

GÜNTHER JAKOBS

**SOBRE LA GÉNESIS DE
LA OBLIGACIÓN JURÍDICA**

**TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA
EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO**

MANUEL CANCIO MELIÁ

**DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN
UNA TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO

**Una contribución a la normativización
de los conceptos jurídicos***

por GÜNTHER JAKOBS

SUMARIO: I. Tesis. II. Comisión propia. III. Codelincuencia. A) División de trabajo. B) Vinculación a pesar de reparto de trabajo. 1. Fundamentos. 2. ¿Posición especial de la ejecución? 3. Cantidades de dominio del hecho. 4. Omisión. 5. Conclusión, consideraciones complementarias. IV. Autoría mediata. A) Competencia primaria por el comportamiento. B) Competencia por la condición de instrumento. C) Competencia independiente de la conducta, delimitaciones. D) Condición parcial de instrumento. V. Infracción de un deber.

I. Tesis

El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría; en la terminología de *Roxin*, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de treinta y cinco años¹ y además las ha sometido a discusión en lugar destacado², el dominio del hecho aparece en las formas del do-

* Título original: *Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe* (manuscrito). Trad. de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, 7ª ed., 1999.

² LK-ROXIN (*Leipziger Kommentar*, ed. a cargo de Jähne *et al.* 11ª ed., 8ª entrega, 1993), § 25 a 27.

minio de acción (esto es, dominio de quien comete directamente)³, del dominio de voluntad (es decir, como dominio del autor mediato)⁴ y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor)⁵. Como precursores, sobre cuyo trabajo pudo en parte construir el suyo *Roxin*, han de mencionarse tres importantes penalistas⁶. En primer lugar está *Welzel*, para quien es señor del hecho aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización que dirige el curso de modo planificado, lo que significa que ejecuta personalmente el hecho o complementa como cotitular de la decisión común de ejecutar el hecho las aportaciones al hecho de los demás con su propia contribución⁷. Sigue *Gallas*, quien, argumentando desde la comisión propia, denomina señor del hecho a quien "tiene [...] la obra en su mano"⁸. Finalmente, no puede faltar el nombre de *Maurach*, quien es autor de las definiciones más comunes, incluso, *sit venia verbo*, más abocadas del dominio del hecho, que en la actual elaboración del tratado por *Gössel* rezan, prácticamente sin modificaciones, así: el dominio del hecho es el "tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos", y este dominio ha de corresponder a cualquiera "que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global"⁹.

Sin embargo, los estudios de *Roxin* tuvieron junto a la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho, un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial de desarrollo y, al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber¹⁰ (trato los delitos de propia mano como subcategoría de éstos y no me referiré de modo

³ *Täterschaft*, p. 127.

⁴ *Täterschaft*, ps. 142 y ss.

⁵ *Täterschaft*, ps. 275 y ss.

⁶ Cfr. la exhaustiva exposición en ROXIN, *Täterschaft*, ps. 60 y ss., 68 y ss.; BLOY, *Beteiligungsformenlehre*, ps. 192 y ss.

⁷ *Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 15 I I; ya idem, *ZStW* 58 (1939, ps. 49f y ss., 543).

⁸ *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, ps. 121 y ss., 128, 133, 137; BEIHEFT, *ZStW*, 1957 ps. 3 y ss., 13.

⁹ MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht AT*, 2ª parte, 7ª ed., 1989, § 47 n.m. 85.

¹⁰ *Täterschaft*, ps. 352 y ss., 695 y ss.

específico a ellos en lo que sigue). Existen delitos —que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación— cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada —en la medida en que pueda evitar la realización del tipo—, siempre responde como autor. Mencionaré como ejemplo la administración desleal por parte de los padres del patrimonio de sus hijos que les ha sido confiado: serán autores de la administración desleal cuando se apropien ellos mismos de manera no permitida de la fortuna de sus hijos, cuando animen a su amigo a llevar a cabo la apropiación o cuando no hagan nada a pesar de observar que el amigo se apropia del patrimonio *sua sponte*. Del mismo modo, un fiscal comete un delito de encubrimiento a título de autor cuando hace desaparecer las diligencias de investigación dirigidas contra su amigo, cuando induce o ayuda a que se produzca tal desaparición o cuando no interviene viendo cómo otro suprime el expediente.

Por lo tanto, el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de propia mano, que, como se ha dicho antes, no será objeto de ulterior mención). Pero ¿cómo puede construirse un concepto unitario de autor con un dominio y un deber? A esto se suma la problemática de cómo han de integrarse los delitos de omisión en el concepto. *Roxin* ha emprendido una solución a través del concepto de la "figura central", llenándolo de contenido mediante "un recorrido, acompañándola de cerca, a lo largo de la estructura fracturada y entrelazada de múltiples formas del objeto"¹¹, entendiendo este procedimiento como método dialéctico. Pero, ¿cómo sería si el parentesco entre delito de deber y delito de dominio fuera más estrecho, si detrás del criterio del dominio del hecho se ocultara algo normativo comparable a la infracción de deber? Transformaré la pregunta en tesis —la

¹¹ *Täterschaft*, p. 529, siguiendo la explicación de Nicolai Hartmann de la dialéctica en Hegel.

atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva— e intentaré explicar esta tesis y hacerla plausible.

II. Comisión propia

Comienzo con el último en actuar, con el que comete él mismo o de propia mano. ¿Por qué tiene dominio? La respuesta parece ser palmaria: tiene dominio porque decide definitivamente acerca de la producción o no producción de la realización del tipo; dicho con mayor exactitud, porque sólo puede organizarse una libertad general de comportamiento si las personas al menos han de responder de las consecuencias directas, no mediadas por otros, de su conducta. Se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a todas las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos. Por lo tanto, al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes—como suelo denominarlos— en virtud de competencia por organización.

El que una persona deba responder de las consecuencias directas de su conducta no significa que todo lo causado directamente se considere también una consecuencia imputable del comportamiento; por el contrario, la causación ha de producirse a través de un comportamiento no permitido en esa medida, es decir, en lo que se refiere a esa causación. Esto está completamente fuera de discusión en los aspectos principales. Dicho con un ejemplo: quien por deseo de su vecino lleva a cabo un taladro en la casa de éste, en el lugar exacto indicado por él, y alcanza y destruye una conducción eléctrica, ha destruido directamente, pero falta un comportamiento no permitido puesto que ha actuado a riesgo del vecino.

No es admisible una inferencia que parta de la causación directa para determinar el carácter no permitido del comportamiento. Respecto de los casos que aquí interesan, referidos al sujeto que actúa en último lugar, o, como también se suele formular, de quien comete él mismo, de ello sigue que en primer lugar ha de determinarse si el último acto

genera un riesgo no permitido, y, en caso afirmativo, por razón de qué riesgo de qué causación específica. Esta determinación no parece generar mayor dificultad; debe examinarse si el comportamiento se considera negativo o indiferente en la valoración jurídica escrita o —a falta de ésta— en la valoración social consolidada y determinante, y, en su caso, por razón de qué peligros es valorado de modo negativo.

