que la cuestión dista de estar aclarada. La solución que vamos a desarrollar no coincide con ninguna de las posturas antecedentes. En principio, se va a distinguir en función de si el defecto reside en el elemento intelectual de la inimputabilidad o en el volitivo.

¹ *Grundrissen*, p. 134; número especial *Atenat*, p. 15.

² *Grundrissen*, loc. cit.

³ *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 91.

⁴ *ibid.*, 2.ª ed., § 48, n. D. 1, p. 503.

⁵ KROHN-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

⁶ *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

⁷ *Festschrift für Eh. Schmidt*, p. 490.

bb) *El defecto reside en el ámbito intelectual*

Si el autor, en el instante del hecho, era incapaz de "comprender el carácter no permitido del hecho", el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación. Estos casos se solapan con los del error de prohibición⁸. Las reglas que allí se hallaron, relativas al dominio del hecho del sujeto de detrás, han de valer también aquí. Al respecto ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre, en el caso del § 51.1 sGB, al injusto material, o sea, a la desvaloración social de su conducta⁹. El que alguien sepa con exactitud que comete injusto, pero a pesar de ello, como consecuencia de un defecto mental, no esté en condiciones de advertir la antijuridicidad formal ocurrirá muy pocas veces. De producirse un caso así, el agente en todo caso no quedaría impune por el § 51.1 sGB, porque el legislador exige de todos que omitan cierta acción ya por el hecho de advertir su dañosidad social.

Así pues, si se da en estos casos el requisito de que el autor directo no tenga claro que hace algo materialmente injusto, bien es cierto que posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad y con él el dominio del hecho de primer grado, de manera que puede ser considerado autor (aunque disculpado); pero el sujeto de detrás, tanto si sólo ha determinado al hecho como si lo ha apoyado, en tanto que señor del hecho de segundo grado, es capaz de dirigir con sentido el curso del hecho y es, por tanto, autor mediato. Naturalmente puede que el defecto mental del ejecutor sea tan agudo que ni siquiera esté en condiciones de concebir dolo en sentido natural; entonces el sujeto de detrás tendrá el dominio del hecho con mayor razón.

De manera distinta ocurre únicamente cuando el no ejecutor es imputable, pero sufre igualmente un error sobre el injusto material del hecho. Aun cuando sepa que el ejecutor directo es inimputable, sólo existe aquí participación (punible si es evitable el error), y es que falta cualquier supra-determinación del acontecer, porque tampoco el sujeto de detrás ha aportado la comprensión de sentido necesaria para el segundo grado del dominio del hecho. Ciertamente puede que para él, a diferencia de para el sujeto de delante, el error sea reprochable, pero ello nada cambia en que *in concreto* no tiene el dominio del hecho.

Curiosamente, la doctrina suele pasar por alto la forma de dominio del hecho correspondiente a los casos de error, aun siendo la que presenta menos problemas. Así, acierta WELZEL al decir que también los enfermos mentales pueden desplegar una voluntad propia; pero si el defecto reside en el plano

⁸ Cfr. al respecto DREHER, *op. cit.* 1937, pp. 97 ss.

⁹ Así también WELZEL, 7.^a ed., p. 133.

intelectual, la libertad de decidir no obsta para el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Aquí se ignora (como ocurre con tanta frecuencia) que la estructura del dominio de la voluntad en casos de defectos de comprensión del ejecutor directo es completamente distinta que allí donde reside en la dirección de la formación de voluntad del ejecutor.

cc) *El defecto reside en el ámbito volitivo.*

Más difícil es responder la cuestión del dominio del hecho cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de "obrar con arreglo a esa comprensión". Aquí hay que estimar autoría mediata en principio cuando el sujeto de detrás ha sugerido el plan del delito al autor directo, esto es, cuando, de haber sido imputable, se habría dado inducción. En efecto, quien está disculpado por el § 51 StGB * obra aquí dolosamente y con plena comprensión del sentido; puede incluso proceder en la ejecución del delito independiente y cuidadosamente. Pero como le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien es no libre en esa medida y (dado que no ha podido resistir el impulso) ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el sujeto de detrás.

Tiene el dominio de la acción en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente. Así pues, el caso se encuentra en el mismo plano que las situaciones coactivas antes tratadas. A la eficacia desinhibidora de la situación coactiva le corresponde aquí la incapacidad de inhibición existente desde el principio en el inimputable. Tanto aquí como allí ¹⁰ el sujeto de detrás configura el acontecer, porque el agente no puede adoptar una resolución jurídicamente relevante. Por el contrario, no importa nada que el inimputable, al realizar la decisión una vez tomada, pueda conducirse muy final y resueltamente; también en las situaciones coactivas podía ocurrir así, sin que cupiera dudar del dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Por eso no es posible llevar a cabo aquí distinciones, como propugna la doctrina dominante. Más bien, el que determina es siempre autor mediato.

* § 51 StGB: «Inimputabilidad». No concurre acción punible cuando el autor, en el momento del hecho, debido a trastorno mental, a perturbación patológica de la actividad mental o a debilidad mental, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a tal comprensión.»

¹⁰ Una excepción venía representada por el supuesto de la inducción al hecho en estado de necesidad del § 34 StGB, cuyos requisitos no fueron creados por el sujeto de detrás y cuya ejecución no dependía de éste, *cfr. supra*, pp. 175-179. Ahí reside la razón en que la situación coactiva preexistentemente no es modificada por la instigación, esto es, en que el apremio motivacional no parte del sujeto de detrás, mientras que aquí precisamente la instigación tiene virtualidad de hacer al autor directo no capaz de inhibición.

En función de otros puntos de vista hay que decidir cuando el inimputable ya ha adoptado la decisión del hecho y el no ejecutor simplemente le auxilia en la realización. Aquí se abren dos posibilidades:

En primer lugar, la cooperación puede ser de suerte que sin ella el hecho no sería posible. Por ejemplo, el enajenado va a volar una casa y otro le procura la bomba. Entonces el sujeto de detrás es autor mediano, pues como la realización del delito depende de él y entre su aportación al hecho y el resultado no existe ninguna otra voluntad responsable, únicamente él tiene el dominio de la voluntad y avanza, junto con el sujeto agente, al centro del acontecer delictivo. Tal solución coincide, en esta medida, con la hallada para el caso del § 54 *s.m.* (estado de necesidad ¹¹).

Por el contrario, cuando el auxilio no posibilita el hecho, sino que sólo lo favorece o lo modifica en su configuración concreta, la cooperación se encuadra en el ámbito de la participación. Esta excepción me parece forzosa, pues si el sujeto de detrás no tiene el hecho en sus manos porque la ejecución dependa de su aportación, el dominio del hecho en tales casos sólo podría basarse en que la formación de la voluntad en el agente, como consecuencia del impulso proveniente del sujeto de detrás, se presentase como obra de éste. Pero éste precisamente no es el caso cuando el inimputable, independientemente, se ha decidido al hecho. Así pues, sólo ha de estimarse complicidad allí donde alguien le entrega un arma a un enfermo mental, a instancia de éste, para que ataque.

b) *El autodaño de los inimputables*

Con arreglo a análogos criterios debe enjuiciarse la conducta de determinar a un inimputable a dañarse a sí mismo (en el ejemplo más importante en la práctica: ocasionar que se suicide). También aquí hay que distinguir entre los casos de falta de entendimiento y de falta de capacidad de inhibición.

