CLAUS ROXIN

AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL

Traducción de la séptima edición alemana
por Joaquín Cuello Contreras
y José Luis Serrano González de Murillo
(Universidad de Extremadura)

Prólogo de
Manuel Cobo del Rosal

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2000 BARCELONA

la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, no obstante puede ser el más peligroso de entre todos los intervinientes. Por eso han fracasado todos los intentos de esta índole, conduciendo meramente a la resignada exigencia de un concepto unitario de autor.

Si, por otra parte, se renuncia por completo a determinar elementos generales, y se considera autor a aquel que, en el caso concreto, se destaca de los demás por la peligrosidad de su aportación, se obtiene un concepto puramente normativo, que se encuentra en el mismo escalón que el de "merecimiento de pena" y que no satisface las exigencias que han de plantearse en este ámbito, según se expuso *supra*, a la formación de conceptos. Con este modo de proceder no sólo se diluyen las articulaciones con contenido previas, sino que se priva a las valoraciones legislativa y judicial de sus puntos de apoyo objetivos, dejándolas a merced de la arbitrariedad inverificable. Además, tal distinción no tiene en cuenta los criterios valorativos de la ley, lo cual se deriva de lo que se señaló *supra* acerca de la medida de la pena y de lo incorrrecto del concepto criminologizante de autor.

Las teorías de la peligrosidad no brindan, pues, ya a partir de sus fundamentos metodológicos, puntos de partida aprovechables para resolver la problemática de la autoría.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Las tomas de posición doctrinales relativas a la delimitación entre autoría y participación son inabarcablemente numerosas. Enumerarlas por completo requeriría por sí solo un grueso compendio. De todos modos, al margen de esta dificultad técnica, tal tarea tampoco valdría la pena, porque muchas de estas aportaciones sólo tienen ya interés histórico o bien se limitan a revestir con terminología nueva conceptos conocidos. Por eso, nos limitaremos a las opiniones que han ejercido mayor influencia y siguen ofreciendo en la actualidad puntos de partida útiles para resolver el problema que nos ocupa, teniendo en cuenta principalmente a los autores representativos de cada posición. Sólo con el fin de ejemplificar se recurrirá a la bibliografía del siglo pasado y a otros ordenamientos jurídicos.

La agrupación de teorías, necesaria a efectos didácticos, no puede dejar de ser arbitraria hasta cierto punto y vinculada a circunstancias históricas, pues no existe parámetro alguno de articulación comprensivo de todas las distinciones relevantes. No resulta recomendable clasificar con arreglo a criterios metodológicos, porque, como ya se ha señalado, un mismo punto de partida metodológico a menudo conduce a resultados contrapuestos, o una misma solución en cuanto a los efectos prácticos puede obtenerse a partir de fundamentos absolutamente distintos. Por eso parece lo más adecuado, a efectos de la comprensión, renunciar a agrupaciones nuevas e inusuales y enumerar, yuxtaponiéndolas bajo sus denominaciones habituales, las teorías formadas en el curso de décadas con arreglo a criterios muy diversos.

En tal labor el punto de partida principal no reside en proporcionar una exposición histórico-dogmática por sí misma o reunir una vez más los manidos argumentos contra cada teoría; más bien se trata de situar las distintas concepciones en relación con el estado actual de la doctrina de la autoría, de resaltar los contenidos suyos que perduren en la actualidad y de hacer que sus ideas acertadas resulten fructíferas para una solución propia.

§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Esta concepción considera —atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes— autor a aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial; todos los demás son sólo inductores o cómplices.

Recibió su nombre de BIRKMEYER [1], pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores [2]; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos BELING [3], Max Ernst MAYER [4] y LISZT [5]; también el "Proyecto Oficial" de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dominante, en la teoría objetivo-formal [6]. En torno a 1930 la siguieron los tratados entonces más trascendentes, los de de Eb. SCHMIDT [7], MEZGER [8], Robert v. HIPPEL [9], FINGER [10] y ALLFELD [11], los compendios de Paul MERKEL [12] y VAN CALKER [13], así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como WEGNER [14], ZIMMERL [15], HEGLER [16], ROSENFELD [17], GRÜNHUT [18] y Graf zu DOHNA [19]. Pero para entonces ya había superado su punto culminante. Mientras que sigue prevaleciendo en Austria [20], Francia [21] y en el espacio jurídico anglo-americano [22], en cambio en Alemania no ha ganado ningún representante destacado más. Expresamente sólo se defiende ya en

[1] «Teilnahme», en *Vergleichende Darstellung,* 1908, p. 21.

[2] Cfr. las detalladas indicaciones de BRIKMEYER, «Teilnahme», 1890, p. 97, nota 144.

[3] *Die Lehre von Verbrechen,* 1906, pp. 408 ss.; *Grundzüge des Strafrechts,* 10.ª ed., 1928, pp. 29-31.

[4] *Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1923, pp. 380 ss.

[5] *Lehrbuch,* 22.ª ed., 1919, p. 211.

[6] Lo cual resultaba de las pp. 25-27 de la Exposición de Motivos; en el Proyecto de 1927 vuelve a atenuarse esta clara toma de posición, cfr. su Exposición de Motivos, p. 29.

[7] v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch,* 1.er vol., 1932, pp. 334 y 335.

[8] *Strafrecht,* 2.ª ed., 1933, p. 444.

[9] *Deutsches Strafrecht,* 2.º vol., 1930, pp. 453 ss.; *Lehrbuch des Strafrechts,* 1932, p. 163.

[10] *Strafrecht,* 1932, pp. 543 y 545 ss.; con algunas limitaciones, pp. 546-47.

[11] MEYER-ALLFELD, *Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1934, pp. 219 y 220.

[12] *Allgemeiner Teil,* 1927, pp. 172-174; también aquí pequeñas limitaciones, *op. cit.,* p. 174; cfr. asimismo la obra de MERKEL, *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe,* 1925, y *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 134 ss.

[13] *Strafrecht,* 4.ª ed., 1933, pp. 7-80.

[14] «Teilnahme», en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts,* 1926, pp. 102-119.

[15] *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 30-54.

[16] *RGR.*-Praxis, 1929, p. 307; *Festgabe für Richard Schmidt,* 1932, p. 74.

[17] *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 161-187.

[18] *JW,* 1932, pp. 366 ss.

[19] *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4.ª ed., 1950, pp. 59 y 60.

[20] Cfr. DIETZ, pp. 67 y 68, con datos concretos.

[21] Cfr. DIETZ, pp. 19 ss. y 28 ss., con bibliografía.

[22] STRAUB, p. 66, y DIETZ, pp. 89, 90 y 94, coinciden en representar la postura de que únicamente el llamado *principal in the first degree* que ha llevado a cabo personalmente acciones ejecutivas se encuadra en el concepto de autor del Derecho inglés.

el Tratado de WEGNER [23], pero ahí se trata simplemente de perseverar en una teoría desarrollada con anterioridad.

A pesar de este declive vinculado al surgimiento de la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo-formal presenta también para el observador actual ventajas muy notables. No sólo evita los defectos del planteamiento causal, sino que se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido. El asesino que le clava el puñal a la víctima en el pecho; el ladrón que arrebata las joyas del cofre forzado y se da a la fuga; el testigo que, con la mano alzada, jura en falso... son todas figuras plásticas, situadas en el punto central del acontecer del hecho, cuyo modo de actuar se destaca llamativamente, para el observador imparcial, del de los demás intervinientes.

Al mismo tiempo hay razones fundadas para que esta teoría resalte una diferencia de significado estimada determinante por el legislador, pues que las descripciones típicas abarquen en primer lugar (y quieran asignar el predicado valorativo "autor") *a aquel* que ejecuta por sí mismo las acciones ahí descritas es una evidencia que casi se impone y a la que las teorías defendidas en la actualidad aún deben tener en cuenta. Pero mientras lo que por ejemplo en la teoría subjetiva de la autoría representa un cuerpo extraño, aquí ocupa, fundadamente, el centro de la delimitación.