En esta determinación, sin embargo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: el Derecho escrito o la estructura jurídica no escrita de la sociedad no siempre atribuyen el dominio de un riesgo en todo caso al último, especialmente no lo hacen cuando éste sólo por casualidad estaría en condiciones de evitar la producción de un daño, sino que se lo atribuyen al siguiente sujeto competente, que puede ser el penúltimo o el sujeto que está en tercer lugar antes del último; en el supuesto acabado de referir, por ejemplo, el vecino. En el caso de la imputación a título de mérito, esto es del todo evidente. ¿A quién se le ocurre elogiar a quien pone un disco de música en el aparato reproductor (¡último!) por la calidad de la composición, o al camarero (o, incluso, a sí mismo —la ingestión es lo último—) por un sabroso plato? Y en la imputación a título de reproche las cosas no son distintas, y por ello la afirmación de que es autor en todo caso quien realice el tipo como último, incluso de propia mano, no aporta nada; viendo sólo el movimiento de la propia mano y el subsiguiente curso no se sabe si la mano realiza algo o sólo causa algo. ¿Quién castiga al repartidor de periódicos por un artículo que supone traición, quién al técnico del aparato reproductor por el contenido pornográfico de la película, quién al cartero por las injurias en una postal? Aunque los últimos en cada caso, el repartidor de periódicos, el técnico, el cartero, sepan de qué se trata, por haberse ocupado del contenido de las obras a comunicar, estas consecuencias directas de sus respectivos comportamientos no les atañen en nada, pues este conocimiento puede ser, en todo caso, un conocimiento casual y, por ello, sólo se obtendrían éxitos casuales si se vincularan deberes a estos conocimientos, mientras que un recurso al penúltimo o al anterior sujeto, al editor del periódico, a quien explota el cine, a quien ha escrito la postal, resuelve el problema desde la raíz.

Actuar en último lugar, comisión propia, comisión de propia mano,

todos estos conceptos, por tanto, no coinciden con la causación directa, tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo. El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Cuando no existe un deber del último de ocuparse de las consecuencias, un conocimiento que a pesar de ello concurra sólo puede ser un conocimiento casual, especial, que coloca al último en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer de conocimientos casuales: en caso de que amenace una catástrofe debe procederse a la correspondiente prevención mediante la conducta adecuada —so pena de realización de un delito de omisión de socorro—; por lo demás, falta per se la concurrencia de deber alguno.

Enunciaré un ulterior ejemplo respecto de esta cuestión: un trabajador de una empresa química tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base en una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual que en el tanque se hallan residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva a cabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete un delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros a quienes les incumbe la calidad del líquido. Puesto que sólo los ingenieros están en condiciones de llevar a cabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados, en consecuencia, por el correspondiente deber.

Intentaré ofrecer un primer resumen. No resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano, recurriendo exclusivamente al dominio, sin la atribución de conducta y consecuencia. Esto no significa que el último siempre sea autor cuando se produce la atribución (éste es el entendimiento más extendido, sin embargo, en lo que se refiere a la interpretación del Derecho Penal alemán vigente), sino sólo que, en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos es participe en el hecho. Dicho de otro modo: hasta el momento, aquí se ha expuesto el componente normativo de la comisión directa; concurrendo este componente, en un ulterior paso

hay que fundamentar aún cuándo hay autoría y cuándo —interviniendo varios— participación. Dicho de nuevo con otra formulación: ya se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa —¿quién responde?— no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. A quien pretenda llevar a cabo una sistematización completa, además, se le impone la cuestión de cómo ha de plantearse la cuestión cuantitativa en el ámbito de los delitos de deber, ámbito en el que ésta aún no ha sido formulada. Volveremos también sobre este problema al final.

III. Codelincuencia

A) División de trabajo

Al abordar ahora la codelincuencia en cuanto comisión de *un* delito por parte de varias personas, en primer lugar debe analizarse, en continuación de las reflexiones acerca de la comisión de propia mano, cuándo una causación junto con otros conduce a una realización del tipo, es decir, cuándo la causación no sólo acontece, sino también resulta imputable a los “intervinientes” —quienes sólo por ello se convierten en copartícipes en sentido estricto—. La respuesta habitual cuando se inquiriere por el principio fundamental de esa imputación, y con ello, por el fundamento de la pena por codelincuencia, es que se trata de la causación de la acción de ejecución, y, con ello, del resultado típico, estando aún sometida a discusión la disyuntiva de si el centro de gravedad se encuentra en la causación de la acción de ejecución o en la causación del resultado. Fuera como sea, para lo que aquí interesa ello no es decisivo; pues de igual modo que en el caso de la comisión de propia mano la mera causación no fundamenta competencia por el curso lesivo —como antes se ha expuesto—, una mera causación tampoco puede ser suficiente en el caso de la codelincuencia.

En lo que se refiere a riesgos mínimos o que de otro modo son evidentemente permitidos, ello está en el momento actual ya prácticamente fuera de discusión. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino un cuchillo no se encuentra obligado a comprobar si éste pre-

tende matar a alguien. Precisamente este riesgo no permitido de la codelincuencia es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de autoría y participación en la bibliografía en lengua alemana de los últimos años¹², si bien hasta el momento sólo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema.

Ha de partirse del principio, configurador de toda sociedad de libertades, de autorresponsabilidad, en el sentido de exclusiva autorresponsabilidad, lo que significa que todos responden de las consecuencias de su comportamiento, pero sólo, en cada caso, el sujeto que lo realiza. Para esta determinación, como antes se ha expuesto respecto de la comisión propia, no todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables, sino sólo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre; con ello, quedan excluidas, por ejemplo, todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero. Un ejemplo: si un juez sigue desarrollando un determinado proceso a pesar de la amenaza de unos terroristas de asesinar a un ministro si el proceso continúa, no por ello el asesinato del ministro –al menos en lo que se refiere a esta razón– se convierte en asunto del juez.

Si se parte del contenido comunicativo de una conducta, del principio de autorresponsabilidad sigue que todos han de responder del contexto de significado de su comportamiento, y que para ello no tienen por qué tener en cuenta en qué contexto coloquen otras personas de modo arbitrario esa conducta. En el ejemplo acabado de mencionar,

¹² JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), ps. 1 y ss.; idem, *Strafrecht AT*, 1ª ed., 1983, 24/13 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, ps. 54 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, ps. 295 y ss.; ROXIN, *Tröndle-Festschrift*, 1989, ps. 277 y ss.; id., *Miyazawa-Festschrift*, 1995, ps. 501 y ss., 512 y ss.; id., *Salger-Festschrift*, 1995, ps. 129 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra*, 1989, ps. 281 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW* 107, 1995, ps. 507 y ss. (considerando no permitido prácticamente cualquier riesgo); WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995; SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995; HASSEMER, *Wistra* 1995, ps. 41 y ss., 81 y ss.; RANSIEK, *Wistra* 1997, ps. 41 y ss.; TAG, *JR* 1997, ps. 49 y ss.; OTTO, *Lenckner-Festschrift*, 1998, ps. 193 y ss. y otros; las últimas aportaciones hasta el momento son las de WOHLERS, *SchwZStR* 117 (1999), ps. 425 y ss., con ulteriores referencias; AMELUNG, *Grünwald-Festschrift*, ps. 9 y ss. (muy restrictivo a la hora de considerar que concurre un riesgo permitido).

la realización del proceso significa una manifestación del Estado de Derecho y no una actividad de fomento del homicidio de un ministro, aunque haya terroristas –pues sus atribuciones de sentido no son determinantes– que entiendan lo acontecido de otra manera. De modo completamente paralelo, en el ejemplo planteado respecto de la comisión propia, el vertido del líquido contenido en el tanque por el trabajador de la industria química no significa nada para la calidad del agua, ya que no es él quien ha de tomar decisiones al respecto, mientras que la correspondiente inactividad de los ingenieros sí tiene significación a este respecto. Parece claro que sólo puede llegar a haber codelincuencia si alguien ejecuta una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en este sentido, deben serle atribuidos.

En la codelincuencia se trata de una modalidad especial del reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar; veamos qué significa esto: el reparto de trabajo puede producirse de tal manera que una persona deba aportar una determinada prestación a otra, debiéndose ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación. Esto es lo que sucede en la mayoría de los casos de la vida diaria: el vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizada por el adquirente (aunque quizás la prevea con seguridad, al conocer al comprador como calavera); el conductor de un taxi debe conducir con seguridad, pero no está obligado a ocuparse de lo que el cliente haga en el punto de destino; el suministrador de interruptores eléctricos ha cumplido con su deber si los aparatos funcionan perfectamente, y no es asunto suyo que el receptor los introduzca en aparatos del hogar bien o mal diseñados o quizás construya con el último interruptor un juguete eléctrico para su hijo o un artefacto explosivo contra su enemigo. Lo que hay de común entre los intervinientes en estos casos queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija; por lo demás, las

personas siguen aisladas. En una sociedad altamente compleja, habituada al reparto de tareas, la limitación de lo común, acabada de esbozar, a un intercambio de prestaciones —sin considerar el ulterior desarrollo— es presupuesto de una constitución de libertades, es decir, que sigue siendo compleja; pues de lo contrario se produciría un asfixiante control y vigilancia mutuos. La libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno.