Obviamente, no cabe atender a la "capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho", pues el suicidio (sea o no antijurídico) de ninguna manera contiene injusto típico, sino que en consecuencia hay que atender a si el inimputable pudo apreciar el valor moral y social de conservar la propia vida ¹². Al respecto, hay que tener en cuenta que la falta de imputabilidad no se puede verificar sin más *in abstracto* para todas las acciones (ello sólo es posible en los auténticos enfermos mentales), debiendo referirse siempre al hecho concreto. Puede ocurrir que alguien, de haber cometido un delito contra bienes jurídicos ajenos, hubiera quedado impune, pero con respecto al suicidio haya de considerársele responsable (y viceversa). No obs-

¹¹ Cfr. *supra*, pp. 173-175.

¹² En caso de acuerdo KATZ, p. 69.

tante, esto rige también en general: así, la imputabilidad puede que haya que afirmarla en un hurto simple, mientras que falte en una falsificación documental vinculada a aquél¹³. Teniendo esto presente, cabe aseverar en general¹⁴: como autor mediato es punible todo aquel que posibilita que otro se autodafie o le determina a hacerlo, siempre que a éste le falte la comprensión del significado moral y social del hecho.

El supuesto en que un sujeto de detrás inimputable obre asimismo sin esta comprensión y por eso sea inductor (impune) apenas va a producirse, no requiriendo análisis más detallado.

Una diferenciación correlativa a las situaciones en que se afecta a bienes jurídicos ajenos ha de llevarse a cabo en los casos en que al sujeto le falta la capacidad de inhibición. Quien le sugiere a una persona así la idea del suicidio es autor mediato, aun cuando la víctima tenga claro el significado y el alcance de su comportamiento. Por el contrario, por lo general sólo se da participación (impune) cuando el agente, siendo plenamente consciente de las consecuencias, sufre una compulsión patológica, adopta él solo la decisión del hecho y el sujeto de detrás le auxilia de algún modo. La autoría mediata se produce en estos casos únicamente cuando el suicida sin ese auxilio no tendría ocasión de quitarse la vida, supuesto que puede darse, por ejemplo, en los hospitales psiquiátricos.

2. El ejecutor obra con imputabilidad mermada

Que yo sepa, nadie se ha pronunciado hasta la fecha sobre la cuestión de si el sujeto de detrás puede poseer el dominio del hecho porque la imputabilidad esté "notablemente mermada", en el sentido del § 51.2 sic, en el ejecutor. Para proceder correctamente hay que distinguir:

Cuando ocurre que el ejecutor no es plenamente imputable porque su capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho ha sufrido una merma, el sujeto de detrás posee el dominio del hecho siempre que conozca con claridad el injusto material del hecho, puesto que sólo ha de atenderse a la capacidad del autor directo de comprender lo no permitido de su acción cuando éste no lo ha comprendido *in concreto*. Ahora bien, como lo "no permitido" en este contexto ha de entenderse en el sentido de la antijuricidad material, el sujeto con imputabilidad mermada es en tal situación señor del hecho de primer grado, pero no de segundo grado, de manera que el sujeto de detrás, por la vía de la supradeterminación "final", ha configurado con sentido el curso del suceso. En esa medida no hay diferencia con los supuestos anteriores, ya tratados con detalle, en los que al

¹³ Cfr. Muzzarelli, cit. 9.ª ed., p. 137.

¹⁴ Distinguiendo en este punto K.-vss., pp. 66-72.

ejecutor le faltaba por otras razones la consciencia de la desvaloración social de su conducta ¹⁵, pudiéndonos remitir a ese lugar.

Por el contrario, se da mera participación cuando el autor directo ciertamente poseía la plena comprensión del significado de su conducta, pero su capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión estaba notablemente mermada. Aquí el sujeto de detrás únicamente podría tener el dominio del hecho si el agente no pudiera ya formar una decisión volitiva responsable en sentido jurídico, de manera que su hecho apareciera como obra de la voluntad de aquél. Sin embargo, este requisito no se realiza en la imputabilidad menguada. Por el contrario, la ley da por supuesto que en tales casos el autor puede determinar su voluntad con arreglo a su comprensión (en otro caso, se aplicaría el § 51.1 *sic*), y esto solo basta para negar el dominio del hecho al sujeto de detrás. La circunstancia de que para el ejecutor resultaba más difícil la autodeterminación responsable puede, ciertamente, importar para la medida de su culpabilidad ¹⁶, pero nada cambia en la estructura del dominio del suceso. Así pues, aquí siempre hay que apreciar mera participación.

II. EL EJECUTOR DIRECTO ES UN NIÑO O UN ADOLESCENTE

También aquí hay que distinguir en función de que el sujeto de detrás coopere en la comisión de un delito (a) o en un auto-daño (b).

a) *El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes*

El problema del dominio del hecho en la participación en delitos de adolescentes sólo raramente lo aborda la doctrina. MAURACH y GALLAS no aluden a él. WEIZEL ¹⁷ atribuye tales casos en general al ámbito de la participación, incluso cuando en el autor directo es un menor de catorce años. En su opinión, basta que el niño pueda "desplegar una voluntad propia"; sólo en la "utilización de niños pequeños..., que... ejecutan la voluntad ajena sin voluntad propia", se daría autoría mediata. Si el ejecutor directo es un adolescente, consiguientemente sólo son posibles complicidad o inducción. LANGE ¹⁸, por el contrario, considera la «determinación... de un niño o un inmaduro en sentido penal entre catorce y dieciocho años» como caso de autoría mediata, pero sólo si «el que determinó quiso el hecho como propio».

¹⁵ Cfr. pp. 216-228.

¹⁶ MEZGER, *sub.* 9.^a ed., § 64 *in fine*, 160, habla incluso de mera circunstancia modificativa de la pena.

¹⁷ *Lehrb.*, 7.^a ed., p. 92; en términos semejantes WIZNER, p. 64.

¹⁸ KOHLER-LANGE, 42.^a y 43.^a eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

En nuestra opinión, aquí sólo cabe una solución: en los hechos de niños menores de catorce años el sujeto de detrás *que determina* es en todo caso autor mediato; en los de adolescentes, siempre que (pero sólo cuando) el ejecutor no sea penalmente responsable con arreglo al § 3 100 *. El mero *auxilio* fundamenta autoría mediata cuando la inmadurez penal del agente se basa en falta de capacidad de comprensión. Si al autor directo no le falta la capacidad de comprensión, sino la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión, únicamente se dará autoría mediata del que auxilia cuando posibilite el hecho al ejecutor.

Esta estimación se basa en presuponer que el legislador aquí prescinde de la sanción penal porque los niños (siempre) y los adolescentes (a determinar caso por caso, en función de su desarrollo moral e intelectual) no son suficientemente maduros para "comprender lo ilícito del hecho y obrar con arreglo a tal comprensión" (§ 3 100). Partiendo de esta base apenas discutible no puede importar, como señala WELZEL, que el niño esté o no en condiciones de "desplegar una voluntad propia". Pues, ¿de qué le sirve eso si no puede comprender lo ilícito de su hecho? Como suele ocurrir, también WELZEL apoya su argumentación en dar por sentado que la autoría mediata sólo es posible cuando el sujeto de detrás domina la voluntad del agente de manera semejante a la coactiva. En realidad, no se trata aquí en absoluto de eso, sino de un caso de dominio de la voluntad en virtud de supradeterminación con sentido, de una situación en la que el sujeto de detrás se encuentra en un grado de dominio del hecho superior al del ejecutor y en que únicamente él puede configurar el suceso en su sentido desvalorado socialmente, porque el agente no puede acceder a ese sentido y, por tanto, tampoco puede oponerle su voluntad. Así pues, el caso coincide con los tratados antes, en los que el sujeto de detrás se servía de un ejecutor al que le faltaba la consciencia de la antijuridicidad material; a la fundamentación que allí se indicaba hemos de remitirnos ¹⁹.