Debe añadirse que esta concepción —lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad— se denomina "objetiva" sin razón; ¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado! El delincuente sexual del § 176, el incendiario del § 306, el envenenador del § 229 StGB... aparecen ante nosotros como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. También en una época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Además, esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito. En tanto que consigue captar acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.

De acuerdo con lo cual no está del todo justificado el reproche que LANGE [24], desde el punto de vista del método teleológico, dirigía a BELING, como principal defensor de la teoría objetivo-formal, en el sentido de que hace depender el juicio sobre la autoría «de una peculiaridad de la cadena

[23] Pp. 249-255.

[24] *Der moderne Täterbegriff,* p. 16.

En resumen, hay que señalar: la fortaleza de la teoría objetivo-formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y en que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí.

§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES

Bajo esta denominación no sólo se reúnen, como en conexión con BIRKMEYER [1] ha ocurrido muchas veces, las teorías basadas en las diferencias causales, sino también aquellas otras orientadas en lo material predominantemente a criterios objetivos.

I. TEORÍA DE LA NECESIDAD DE LA APORTACIÓN CAUSAL. ("TEORÍA DE LA NECESIDAD")

Se trata de una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad, de que al que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, hay que equipararlo al que ejecuta el hecho de propia mano. Ya FEUERBACH [2] distinguió entre autores [3] y cómplices en función de que hubieran aportado una causa principal o accesoria, incluyendo en el concepto de autor al llamado "cómplice principal" que contribuye al hecho despejando obstáculos, sin lo cual a los demás les hubiera resultado imposible cometer el delito [4].

Esta distinción era antaño muy común y se impuso en numerosas codificaciones nacionales y extranjeras [5]. Asimismo, afirmó su posición durante mucho tiempo en los tratados procedentes de mediados del siglo pasado. Así, todavía en 1895 señala BENER [6]: «Cómplice principal llama la doctrina a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se habría podido ejecutar; puede tratársele como coautor.»

[1] *Vergleichende Darstellung,* p. 21.
[2] *Lehrbuch,* 14.ª ed., §§ 44 y 45, pp. 80 ss.
[3] Término en el que se entenderían incluidos, en el lenguaje actual, autor e inductor.
[4] *Op. cit.,* p. 80; cfr. acerca del significado de esta distinción en la regulación anterior, por lo demás, MITTERMAIER en FEUERBACH, nota IV, *op. cit.,* pp. 82 y 83.
[5] Cfr. amplios datos en PERTEN, p. 14, nota 26.
[6] *Lehrbuch,* 17.ª ed., p. 165.

De entonces acá la teoría del cómplice principal no ha desempeñado ningún papel importante; sólo VON BAR la asumió una vez más en 1907, situándola en el centro de su delimitación [7]. Pero su idea principal nunca se ha olvidado. Sin que ninguno de los autores subsiguientes volviera a enlazar con ella expresamente, no obstante ha seguido ejerciendo influencia soterrada y reapareciendo de vez en cuando bajo distintas variantes.

Así, por ejemplo, LIEPMANN [8] consideró autor a aquel que aporta la "condición decisiva". Sobre el cómplice señala: «Su comportamiento no es decisivo para el resultado, de manera que eliminando su actividad simultáneamente decayera a la vez algún elemento del tipo delictivo, sino que simplemente propicia en el sentido de que por medio de él se aumenta la posibilidad de que otros cometan.»

También BAUMGARTEN, al margen de sus predecesores, ha convertido esta teoría en eje de su delimitación [9]. Según su teoría, autor es «aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada para siempre jamás; cómplice, aquel que, omitiendo su acción, sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido, en cuanto a momento y circunstancias de detalle, tal como se cometió» [10].

Más tarde vuelve a aparecer la idea en KOHLRAUSCH [11]. Al desarrollar la concepción de que uno es autor en la medida en que su acción iba dirigida internamente al resultado «y fue unida a la consciencia de lo imprescindible que era para éste» ahí se abre paso subrepticiamente, bajo ropaje subjetivo, la teoría de la necesidad.

Incluso el RG le ha rendido homenaje, pues en su más importante sentencia sobre participación [12] basó la autoría de aquel que había realizado el hecho de propia mano "con voluntad de partícipe", entre otras razones, en la de que el sujeto actuante «había tenido una influencia decisiva (en el hecho): sin él no habría podido ocurrir de la manera prevista».

También en las codificaciones extranjeras sigue estando presente la teoría de la necesidad. Así, por ejemplo, con arreglo al art. 14 del Código penal español de 23 de diciembre de 1944 [13], son autores también "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado"; en términos muy similares, el art. 61 del Código penal uruguayo considera

[7] *Gesetz und Schuld,* t. II, 1907, p. 603.
[8] *Einleitung in das Strafrecht,* 1900, p. 70.
[9] *ZStW,* t. 37, 1916, pp. 526 ss.
[10] *Op. cit.,* p. 529.
[11] *ZStW,* t. 55, 1936, p. 394.
[12] *BGHSt,* 8, pp. 393-399 (398); asimismo después *BGHSt,* 14, pp. 128 y 129.
[13] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 133. [Por su parte, el art. 28, párrafo segundo, del actual Código penal regula la llamada cooperación necesaria en parecidos términos: «También serán considerados autores: (...) *b)* Los que cooperan a su ejecución *(scil.:* del hecho) con un acto sin el cual no se hubiere efectuado». *N. de los T.*]

coautores, entre otros, a «los que cooperan en la ejecución, ya en un acto preparatorio, ya en una acción ejecutiva, mediante un hecho sin el cual el delito no se hubiere podido cometer» [14].

De hecho, estas ideas tienen incluso para el observador moderno una importancia no subestimable, pues cuando alguien aporta una condición sin la que el delito no se habría producido, en él reside —considerándolo *ex ante*— la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no; tiene en sus manos si se realiza la ejecución o no. Pero precisamente este elemento no sólo sitúa al sujeto actuante en el centro del acontecer, por lo general, para la consideración natural. También coincide ampliamente con los criterios preeminentes para la doctrina del dominio del hecho hoy dominante. Cuando aquí, por ejemplo, se caracteriza al autor por «tener en sus manos el curso del acontecer típico» [15] o porque su programa "pone en sus manos" el resultado [16], cuando el BGH señala que «curso y resultado del hecho dependen también decisivamente de su voluntad» [17], todo ello lo suscribiría un representante de la teoría de la necesidad.

El punto de partida obtenido de esta manera seguirá siendo esencial para nuestra concepción. Y es que mientras que, como hemos visto, la teoría objetivo-formal fracasa en la coautoría, por escindir el hecho ejecutado conjuntamente en actos individuales sin relación entre sí, esta teoría parte precisamente de la interconexión necesaria de las acciones de cooperación. Así, da cuenta mucho mejor que la teoría objetivo-formal de lo que, sobre la base de su significado dado, se presenta como "ejecución conjunta", esto es, de la imbricación de las distintas aportaciones al hecho conducentes al fin común.

Sin embargo, la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad "necesaria", en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad. Y de hecho no es ése el caso. Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal "necesaria" ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor, como resulta fácil demostrar.

Si dos personas sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que de faltar uno el otro habría tomado la cosa por sí

[14] Citado por DIETZ, *op. cit.*, p. 136.

[15] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., pp. 492 y 517.

[16] GALLAS, *Gutachten*, p. 128.

[17] *JR*, 1955, p. 305; citado de pasada por WELZEL, *Lehrbuch*, 7.ª ed., pp. 98 y 99; análogamente, *BGH, MDR*, 1954, p. 529 (reseña de HERLAN); *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (396). Cfr. en profundidad la panorámica incluida *supra* pp. 109-125.

solo. Si eso es aplicable a ambos, nunca podría decidirse quién de ellos es autor y quién cómplice, por no mencionar que no proporciona justificación racional de por qué no pueden ser coautores ambos.