B) Vinculación a pesar de reparto de trabajo

1. Fundamentos

La situación es diversa en el ámbito de aquel reparto de trabajo que produce una vinculación: en este campo, los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo, de haberle hecho posible al receptor de la prestación la realización de una determinada conducta. Un ejemplo inocuo: si tres personas adultas comparten una vivienda, y la primera regala a la segunda las notas de las piezas para piano de Schönberg, no podrá argüir contra las protestas, generadas a continuación, de la tercera persona contra el docetismo que sólo suministró las notas, y que lo demás no es asunto suyo, pues parece claro que al regalar notas debe responder también de su uso típico. La situación sería distinta si la primera persona hubiera obtenido las notas por encargo de la segunda; en tal caso, podría argumentar que las consecuencias de su favor de amistad no le atañen.

¿Cómo puede determinarse cuándo se trata de un reparto de trabajo con efecto de aislamiento y cuándo de un reparto de tareas que vincula? La respuesta en realidad no es difícil, aunque en el caso concreto pueda discutirse acerca de la determinación de los límites. El interviniente queda vinculado con quien actúa después si (y en la medida en que) su contribución no sólo ha causado esta conducta, sino también ostenta el significado objetivo de hacerla posible. Esto último es el caso cuando se encuentra en *un solo* contexto con el actuar posterior, y puede entrar en ese contexto por dos vías: en primer lugar, al colocarlo el propio interviniente en él de modo no esotérico, sino de manera

objetivamente comprensible, y, en segundo lugar, al llevar a cabo una prestación que de modo estereotipado forma parte del contexto del comportamiento subsiguiente.

En lo que se refiere a la primera modalidad, el interviniente no sólo realiza una prestación que le cuadra al sujeto que actúa a continuación, sino que el primer sujeto se ocupa de que cuadre, lo que significa que toma, hablando en términos ejemplificativos, él mismo la medida de la acción subsiguiente y la toma como punto de orientación, es decir, que determina los datos de su contribución en función del posterior desarrollo delictivo. Y es que no es lo mismo que alguien obtenga para otro un plano de la ciudad o que afirme por sí mismo que no es posible llevar a cabo un robo en una entidad bancaria sin un estudio exacto de la zona y entregue a los autores un plano de la ciudad, que alguien hable de pasada de que su vecino está ausente o que frente a la pregunta de si conoce una casa abandonada, indique la de su vecino, que alguien muestre cómo huele el ácido cianhídrico cuando se le pregunta por ello o que aconseje a un asesino que hace uso de veneno que añada sustancias que modifican el olor, etcétera; dicho a modo de resumen, no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación, o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia.

Que pueda producirse un distanciamiento frente al contexto delictivo tiene como presupuesto que concurren condiciones más o menos habituales para el propio contexto de actuación, dicho de otro modo, que exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo. Si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas. Dicho con un ejemplo: quien vende artículos del hogar, no está obligado a suspender la venta de cuchillos a compradores que se comportan de manera normal aunque en la ciudad se produzca una manifestación no pacífica. Pero si penetran sujetos de aspecto poco recomendable en la tienda y exigen rápidamente la entrega de un cuchillo de grandes dimensiones, afirmando que les da igual el precio, ya no concurren las condiciones de la separación de roles, ya que el

comprador en esa situación no sólo aparece como comprador, sino al mismo tiempo como participante en una futura reyerta.

En el caso de la segunda de las modalidades en las que se genera algo en común, el partícipe presta una contribución que está prohibida por se por razón de su peligrosidad, al menos abstracta. Por ejemplo, entrega a personas no habilitadas para recibirlos armas o materiales radioactivos o veneno, o presta un automóvil que no cumple las condiciones de uso en el tráfico rodado, o un automóvil que sí las cumple a una persona ebria, etcétera. En estos casos, la prestación es definida por el propio Derecho en el sentido de que conlleva el riesgo de un ulterior desarrollo delictivo, y quien lleva a cabo tal prestación, en correspondencia es ubicado jurídicamente en comunidad con el ejecutante. Estas prestaciones se reconocen por el hecho de que está jurídicamente prohibido llevarlas a cabo; frecuentemente, la mera prestación, sin consideración de ulteriores desarrollos, habrá de ser castigada como delito de peligro abstracto o multada en cuanto infracción administrativa, sin que ello, sin embargo, sea más que una clarificación de la prohibición.

Mientras que en el reparto de tareas con efectos de aislamiento lo común se limita a un intercambio de prestaciones, en el caso del reparto de trabajo que vincula, lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no sólo la suya propia. Dicho de otro modo: los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno —una así llamada teoría de la participación en el injusto, que debería castigar también al *agent provocateur*, ya que el autor principal al menos realiza un injusto de tentativa—, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también en el acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídicamente penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya.

Una vez que esto se ha visto con claridad, es decir, que la ejecución no es sólo ejecución de quien ejecuta —el desnudo naturalismo de la propia mano—, sino ejecución de todos, decae la razón para destacar

la ejecución por el hecho de que sólo los que ejecutan deben calificarse como autores, mientras que no deben serlo los partícipes en la fase anterior: todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello.

Sin embargo, ciertamente, una contribución prestada durante la ejecución prácticamente nunca podrá ser distanciada del contexto delictivo, mientras que idéntica prestación, llevada a cabo con anterioridad, puede considerarse una prestación neutral. Como ya se ha expuesto, la separación de roles tiene como presupuesto un entorno que no sea caótico, es decir, que no se halle ya caracterizado por quebrantamientos de rol. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino, cuya debilidad por los robos con fuerza en las cosas conoce, un destornillador pesado, se mantiene en su papel de ciudadano amable con sus vecinos y, por consiguiente, distanciado de los ulteriores desarrollos. La situación es distinta, sin embargo, para quien entrega a otro, que está manipulando violentamente la puerta de una casa ajena, ese mismo destornillador. En cuanto más se intensifique el quebrantamiento del rol por parte del ejecutor, menos alguien que preste una contribución podrá mantenerse en sus trece de que no se trata de nada distinto de un suceso normal. Esta constatación no tiene nada que ver con un mayor dominio en el estadio de ejecución; frente a una participación en el ámbito previo, no es que se incremente el dominio, sino que se genera con mayor facilidad responsabilidad por el ulterior desarrollo delictivo, por lo que, correspondientemente, con mayor facilidad la ejecución se convierte en propia.

Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de la distinción entre autores y partícipes, sino sólo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo. Frente a la cuestión que se plantea en este punto, relativa a quién entre los intervinientes tiene el dominio del hecho, la respuesta sólo puede ser la siguiente: el colectivo. Esta respuesta no debe entenderse en el sentido de que el hecho que es dominado es el acontecer desde el primer acto preparatorio hasta la ejecución. De lo único que se trata aquí es del hecho típico, es decir, de la ejecución del hecho. Ahora bien, esta ejecución parece estar dominada exclusivamente por el sujeto

que ejecuta, y éste es el modo de ver las cosas de una extendida teoría, que en todo caso convierte a los intervinientes en la ejecución (y sólo a éstos) en autores, es decir, que quiere atribuirles el dominio del hecho en exclusiva. Esto ya en sí mismo es problemático, incluso difícilmente puede resultar coherente. Cuando son varios los que ejecutan, por ejemplo, en el robo con violencia, es *uno* el que ejerce violencia y el *otro* el que se apodera de la cosa, se afirma, tienen un dominio del hecho común, "funcional". Incluso la antigua teoría formal-objetiva hubiera afirmado la concurrencia de autoría, al existir al menos ejecución de propia mano respecto de uno o de varios de los elementos del tipo. Ahora bien, debería asumirse que en cuanto dominio ostentado de propia mano sólo hay un dominio parcial, mientras que aquellos elementos que realiza en cada caso el respectivo otro no son susceptibles de ser imputados en virtud del dominio ejercido personalmente, sino sólo en virtud de lo común, por el actuar de un colectivo. Quien no quiera limitarse a los autores únicos, no puede evitar de ningún modo la imputación de elementos de la acción de ejecución que no han sido realizados por el propio sujeto. Pero si es que existe la posibilidad de imputar a título de autor partes de la ejecución que son llevadas a cabo por parte de otro, no hay razón alguna para limitar esa imputación a título de autor a los intervinientes en la ejecución. ¿Por qué no también al jefe de la banda, que ya no interviene en la fase de ejecución?