Naturalmente, también puede ocurrir que el niño o el adolescente inmaduro en sentido penal posean ya la comprensión del injusto, pero no puedan obrar con arreglo a esa comprensión. Habiendo determinado un hecho así el sujeto de detrás, o habiéndolo posibilitado, también tiene que ser autor mediato. Bien es cierto que éste no posee un mayor entendimiento del sentido; pero dado que el agente no puede resistir el impulso proveniente del sujeto de detrás, tiene que ser necesariamente no libre en la formación de su voluntad: entonces sólo existe realmente un supuesto (comparable a los de estado de necesidad) de dominio rector de la voluntad. Únicamente no es así cuando

* § 3 100 (Ley de Tribunales Tutelares de Menores): "Responsabilidad. Los adolescentes son penalmente responsables cuando en el momento del hecho son suficientemente maduros, con arreglo a su desarrollo moral e intelectual, como para comprender lo ilícito del hecho y actuar con arreglo a tal comprensión."

¹⁹ Cfr. *supra*, pp. 216 ss., así como p. 263.

el menor de catorce años o inmaduro penalmente han adoptado la decisión por sí solos y otro les auxilia, sin llegar justamente a posibilitarles la ejecución del hecho. Aquí ha de estimarse mera complicidad, lo cual se basa en las mismas razones válidas para la cooperación en los hechos de inimputables, no siendo necesario repetirlas en este lugar ²⁰.

Por consiguiente, existiendo un supuesto en que el sujeto de detrás tiene conscientemente "en sus manos" el acontecer en virtud de supradeterminación con sentido o de dominio rector de la voluntad, no cabe descartar su autoría porque no quiera el hecho "como propio", tal como LANGE aún estima, conectando con la jurisprudencia inicial del *Reichsgericht*, pues la autoría depende de relaciones de dominio reales y no de posturas del individuo con respecto a ellas.

Por otra parte, en todo caso hay que apreciar sólo participación cuando el adolescente ha advertido lo ilícito de su hecho y es penalmente responsable por completo de éste. En tal caso ni es no libre para formar su voluntad ni ve menoscabada su comprensión del suceso. Nada tiene que ver con las relaciones de dominio en el concreto acontecer que esté sometido a las sanciones especiales del Derecho penal juvenil.

b) *El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes*

La cooperación en un autodaño, en especial en el suicidio de menores de edad, tratada desde la perspectiva del dominio del hecho, ha dado lugar a soluciones bien divergentes.

LANGE ²¹, que atiende en los delitos de niños y penalmente inmaduros a la "voluntad de autor", opina que sólo habrá autoría mediata cuando el autor directo, como en el caso del suicidio, no obre típica ni antijurídicamente. Su fundamentación de esta postura es problemática, puesto que recurre al concepto "secundario" de autor, por lo demás combatido acertadamente por LANGE: se considera a alguien como autor porque no es posible la participación punible.

WIENERS ²² sólo atribuye al no ejecutor el dominio del hecho cuando se trata del suicidio de "niños pequeños que aún no tienen uso de razón". Pienso que esta cuestión ha de separarse estrictamente de la responsabilidad penal de niños y adolescentes. También los menores de catorce años y los penalmente inmaduros suelen ser señores de sus decisiones, de manera que la resolución «lleva la impronta de su personalidad (si bien aún no formada) y está sustentada por ésta» ²³.

²⁰ Cfr. *supra*, pp. 260-261.

²¹ KÖHLER-LANGE, 42.^a y 43.^a eda., ante § 47, S. B. 2, a, p. 162.

²² *Op. cit.*, p. 64.

²³ *Op. cit.*, p. 66.

También KAUN opina que la cuestión de si hay que negar a niños y adolescentes la posibilidad de decidir responsablemente sobre su propia vida es totalmente distinta de la cuestión de la responsabilidad penal²⁴. Pero de ahí extrae la conclusión justamente contraria; la madurez penal "existe ya mucho antes" que la capacidad de comprender el significado del valor moral de la propia vida y de obrar con arreglo a esta comprensión. Hay que negarla sin más hasta los dieciocho años cumplidos, y "con dudas" entre los dieciocho y los veintiún años²⁵.

Me parece que ambas ideas son excesivas en direcciones opuestas y que la solución debe partir del criterio sobre cuyo rechazo ambas están de acuerdo: de la orientación al concepto de responsabilidad penal. Ciertamente alguien que puede entender lo ilícito del hurto y obrar con arreglo a ese entendimiento no tiene por qué poder adoptar por eso una decisión responsable sobre su propio suicidio. Las dos decisiones son de género demasiado distinto. Pero esto es válido también en general: un asesino adolescente puede quedar impune mientras que habría sido responsable de un hurto. Así pues, en la cooperación en el suicidio de un adolescente hay que dilucidar, correlativamente a como ocurre en la comisión de un delito, si el agente en el caso concreto, con arreglo a su desarrollo espiritual y moral, era suficientemente maduro para comprender el significado de un suicidio y obrar con arreglo a esta comprensión.

Por el contrario, en la cooperación en el suicidio de niños menores de catorce años siempre habrá que estimar dominio del hecho del sujeto de detrás. Responde a la idea básica del § 3 JGG, así como a la experiencia, que los niños de hasta trece años, teniendo en cuenta la falta de desarrollo de sus capacidades espirituales y morales, no pueden decidir sobre su muerte de una manera comparable a la decisión responsable de un adulto. Cuando WIENER²⁶ —probablemente en conexión con la postura de su maestro, WEIZEL, en el caso de comisión de delitos por menores de catorce años— señala que también los niños pueden «ser capaces para formar su propia voluntad», este argumento se basa en el desconocimiento —ya varias veces²⁷ mencionado— de la estructura del dominio del hecho en tales casos.

Por otra parte, ya no es posible, en los suicidas que han cumplido los dieciocho años, la autoría mediata del no ejecutor que se basase en la minoría de edad del agente (frente a KAUN y MEISTER). Cuando alguien es plenamente responsable de la muerte de otro, con independencia de su estado de desarrollo espiritual y moral, según las ideas rectoras de la ley no puede ser de

²⁴ *Op. cit.*, p. 71.

²⁵ *Op. cit.*, pp. 73 y 74; más lejos ya MEISTER, *cit.* 1953, p. 167, que presupone con carácter general los veintiún años cumplidos.

²⁶ *Op. cit.*, p. 64.

²⁷ *Cfr.*, como última vez, p. 264.

otro modo en el suicidio. El supuesto paralelo del Derecho civil²⁸ no prueba nada en contra, puesto que allí se trata de la responsabilidad por negocios jurídicos, que ha de juzgarse conforme a puntos de vista completamente distintos a los del dominio del hecho²⁹.

Sobre la base de estas directrices han de resolverse *mutatis mutandis* los supuestos concretos que surjan, como ya se ha especificado *supra*³⁰, para el caso de la cooperación en los delitos de adolescentes.

