

El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ,

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Bases para el reconocimiento de la teoría del dominio del hecho.—II. Formas del dominio del hecho: especial consideración del dominio «funcional» del hecho. Problemas de coautoría y de cooperación necesaria.—III. Ambito de validez del dominio del hecho: especial consideración de la teoría de Roxin sobre los denominados «delitos de deber específico» (Pflichtdelikte), «propios de propia mano» y sobre los delitos imprudentes.—IV. Críticas fundamentales a la teoría del dominio del hecho en la doctrina española. Ejemplos paradigmáticos: 1. La tesis de Rodríguez Mourullo respecto a la autoría mediata: 1.a. El dominio no doloso del hecho. 1.b. Su concepción del delito imprudente. 1.c. El ejemplo jurisprudencial: un caso de imputación objetiva a la infracción del deber de cuidado. 2. La tesis de Gimbernat sobre la coautoría. 3. Crítica y propuesta final.

I. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO

Una interesante consecuencia de la teoría penal de la tipicidad —entendida como expresión dogmática del principio de legalidad— fue la necesaria búsqueda de un criterio diferenciador de la autoría y la participación, que tomase como punto de partida el abandono, por tanto, del denominado concepto «unitario» de autor (1).

Resulta curioso observar que esa necesidad inicial de diferenciar al autor del partícipe ha quedado muy desdibujada al haberse recurrido con gran frecuencia a criterios estrictamente causales para definir la autoría, y subjetivos para delimitar la participación respecto a aquélla. En efecto, no es nueva la crítica de que el

(*) Escrito de firma presentado en el concurso-oposición a las Cátedras de Derecho penal de las Universidades de La Laguna y Cáceres.

(1) Este concepto se define, como es sabido, por la exclusiva vinculación de la autoría a la aportación causal, indiscriminada, a la realización del tipo, de tal forma que se declaran inexistentes las diferencias entre autor y partícipe o, lo que es lo mismo, se ignora el principio de accesoriadad de la participación. Sobre dicho concepto unitario, cfr. KIENAPFEL, *Die Einheitstäter im Strafrecht*, 1971; también, esp. MÜLLER-DIETZ, *Das Prinzip der Einheitstäterschaft*, en JuS, 1974, págs. 1 sigs.

concepto extensivo de autor —es decir, aquél que aplica el criterio de la «equivalencia de las condiciones» a la definición de la autoría (2)— supone una vuelta indirecta a las teorías unitarias, y reproduce, por tanto, los inconvenientes relativos a la minusvaloración de la estricta realización de la tipicidad penal, a efectos de delimitar la autoría. Pero el problema fundamental de este criterio definitorio de la autoría no es sólo el hasta ahora señalado, sino también el —estrechamente unido a él— concepto subjetivo al que se tiene que acudir para diferenciar —desde esta teoría causal-extensiva de la autoría— al autor respecto del partícipe. Repárese en que, en efecto, sólo recurriendo al «animus» de autor, o bien de partícipe, es posible diferenciar a quienes desde el punto de vista objetivo-causal no son diferenciables por haber aportado «algo» causal para la producción del resultado.

A pesar de los serios problemas jurídico-penales que deja irresueltos tal concepción extensivo-subjetiva, que han sido resaltados reiteradamente por la doctrina penal —especialmente en la RFA— (3), no deja de llamar la atención la amplia aceptación que ha tenido, especialmente en la praxis jurisprudencial alemana. Respecto a España hay que señalar que sólo el imperativo positivo del artículo 14 C. p. vigente ha impedido que los planteamientos estrictamente causalistas —dominantes todavía en doctrina y Jurisprudencia, aunque con distintas complementaciones— (4) se conviertan en una teoría subjetiva de la autoría y la participación criminal (5), con la notable excepción de la teoría del acuerdo previo. Sin embargo, allí donde este imperativo legal no se expresó igualmente, tal y como ocurría en el Derecho penal alemán anterior a la reforma (6), la praxis impuso —frente a la doctrina mayoritaria— la teoría subjetiva (7).

Pero lo que realmente interesa destacar frente a esas concepciones extensivas, es la importancia político-criminal de manejar un concepto restrictivo de autor, como punto de partida para una

(2) Cfr. por todos, JESCHECK, *Tratado*, II, 1981, págs. 894-895.

(3) En la española, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratado*, PG, 1979, 740; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, 49 sigs.; en la RFA, por todos, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1975, 583 sigs.

(4) La Jurisprudencia no puede considerarse uniforme (cfr. GIMBERNAT, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, 42 sigs.), y respecto a la doctrina se puede hablar de que es dominante la favorable a la «relevancia» (cfr. GIMBERNAT, *Introducción*, cit., 42, y también, in extenso, en *Autor y cómplice*, cit., 49 sigs.).

(5) Con razón, pues, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 825-826.

(6) Tras el nuevo parágrafo 25 queda muy reducida la posibilidad de seguir aplicando la teoría subjetiva en la RFA; cfr. ROXIN, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1975, 28-29.

(7) La defensa de la t.^a subjetiva en la Jurisprudencia alemana estuvo y está condicionada por la problemática del enjuiciamiento, a partir de la postguerra, por asesinato de quienes actuaron por orden y en el seno de un aparato organizado de poder vinculado al régimen nacional-socialista. Los tribunales recurrieron a la t.^a subjetiva para remitir su conducta a la complicidad. Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 532.

correcta diferenciación entre autor y partícipe. En un doble sentido es importante este concepto restrictivo: 1) porque fuerza a considerar autor a quien ejecuta por sí mismo el hecho típico, aunque carezca de «voluntad de autor» (8), lo que restringe notablemente el ámbito de incidencia de la teoría subjetiva; y 2) porque si se acepta un concepto restrictivo de autor no estrictamente formal-objetivo se hace necesario —en un determinado ámbito delictivo, al menos— el reconocimiento de la teoría del «dominio del hecho» para poder explicar la autoría mediata y, plenamente, la coautoría (9).