2. *¿Posición especial de la ejecución?*

Dejaré de momento de lado la respuesta a esta última cuestión e intentaré describir con mayor exactitud el así llamado dominio de los ejecutores. En primer lugar, es innegable en cuanto dominio negativo: los sujetos que ejecutan pueden omitir la ejecución del hecho. Pero incluso en el supuesto de que no pudieran ser sustituidos por otros intervinientes, la posibilidad de omitir no fundamenta el dominio del acontecer positivo. También puede parar el hecho un cooperador imprescindible, dicho con mayor exactitud, podría parar su preparación, e incluso un sujeto que nada tiene que ver con el hecho, que podría inmiscuirse o llamar a la policía, dispone de esa capacidad. Más aún: aunque se limite la idea de la capacidad de evitar a las personas obli-

gadas a evitar, ello convertiría por inferencia en dominio del hecho la situación del menos importante de los partícipes que pueda evitar durante la ejecución o después.

El suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes. Un ejemplo al respecto: alguien mata a otro en una casa con un arma de fuego; la pistola y la llave de la casa se las ha suministrado otro, quien también ha averiguado el momento adecuado para cometer el hecho. Una vez hecha la aportación del otro, queda predeterminado el marco en el que puede acontecer el hecho: cuál es la víctima que hay que matar, dónde deriva de la prestación de la llave y del arma, y el momento en el que esto ha de suceder, de la indicación del momento adecuado. El ejecutor mismo determina mediante su hecho desde un principio que es él quien ejecuta, cómo exactamente acontezca el disparo y otros aspectos, pero todo ello en un marco que se encuentra positivamente predeterminado. Quizás el sujeto que ejecuta podría variar el marco, pero no lo hace, pues aprovecha en esa medida una configuración ajena y no la domina personalmente —quizás podría dominar, pero esto se queda en hipótesis—.

Por consiguiente, si no se pregunta por quién hubiera podido evitar el hecho —puede que sean muchos los sujetos que estén en esa situación, incluso aunque se introduzca una limitación a las personas *obligadas* a evitar, y, por otro lado, si hay preparado un sustituto, ni siquiera el ejecutor hubiera podido evitar el hecho—, sino se plantea la cuestión de quién es el que ha configurado el hecho tal y como es, se obtiene como respuesta que sobre el ejecutor recae exactamente aquello que no se halla configurado ya, en cuanto marco, por los demás intervinientes. Frecuentemente, esto será mucho, y en el caso individual puede ser muy poco: el asesino al que el partícipe sólo ha comunicado cuándo está en casa la víctima, configura casi todo personalmente, pero quien no hace otra cosa que animar con un ¡salud! a la víctima de un asesinato por medio de veneno a que beba del líquido emponzoñado en una ocasión que ha sido arreglada por otros, etcétera, sólo tiene un dominio positivo limitado.

Con lo expuesto hasta ahora probablemente ya haya quedado claro

qué es lo que quería decirse antes al afirmar que es el colectivo el que domina la ejecución; los intervinientes antes de la ejecución han fijado el marco, o, cuando éste es variable, al menos lo han propuesto, y los ejecutores lo rellenan. Lo que derive de ello es la realización concreta del tipo, compuesta de marco y relleno, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco. En este sentido, permítaseme el ejemplo, una representación de teatro es una representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, etcétera, esto es, la obra de un colectivo.

Intentaré clarificar lo dicho con otro ejemplo ajeno al Derecho Penal: después de la construcción de una planta, decisiva para la economía nacional, de producción completamente automatizada de complejos aparatos, el presidente del país pone en marcha la planta apretando un botón en el marco de un acto solemne. ¿A quién se le ocurriría designar por causa de ese pequeño movimiento de un dedo al presidente como productor principal de los aparatos, como autor de la producción? Es que el marco prefijado sólo deja margen para una configuración mínima. Ahora bien, se impone la cuestión de por qué la realización de una actividad tan secundaria es encomendada a un presidente. La respuesta se ha ofrecido ya antes: una contribución durante la ejecución, y con mayor razón la ejecución misma, significa una solidarización con las consecuencias; el presidente no declara con su movimiento del dedo que domina la producción, sino que está a favor de que se produzca y que presta una mínima contribución a ello. Cabe encontrar símbolos de significación similar también al principio de una obra común; un símbolo extrapenal es la colocación de la primera piedra; el ejemplo paralelo en Derecho Penal, la inducción.

3. *Cantidades de dominio del hecho*

La cuestión del dominio del hecho, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir, en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y, con ello, la ejecución misma, o, en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el

marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño–, un jirón del todo, en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma –y de lo contrario no existe codelincuencia, sino sólo una tentativa de ésta–. Desde esta perspectiva, la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codelincuencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente en la separación de autoría y complicidad– sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta– en función de cantidades de intervención, y, con ello, de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quién más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Dominio del hecho tienen los dos, como acaba de decirse, uno mucho y el otro poco. Brevemente: no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena.

A la hora de llevar a cabo la necesaria cuantificación, frecuentemente sucederá que las contribuciones ubicadas en un estadio muy inicial de la fase previa, a causa de la vaguedad de los contornos del suceso que suele existir aun en esa fase, pesen menos que aquellas hechas en la ejecución, y esta última frecuentemente dejará tanto margen de maniobra que quien la lleve a cabo responderá con seguridad como autor. Pero esto no necesariamente tiene por qué ser así. Una maquinaria delictiva minuciosamente preparada, como, por ejemplo, un artefacto explosivo instalado debajo de la calzada de una calle, puede que configure prácticamente todo, y la detonación final, a realizar por medio de un mando a distancia, que quizás tiene lugar en cumplimiento de una orden y que en caso de necesidad puede ser llevada a cabo por otro sujeto, prácticamente sólo admite una configuración negativa: cabe la posibilidad de omitir (pero también se podría haber omitido la preparación de la maquinaria). Para que no se malinterprete lo dicho: no es que cada uno de los intervinientes responda de lo que él ha configurado –esto sería una responsabilidad por un fragmento

de tipo-, sino por razón de la comunidad con los demás en relación con el hecho en su conjunto, fundamentada en la configuración, lo que significa que responde de la ejecución que realiza el tipo; sólo que con mayor o menor intensidad dependiendo del peso de su aportación.

Por ello, no existe responsabilidad antes de la realización del tipo, incluyendo la del tipo de tentativa. La gracia de la contribución en la fase previa está precisamente en que fundamenta la pertenencia al colectivo, convirtiendo por ello la ejecución por mano ajena en ejecución propia. Esta relación suele denominarse accesoriedad cuantitativa, referida al progreso del delito, lo que, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que se produce una vinculación a una ejecución ajena —la responsabilidad por injusto ajeno es un concepto imposible—, sino en el sentido de que lo decisivo es el progreso del emprendimiento común, esto es, la ejecución por parte del colectivo. Incluso en el caso de una intervención en un delito especial propio, concurriendo ejecución de propia mano del sujeto obligado por el deber especial, ésta es al mismo tiempo la ejecución propia del *extraneus* (de quien no se ve afectado por el deber especial), aunque ello con la peculiaridad de que el tipo presenta al menos un elemento que sólo puede realizar la mano del *intraneus*. Dicho con un ejemplo: también de los ciudadanos normales se espera que no cometan prevaricación; pues entre los ciudadanos y los jueces no existe una diferencia de casta, sino sólo en relación con la función desempeñada dentro de una sociedad homogénea. Pero los ciudadanos normales sólo se encuentran en situación de cometer una prevaricación cuando se unen a un juez.