III. RESUMEN

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de imputables y menores ha de resolverse, por tanto, con ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se ha producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas.

§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS

I. SUPUESTOS

El resultado al que hasta ahora ha llegado nuestra investigación pone de manifiesto que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás puede basarse en una coacción o en un error del ejecutor. A pesar de la multiplicidad y diversidad de los casos concretos posibles, estas dos estructuras básicas de la autoría mediata son siempre las mismas. Sin embargo, se plantea la cuestión de si con ellas quedan agotadas todas las posibilidades de autoría mediata. Los supuestos de los llamados instrumentos dolosos no cualificados o sin intención que la doctrina dominante encuadra aquí requieren una consideración muy diferenciadora, que se emprenderá más adelante¹.

²⁸ MünchK, cit. 1953, p. 167.

²⁹ Por ejemplo, presenta aquí gran importancia la idea de la incapacidad en los negocios y de la dependencia financiera de los jóvenes (a ello obedecen las normas divergentes de los §§ 110 y 112 BGB); si acaso, es en el Derecho civil donde habría que atender a la capacidad delictiva.

³⁰ Pp. 263-264.

¹ Cfr. *Infra* pp. 278-286, 309-383 y 391-396.

En este lugar se va a tratar en primer lugar otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del executor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski³, en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría.

Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual⁴. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global⁵. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales. Sólo este aspecto de la problemática va a tratarse en lo sucesivo en su significado para la doctrina de la autoría.

II. QUEDAN EXCLUIDOS EL DOMINIO POR COACCIÓN Y POR ERROR

Si uno se pregunta si las autoridades "competentes" para el exterminio de los judíos y el servicio secreto extranjero, en cuyas directivas se escudaba el agente Staschynski⁶, son autores mediatos de los asesinatos perpetrados a órdenes suyas, se pone de manifiesto que no se da dominio de la voluntad en virtud de coacción o en virtud de error en estos casos ni en otros típicos

³ Cfr., con respecto al caso Staschynski, ya *supra*, p. 123, nota 32, pp. 151 ss.

⁴ Cfr. al respecto las acertadas observaciones de Jähns en sus «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess», *Internationales Recht*, 1962, pp. 73-83.

⁵ Por eso intenta, por ejemplo, el legislador describir la intervención en tales delitos colectivos con conceptos no empleados en otros lugares, como "miembro", "inspirador" (*Hilfsmann*), "cabecilla de la conspiración" (lit., "el que mueve los engranajes", *Räderfahrer*, n. de los 1.); cfr., por ejemplo, §§ 128, 129 y 129a sean (asociaciones secretas o delictivas). No es éste el lugar de analizar estos intentos interesantes, pero que no pasan de sus comienzos, ya que nuestro trabajo debe, por tanto de su tema, circunscribirse a delitos individuales concretos.

⁶ Quede sin discutir si es materialmente acertado admitirlo, pues no nos importa tanto el caso concreto; cuyas circunstancias pueden no apreñarse con total claridad, como el problema

de este género. Bien es verdad que se ha intentado una y otra vez resolver estos casos con ayuda de las categorías comunes, pero así sólo se ha conseguido velar la problemática.

Por lo que respecta a la coacción, se ha averiguado, investigando la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba "ni un solo caso" en que alguien «hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración»⁶. Igualmente, el agente Staschynski tuvo la posibilidad de sustraerse a las órdenes de asesinar entregándose a las autoridades alemanas.

Análogamente ocurre con el hipotético dominio en virtud de error por parte del sujeto de detrás. Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica. Pero, por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer, como ya se expuso pormenorizadamente más arriba⁷.

III. LOS FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Pero, ¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción ni error? Esta cuestión hasta ahora apenas se ha planteado, porque con ayuda de la teoría del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor al sujeto de detrás, salvando así todas las dificultades. Pero ésa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata, por no hablar de que una construcción en tal sentido no sería compatible en ningún caso con la autoría del dominio del hecho. Y cuando se dice que en el marco de tales organizaciones el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita "dejar a criterio" de éste el suceso,

estructural, para cuyo tratamiento vamos a suponer que los hechos se asemejan, en efecto, únicamente por orden de un servicio secreto.

⁶ En tal sentido Jäger, *op. cit.*, 1962, p. 79, refiriéndose a Bauer, Fiscal General de Hesse.

⁷ Cf. pp. 214-228.

naturalmente es cierto. Sin embargo, su fundamento no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa.

Donde se pone de manifiesto que si se pretende verificar la diferencia estructural de estos casos con respecto a los de inducción, también aquí hay que recurrir a distinciones de naturaleza objetiva. Y tales diferencias no se encuentran de hecho. Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad "común".

¿A qué se debe? Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta un maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirlo, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad.

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.

IV. EL ENJUICIAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES DE AUTORÍA EN EL PROCESO EICHMANN

El proceso Eichmann, en el que se ha revelado con especial cuidado una imbricación (en los demás casos difícil de dilucidar) de las partes del hecho individuales, resulta muy apropiado para hacer ver este tipo de dominio de la organización de la mano de un ejemplo concreto. Además, el Tribunal y la defensa mantuvieron aquí distintas posturas en la calificación de las cuestiones de autoría y participación. El análisis más preciso de las razones esgrimidas pone de manifiesto, sin embargo, que ambos captan y describen acertadamente determinados rasgos característicos del dominio de la organización en sus diferencias con respecto a los casos comunes de cooperación, pero que no son capaces de explicar dogmáticamente estos fenómenos de modo pleno.

Así, el defensor de Eichmann señalaba en favor de su cliente⁸ que «de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...».

En estas palabras quedan expresadas perfectamente las circunstancias que fundamentan el dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann. Efectivamente, es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría. Pero la autoría de Eichmann, en tanto que también aparece en relación con las instancias que le son superiores

⁸ SERVATIUS, *Verteidigung Adolf Eichmann, Plädoyer* (alegato en defensa de Adolf Eichmann), 1961, pp. 77 y 78.

únicamente como órgano ejecutor, no por ello resulta afectada. La idea del "sacrificio gratuito", por muy importante que sea para la doctrina de la autoría al enjuiciar a quien da las órdenes, con respecto al comportamiento personal del ejecutor desemboca en la vieja (y ya debatida) objeción de la "causalidad adelantada"⁹, que carece de significado dogmático tanto en la doctrina de la autoría como en general¹⁰: quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido.

Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía órdenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso lo tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir¹¹ que «la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los "inductores", en la nomenclatura de nuestro legislador». El Tribunal, que subraya expresamente que hay que "considerar al inculpa-do, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible", advierte con toda razón que «en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones... en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice». Los jueces aluden a la especial dificultad de "definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién", y para estimar autoría invocan en definitiva el carácter de estos delitos de "crímenes en masa", que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.

Véase cómo se caracterizan aquí con toda claridad los elementos materiales del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato¹². Que esta diferencia estructural de los sujetos de detrás con respecto a los ejecutores ya no queda comprendida en la inducción (como sería el caso

⁹ Cfr. *supra*, pp. 197-201 (199-200).

¹⁰ Cfr. al respecto, asimismo, mi artículo en *zss*, t. 74, 1962, pp. 411 ss. (425-430).

¹¹ Sentencia contra Adolf Eichmann, *Strafsak* 40/61, versión oficial, núm. 197.

¹² Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, *ausgew.*, 1962, p. 79.

fuera de las específicas condiciones de tales aparatos) lo ha subrayado el Tribunal con buen criterio.