Y por otra parte, si, por ejemplo, un farmacéutico se ha limitado a proporcionar el abortivo necesario para el hecho, no resulta evidente que tenga que ser coautor sólo por eso, aun cuando conste que sin él no se habría podido ejecutar el hecho, pues la iniciativa y la decisión última y determinante sobre la comisión del delito corresponde al comprador. Además, difícilmente cabrá hablar de la "ejecución conjunta" requerida por la ley cuando el sujeto sólo interviene en la fase de preparación.

Pero ante todo este criterio sería poco viable. En efecto, aun cuando se parta de lo que piensen los partícipes, a menudo éstos no pueden saber si una aportación es "necesaria" o no. Por ejemplo, en nuestro supuesto, los que coactúan probablemente nunca sepan si el abortivo lo habrían podido obtener en otro sitio, e incluso quizá el tribunal nunca podrá verificarlo, de manera que tales casos quedan sin solución para esta teoría.

Además, de ningún modo convence que la decisión sobre la forma de participación del farmacéutico tenga que depender de si —lo que el comprador no puede saber— otro farmacéutico habría estado disponible para proporcionar el abortivo. No se trata aquí de una solución obtenida a partir de la realidad de las cosas, sino simplemente de una consecuencia proveniente de un punto de partida metodológicamente incorrecto.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para que cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado *motu proprio*, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición "necesaria". Al respecto reina hoy unanimidad.

Así pues, el alcance de esta teoría se revela a fin de cuentas insuficiente. El desarrollo de sus puntos de partida fructíferos quedará reservado para la solución que aquí se elaborará.

II. TEORÍA DE LA COOPERACIÓN ANTERIOR Y SIMULTÁNEA AL HECHO ("TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD")

La distinción entre *concursus antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, esto es, entre participación previa, simultánea y posterior, fue ya puesta de relieve por los juristas italianos del medievo y aplicada profusamente en el Derecho común junto a otros criterios de distinción. La participación posterior, hoy ya no reconocida como tal participación, queda descartada para nuestro estudio. Lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el

hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.

Distinciones en tal sentido se encuentran con mucha frecuencia hasta la primera mitad del siglo pasado [18] y han influido en varias codificaciones regionales [19]. Tras la entrada en vigor del nuevo Código penal se recurrió a ellas, al principio sólo particularmente para delimitar coautoría y complicidad [20], y con el mayor ahínco por parte de FUCHS [21], que considera coautor al que "toma parte delictivamente en la ejecución de cualquier manera, aun subordinadamente" [22]; según su doctrina, la complicidad se limita al auxilio previo al hecho.

Esta "teoría de la simultaneidad" apenas halló más partidarios con posterioridad, hasta que en 1908, sobre la base de sus estudios comparatistas preparatorios de la proyectada reforma del Derecho penal, BIRKMEYER [23] la retomó e incluyó en su propuesta legislativa [24]. A la iniciativa de BIRKMEYER siguió el llamado Contraproyecto de 1911, cuyo § 31 establecía: «Se castigará como autor a aquel que coopere en la ejecución de la acción punible a él imputable o determine la ejecución por parte de otro...» También en la jurisprudencia temprana del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*, RG) resuena ocasionalmente la distinción aquí formulada [25].

Aún impera en el Derecho angloamericano, donde pervive hasta hoy la clasificación (transmitida por la jurisprudencia medieval italiana) en auxilio previo, simultáneo y posterior al hecho, distinguiéndose, junto al *principal in first degree*, que ejecuta personalmente la acción típica, el llamado *principal in the second degree* y el *accessory before the fact*. Por *principal in the second degree* se entiende el sujeto que no comete el delito personalmente, pero que sí está presente cuando éste se comete y auxilia al *principal in the first degree* ("a person, who does not commit a crime himself but is present at the time when the crime is commited and assists the principal in the first degree"), mientras que el *accessory before the fact* es la persona que está ausente cuando se comete el delito, pero solicita, aconseja, ordena o instiga a otro para que lo cometa ("who is absent at the time when a crime is commited, but procures, counsels, commands or abets another to commit it") [26]. Así pues, el *principal in the second degree* coincide con el coautor

[18] Cfr. la bibliografía más amplia en BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 19, nota 1.
[19] Con más detalle BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 2; p. 30, nota 1.
[20] Al respecto BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 4.
[21] *GA*, t. 29, 1881, pp. 170-178.
[22] *Op. cit.*, p. 175.
[23] *Vergl. Darstellung*, pp. 19 y 20, 59 y 60, 150-152.
[24] *Op. cit.*, p. 150.
[25] Cfr. las sentencias recopiladas en BIRKMEYER, «Teilnahme», pp. 199-201.
[26] CROSS-JONES, *An Introduction to Criminal Law*, 2.ª ed., 1949, pp. 63-65, citado por STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, 1952, p. 15.

de la doctrina alemana aquí referida [27], y el *accesory before the fact* comprende al inductor y al cómplice.

También en algunas otras codificaciones extranjeras se equipara a la autoría la cooperación en la fase ejecutiva. Así, por ejemplo, el art. 61, núm. 3, del Código penal uruguayo de 1932 llama coautores, entre otros, a «aquéllos que cooperan directamente en el momento de la consumación» [28], y el art. 46, párrafo 1.*b)*, del Código penal griego de 17 de agosto de 1950 impone la pena de la autoría a «aquel que ha prestado ayuda directa y dolosamente al autor durante la ejecución del hecho principal» [29].

Esta "teoría de la simultaneidad" sigue teniendo importancia para el Derecho alemán actual. No es que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga que ser menos merecedor de pena o menos peligroso; ya se ha aludido *supra* a la inutilidad de tales criterios. El mayor valor de esta teoría reside más bien en que puede asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo-formal y de la necesidad sin incurrir en su unilateralidad.

Con la teoría objetivo-formal coincide en que sitúa en el centro de la delimitación a los partícipes directos en la ejecución del hecho. Pero no se ata al criterio puramente formal de tener que realizar un elemento típico, sino que entiende el concepto de la "ejecución conjunta" de una manera que da cuenta mucho mejor de su significado que la cooperación simultánea y concorde en la comisión del hecho. No tiene inconveniente —por retomar nuestro ejemplo— en considerar coautores a la mujer que con su charla distrae del mal sabor del café y al hombre que sujeta al que va a ser apuñalado.

Pero también da cuenta esta teoría del núcleo acertado de la teoría de la necesidad, como ya apreció FUCHS al escribir sobre la delimitación temporal por él preconizada [30]: «La ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe; a pesar de su actividad *anterior* al hecho (apreciar la ocasión favorable, conseguir los instrumentos, preparar el veneno, suministrar el combustible, atraer a la víctima a un lugar solitario), al final depende únicamente de la voluntad del autor que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no.» Aquí se entiende correctamente que por lo general sólo el partícipe directo en la ejecución "tiene en sus manos" el suceso. Lo que coincide con lo que hoy escribe GALLAS [31], desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho: «No basta la participación en el planeamiento

[27] Resulta discutible si el coautor queda incluido en el concepto de autor del Derecho inglés, pero es irrelevante en este contexto; cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, pp. 91 ss.; DIETZ, pp. 94 y 95; STRAUB, pp. 63-67.
[28] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 136.
[29] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 134.
[30] *GA*, t. 29, 1881, p. 177.
[31] *Gutachten*, p. 137.

o preparación del hecho. El coautor debe, más bien, tomar parte también en el *ejercicio* del dominio del hecho» [32]. Conforme a lo cual el farmacéutico de nuestro ejemplo, que simplemente facilita el abortivo, no es sino cómplice.

De este modo se evitan las consecuencias doctrinarias de la teoría de la necesidad, sin dejar de lado su elemento más importante para el observador actual, la concepción del autor como la figura central que decide por sí sola o conjuntamente el hecho. Además, se deduce que también esta teoría contiene ya importantes elementos de la teoría del dominio del hecho, ahora dominante, que más tarde se analizará con detalle.