A la inversa, no habrá realización del tipo cuando la ejecución tiene lugar por parte de una persona que no está en condiciones de realizar el tipo, es decir, en el caso del homicidio o de las lesiones, por parte de la propia víctima competente. Por consiguiente, sin una especial disposición legal —y ésta falta en Alemania— la intervención en una autolesión llevada a cabo de modo responsable, especialmente, en un suicidio, no es injusto, porque, precisamente, falta una ejecución típica que pueda ser una ejecución propia del colectivo.

4. Omisión

Con la cuantificación de la cuestión del dominio del hecho, al mismo tiempo se abre la vía para resolver la problemática de la participación en la omisión y mediante omisión, en la medida en que se trate de una omisión contraria a los deberes derivados de organización, es decir, cuando el omitente sea competente en cuanto titular de un determinado ámbito de organización y no en cuanto titular de un *status* específico (no como padre, madre, policía, juez, etc.). En primer lugar, hay que preguntar si el omitente se vincula mediante su omisión, o si, por el contrario, la omisión se presenta como conducta neutral. Nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delictiva. Dicho con un ejemplo: nadie está obligado a eliminar las piedras de su jardín porque otros se dispongan a usarlas como proyectiles contra terceros que pasan por el lugar, nadie debe exigir que se le devuelva una navaja de bolsillo que ha prestado porque el receptor la quiera usar para cometer delitos de lesiones o porque la maneje de modo imprudente, etcétera. Pero cuando el estado de organización tiene el significado de fomentar una conducta delictiva, debe ser modificado; esto sucederá con frecuencia, en particular, en lo que se refiere al manejo de objetos peligrosos que no son de libre acceso. Dicho de nuevo con un ejemplo: ha de evitarse que una pistola mal guardada sea usada por otros para fines delictivos, que el automóvil propio, mal cerrado, sea conducido por un sujeto ebrio, etcétera.

Si existe la vinculación, con ello se constata una intervención en la configuración del hecho, y, si así se quiere formular, al menos un pequeño dominio por omisión. Para la determinación de la medida no hay que averiguar a continuación cuándo hubiera debido intervenir el omitente, llevando a cabo el salvamento, y, en particular, no es per se autor por omisión quien estuviera en condiciones de salvarlo todo en cuanto último en intervenir, como ya se ha expuesto antes —esto depende de casualidades en el desarrollo de los hechos—, sino hay que determinar qué es lo que lo vincula al colectivo. Si esta vinculación consiste en hacer posible el uso de una cosa peligrosa, se encuentra en la misma situación que quien hizo entrega de la cosa; si se trata de la omisión

de advertir a la víctima, se halla en la misma situación de otro que eliminó las prevenciones de la víctima escéptica, tranquilizándola, y cuando se junten varios elementos, la configuración en algún momento pasa a ser determinante, y entonces concurre coautoría por omisión, pudiendo ocurrir también que se ensamblen el actuar y el omitir de una misma persona: alguien permite que otro se haga con una pistola, no advierte a la víctima, contraviniendo su deber, a pesar de haber acordado con ella que lo haría, y además distrae mediante actos positivos a la policía, llevándola a otro lugar, etcétera.

De modo paralelo a lo que sucede en el delito de comisión, ha de evitarse denominar la omisión que no es en sí misma ejecución como injusto; es contraria a deber en el sentido de que constituye la razón para imputar la ejecución como ejecución que también pertenece al omitente. Esto, de nuevo, cabe observarlo con claridad con ayuda de las reglas de la así llamada accesoriedad cuantitativa. Dicho con un ejemplo, quien ha prometido cerrar la puerta de una nave, pero omite hacerlo para posibilitar el acceso a unos ladrones, no responde si no se produce una tentativa de robo; en tal caso, el colectivo se queda atascado en la preparación del hecho. Por consiguiente, no se plantean problemas específicos en la omisión. Más aún: con base en la posibilidad de la equiparación de comisión y omisión se percibe con especial claridad que la cuestión fundamental de la codelincuencia es la de la posición de garantía, la de una competencia, y no la de la diferenciación entre autores y partícipes. La cuestión fundamental, por lo tanto, es quién forma parte del colectivo, o, lo que es lo mismo, quién es garante, a quién le incumbe que determinadas configuraciones del mundo no acaben en una ejecución del hecho. Respecto del delito de comisión se ha mostrado que la posición de garantía, es decir, la competencia, no concurre per se ni siquiera en quien actúa en último lugar, y que no concurre cuando no le atañe que otros hayan dado una configuración al mundo en la que la última acción ha de comportar consecuencias negativas. Como ejemplo se mencionó el caso de un trabajador de una empresa de la industria química que sólo es competente respecto de la apertura y del cierre de una vía de vertido, pero no de la calidad del líquido vertido. Que esta persona no sería garante en caso de estar la válvula

abierta, es decir, que no tendría el deber de cerrarla ante la salida de líquidos que son lesivos del medio ambiente, es palmario.

Si se reconoce la posibilidad de una mezcla de contribuciones activas con contribuciones por omisión y además se cambia el punto de mira del dato fáctico del dominio a la medida de la competencia, ello probablemente conducirá a una considerable facilitación de la imputación de delitos cometidos en empresas, en la medida en que la competencia se desplaza de los ejecutores a la dirección de la empresa: responsabilidad en función del rango y no en función de la medida de los movimientos de los dedos. Han de quedar fuera de consideración las cuestiones de detalle.

5. Conclusión, consideraciones complementarias

Resumo lo expuesto hasta el momento: a cualquier interviniente le incumbe en cuanto miembro del colectivo la ejecución en el marco configurado para ella. Que cometa u omita es indiferente: en todo caso, la ejecución infringe su deber, aunque sea por mano ajena. Una vez que se ha comprendido esta especialización de las reglas de imputación relativas al comportamiento común y en régimen de reparto de tareas, la ejecución pierde toda posición especial en la fundamentación de la competencia en la relación interna del colectivo. Ciertamente, la ejecución es la que constituye hacia afuera el quebrantamiento del Derecho, esto es, la arrogación de organización ajena, y por ello no hay hecho sin ejecución, o, dicho con mayor exactitud, sólo la ejecución es un hecho; pero hacia dentro sigue siendo una prestación más, aunque sea la última, junto con otras que la han precedido en el tiempo, y puede suceder que las prestaciones anteriores, dependiendo de las circunstancias, caractericen al hecho con mayor claridad de lo que lo hace el último acto. En tal caso, puede que lo adecuado sea penar al ejecutor a título de cómplice. La intervención a título de autor en una complicidad pierde su aparente carácter contradictorio una vez que se ha percibido que se trata de una prestación colectiva en la que puede ocurrir que la determinación del marco pese mucho y el último acto poco. Resulta evidente que los límites no son estáticos, como siempre sucede respecto de las cuantificaciones.

En la práctica, y esto probablemente haya contribuido a oscurecer

la cuestión, las ejecuciones de mínima relevancia son escasas¹³. ¿A quién se le pide, a pesar de no haber aportado nada hasta el momento, que ejecute el último movimiento? Para eso hay que ser, como se mencionó antes como ejemplo, presidente de un país. Pero que estas ejecuciones de relevancia mínima sean escasas no cambia en nada la cuestión decisiva, y ésta es la siguiente: ¿a quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe?, y la respuesta es que a todos los intervinientes si es que han intervenido, es decir, si han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniéndola de este modo con las prestaciones de los demás. Infracción colectiva del deber, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata.