Sin embargo, cuando para fundamentar la autoría alude a que se trata de "delitos en masa, no sólo por lo que respecta al número de víctimas, sino también en relación con el número de coautores", ése ya no es un punto de vista del todo convincente, pues el solo número de cooperadores no puede transformar a los partícipes en autores. Si acaso, podría mermar la responsabilidad individual. En una situación concreta —por ejemplo, en una "orden del Führer" dada por teléfono a un comando o en el caso Staschynski— sólo hace falta que participen unas cuantas personas, sin que por ello se modifique nada en la autoría del sujeto de detrás debida al modo de funcionar del aparato.

Y la pluralidad de víctimas tampoco es decisiva para la autoría. Así, si en lugar de a todo un grupo de población sólo se persiguiera en cada caso a un individuo, sin embargo, los sujetos de detrás tendrían que ser condenados como autores. También esto se pone de manifiesto en el caso Staschynski: aquí, aunque se trataba de la muerte de sólo dos personas, hay que atribuir no obstante el dominio de la voluntad al servicio secreto extranjero, porque el agente encargado de ejecutar la orden, sin consideración a su comportamiento individual, en principio fue empleado como mera pieza en el plan delictivo concebido al margen de él. Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en organizaciones tales, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente. Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás.

V. PROBLEMAS CONCRETOS

1. Autoría y participación en el seno de organizaciones

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas¹³ es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que

¹³ Por esto tampoco puede excluir la autoría, por ejemplo, en el caso Eichmann, la indicación del defensor de que su defendido fue autónomo sólo en el trabajo rutinario y de que, como informante, simplemente firmó "por orden"; cfr. SERVATIUS, *Plädoyer*, p. 70.

le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Con buen criterio puntualiza JÄGER¹⁴ que precisamente en estos casos queda claro «que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato (y ello también, según el Derecho alemán vigente con carácter absoluto y sin limitaciones)».

Así pues, el dominio del hecho puede afirmarse sin reparos, aun cuando, como subraya con razón, por ejemplo, SEKVIATIS¹⁵, en el caso Eichmann el inculpaado no coopera "ni al principio ni al final del hecho" y su intervención se limita "al eslabón intermedio". Que de este modo en su caso pueda aparecer una larga cadena de "autores de detrás del autor" no se opone a esa afirmación, pues ya hemos visto en múltiples ocasiones que esta figura jurídica aparece también en otros lugares de la doctrina de la autoría. Y en las situaciones especiales que aquí se discuten precisamente el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación superior el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes.

Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar... son, por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos. Naturalmente, el modo de actuar de estos partícipes no tiene por qué ser *in concreto* menos reprochable que el de un autor. Pero ya se ha subrayado suficientes veces¹⁶ que ahí no está el punto de vista determinante alguno para delimitar las formas de participación.

2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen

¹⁴ JÄGER, *op. cit.*, 1962, p. 80.

¹⁵ SEKVIATIS, p. 608.

¹⁶ Cfr. *supra*, pp. 47 ss.

del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.

Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, "funciona" de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una "iniciativa particular" llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino *contra* él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.

De donde se deduce que para el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas:

a) El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.

Con lo cual no se quiere decir aún que los titulares del poder en Estados totalitarios no estén sometidos igualmente al Derecho. Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en la realidad no surte el efecto de contener al poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.

b) La segunda forma básica de autoría mediata dentro de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar de dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas. Por expresarlo en forma de lema, debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", que se haya emancipado en general en determinadas relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad. Los delitos que aquí vienen en consideración serán los atentados políticos, asesinatos de asociaciones secretas o también (en las bandas de delincuentes comunes) delitos patrimoniales, extorsiones, etc.

Ciertamente tales grupos están expuestos a que la Administración de Justicia impida su labor (a diferencia de la maquinaria estatal que obra delictivamente). A pesar de ello, la estructura de la autoría no es distinta que en el primer caso, pues lo decisivo no es que a la realización de los delitos se puedan oponer resistencias situadas fuera de la estructura organizativa hasta el extremo de que un plan delictivo pueda fracasar *in concreto* por ello. Lo decisivo es más bien que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen.

Cuando un aparato está así estructurado, el criterio característico del dominio de la organización se pone también aquí de manifiesto: la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. Cuando el atentado intentado tres veces tiene éxito a la cuarta vez, el delito ha de imputarse al jefe del movimiento clandestino como hecho *siguo*, pues pudo planear desde el principio la repetición de los intentos tantas veces como fuera necesario, sin que entre su voluntad y el éxito del crimen se interpusiera la decisión determinante de un individuo. Éste podría sustraer al delito si acaso su parte, pero no detener la marcha del suceso.

Con todo, en tales agrupaciones intraestatales hay que ser cauteloso al estimar el dominio de la organización. Si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un "aparato de poder", pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad. La falta de espacio impide desarrollar en detalle la delimitación que aquí se requeriría e ilustrarla con ejemplos concretos, pero la diferencia básica ya habrá quedado clara.

VI. ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

La tercera manifestación de la autoría mediata, acabada de tratar, destaca con especial claridad que la estructura del dominio del hecho tratada antes ¹⁷ es un concepto "abierto". En efecto, no cabe formular un concepto de autor delimitado firmemente "mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables" ¹⁸, del que pudiera derivarse por deducción lógica la solución de estos casos. No son las consecuencias conceptuales a partir del sistema o de otras premisas supremas las que pueden llevar aquí a resultados útiles. Más bien, el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discuriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.

Estos puntos de vista generales hay que recordarlos brevemente para hacer frente al malentendido de que el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" consista en una construcción *ad hoc* que sólo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría. Ciertamente es correcto lo que se señala en el proceso Eichmann: que los "conceptos comunes" de autoría mediata e inducción no se ajustan a ese supuesto. Pero estimar autoría mediata no significa que en estos casos se cree una especie de "Derecho de excepción" para crímenes especialmente reprobables. Más bien ocurre que la forma estructural del dominio de la organización en la práctica apenas puede surgir en el marco de un Estado de Derecho internamente consolidado. Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría.

Para enfrentarse con éxito a tales formas extremas del actuar delictivo la praxis va a tener siempre que superar dificultades por su propia naturaleza, dado que es muy propensa a servirse de las categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos, el cual acto seguido demuestra su ini-

¹⁷ *Supra*, p. 143.

¹⁸ LARENZ, *Juristische Methodenlehre*, p. 343.

doneidad. Precisamente ahí se pone de manifiesto que sólo un concepto "abierto" de dominio del hecho en el sentido que expresábamos al comienzo puede dar cuenta cabalmente de los contenidos sustanciales dados de esta materia.

§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS?

Los supuestos de autoría mediata mediante empleo de un (así llamado) instrumento "doloso" siempre se han encontrado entre los más controvertidos para casi todas las teorías de la participación. La cuestión básica de si es posible estimar aquí autoría mediata ciertamente la ha decidido ya la praxis en sentido afirmativo; pero en la doctrina, como se va a poner de manifiesto en nuestra exposición, aún no se le ha dado una respuesta satisfactoria. También en la fundamentación de la punibilidad, casi siempre dada por sentada irreflexivamente, existe el mayor desacuerdo.