Pero por otra parte, también la teoría de la simultaneidad es demasiado esquemática. Su poder de convicción se basa sólo en que sobre el que coopera activamente en la ejecución del hecho por lo general recae la posición central que hace aparecer al hecho como obra común. Y donde no es así, se convierte en absurda. Si, por ejemplo —por tomar un supuesto de BAUMGARTEN— [33], un sujeto facilita al falsificador, durante la acción de falsificar, su estilográfica o el tintero, no cabe descubrir ni criterio normativo ni distinción prejurídica que justifique que se le considere coautor sólo porque ha realizado su aportación, totalmente subordinada, en el momento de la ejecución. Aquí, tanto la teoría objetivo-formal como la de la necesidad llevan a resultados con más sentido.

Ni siquiera cabe entender por qué el tan renombrado miembro de la banda de ladrones que se queda vigilando tiene que ser coautor en todo caso, como suponen sin reparos tanto FUCHS [34] como los autores del Contraproyecto [35], mientras que aquel que ha atraído a la víctima al lugar solitario del crimen, con astucia y alevosía, ya no puede ser coautor [36], porque su actividad ha concluido antes de los golpes mortales de su cómplice. Una delimitación puramente temporal en tales términos se queda excesivamente en lo externo, no penetrando en los criterios materiales. Lo cual se pone de manifiesto también en que desde este planteamiento no es posible explicar la figura de la autoría mediata, pues precisamente al utilizar a un instrumento que actúe de buena fe, el autor mediato por lo general no va a actuar en el momento de la ejecución del hecho.

Así pues, también el valor de la teoría de la simultaneidad se limita a ofrecer, en los supuestos típicos, un punto de partida susceptible de desarrollo. Pero como criterio general de delimitación es inadecuado.

[32] De todos modos, la cuestión es muy controvertida entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho y será tratada más en profundidad, cfr. *infra* pp. 321 ss.

[33] *ZStW*, t. 37, 1916, p. 529.

[34] *Op. cit.*, p. 176.

[35] *Op. cit.*, p. 51.

[36] Cfr. al respecto FUCHS en la obra citada *supra*, p. 151.

III. CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD PSÍQUICA

Una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría; en el segundo, participación.

Una delimitación así se encuentra ya en FEUERBACH [37], que distingue entre eficacia directa e indirecta de la acción y señala: «(La acción) surte efecto directamente cuando la lesión del bien jurídico es el objeto inmediato de su eficacia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente... a la que se dirigen todas sus manifestaciones. Surte efecto indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico, sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico. El sujeto de aquella acción se llama autor del delito...; el de ésta, partícipe...». Distinciones en tal sentido entre causalidad directa e indirecta aparecen con cierta frecuencia en la ciencia penal del siglo XIX.

La distinción, en cierta medida modificada y de una forma más influyente en años siguientes, se encuentra más tarde en LOENING [38]. Con arreglo a su teoría, caracteriza al coautor, frente al cómplice, que aquél tiene que abrir «un curso causal hacia el resultado independiente, no sólo conducente a éste a través de la actividad de otro, sino en plano de igualdad con él»; le siguen WUTTIG [39] y GOETZ [40].

Una variante muy curiosa e independiente de esta teoría la representa Arnold HORN en su monografía, hoy completamente olvidada, sobre «Conceptos de causalidad y de efectividad» [41]. También parte de un llamado concepto de causa "natural". Causante, y por tanto autor, es el que aporta una condición que realiza el resultado directamente y no sólo a través de otro; la actividad del partícipe, por el contrario, es aquella «que, antes de la resolución del autor sobre si va a servirse de ella, se detiene causalmente, no pudiendo saltarse la voluntad de éste» [42].

Hasta aquí concide su teoría con las antes mencionadas, pero diverge de éstas al hablar de una "ampliación" del concepto de causalidad natural por efecto de la voluntad [43]. Enseña que la "imagen causal [se modifica]

[37] *Revision*, 2.ª parte, 1806, p. 244; de todos modos, vincula este criterio con el del interés propio (cfr. p. 245), sobre el que se volverá al tratar la teoría subjetiva.

[38] *Grundriß*, 1885, p. 94.

[39] *Fahrlässige Teilnahme*, 1902, pp. 97 ss.

[40] *Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1910, especialmente pp. 45 ss.

[41] *Gerichtssaal*, t. 54, 1897, pp. 321-385.

[42] *Op. cit.*, p. 373.

[43] *Op. cit.*, p. 347.

por medio de la intervención rectora de la psique», en tanto que de ese modo la aportación de una mera condición se convierte en *dominium causae*, en dominio sobre el curso causal [44]. La causalidad natural sería, pues, la «sierva de la voluntad; obedeciendo a ésta, a la *domina causae,* debe desplegar su efecto en el lugar prescrito y en el momento asignado» [45].

Ahora bien, HORN no sólo considera autor al causante natural, sino también al *dominus causae*, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error [46]. Por el contrario, rechaza expresamente el *dominium causae* y, por tanto, la autoría cuando tercia la libre voluntad de un tercero. «Somos conscientes de que no controlamos la espontaneidad de nuestra voluntad, de que no podemos tener en cuenta sus futuras decisiones como el modo de operar una fuerza de la naturaleza...» [47].

El partícipe, por otra parte, actúa con la consciencia «de no poner directamente una *causa (naturale)* y de no ser *dominus causae*, sino de dejar al arbitrio de otro la relación causal y el *dominium causae*. Deja al criterio de otro la decisión de si el resultado va a producirse. Pero este contenido de voluntad suyo no está formado arbitrariamente, sino que se deriva de la situación fáctica objetiva, y así un partícipe que objetivamente, dadas las circunstancias, sólo aporta una actividad de partícipe, no puede convertirse en coautor por sus meros pensamientos, intereses y motivos, al igual que una persona... por el mero tinte subjetivo de su *dolus* tampoco puede verse degradada del papel de coautor al de cómplice» [48].

Todo esto se ha citado tan prolijamente para poner de manifiesto que aquí —bajo el ropaje causal y provista de toda clase de adornos que inducen a confusión y que he preferido dejar de lado— se anticipa la teoría del dominio del hecho en sus rasgos esenciales junto con su crítica a la teoría subjetiva de la participación. También el elemento final se pone de manifiesto claramente al acentuarse la "intervención rectora de la psique", e incluso el concepto del "dominio del hecho" se encuentra prefigurado al pie de la letra en el término *dominium causae*. Esta teoría pasó inadvertida en su momento —en la época de esplendor de la metodología causal, a la que está sujeto el propio HORN—, no ejerciendo influencia. Cuán poco fue entendido entonces su auténtico contenido se aprecia en las críticas incomprensivas de HERGT [49] y PERTEN [50].

[44] *Op. cit.,* p. 351.
[45] *Op. cit.,* p. 352.
[46] *Op. cit.,* p. 365.
[47] *Op. cit.,* p. 368.
[48] *Op. cit.,* p. 375.
[49] *Die Lehre von der Teilnahme,* 1909, pp. 108-110.
[50] Pp. 23-26.

PERTEN, por su parte, aporta una variante propia de la distinción originaria entre causalidad directa e indirecta. Para él, a la autoría pertenecen en principio todas aquellas «acciones que en general son adecuadas para producir el resultado sin que tenga que añadírsele una posterior acción dolosa ajena» [51]; además, pretende, sin consideración a este criterio, incluir en el concepto de coautoría «varias co-actividades dolosas simultáneas de peligrosidad directa» [52]; también reconoce la autoría mediata por medio de un instrumento inimputable, al par que rechaza el "instrumento doloso" [53].