Hasta el momento se ha hablado de intervención o codelincuencia, sin poner en claro, como se habrá percibido, si se trata de conductas dolosas o no dolosas; en esta medida, no hay nada que añadir: el establecimiento de un colectivo es un proceso que, como ya se esbozó antes, depende de qué significado produzca una persona mediante su conducta, y una persona produce significado y no es mera naturaleza aunque se conduzca de modo imprudente. Dicho con un ejemplo: el no custodiar en lugar cerrado un arma de fuego constituye participación mediante omisión en un homicidio por comisión aunque el titular no se haya representado nada, de modo gravemente imprudente, y ello incluso aunque quien dispara de modo igualmente imprudente pensara que no estaba cargada. No puedo abordar los detalles, ya que el recurso necesario a la teoría de la imputación objetiva, así como a la teoría del dolo, rompería cualquier marco temporal adecuado. Me limitaré por ello a la referencia de que he expuesto por escrito las cuestiones de detalle hace no demasiado tiempo¹⁴.

IV. Autoría mediata

A) Competencia primaria por el comportamiento

La autoría mediata, de la que me ocupo a continuación –al principio,

¹³ Y en los dos casos más conocidos de la jurisprudencia alemana en los que se trató a los ejecutores como cómplices, *RGS* 74, ps. 84 y ss. –caso de la bañera– y *BGHSt* 18, ps. 87 y ss. –caso Stachinskij–, no cabe decir que se trate de ejecuciones de relevancia mínima.

¹⁴ JAKOBS, *GA* 1996, ps. 253 y ss.

dejando fuera de consideración al instrumento justificado–, no es otra cosa que una autoría directa disfrazada: el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presenta desde el punto de vista fenotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamado instrumento. Por consiguiente, “instrumento” es –más adelante se ofrecerá una fundamentación más exacta– naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro elemento de cualificación. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero, precisamente, de las fuerzas instrumentales no responsables. Dicho en términos extremos: que alguien azuce a un perro o a un sujeto ebrio contra una víctima es indiferente. Sin embargo, el paralelismo no se plantea con tanta sencillez; pues mientras un animal no puede conducirse de modo responsable, al estar excluido, en cuanto animal, por completo del círculo de las personas en Derecho, respecto del sujeto ebrio puede plantearse la cuestión de si la ebriedad no es exclusivamente asunto suyo. Por lo tanto, vuelve a aparecer un problema normativo: no es el mero uso del carácter de naturaleza del instrumento, y, en este sentido, no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento.

Ahora bien, en el caso acabado de plantear, nadie dudará de la responsabilidad del hombre de atrás; pues ha instigado al borracho, y una instigación genera en todo caso responsabilidad por las consecuencias, se trate de un hecho del que ha de responderse o de una reacción de la que no se responde. Con esto, queda formulada la primera de las tres posibles razones de la competencia respecto de un caso individual. Formulándola en términos generales, la razón es la siguiente: es competente por la conducta del instrumento quien presta una contribución que vaya más allá de lo socialmente adecuado, de lo neutral, llevando a cabo una aportación específica a que el instrumento ejecute una determinada conducta lesiva. Esto, a su vez, como ya se ha expuesto respecto de la intervención en el hecho de ejecutores responsables, puede suceder de dos maneras; en primer lugar, prestando

una contribución adaptada al comportamiento lesivo —así en el caso de la instigación de un sujeto ebrio— y, en segundo lugar, mediante una contribución a la que le es inherente su uso para un comportamiento lesivo, así, por ejemplo, por el hecho de dejar libremente accesible un arma que requiere de licencia (o quizás incluso está prohibida, de modo que no admite licencia) o un veneno sometido a limitaciones en su comercio (o que incluso está fuera de todo comercio), etcétera. Dicho de otro modo, quien presta una contribución que en el caso de un ejecutor responsable supondría intervención en la ejecución, es autor mediato cuando el receptor de la prestación carece de responsabilidad (recuérdese, dejando de lado al instrumento justificado).

Cabría objetar a lo expuesto que ésta es una afirmación sorprendente, puesto que no cabe siquiera comparar la situación en el caso de la codelinuencia con la que concurre en la autoría mediata: lo común, el colectivo que es el actor en la codelinuencia falta precisamente en el caso de la autoría mediata, y actor es únicamente el autor mediato. Tan cierto como es esto, tan poco cambia el hecho de que se trate de un comportamiento con el significado de conducir hacia la realización del tipo; en el caso de la codelinuencia, mediante la formación de un colectivo; en el caso de la autoría mediata, mediante el desencadenamiento, generador de un riesgo no permitido, del curso. La razón por la que se imputa la ejecución de un sujeto responsable a un partícipe como ejecución que también es suya, es idéntica al riesgo no permitido que crea aquel que no hace uso de personas responsables, sino de la naturaleza. Dicho con un ejemplo: si el propietario de una colección de armas entrega a un visitante una pistola, considerando éste, errando de modo inevitable —como el propietario sabe o ha de saber—, que el arma está descargada, el propietario es autor mediato de lo que suceda, del mismo modo que sería partícipe del hecho del visitante si el conocimiento de la peligrosidad del arma fuera asunto de éste. Para alcanzar este resultado, no se necesita la idea del dominio; por el contrario, una vez aclarada la competencia se ha aclarado todo lo necesario.

¿Cuáles son los elementos especiales en el caso de un instrumento justificado? Comenzaré con el caso básico de la ayuda para la defensa frente a riesgos que *ex post* se ven confirmados. La doctrina habitual

afirmaría que se trata de una participación en un hecho justificado, lo que no es erróneo en cuanto conclusión, pero no alcanza a identificar el núcleo de la cuestión: ya la conducta del partícipe se produce en el contexto justificante, y por ello significa a su vez una participación en la defensa frente a un ataque. Por lo tanto, no sólo falta un hecho principal antijurídico, sino falta ya una participación en tal hecho. Dicho de otro modo, quien interviene en una defensa es tan instrumento como lo es quien ejecuta la defensa.

La decisión es más intrincada cuando se mezclan justificación y error. Ejemplo: un policía que lleva a cabo una detención ajustada a Derecho, con base en una sospecha suficiente, es auxiliado por un ciudadano que sabe que la sospecha no es más que eso, una sospecha que no se ajusta a la realidad, o alguien alcanza a otro que es atacado con un arma simulada un arma de verdad, a pesar de haberse dado cuenta de que el arma con la que se lleva a cabo el ataque es simulada. En estos supuestos, en todo caso, no es instrumento el partícipe cuando su conocimiento superior forma parte de su rol, es decir, no constituye un conocimiento especial (y dejaré aquí de lado otras constelaciones de casos): cualquiera, menos el sujeto atacado, puede observar que el instrumento que se le ha colocado en el cuello no es un cuchillo, sino una regla de plástico, y a pesar de ello alguien da al atacado una pistola cargada. Esto sucede fuera del contexto justificante; quien entrega el arma de fuego no es también un instrumento, y ejecuta una acción que le vincula con el ulterior desarrollo: autoría mediata.

B) *Competencia por la condición de instrumento*

Baste lo anterior respecto de la competencia por el *comportamiento* de un instrumento. En el ámbito de la segunda de las razones de competencia, el autor mediato no se encuentra directamente vinculado a la conducta del instrumento, sino que debe responder de ésta porque ha organizado la condición de instrumento de éste, y, a través de ello, de modo mediato también la conducta. Desde un principio debería estar claro que una mera causación de la condición de instrumento no basta. Un ejemplo al respecto: intento eliminar la grave plaga de pulgón que aqueja mis flores rociándolas con agua salada, lo que mi vecino, como sé, inmediatamente imita, con la consecuencia, que yo sí he

previsto y él no, de que sus flores (o las de su arrendador), como las mías, mueren. Mientras no haya nada más en particular, mientras no haya dado al vecino garantía alguna, es asunto suyo si imita mi conducta. Ya en varias ocasiones se ha hecho referencia a la regla básica conforme a la cual la mera causación de la conducta de otro, aunque sea causalidad previsible, no basta en una sociedad de libertades para fundamentar competencia por esa conducta; de lo contrario, se generaría una situación de espionaje mutuo y un sistema de tutorización que asfixiaría toda libertad.