Con estas dudas, a las que se ve expuesto este ámbito de problemas desde siempre, también ha de medir sus fuerzas la teoría del dominio del hecho. Sólo con ella vamos a polemizar. Así pues, no nos vamos a ocupar de la cuestión general de si el sujeto de detrás, habiendo un *intrañeus* que obre dolosamente, puede ser autor mediato —de eso nos ocuparemos después—; más bien se trata en este contexto sólo de si cabe fundamentar tal resultado con el principio del dominio del hecho.

Al respecto distinguiremos en función de los tres grupos de casos que vienen en consideración: el instrumento doloso no cualificado (i), el instrumento doloso no intencional (ii) y el instrumento partícipe doloso (iii).

I. EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO

1. Estado de la cuestión

Partamos del ejemplo académico en que un funcionario del Registro de la Propiedad (o sea, un sujeto cualificado) determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta. La doctrina dominante considera que el *extraneus* en este caso es autor mediato de falsificación documental del § 348.1 *sic*, castigando al ejecutor directo como cómplice. ¿Cómo se armoniza esta solución con la teoría del dominio del hecho?

¹ Cfr. pp. 391 ss.

La cuestión apenas la tratan los principales representantes de esta teoría. WELZEL² y MAURACH³ estiman dominio del hecho, y por tanto autoría del sujeto cualificado, sin parar mientes en que aquí pueden surgir dificultades para la teoría del dominio del hecho.

El análisis más profundo de la problemática se encuentra en GALLAS⁴, cuya postura ya se esbozó *supra*⁵ en el marco de su concepción global. De entrada, establece que «el sujeto de detrás aquí no “domina” al ejecutor directo, no se sirve de él como “instrumento”... Más bien, considerando al que determina en sí, ocurre que el sujeto de detrás induce al ejecutor directo...»⁶. No obstante, llega a apreciar autoría mediata razonando que el sujeto de detrás, además, tiene en sus manos, a diferencia de en la inducción común, el que se llegue o no a un suceso delictivo. «El acto de inducción se convierte así en ejercicio de dominio del hecho y, por tanto, en equivalente a la ejecución de propia mano»⁷. WIENERS⁸, que rechaza la fundamentación de GALLAS, llega materialmente, no obstante, al mismo resultado; también él se basa en la idea de que el comportamiento del sujeto de detrás es “equivalente a la ejecución personal de la acción final de autor”.

Por el contrario, SCHRÖDER⁹ subraya expresamente que la teoría del dominio del hecho no puede dar debida cuenta del fenómeno del instrumento doloso, con lo cual coincide KAUN¹⁰ (que yo sepa, el único representante de la teoría del dominio del hecho que lo hace), quien rechaza tajantemente en tales casos la punición del sujeto de detrás como autor mediato.

2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho

Es cierto que a partir de los fundamentos de la teoría del dominio del hecho no cabe fundamentar la autoría del autor cualificado.

De las formas de posible dominio de la voluntad hasta ahora elaboradas no se da ninguna. El ejecutor directo es libre al formar su voluntad. No se encuentra bajo presión psíquica de ningún género. La decisión sobre si (por seguir con nuestro ejemplo) va a llevar a cabo la inscripción falsa la adopta él solo según su criterio propio y sin trabas. Tampoco cabe hablar de supradeterminación final con sentido sobre un comportamiento causal-cie-

² *Lehrb.*, 7.^a ed., p. 92; *ZsSt*, t. 58, 1939, pp. 543 y 544. La interpretación de WIENERS, *op. cit.*, p. 69, sobre la teoría de WELZEL, carece de base en las consideraciones de éste.

³ *Lehrb.*, 17. 2.^a ed., § 48, n. A. 1, p. 499.

⁴ *Gedachten*, pp. 135 y 136.

⁵ *Ibid.* p. 93.

⁶ *Op. cit.*, p. 135.

⁷ *Op. cit.*, p. 136.

⁸ *Op. cit.*, p. 72.

⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.^a ed., viii, 5, b, ante § 47, p. 245.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 33-35.

go con respecto al resultado: el *extraneus* ejecutor entrevé la situación objetiva y jurídica lo mismo que el propio funcionario. Tampoco existe, ni mucho menos, dominio de la organización en el sentido que *supra* le atribuíamos.

Y no cabe encontrar una cuarta forma de dominio de la voluntad, ni siquiera concebirla, en mi opinión. En efecto, el camino al dominio del hecho lleva a la autoría mediata sólo a través de la persona del sujeto agente. A la voluntad autónoma de éste el sujeto de detrás (al margen del dominio de la organización) le quita la posibilidad de decidir configurativamente, desplazándola a la periferia del acontecer. Así pues, el no ejecutor sólo puede ser señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor; pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que éste no abarque el sentido concreto de la acción. No es imaginable en absoluto otra posibilidad. Por eso, en el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho (dándose los demás requisitos), podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho. El requisito, que el propio WELZEL reclama en otro contexto, de que el instrumento «tiene que encontrarse en una posición subordinada con respecto al autor mediato»¹¹, evidentemente aquí no se realiza.

3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico?

La posibilidad, acabada de rechazar, de que exista otro género más de dominio de la voluntad, no obstante la intenta explicar GALLAS, pues su argumento de que el sujeto de detrás, en virtud de su cualificación, tiene «en sus manos» que el delito se realice, apunta al concepto de un dominio psíquico *sui generis*: si el sujeto de detrás deniega su participación, el delito no llega a realizarse y, así, depende de él en su existencia.

Contra esta idea básica ya ha objetado NOWAKOWSKI¹² que de ese modo se «confundirían entre sí los distintos aspectos valorativos». El hecho de que el sujeto de detrás infrinja deberes especiales le grava con un desvalor específico, pero no lo convierte en el centro de la acción, en señor del hecho. Lo cual es correcto materialmente. Contemplando desde distintas perspectivas la reflexión a la que recurre GALLAS, cabe objetarle los cuatro extremos siguientes:

a) En primer lugar, GALLAS da por supuesto lo que hay que demostrar. La cuestión es precisamente si desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho cabe fundamentar la punibilidad del sujeto de detrás. Al afirmarlo,

¹¹ *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.

¹² *Jz.* 1956, p. 549.

GALLAS, indicando que depende de él que exista comportamiento punible, incurre en una *petitio principii*¹³.

b) En segundo lugar, suponiendo que la existencia y la punibilidad del hecho requieran la intervención del sujeto de detrás, ni aun así estaría demostrada la autoría de éste, puesto que se estaría recurriendo a la vieja teoría del "cómplice principal"¹⁴, esto es, a la que denominábamos "teoría de la necesidad", de la que ya¹⁵ se indicó que en todo caso fracasa cuando el sujeto de detrás se limita a provocar la decisión del hecho sin cooperar en la ejecución.

c) En tercer lugar, una vez concebido el plan, debido a la falta de dominio sobre el agente (admitida también por GALLAS) por parte del sujeto cualificado, no depende de éste, sino únicamente de la libre decisión del ejecutor directo, que el plan se ejecute o no. Desde el punto de vista del dominio del hecho, pues, la decisión sobre si el hecho se va a cometer, y cómo, depende del ejecutor.

d) En cuarto y último lugar, ciertamente hay que admitir (dando por supuesta la punibilidad del sujeto de detrás que GALLAS deja sin fundamentar) que si cabe construir un comportamiento típico y, por tanto, un delito, es sólo por su persona. Pero ello estriba simplemente en que sólo el sujeto de detrás posee la cualificación especial requerida por el tipo, aspecto que nada tiene que ver con el dominio del hecho. Son dos cosas absolutamente distintas el que se sea o no funcionario y el que se domine o no el suceso de la acción en determinado proceso. La cualificación significa, desde luego, que el sujeto respectivo puede ser autor de un delito especial. Cuestión distinta es que tenga o no el dominio del hecho en un caso concreto.