La que más conocida ha llegado a ser es la teoría de FRANK, asimismo perteneciente a este entorno, que distingue entre causalidad física y psíquica. Sin embargo, para los llamados "delitos de mera actividad", que describen una acción determinada, FRANK sigue la teoría objetivo-formal. Únicamente en los delitos de resultado, como, por ejemplo, el § 222 StGB, que vinculan la conminación con pena sólo con el resultado, con independencia de cómo se produzca, señala FRANK: «La autoría pertenece al ámbito de la causalidad física; la participación, al de la psíquica» [54]. A las dificultades que de ahí se derivan para el entendimiento de la autoría mediata se sustrae FRANK diciendo [55]: «Si existe una voluntad interpuesta, pero no es libre o no es consciente de la causalidad de la acción, la causalidad ya no es —de acuerdo con la terminología que aquí se sigue— psíquica, y por tanto, resulta posible la autoría.» Por el contrario, no reconoce el concepto del instrumento doloso.

Huelga señalar que en todos estos intentos aparece reflejada la teoría de la "interrupción del nexo causal", antes muy extendida. Lo cual explica que al imponerse en general la teoría de la equivalencia, a comienzos de los años treinta, tampoco encontrara más adeptos la distinción entre causalidad directa e indirecta, física y psíquica, en la teoría de la participación.

Su síntesis última y más concentrada, la de GARLAND [56], aparece ya bajo el ambicioso nombre de "teoría fenomenológica" [57]. Conecta con la teoría de LOENING [58] y distingue entre «eficacia colateral y descendente, en función de que dos series de condiciones, independientes entre sí, coincidan en un resultado o bien una condición surta efecto en el resultado a través de otra» [59]. La coautoría es «siempre eficacia colateral; la complicidad, siempre eficacia descendente especialmente implicada».

No se profundizará aquí en las diferencias existentes entre estas teorías, que en todo caso tienen en común considerar como punto de vista esencial

[51] *Op. cit.,* p. 95.
[52] *Op. cit.,* p. 106.
[53] *Op. cit.,* p. 141.
[54] *Kommentar,* ante § 47, II.
[55] Loc. cit.
[56] En su *Lehrbuch,* 2.ª ed., 1932.
[57] *Op. cit.,* p. 192.
[58] Cfr. p. 191, nota 1.
[59] *Op. cit.,* pp. 190 y 191.

para delimitar autoría y participación el que entre la acción y el resultado medie o no la voluntad de otro. De hecho aquí está comprendido un criterio extraordinariamente importante incluso para el estado actual de la doctrina de la autoría, pues —como dice HORN con toda razón— no es posible saltarse la voluntad de una persona que actúa libremente. El otro decide si el hecho conduce al resultado, asume la posición central, desplazando a la periferia a los demás, que sólo a través de él pueden influir en el resultado.

Es fácil apreciar que este punto de vista también desempeña un importante papel para la teoría del dominio del hecho, lo cual en parte se ha resaltado expresamente; así, por ejemplo, señala GALLAS [60] que ha de negarse el dominio del hecho «donde el que actúa directamente es autor responsable... Visto así... el dominio del hecho mediante la utilización de otro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho considera libre el hecho del que actúa directamente». En términos análogos apunta WELZEL [61]: «Quien determina a un autor al hecho es siempre sólo inductor, no pudiendo convertirle en autor el tener la voluntad de tal.» El parentesco aquí existente permite comprender que HORN, precisamente partiendo de una distinción causal hallada por esta vía, pudiera llegar a una teoría que anticipa en gran medida la idea del dominio del hecho.

Por otra parte, esta distinción presenta puntos flacos difíciles de soslayar, en que se refleja la "asepsia valorativa" del planteamiento causal. Por eso incluso ya los autores *supra* mencionados completaron esta distinción con otros puntos de vista. Es evidente que no cabe explicar la autoría mediata a través de la distinción entre causalidad directa e indirecta, física o psíquica. Por notables que sean las reflexiones de HORN sobre la "intervención rectora de la psique", en absoluto tienen que ver —como él señalaba— con el concepto de causalidad. En ese punto tiene razón PERTEN al objetar: «Pero, ¿cómo es posible... que la importancia causal de una condición para el resultado... se vea aumentada por el hecho de responsabilizar a su autor?» [62]. A similares reparos está expuesto el intento de FRANK de integrar la autoría mediata en la causalidad física. Aquí resulta de todo punto evidente que la diferencia esencial entre autoría mediata y participación no reside en el ámbito causal.

Pero también al determinar la coautoría fracasa en muchos casos esta distinción. Así, por ejemplo, ni siquiera los partidarios de distinguir entre causalidad directa e indirecta han conseguido esclarecer si el sencillo supuesto en que alguien sujeta a la víctima del asesinato ha de calificarse como de complicidad o de coautoría [63]. Como sigue sin estar clara la solución si se

[60] *Materialien*, p. 134.
[61] *StZ*, 1947, apartado 650.
[62] PERTEN incluye todos los elementos subjetivos en la culpabilidad.
[63] Cfr. WUTTIG, p. 101; GOETZ, p. 49; PERTEN, p. 30.

piensa, una vez más, en el ya varias veces citado supuesto de la envenenadora charlatana. ¿Se da aquí causalidad directa o indirecta, física o psíquica? Parece más aceptable lo segundo, lo que descartaría la coautoría. Pero el resultado es insatisfactorio; y sobre todo no se comprende por qué hay que hacer depender la solución de una distinción meramente formal. En los casos de mera división del trabajo en la ejecución conjunta del hecho una distinción así opera arbitrariamente, porque falta, de entrada, su contenido material: la dependencia de la libre resolución de otro, que mantiene en sus manos la decisión sobre si el hecho se va a producir. Sin embargo, es también objetable su punto de partida, pues en lugar de resaltar la imbricación de las partes del hecho, limita la coautoría a cursos causales independientes entre sí, modo de proceder que conduce a un aislamiento de los actos individuales semejante al de la teoría objetivo-formal [64].

Esta objeción afecta también a los casos que según esta teoría deben atribuirse claramente al ámbito de la participación. Si dos personas incendian un inmueble de manera que uno pone al alcance del otro astillas encendidas, que éste arroja a la casa, resulta absurdo hacer depender la calificación de si se da coautoría o complicidad de que el que ha encendido las astillas y las ha puesto al alcance del otro también haya arrojado por sí mismo —aunque sólo sea por una vez— una astilla directamente a la casa.

Así pues, también esta teoría comparte los defectos de las antes debatidas: un punto de partida útil se absolutiza acríticamente, porque se omite remitir una distinción formal a su contenido de sentido determinante para la doctrina de la autoría y consiguientemente clarificar los límites de sus posibilidades de aplicación.

IV. TEORÍA DE LA SUPREMACÍA DEL AUTOR ("TEORÍA DE LA SUPREMACÍA")

Con independencia uno de otro, pero del mismo modo en lo esencial en cuanto al contenido, DAHM [65] y Richard SCHMIDT [66] han desarrollado la concepción de que la coautoría y la complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados, organizables en general, sino con arreglo a si, considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.

Define DAHM [67]: «Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular,

[64] Cfr. *supra*, pp. 55-56.
[65] *Grundriß*, 2.ª ed., 1931.
[66] *Op. cit.*, p. 43.
[67] *Op. cit.*, p. 161.

se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, aparece como subordinado»; mientras que Richard SCHMIDT señala [68]: «Se da coautoría... cuando, a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación, a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjetivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada.»

Esta teoría, llamada por DAHM [69] "objetivo-popular", ofrece evidentes ventajas frente a las debatidas hasta ahora. Evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. El punto de vista de la supremacía y la subordinación proporciona un baremo sumamente elástico, que deja amplio margen para la individualización. Por otra parte, tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de la peligrosidad. El que se dé relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos.