La competencia del hombre de atrás por causación de un defecto de imputación sólo puede generarse si la causación supone un riesgo no permitido, esto es, lesiona el derecho de la víctima de no sufrir tal configuración del mundo. Éste es el caso cuando el autor mediato desorienta de modo no permitido el instrumento o no revoca, de modo no permitido, una desorientación existente, o lo coloca de modo no permitido en una situación de justificación, atacándolo antijurídicamente, o lo coacciona mediante una amenaza de muerte para que realice una determinada conducta, o lo embriaga mediante engaño, etcétera; brevemente: colocándolo de modo no permitido en una situación en la que queda excluida la imputación a su persona. Quien convierte personas en naturaleza responde de lo que la naturaleza pueda hacer.

A este ámbito pertenecen los casos clásicos de autoría mediata, especialmente, aquellos del así llamado dominio por conocimientos superiores y del dominio por coacción. Pero no es decisivo el dominio, sino la competencia. ¿Qué es lo que domina aquel autor mediato que para impulsar sus negocios declara con dolo eventual que cierta esencia por él vendida carece totalmente de efectos nocivos? Se trata de un conglomerado de vagas posibilidades de lo que en algún momento puede generarse como consecuencia lesiva, dependiendo del arbitrio de los compradores, que no puede ser calculado. Y a pesar de ello el vendedor responde de lo que pueda producir.

Más aún, para la determinación de la autoría mediata por medio de un instrumento inmerso en error no ha de cuestionarse si éste tiene conocimientos deficientes, sino si es considerado ignorante. Es el lado normativo, no el lado psíquico (fáctico) el que resulta decisivo. Esto ocurre cuando a pesar de que el instrumento dispone de conocimientos,

no forma parte de su rol introducirlos en su actuación. Dicho con un ejemplo: un estudiante de ingeniería de puertos, canales y caminos que trabaja en las vacaciones de peón de albañil pregunta al oficial cómo ha de almacenar determinados materiales; el oficial da instrucciones precisas, que el estudiante cumple, a pesar de que sabe con base en sus estudios que el material se estropeará siendo tratado de ese modo. Sus conocimientos de estudiante no forman parte de su rol como trabajador, y en ese rol no tiene que supervisar al oficial. Por lo tanto, es considerado ignorante; la competencia corresponde al oficial, cuya condena por daños en autoría mediata fracasará, en todo caso, en el lado subjetivo del hecho. De modo completamente paralelo, en el supuesto en el que se amenaza con un peligro para los familiares del instrumento, para la exculpación de éste no es decisivo que sienta temor por el bienestar de sus familiares tanto como por el suyo propio, sino si la eliminación del riesgo es un comportamiento que pueda ser atribuido a su rol como familiar.

Los ejemplos acabados de exponer ponen en claro, eso cabe esperar, frente a quién debe conducirse de modo generador de un riesgo permitido el autor mediato: frente a la víctima. Ciertamente, en casi todos los casos en los que no ocurre que el instrumento de todos modos es la única víctima, ya que sólo se lesiona a sí mismo, al menos potencialmente es una víctima junto con otras víctimas, de manera que también frente al instrumento debe producirse una conducta que genera un riesgo no permitido. Pero en el ejemplo del estudiante que trabaja de peón, es ante todo el propietario del material a almacenar quien tiene derecho a que las personas que lo manipulen no sean informados incorrectamente, o la víctima sobre la que apunta su arma otro tiene derecho a que no se le haga creer a éste que el arma está descargada cuando en realidad sí lo está, y un médico que informa de modo deficiente a su sustituto lesiona un derecho del paciente que sufre a consecuencia de ello un tratamiento defectuoso. Resumiendo, esto no significa otra cosa que las víctimas potenciales tienen derecho a no ser atacadas por el autor mediato, aunque el ataque se produzca en el plano fenotípico por personas, con tal de que tenga lugar en cuanto al genotipo por la naturaleza.

C) *Competencia independiente de la conducta, delimitaciones*

Pasemos ahora a la tercera razón de competencia por un defecto de imputación en el ejecutor. Se trata de la competencia independiente de una conducta específica respecto de la protección de niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o defectos psíquicos. A estas personas sólo se les puede ofrecer una integración en la sociedad si todos tienen en cuenta su situación de inferioridad, y por ello cualquiera debe tenerla en cuenta. Quien deja a unos niños una caja de fósforos, se convierte en autor mediato del incendio; quien entrega a una persona aquejada de una enfermedad mental una botella de aguardiente, responde como autor mediato de su autolesión, etcétera. No es necesario seguir explicando el panorama. Muy probablemente los detalles se vean configurados en función de las peculiaridades culturales de una sociedad, pero el núcleo de la cuestión está claro.

En el ámbito de la autoría mediata –y también en el caso de la competencia independiente de la conducta, competencia por la protección de personas desvalidas– siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posterioridad. Desde esta perspectiva, no puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que sólo la causación a través de la naturaleza es una causación directa, y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, (co-)autoría. El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente es (co-)autor, y por ello no hay necesidad alguna de convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder. Por mencionar el ejemplo más actual: los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta y así llamada República Democrática Alemana no fueron autores mediatos –como ha fallado el Tribunal Supremo Federal– de las muertes en la frontera de ciudadanos que huían hacia la República Federal de Alemania, sino coautores.

Finalmente, en lo que se refiere al instrumento doloso pero sin

intención y al instrumento doloso sin cualificación, estas figuras son debidas a una dogmática que ha llegado a ser sencillamente escolástica: después de que se alcanzara la conclusión de que un instrumento presenta un defecto de imputación, se constató que también en el caso de estas figuras la imputación es de algún modo deficiente, sin darse cuenta de que el defecto no hay que buscarlo en falta de personalidad de los intervinientes, sino en una formulación restrictiva del tipo. El autor que se apodera de la propiedad como instrumento del hombre de atrás que actúa con intención, esto es travestismo jurídico –todo es correcto, pero está destinado para otra cosa–. Sólo se ve superado por la pretendida autoría mediata de quien ayuda a la ejecución del suicidio, que es atípico. Y es que la competencia y la realización del tipo son dos cosas distintas.

D) *Condición parcial de instrumento*

Finalmente, respecto de la autoría mediata se abordarán constelaciones de casos en las que el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo evitable acerca de la realización del tipo o del injusto correspondiente a su comportamiento, o entra en un estado de mera imputabilidad reducida o, siendo un instrumento coaccionado, se equivoca de modo evitable no viendo una salida al dilema sin intervenir en bienes ajenos, etcétera. También en el caso de una justificación parcial, el instrumento mantiene parte de su responsabilidad.

Excluiremos desde un principio aquellos casos en los que faltan conocimientos porque la situación no interesa a la persona por razones que jurídicamente no tienen ningún efecto de exoneración: indiferencia frente a los hechos o frente al ordenamiento jurídico. En estos casos, debería imputarse a la persona lo ejecutado por ella sin restricción alguna (lo que es el caso, de acuerdo con el Derecho Penal alemán vigente, en lo que se refiere a quien es indiferente frente al ordenamiento, pero no en el caso de quien es indiferente frente a los hechos, o, dicho con mayor precisión, indiferente frente a elementos pertenecientes al tipo; sin conocimiento actual de la realización del tipo, el Derecho Penal alemán en todo caso impone una pena por comisión imprudente, mucho más reducida, por regla general, que la que co-

responde al hecho doloso; § 16, párr. 1º StGB*). No puede decirse que se trate de un instrumento, a falta de un defecto jurídicamente relevante, y materialmente, respecto de los que intervengan junto al sujeto, concurrirá en todo caso una participación en el hecho del sujeto indiferente (participación que de acuerdo con el Derecho alemán se denomina autoría mediata, puesto que en el ordenamiento alemán queda excluida la participación en hechos no dolosos). Dicho con un ejemplo: quien juega con otro al fútbol en una galería comercial no es autor mediato de los inevitables daños en el escaparate de una de las tiendas aunque haya pensado en la posible consecuencia conociendo la indiferencia del otro; materialmente se trata de coautoría.