El propio GALLAS ha debido advertir lo problemático de su fundamentación, pues le ha añadido la matización de que aquí se trata de «una forma comisiva *sui generis*, que se aproxima más a la coautoría que a la autoría mediata, al menos en su significado tradicional, que atiende al dominio sobre el ejecutor»¹⁶.

Sin embargo, tampoco esta reflexión puede justificar que se estime autoría desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, puesto que la coautoría presupone (al margen de la falta de cualificación en el agente) al menos que el sujeto de detrás tome parte en el dominio del hecho. Pero éste no es el caso cuando se limita a una actividad que (como el propio GALLAS admite) representa "en sí" sólo un acto de inducción.

¹³ En esto igualmente WIENER, p. 72.

¹⁴ Cfr. pp. 56-59.

¹⁵ *Supra*, pp. 58-59.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 136; en términos semejantes WELZEL, 7.ª ed., p. 93, para el supuesto en esto semejante de los delitos de intención; cfr., asimismo, Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, p. 308.

4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio?

La razón más profunda de una concepción como ésta con la que GALLAS nos sale al paso reside en la específica "normatividad", mantenida por él, del concepto de dominio del hecho, también invocada especialmente por LANGE. Ambos parten de que en los delitos especiales sólo el sujeto cualificado puede ser señor del hecho porque sólo para él es accesible el especial contenido delictivo del tipo¹⁷. Por el contrario, por ejemplo, en WELZEL¹⁸ encontramos una separación tajante entre el dominio del hecho y los especiales elementos de la autoría, que para él nada tienen que ver con aquél.

Esta diferencia, sobre la que se insistirá en otros contextos, sirve de guía en cuestiones capitales de la formación de conceptos penales. En definitiva, hay que dar la razón a WELZEL. Si en los delitos especiales, sobre la base de una consideración "referida al tipo", se considera a la cualificación como elemento fundamentador de dominio del hecho, se consigue así aclarar con una facilidad asombrosa la autoría mediata del funcionario que determinó. Pero tal proceder es inadmisibile por varias razones:

a) En primer lugar, mediante este método la teoría del dominio del hecho incurre en una dinámica que anula su significado autónomo y que privó de su valor a la anterior teoría del *animus*. Ya no se hace depender a la autoría del dominio del hecho, sino que, por el contrario, se dispensa la denominación "dominio del hecho" a lo que se cree tener que considerar autoría. En los delitos de funcionarios es ante todo la necesidad de punir, la imposibilidad de captar como partícipe al no ejecutor cualificado, lo que fuerza a estimar la autoría.

Puede que tal punición esté justificada: en eso no vamos a entrar. Pero la autoría se derivaría entonces no del dominio del hecho, sino de otros puntos de vista. Si, no obstante, se habla de dominio del hecho en tal contexto, este concepto no es ya el haremos para determinar la autoría, sino una mera etiqueta tras la cual se ocultan criterios sumamente distintos en el aspecto material. De este modo pierde su carácter constitutivo y deviene superfluo.

b) Quizá se objete que se trata sólo de una modificación del contenido conceptual del dominio del hecho consiguiente al sentido de la norma de los delitos especiales. Desde luego no estaría vedado denominar "dominio del hecho" a la relación especial de cierto interviniente con el bien jurídico protegido, aun atribuyéndole así a este concepto un contenido distinto que en los delitos comunes.

¹⁷ Cfr. GALLAS, *Geschichte*, p. 133; LANGE, *Komm.-Lange*, 442.^a y 43.^a eds., ante § 47, n. 4, p. 190; cfr., asimismo, FRANZONI, *Die Teilnahme an unversätz. Haupttat*, pp. 36 ss.

¹⁸ *Lehrb.*, 7.^a ed., p. 90; cfr. también *opini.*, p. 86.

No es éste el lugar de tratar la cuestión general, derivada de esta objeción, de si (y en qué medida) las formaciones de conceptos y las denominaciones son "arbitrarias". Aquí simplemente cabe indicar qué ideas de "dominio del hecho" parecen tener sentido sobre la base de nuestras consideraciones fundamentales acerca del concepto de autor, de manera que resulta lo siguiente:

Bien es cierto que un concepto de autoría debidamente entendido presenta carácter normativo, pero esta normatividad se limita a dos aspectos: en primer lugar, depende de las ideas teleológicas del legislador elevar o no (y en qué casos) el concepto de dominio del hecho a criterio de la autoría¹⁹; de afirmarse su aplicabilidad, es cuestión de interpretación teleológica cómo ha de verificarse, en los ámbitos periféricos, el concepto de la mano de la idea rectora concebida en su momento²⁰; así, más arriba solucionábamos (por mencionar sólo *un* ejemplo) el problema de cuándo la presión coactiva es suficientemente intensa como para atribuir al sujeto de detrás el dominio de la voluntad no según puntos de vista psicológico-fácticos, sino según las ideas valorativas de la ley²¹.

Sin embargo, no es posible, además, colmar con cualquier contenido el núcleo de un concepto mediante un proceso valorativo²². Más bien, el concepto de dominio de la voluntad muestra una estructura básica inamovible que ha de respetarse una vez que uno se ha decidido por él. En esta medida el legislador no determina lo que es dominio, sino que, eligiendo este punto de vista, se refiere precisamente a un contenido de sentido dado en su esencia; de lo contrario, los términos conceptuales serían absolutamente arbitrarios y, por tanto, sin "sentido" (absurdos).

De este elemento básico, esencial e intuitivo, del concepto de dominio del hecho cabe deducir que únicamente cabe hablar con sentido de "dominio" sobre un "hecho" concreto cuando los criterios que lo fundamentan proporcionan al sujeto "dominante" una influencia más o menos intensa sobre el delito y, por tanto, sobre la configuración del suceso exterior de la acción. No siendo así, una circunstancia determinada no puede fundamentar dominio. Admitido lo cual, sin embargo, es inadmisibles decir que alguien domina un suceso concreto únicamente porque posea la cualificación de autor, o que alguien no domina un proceso porque mediante su actuar no vulnere deber específico alguno, puesto que el dominio se refiere al acontecer real, y el deber, en cambio, a la norma, de manera que no es posible hacer depender a uno del otro.

¹⁹ Cfr. al respecto, *supra*, pp. 36-38; asimismo *infra*, pp. 365 ss.

²⁰ Cfr. al respecto, *supra*, p. 38 y *passim*.

²¹ Pp. 166 ss. y *passim*.

²² Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 41-43.

Y tampoco cabe soslayar esta realidad mediante una consideración valorativa. De lo contrario, se vuelve a incurrir en el fallido método de la determinación "secundaria" de la autoría²³, esto es, en el intento de fundamentar la autoría "valorativamente" sólo porque no resulte posible acomodar en el ámbito de la participación un comportamiento que se siente como merecedor de punición²⁴.

Con todo lo cual no se quiere decir que la autoría y, por tanto, la captación penal del sujeto de detrás estén descartadas. Pero entonces no pueden derivarse del criterio del dominio del hecho. Los problemas relacionados con esto se tratarán más adelante, para lo cual tendremos que enlazar con las ideas acabadas de desarrollar.