Esta teoría no ha hallado adeptos en la formulación aquí expuesta. Pero materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho. Describir —por decirlo con DAHM— [70] el comportamiento del autor como "el dominante en la situación global" o mediante el concepto del "dominio del hecho" no representa diferencia apreciable alguna. Y con la formulación de que entre varios coautores existe una "relación de coordinación" no se dice sino que se les atribuye una parte igual en el dominio del hecho. Como consecuencia de este estrecho parentesco entre las teorías de la supremacía y del dominio del hecho, resulta posible emprender un examen crítico detallado de las teorías de DAHM y Richard SCHMIDT conjuntamente con el análisis, que se abordará *infra*, del concepto del dominio del hecho.

Hay algo que, sin embargo, cabe adelantar: los conceptos de coordinación y subordinación ciertamente producen una orientación útil para la delimitación entre autoría y participación, pero no dan más de sí, pues conceptualmente hay numerosos supuestos críticos en los que precisamente es dudoso si se da una relación de supremacía o de subordinación. Una teoría basada en esta distinción debería, pues, para ser llevada a la práctica, elaborar al menos los baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación en los supuestos concretos.

[68] *Op. cit.*, p. 43.
[69] *Op. cit.*, p. 42.
[70] *Op. cit.*, p. 42.

Sin embargo, ello no se ha conseguido. «No hay elemento abstracto que caracterice un comportamiento en todo caso o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global», advierte DAHM [71], mientras que señala Richard SCHMIDT [71]: «No es posible aportar ningún rasgo distintivo determinado apreciable.» Es evidente que una concepción en tal sentido deja al juez en la estacada en todos los supuestos problemáticos. El propio DAHM confiesa que su planteamiento objetivo-popular es "impracticable" y deja "amplio espacio al arbitrio judicial". Incluso prosigue: «Quien considere que la falta de practicabilidad es motivo suficiente para rechazar la formación jurídica de conceptos descartará esta distinción» [72].

Pero en realidad aquí se pone de manifiesto también un defecto metodológico, pues aun admitiendo que para la delimitación de autoría y participación pueden llegar a ser relevantes todas las circunstancias del caso concreto, el baremo con arreglo al cual debe medirse su importancia tiene que ser necesariamente más general. Y ello no se consigue tampoco con esta teoría. Por el contrario, el punto de vista de la supremacía/subordinación, del que parte, es excesivamente general. Al renunciar de entrada a ulterior concreción de este baremo se capitula ante la auténtica tarea que se le plantea a la formación de conceptos en la ciencia jurídica.

Así pues, esta teoría no pasa de ser un punto de partida aprovechable.

§ 9. TEORÍAS SUBJETIVAS

Es común a las teorías subjetivas el distinguir, en la delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes. Es posible encontrar aquí una serie de puntos de vista para distinguir. Vamos a seguir la clasificación tradicional en los dos grandes grupos formados por las teorías del dolo y del interés. Las primeras distinguen en función de la clase de voluntad; las segundas, con arreglo a si el hecho se cometió en interés propio o ajeno.

I. TEORÍAS DEL DOLO

Al igual que las concepciones objetivas, también éstas se remontan a comienzos del siglo XIX [1]. Todas ellas distinguen entre la voluntad de autor y la voluntad de partícipe, de naturaleza heterogénea. Con todo, la mayor parte de ellas renuncian a profundizar en la diferencia entre esas voluntades,

[71] *Op. cit.*, p. 161.
[72] *Op. cit.*, p. 43.
[1] Cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 24, con bibliografía; PERTEN, pp. 41-50.

de manera que no queda claro a qué resultados prácticos lleva esta delimitación. Destacan, en tanto que perfiladas hasta cierto punto, las teorías que —en infinidad de variantes— atribuyen al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste.

En este sentido, diferenció ya WÄCHTER [2] en función de «la intención del sujeto actuante: querer directamente el propio delito, frente a los casos en que uno quiere simplemente apoyar el delito de otro, siéndole al menos indiferente si el autor lo ejecuta o no». Análogamente, HÄLSCHNER [3] estima que el partícipe se propone «su actividad auxiliar sólo dando por sentado que el autor cometerá el delito por decisión propia y libre».

También en época posterior siguieron encontrando defensores estas teorías. Así dice, por ejemplo, JANKA [4]: «El autor hace depender la producción del resultado delictivo de su propia resolución...; el partícipe... no se propone la acción de realización, sino que la hace depender de una resolución ajena (la del autor)...» SCHWARTZ [5] señala que el partícipe deja a criterio del autor que se produzca o no la consumación. También BINDING [6] propugna una teoría subjetiva en lo esencial, y su discípulo NAGLER [7] manifiesta que el partícipe quiere «actuar sólo si el autor realiza su propósito antijurídico, y en esa medida». A veces también se encuentra la formulación de que el autor es aquel que, en caso necesario, emprendería la acción típica en persona [8].

El representante más influyente de la teoría del dolo fue v. BURI, que en numerosas monografías enseñó [9]: «Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor.»

En la forma acuñada por v. BURI, la teoría del dolo ha ejercido decisiva influencia en la jurisprudencia del RG. Se encuentra en su formulación clásica

[2] *Lehrbuch*, I, 1825, p. 147.
[3] *Gem. Deutsches Strafrecht*, I, p. 376.
[4] *Österreich. Strafrecht*, 2.ª ed., 1890, p. 148.
[5] *Kommentar*, 1914, § 47, núm. 5; § 49, núms. 2a y 5.
[6] Cfr. simplemente la muy pormenorizada exposición sobre «Las tres formas básicas del sujeto delictivo» en *Abhandlungen*, t. I, pp. 251-401, y la breve síntesis en *Grundriß*, 8.ª ed., 1913, pp. 149 ss., 59 y 162 s.
[7] *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, p. 125.
[8] Cfr., por ejemplo, TJABEN, *GA*, 42, p. 228; v. BAR, *Gesetz und Schuld*, t. II, pp. 606 y 607.
[9] Cfr. simplemente *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41; en términos muy semejantes, *Abhandlungen*, 1862, p. 117.

en la básica sentencia RGSt 3, 181 ss., donde se dice [10]: «Si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, pero el partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, sólo cabe aquí hallar el sentido de que el partícipe únicamente puede tener una voluntad dependiente de la del autor, al subordinar su voluntad a la del autor, dejando a criterio de éste si el hecho se va a consumar o no. Frente a esta voluntad dependiente del partícipe, el coautor no reconoce voluntad superior a la suya. Más bien su voluntad es de igual categoría que la de los demás coautores, y, ciertamente, según su parecer, el delito ha de materializarse con la cooperación de éstos, sin que no obstante considere tales voluntades como determinantes de la propia.»

La teoría del dolo, en esta forma, ha pervivido hasta hoy. BOCKELMANN [11], su defensor más importante de la actualidad, considera que el criterio decisivo para la delimitación reside «en un hecho psíquico concreto: la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal»; para caracterizar esta subordinación se refiere expresamente a las formulaciones de la sentencia *supra* mencionada. Tampoco puede pasar inadvertida la semejanza de esta teoría con la del dominio del hecho. BOCKELMANN [12] llega a considerarlas idénticas a ambas cuando escribe: «Lo que distingue el dominio del hecho del autor del del partícipe es precisamente la peculiaridad psíquica que caracteriza a éste, consistente en la subordinación de su dolo a una decisión del hecho ajena.» En sentido contrario se manifiesta expresamente GALLAS [13] —con razón, como veremos—; pero la circunstancia de si alguien ha "dejado a criterio" de otro la ejecución del hecho o si no reconoce "otra voluntad superior a la suya" es indudablemente un punto básico para determinar el dominio del hecho [14].