Por lo demás, es decir, fuera de la indiferencia y dentro de la imprudencia típica y de las competencias correspondientemente reducidas, no hay razón alguna por la que deba optarse por autoría mediata o por participación en el hecho de quien aún es responsable: en la medida en que en la reducción de la competencia se muestre la naturaleza, puede concurrir autoría mediata, y, al mismo tiempo, participación, en la medida en que la competencia residual admita la creación de una comunidad personal. Deben concurrir —como es natural— también los demás requisitos tanto de la autoría mediata como de la participación.

La concurrencia conjunta de autoría mediata y participación genera consecuencias dogmáticas respecto del comienzo de la tentativa. Poner en marcha la naturaleza supone comienzo de la tentativa, la colaboración con un sujeto responsable es aún una labor previa dirigida a un comienzo de tentativa por parte del colectivo. Por consiguiente, en el caso de la doble concurrencia la tentativa comenzará en dos momentos distintos, y eso, de hecho, es correcto: que actúe un sujeto con competencia reducida y que de esa reducción deba responder el autor, en esa medida, en cuanto autor mediato, se externaliza mediante la salida del sujeto de responsabilidad reducida, es decir, del sujeto par-

* El § 16 STGB dispone lo siguiente: "Error sobre elementos del hecho. (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta ley más beneficiosa" (n. del t.).

cialmente instrumento, de la organización del autor mediato parcial, mientras que el emprendimiento común recién llega más tarde a ese estadio. En la práctica, el comienzo de la tentativa se determinará con base en la línea de imputación que resulte ser la más fuerte.

V. Infracción de un deber

¿Qué ha quedado del dominio del hecho? Para quien actúa solo, no es necesario; éste siempre es señor del hecho, de modo que en esa medida, el dominio del hecho sólo supone una reformulación del actuar único. El problema en este ámbito no es el del dominio del hecho, sino que el problema se formula mediante la pregunta por la competencia por el ulterior desarrollo. Esta competencia puede faltar en casos límite, concretamente, cuando el último en actuar típicamente no tenga capacidad para dominar el riesgo relevante.

La situación no es distinta en lo que se refiere a la autoría mediata. El autor mediato es siempre señor del hecho respecto de la prestación del instrumento (si bien ésta —cosa que aquí queda fuera de consideración— puede constituir a su vez una mera prestación de cómplice: complicidad mediata); por lo tanto, de nuevo se trata de una mera reformulación de la autoría mediata. Ésta es una autoría directa disfrazada, disfrazada porque la persona que actúa fenotípicamente después del autor genotípicamente es naturaleza. El problema es determinar cuándo el hombre de atrás es competente por la configuración de esa naturaleza —cuando anime específicamente a que se configure de ese modo, o cuando deba responder de esa naturaleza, o cuando, en el caso de niños, enfermos y débiles mentales, deba al menos tener en cuenta esa naturaleza—. La idea del dominio del hecho no contribuye en nada a la solución.

Cierto residuo lo encuentra el dominio del hecho en la codeinfluencia: aquí existe un más o un menos de dominio del hecho, que en su conjunto sólo es poseído por el colectivo. Que en todo caso corresponda una cantidad superior a quienes ejecutan directamente, como dispone el Derecho Penal alemán de acuerdo con la interpretación más extendida, no puede asegurarse teóricamente, aunque en la práctica sea el supuesto más común. Previa a la cuantificación es la cuestión

de quién es interviniente y quién presta una contribución neutral que no lo vincula con el colectivo, es decir, no convierte en también suya la ejecución. La respuesta a esta cuestión decide acerca del salto cualitativo entre el interviniente y quien —precisamente— no interviene.

Menos el residuo acabado de mencionar, cuya justificación para el delito de comisión no pretendo poner en duda, el dominio del hecho puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia, y en el caso del delito de omisión ha de recurrirse directamente a la competencia y a la medida de ésta, ya que falta el dominio actual: el omitente podría y debería dominar el salvamento, pero no lo hace. Esta reconducción del problema a competencias y a la medida de éstas alimenta la esperanza de que el parentesco entre los delitos de dominio, que yo prefiero denominar —y ahora la razón debería ser evidente— delitos por competencia en virtud de organización, y los delitos de deber sea más estrecho que el existente entre hecho —y el dominio no es más que un dato fáctico— y deber.

Si el concepto central es el de la competencia, y el dominio sólo se refiere a cuestiones cuantitativas, entonces es prácticamente palmaria la siguiente vinculación entre los así llamados delitos de dominio y los delitos de deber:

El senalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, la institución elemental de cualquier sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona por que su círculo de organización no lesione a otra persona. Que la lesión se produzca a través de la persona sola, o a través de un instrumento humano, es decir, con mediación social en el plano fenotípico, pero en el plano genotípico en última instancia por ella únicamente, o, por el contrario, juntamente con otras personas, es indiferente: en todo caso, ha de responderse de la ejecución, aunque no se lleve a cabo de propia mano. Si son varias las personas que intervienen, cabe diferenciar para determinar la responsabilidad en función de la medida de la competencia, y ello, además, tanto en caso de actuar positivo como de omisión, en la medida en que la omisión derive de competencia por organización, es decir, en lo principal, como infracción del deber de aseguramiento en el tráfico, del deber derivado de asunción así como del deber derivado de injerencia.

Junto con este ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales; éstos son deberes, sin embargo, que en cuanto deberes positivos tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial: los padres frente a sus hijos, funcionarios, jueces y otros. La infracción de esos deberes positivos da lugar a los delitos de deber, como se esbozó al principio de esta ponencia. En los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es per se, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación.

Con esto queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que —desde luego— abarca el empeoramiento).

Los así llamados delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas. Los delitos de deber son delitos especiales. Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión. Esto, desde luego, no significa que su infracción del deber siempre pese más que las aportaciones de personas externas. Dicho con un ejemplo: cuando unos *extranei* convencen a un administrador de un patrimonio, que ya está en estado de senilidad y sólo presenta una imputabilidad reducida, para que administre de modo desleal, puede ser que la competencia de aquéllos sea más intensa que la suya. Y con mayor razón puede suceder en el caso de varias infracciones de deberes especiales que conducen a una realización del tipo que entre los distintos sujetos que infringen sus respectivos deberes haya que diferenciar en una medida que se corresponda con la distinción entre autores y partícipes en los

delitos comunes. Dicho también en este caso con un ejemplo, cualquier funcionario penitenciario debe ocuparse de que los internos no se fuguen; pero si todos miran hacia otro lado, el injusto del director, autorizado a emitir instrucciones, probablemente sea *ceteris paribus* superior al del último de los subordinados. Con ello se ha dado respuesta a la cuestión planteada al principio de qué es lo que es el elemento análogo a la cuantificación en función de la medida del dominio del hecho en los así llamados delitos de dominio: la jerarquía de los obligados.

He llegado al final. Como ustedes han percibido, no pongo en duda que en las infracciones de los deberes derivados de competencia por organización quepa encontrar grandes señores y figuras marginales, o, si así se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho; pero dudo que eso sea algo más que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor rango y de menor rango sólo conduce a una diferencia cuantitativa en el deber. Quien asuma esto, puede volver a vincular los delitos comunes, es decir, los así llamados delitos de dominio, y los delitos especiales, los delitos de deber: en todo caso se trata de la fundamentación de competencias, sea por el empeoramiento de una situación, sea por no mejorarla.