Todo lo expresado no representa tampoco una ociosa controversia terminológica, sino que tiene relevante importancia práctica. En efecto, al someter irreflexivamente estos casos al concepto de dominio del hecho, en la delimitación de autoría y participación se van a extraer resultados que no darán debida cuenta de la naturaleza especial de estos delitos. En la determinación de las formas de participación y en las cuestiones de accesoriedad ello conduce a diversos defectos materiales, que se analizarán pormenorizadamente más abajo²⁵.

II. EL INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

De modo análogo que en los delitos especiales ocurre en los casos en que el sujeto de detrás determina al hecho a una persona que la doctrina dominante denomina "instrumento doloso sin intención". El ejemplo académico consiste en un tipo de hurto: «Con ánimo de apropiación, un labrador hace que un peón suyo, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su establo»²⁶. Si aquí, con WELZEL y la doctrina dominante, se niega que el peón tenga ánimo de apropiación, debido a numerosas razones, ya esgrimidas al tratar los delitos especiales, no se da dominio del hecho por parte del labrador. La mera intención de apropiarse, esto es, una tendencia interna trascendente que no surte efecto objetivamente, no puede procurarle a quien da las órdenes el dominio sobre el curso de la acción.

Esta postura la representa aquí (a diferencia de *supra*), en contra de WELZEL y GALLAS, también MAURACH²⁷, opina, con razón, que «bien es verdad que la posibilidad de autoría mediata del sujeto de detrás no está absolutamente excluida, pero sí reducida a los casos de dominio del hecho veri-

²³ Al respecto *supra*, pp. 43-45.

²⁴ Cfr. al respecto, *unánimemente*, PERROT, *op. cit.*, t. 69, 1957, p. 24, nota 21.

²⁵ Cfr. pp. 383 ss.

²⁶ WELZEL, *ibid.* 7.^a ed., p. 95.

²⁷ *ibid.* 2.^a ed., § 48, n. B, p. 500.

ficable en concreto, que no [puede] deducirse de la falta de naturaleza plenamente delictiva del hecho principal».

Sin embargo, la cuestión de si el principio de dominio del hecho en los delitos de intención admite una captación penal satisfactoria del sujeto de detrás, depende esencialmente de la interpretación de los distintos tipos. Así, por ejemplo, atribuyéndole el ánimo de apropiación al peón de nuestro supuesto de partida, puede indudablemente castigarse al labrador como inductor, según la teoría del dominio del hecho. Otro tanto rige para los demás delitos que vienen en consideración. En esta medida, en la solución no importa, pues, el concepto de dominio del hecho, sino el sentido y significado de los concretos elementos subjetivos. Sobre ello se volverá más adelante ²⁸.

En todo caso, aquí cabe establecer como resultado que no es posible armonizar con la teoría del dominio del hecho la autoría mediata basada en el empleo de un "instrumento doloso sin intención" que no actúe coaccionado.

III. EL INSTRUMENTO COOPERADOR DOLOSO

En este grupo de casos se trata de utilizar a personas que se denominaban, de acuerdo con la teoría subjetiva antes determinante, "instrumentos cooperadores dolosos", quedando en este contexto sin examinar la cuestión de si aquel que ejecuta el hecho de propia mano con "voluntad de cooperador" es autor o partícipe, pues este problema ya se discutió *supra* ²⁹. Aquí se trata sólo de si el sujeto de detrás es autor, posibilidad que, frente a una opinión muy extendida, no puede excluirse ya por el mero hecho de que se le reconozca al ejecutor director la cualidad de autor, pues el "autor de detrás del autor" no es esencialmente inconcebible (como ya se ha señalado varias veces) con arreglo a la teoría del dominio del hecho.

Entre los autores próximos a la teoría del dominio del hecho son LANGE y NOWAKOWSKI quienes propugnan considerar al sujeto de detrás como autor incluso cuando otro ejecuta el hecho libremente y sin coacción ³⁰. Así, LANGE ³¹, al enjuiciar el caso de la bañera (RGSt 74, 84), pretende atribuir el dominio del hecho a la hermana ejecutora, pero al mismo tiempo considerar autora mediata a la madre instigadora, y NOWAKOWSKI ³², allí donde un sujeto contrata a otro para cometer un delito, hace responder a ambos como autores, incluso como coautores.

²⁸ Cfr. pp. 369 ss.

²⁹ Cfr. pp. 149-153.

³⁰ Junto a ellos han de señalarse v. WEBER, *Grundriss*, 2.^a ed., pp. 65 y 67, y BUCHH, *Moderne Wandlungen*, p. 18. Cfr. al respecto *supra*, p. 100.

³¹ KOHLER-LANGE, 42.^a y 43.^a eds., ante § 47, I, 5, B, 2, f, p. 162.

³² *IZ* 1956, p. 549.

Ya de nuestras consideraciones precedentes relativas al concepto de dominio de la voluntad se deduce el rechazo de tal postura, pues no habría hecho falta la delimitación de dominio de la voluntad e influjo de la voluntad³², esto es, la fijación más exacta de la presión volitiva necesaria para fundamentar el dominio del hecho en los supuestos conativos, si ya una acción voluntaria en interés del sujeto de detrás convirtiese a éste en autor. Así pues, sólo hace falta aquí completar brevemente la idea básica expuesta en otro lugar³⁴.

El punto de vista del "actuar por otro" hace retornar a la teoría del interés, estando sometida a todas las objeciones ya expuestas; no tiene nada que ver con el dominio del hecho, pues éste se basa, en la autoría mediata, en que el ejecutor realiza con su comportamiento una decisión volitiva ajena de modo no libre o sin saberlo. Pero aquí no ocurre así, puesto que si el agente se decide al hecho de manera no coaccionada (aunque sea mediando recompensa), es una decisión *suya* la que se manifiesta en el acontecer externo. Aun cuando hace suya la voluntad de otro, sigue siendo señor de sus resoluciones y de las acciones llevadas a cabo para materializarlas, pudiendo, a su albedrío, ejecutarlas o abandonarlas. Y en tanto que esto es posible, el agente no se encuentra bajo dominio ajeno.

Postura distinta no cabe compatibilizarla con el sentido previo, dado, del concepto de dominio y se expone al reproche, esgrimido *supra*, de incurrir en deformación unilateralmente normativista³⁵, como si el contenido de lo que hay que entender por dominio fuera libremente disponible! Al decir LANGE³⁶ que el dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad, la observación de WETZEL³⁷ de que LANGE mantiene una teoría subjetiva no está tan "descaminada", al menos en este punto, como cree el propio LANGE³⁸. La dirección de voluntad, como "toma de posición" interna, que no se materializa en la dirección del proceso de la acción, presenta tan poca importancia para averiguar el dominio, en tanto que fenómeno objetivo, como ciertos "deberes" o "intenciones".

Así pues, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, estos casos han de quedar absolutamente descartados del ámbito de la autoría mediata.

§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA

Un tema predilecto de la doctrina de la participación es el error sobre los requisitos de la autoría. ¿Qué ocurrirá cuando alguien supone circuns-

³² Al respecto véase, pp. 165-166.

³³ Cfr. especialmente pp. 178-180.

³⁴ Cfr. pp. 282-284 y las remisiones que ahí se señalan.

³⁵ Como nota 31.

³⁶ *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.

³⁷ KUTMA-LANGE, 42.ª y 43.ª edn., note § 42, I, p. 159.