En realidad, la teoría del dolo facilita una aportación extraordinariamente importante para resolver la problemática de la autoría. Es absolutamente inmerecida la mala fama que siempre ha padecido, como todas las teorías subjetivas. Así, ha conseguido abarcar distintos puntos de partida de las teorías objetivas, significativas y susceptibles de desarrollo, bajo la fórmula, vuelta hacia lo subjetivo, del "dejar a criterio", sin poner en peligro la concreción y practicabilidad de las soluciones. Lo que caracteriza al que ejecuta el hecho por sí mismo (teoría objetivo-formal), al que realiza una aportación imprescindible al hecho (teoría de la necesidad), al que coopera en el acto ejecutivo (teoría de la simultaneidad) o realiza una condición conducente directamente al resultado (teoría de la causalidad física): lo que forma el contenido material de todas estas teorías, oculto tras ropajes formales y causales, es precisamente lo que, globalmente considerado, la teoría del dolo

[10] *Op. cit.*, pp. 182 y 183.
[11] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76.
[12] *Op. cit.*, p. 77, nota 106.
[13] *Materialien*, pp. 131 ss.; número especial Atenas, pp. 26 y 27.
[14] Pormenorizadamente cfr. *infra* pp. 102 ss., pp. 109 ss., y *passim*.

resume en una fórmula lacónica cuando señala que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya", mientras que el partícipe «deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación». La figura dominante del autor y el fenómeno —de él dependiente— del partícipe encuentran aquí una forma gráfica de expresión.

Es sabido que en su jurisprudencia posterior el RG prácticamente nunca ha mantenido los principios de la sentencia citada. Mediante la fórmula, casi siempre esquemática y aplicada sin fundamentación, de que el autor ha "querido el hecho como propio" —un modo de hablar que el propio RG considera [15] "mera expresión sin sentido aprehensible"—, esta jurisprudencia ha caído en descrédito con razón. Max Ernst MAYER [16] la tildó de "tergiversación sofística extrema de la ley" y "la confusión más grave de la jurisprudencia dominante", mientras que BELING [17] la llama «simple producto de la fantasía, que se aparta de la ley y al final a menudo la fuerza burdamente». Estas duras palabras que nuestro dogmático más notable dedica a la teoría subjetiva afectan más bien a la aplicación arbitraria y desorientada de la fórmula del *animus* desprovista de sentido que a la teoría del dolo interpretada en el sentido señalado *supra*. En cambio, ésta ofrece (si uno no se aparta de la línea que conduce, a través de v. BURI y RGSt 3, 181 ss., a BOCKELMANN) una solución que supone un significativo avance con respecto a lo unilateral de las teorías objetivas.

Naturalmente también la teoría del dolo está expuesta a varias objeciones. Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica —al menos desde v. BURI— por el punto de partida causal. Las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponde con la voluntad de los partícipes; sólo cabe preguntarse por qué esta teoría en tales casos formula subjetivamente lo que también se puede distinguir objetivamente. Pero en tanto que los sucesos externos y la dirección de voluntad interna de los partícipes no puedan reducirse a un común denominador, el enjuiciamiento puramente subjetivo conduce a soluciones peregrinas. Así, por ejemplo, si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes, y faltaría el autor. Este resultado grotesco, pero apenas evitable a partir de un punto de partida puramente subjetivo, incluso ha forzado recientemente a BOCKELMANN [18] a modificar la teoría del dolo. Ahora mantiene que la delimitación subjetiva al menos no debe «entrar en contradicción con el enjuiciamiento que la situación fáctica objetiva impone». Pero así se abandona en realidad la teoría subjetiva, pues si los pensamientos del

[15] *RGSt*, 15, pp. 295-303 (303).
[16] *Lehrbuch*, p. 402.
[17] *GS*, t. 101, 1932, p. 10.
[18] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 120.

partícipe sólo se tienen ya en cuenta en tanto que no contradigan la situación fáctica objetiva, el criterio de delimitación decisivo se halla en el ámbito objetivo.

Otro tanto es predicable de otra consecuencia de la teoría del dolo: se ve forzada a considerar únicamente como partícipe a aquel que ejecuta la acción típica solo, pero internamente subordinándose a otro. Esta solución, que el RG no ha vacilado en asumir —por ejemplo, en el famoso caso de la bañera— [19], ignora por completo la importancia de la parte externa del hecho y con razón se ve hoy unánimamente —incluso por el BGH [19a]— rechazada. Ya en el siglo XIX se advirtió este "talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación" [20], e incluso en época posterior se han continuado apoyando en este argumento los oponentes a la teoría del dolo. «La teoría del dolo fracasa irremediablemente en que tiene que considerar partícipe a aquel que comete la acción principal (por ejemplo, matar) con voluntad subordinada», leemos en v. LISZT [21]; FRANK [22] prosigue la argumentación, e incluso BOCKELMANN [23] admite hoy: «El que vierte sangre con sus propias manos no puede lavarse las manos en la inocencia.» Pero así se abandona una vez más el punto de partida subjetivo.

Así pues, tampoco la teoría del dolo ofrece una solución definitiva a la problemática de la autoría.

II. TEORÍA DEL INTERÉS

La distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado desempeñó ya tempranamente importante papel junto a las teorías del dolo e imbricada de diversas formas con ellas. Este enfoque aparece ya en el primer FEUERBACH [24], se vuelve a encontrar en HENKE [25], KÖSTLIN [26] y GEIB [27], e incluso v. BURI [28] atendió en ocasiones —en parte conectando con la teoría del dolo— a que «el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito» [29].

[19] *RGSt*, 74, 85.
[19a] Lo cual es válido al menos para la sentencia básica *BGHSt*, 8, pp. 393-399; cfr. *infra* núm. x, pp. 106 ss.; en la sentencia sobre el agente soviético Staschynskij, no publicada aún al cierre del manuscrito, parece iniciarse una vuelta a la teoría del dolo extrema; cfr. al respecto *infra* pp. 149 ss.
[20] Cfr. al respecto BIRKMEYER, *Lehre von der Teilnahme*, 1890, pp. 40-44.
[21] *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 211, nota 10.
[22] *Kommentar*, ante § 47, II.
[23] *Untersuchungen*, pp. 120 y 121.
[24] *Neue Revision*, II, p. 245.
[25] *Handbuch*, I, p. 288.
[26] *Neue Revision*, § 130, pp. 448 ss.; § 135, pp. 465 ss.
[27] *Lehrbuch*, II, p. 318.
[28] Cfr., por ejemplo, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 64.
[29] Cfr. sobre todo ello BIRKMEYER, «Teilnahme», 1890, pp. 35-40, donde se reproducen las citas aludidas.

Con posterioridad no consiguió más partidarios, habiendo podido considerarla BIRKMEYER en 1907 [30] como "científicamente superada". Sólo mucho después resucitó en la jurisprudencia del RG, que declaró en el ya citado "caso de la bañera" [31]: «El que alguien quiera o no el hecho como propio se rige primordial, si bien no exclusivamente, por el grado de su interés en el resultado.» También el BGH ha empleado repetidamente la fórmula del interés, de modo especialmente claro en una sentencia de la Sala II de lo Penal de 25 de junio de 1954, donde establece [32]: «Es posible valorar el interés del autor en el hecho como indicio de si quiso el hecho como propio o de si sólo quiso favorecer un hecho ajeno.» Sin embargo, también se encuentran sentencias que son mucho más moderadas al tener en cuenta el interés [33].

En realidad, la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la "subordinación de la voluntad" requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales. Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo.

Pero ahí reside también su límite. Si se independiza el punto de vista del interés y, a pesar de faltar la subordinación, se pretende negarle a alguien la cualidad de autor sólo porque actúa en provecho de otro, la delimitación deviene sin más incorrecta; por una parte, debido a que es imposible que el legislador haya querido que el autor único quede impune sólo porque haya actuado en interés de otro (ello lo ponen de manifiesto ya preceptos como los §§ 216 y 263 *, en los que se ha incluido en la descripción del tipo el actuar por otro). Por otra parte, porque ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos; cuando, por ejemplo, alguien ha realizado un aborto, con seguridad es importantísimo para determinar la pena si lo ha hecho en interés propio o ajeno, por precio o por compasión; pero para la realización del tipo y el enjuiciamiento de la autoría es irrelevante. Si por ello se pretendiera considerar sólo como partícipe al asesino a sueldo que ya ha recibido su pago y por eso al ejecutar el hecho actúa sólo en

[30] *Vergl. Darstelllung*, p. 28.

[31] *RGSt*, 74, 85.

[32] *BGHSt*, 6, pp. 226-229 (229).

[33] Cfr., por ejemplo, *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (396).

* § 216.1 StGB: «**Homicidio a ruego.** Si alguien ha sido determinado a matar por el ruego expreso y serio de la víctima, ha de imponerse pena de prisión no inferior a tres años.»

§ 263.1 StGB: «**Estafa.** El que, con la intención de alcanzar para sí mismo o para tercero un beneficio patrimonial antijurídico, perjudica el patrimonio de otro provocándole un error mediante el fingimiento de hechos falsos o la deformación de hechos verdaderos....»

interés del que lo contrató, la teoría del interés operaría en realidad —por decirlo con la sarcástica expresión de DAHM— [34] como "teoría de la salvación del facineroso".

Así pues, sólo a renglón seguido de la teoría del dolo es aplicable la teoría del interés. Si se tiene en cuenta esta limitación del ámbito de aplicación, comparte las ventajas de la teoría del dolo y facilita su aplicación práctica. Pero también está expuesta a las mismas objeciones que ella.

§ 10. TEORÍAS MIXTAS

Esta claro que los numerosos criterios para determinar la autoría que se han aportado en esta panorámica no siempre aparecen en estado puro, sino que desde siempre se hallan entremezclados en doctrina y jurisprudencia. Las posibilidades de combinación son prácticamente ilimitadas. Cabe enlazar la teoría objetivo-formal con la teoría del dolo, o con criterios objetivo-materiales, mezclar entre sí los distintos criterios objetivo-materiales o conectarlos con la teoría subjetiva, alcanzando así construcciones nuevas, artificiosamente complicadas. Ya se ha aludido *supra*, al exponer los distintos puntos de vista de delimitación, a la vinculación de las distintas diferenciaciones. Si aquí se citan brevemente algunas de estas teorías, se hace más en aras de ilustrar que con pretensión de exhaustividad.

Como ejemplo de teoría pluralmente mixta sirva la de STÜBEL [1], procedente nada menos que de principios del siglo pasado. Parte de la realización de propia mano de un elemento del tipo [2] —teoría objetivo-formal— [3], pero añadiendo después todas las demás aportaciones al hecho realizadas "en y durante" la ejecución [4] —teoría de la simultaneidad—, reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de la "participación próxima" o de la "autoría física" [5] —teoría de la causalidad física y psíquica—. Sin embargo, también de los supuestos de participación alejada, en los que sólo se da la cooperación en la preparación, STÜBEL pretende incluir en el ámbito de la autoría a aquellos cuya acción se manifiesta como causa necesaria del resultado —teoría de la necesidad.

Mientras que en ésta se entremezclan varias teorías objetivas, también se encuentran numerosísimas teorías mixtas subjetivo-objetivas. Así, TJABEN [6]

[34] *Täterschaft und Teilnahme*, p. 34.

[1] En su obra *Über den Tatbestand der Verbrechen...*, 1805; en otra posterior, *Über die Teilname mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1812, se inclina por la teoría del autor unitario.

[2] *Op. cit.*, p. 34.

[3] Las denominaciones incluidas entre guiones se han añadido aquí y en lo sucesivo con finalidad aclaratoria.

[4] *Op. cit.*, p. 36.

[5] *Op. cit.*, pp. 31, 32, 34 y 37.

[6] *GA*, t. 42, 1894, pp. 218-229.

propone imponer la pena de la autoría a aquel que ejecuta una acción típica (teoría objetivo-formal) y además a todos los cooperadores que tienen *animus auctoris*, en tanto que éstos, llegado el caso, no vacilarían en tomar parte personalmente en la acción típica (teoría del dolo); combinación que se sigue empleando aún hoy en doctrina y jurisprudencia, al fundarse ciertamente en la teoría subjetiva, pero en caso de ejecución de la acción típica, admitiendo la autoría sin tener en cuenta la índole de la voluntad. De forma algo distinta, HAUPT [7] propone considerar siempre autor al que realiza la acción típica, y siempre partícipe al que sólo coopera en la preparación, pero aplicando la teoría del dolo en el espacio intermedio [8]. Con arreglo a la variante v. BAR [9], es siempre autor el que lleva a cabo la acción típica (teoría objetivo-formal), pero además «el que con el propósito de, llegado el caso, realizar personalmente aquella actividad que producirá la consumación de la acción punible, toma parte en la ejecución de dicha acción punible» (teorías del dolo y de la simultaneidad); por último, aquel que, con la intención de prestar auxilio al autor, lleva a cabo una actividad sin cuya concurrencia la acción típica previsiblemente no se habría perpetrado (teoría de la necesidad) [10].

Finalmente, también a la doctrina subjetiva defendida por la jurisprudencia se la ha llamado a veces teoría "mixta", porque el *Reichsgericht* requería para la autoría, junto a la voluntad de autor, determinable de modo puramente subjetivo, alguna clase de cooperación exterior objetiva, aun cuando sólo en la preparación y de la forma más insignificante [11].

No es necesario profundizar en cada una de estas teorías, pues sus elementos integrantes ya los hemos expuesto y evaluado. Todas las teorías mixtas presentan la gran ventaja de evitar, merced a la combinación de distintos puntos de vista, las exageraciones de los planteamientos llevados hasta el final consecuentemente. No obstante, existen bastantes objeciones prácticas y metodológicas contra ellas.

La dificultad práctica de tales teorías reside no ya en que operan de modo demasiado complicado e inmanejable —eso habría que asumirlo—, es que tampoco garantizan necesariamente resultados correctos, pues si se restringe el espacio de aplicación de un criterio a determinados ámbitos una teoría así sigue expuesta, en el espacio restante, a las mismas objeciones que antes, mientras que el punto de vista distintivo al que se recurre suplementariamente grava a las soluciones además con los puntos flacos propios.

[7] *ZStW*, 15, pp. 202-214 y 569-597; en términos muy semejantes hoy de nuevo Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, pp. 299 ss.; cfr. con detalle *infra* pp. 108-109.

[8] Cfr. *op. cit.*, p. 596.

[9] *Gesetz und Schuld*, t. II; pp. 602 ss.; cfr. asimismo la propuesta legislativa sintética en p. 610.

[10] *Op. cit.*, p. 610.

[11] Cfr., por ejemplo, *RGSt*, 3, pp. 181-183; 268-269; 177-179; 9, 3-10; 75-78; 14, 28-32; 15, 295-303; 26, 351-353; 28, 304-307; 35, 13-17.

Esta reflexión conduce a la problemática metodológica de un procedimiento combinatorio en tal sentido, consistente, como resulta fácilmente colegible de los ejemplos mencionados *supra*, en cierta arbitrariedad ecléctica del resultado perseguido en cada caso. Cabe mezclar los elementos de las numerosas teorías antes debatidas de modos totalmente distintos. Sería posible seguir desarrollando fácilmente de esta manera toda una serie de "nuevas" teorías concebibles. Agitando de manera ligeramente distinta el caleidoscopio de los puntos de vista van surgiendo otras combinaciones divergentes. Pero las teorías así conseguidas conservan algo de fortuito y de arbitrario. Lo cual se debe a que a estas combinaciones les falta la necesidad inherente a las concepciones unitarias. No resulta nada claro por qué una solución tiene que ser así y no de otro modo. Yuxtaponer inconexamente distintos planteamientos intelectuales no deja de ser un inseguro procedimiento de ensayo y error. El procedimento correcto reside más bien en descubrir, a partir de la multiplicidad de la materia jurídica y de los grupos de problemas, los puntos de vista unitarios, que en su despliegue dan lugar seguramente a soluciones diferenciadoras, cuya diversidad no obstante se funde en una unidad consecuente lógica y dogmáticamente.