Repárese en que la introducción del criterio del «dominio del hecho» —como explicativo de la autoría y delimitador respecto a la participación— se ha hecho depender en la formulación anterior de la doble condición de que se utilice a la vez un concepto restrictivo de autor *no estrictamente formal-objetivo*, y, además, de que se *limite el ámbito de aplicación* típica del criterio del dominio del hecho.

Respecto a la primera de las condiciones la cuestión planteada es especialmente significativa, si se tiene en cuenta que existe una teoría dominante en Derecho penal español —favorable, por lo demás, al criterio objetivo-formal— para definir el concepto restrictivo de autor, y que concluye en su identificación con la ejecución directa y por sí mismo del hecho, fórmula a la que —se dice— alude el artículo 14 C. p. vigente.

En efecto, si se reduce el entendimiento de la «realización del tipo» a la «propia mano», se vuelven a reproducir los problemas genéricos de comprensión de la autoría mediata y de importantes supuestos de coautoría (10). Por eso es preferible —siguiendo el razonamiento de Roxin— seguir considerando el criterio de la «realización del tipo» como el más seguro para la comprobación de la figura del autor, pero no reducir esa «realización del tipo» a la propia mano (*Eigenhändigkeit*), sino referirla a «tener en la

(8) Así, ROXIN, en *Einführung*, cit., 29 (con independencia ahora de la concreta cuestión de la autoría mediata).

(9) Así, ROXIN, *Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht*, en JZ, 1966, 295; frente (contra) el dominio del hecho, especialmente en la autoría mediata, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 812 sigs; contra el dominio del hecho, especialmente en la coautoría, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit., 135 y sigs.; el mismo, en *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, en ZStW, 1968, 915 sigs.

(10) Respecto a la coautoría es preciso tener en cuenta que, por ahora, se utiliza en su sentido generalmente admitido de «realización conjunta del hecho», diferenciada de autoría accesoria; se utiliza, pues, al margen de la tesis de GIMBERNAT, que reduce la coautoría del 14.I a la ejecutiva *como forma de participación*, constituyendo la cooperación necesaria una especie de «coautoría no ejecutiva» (cfr. in extenso, infra). Al aludir en el texto a que el concepto objetivo-formal estricto de autor no permitiría explicar la mayoría de los supuestos de coautoría me refiero a que sólo quedarían incluidos en ese concepto de autor aquellos coautores que hubiesen realizado acciones de ejecución (o una parte, como mínimo), lo que ni siquiera respecto a este último requisito tiene por qué ocurrir siempre.

mano la complementación de la descripción típica del hecho», es decir, «dominar la realización del tipo», su desarrollo (11). En este sentido se dice que el concepto restrictivo de autor es el punto de partida correcto, en cuanto que remite la investigación de la autoría a la realización del tipo respectivo, pero que tal realización del tipo no debe entenderse, a su vez, restrictivamente, es decir, como ejecución por sí mismo de la acción típica.

Sin duda, pues, tiene razón, a mi entender, Rodríguez Mourullo cuando critica la precipitada asimilación en que se incurre al equiparar «realización del tipo» y «ejecución física (directa y corporal)», manteniendo, por el contrario, que «la base del concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de *realización* —y no la de ejecución física— de la correspondiente figura típica delictiva» (12). A pesar de que ulteriormente no «homologa» su tesis con la del dominio del hecho, tal y como hacen, por el contrario, Roxin y la doctrina alemana dominante —que parten de un presupuesto idéntico—, a pesar de ello, digo, parece válido retener que ese concepto restrictivo de autor, así entendido, es el único que puede hacerse conciliable con la necesidad de explicación de la autoría mediata y, plenamente, de la coautoría. A mi entender, además, esta interpretación del concepto de autor conduce, inevitablemente, al criterio del dominio del hecho.

Así pues, la pretensión de este trabajo es enfrentarse con las críticas que nuestra doctrina le dirige a esta teoría, tanto en el marco de la autoría mediata (especialmente Rodríguez Mourullo), como en el de la coautoría (esp. Gimbernat); pero también es objetivo de este estudio confrontarse con algunas opiniones doctrinales favorables a dicha teoría, aunque desde presupuestos no siempre compartidos, para, finalmente, ofrecer una interpretación coherente del artículo 14 C. p.

Para la fundamentación de las tesis aquí sustentadas será preciso tener en cuenta, previamente, las distintas formas admitidas de complementar el concepto de «dominio del hecho», y la consecuente restricción de su ámbito de validez.

Por eso se decía anteriormente, también, que la introducción del criterio del dominio del hecho en la dogmática de la autoría, con el fin de evitar los inconvenientes, tanto de las teorías extensivo-subjetivas, como de la formal-objetiva, no sólo se hacía depender de la especial complementación del concepto restrictivo de autor —en los términos apuntados— sino también de la restricción de su ámbito jurídico-penal de aplicación.

(11) ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., 295.

(12) *Comentarios*, I, cit., 811. Sin embargo, este reconocimiento por parte de MOURULLO del contenido no meramente ejecutivo-físico (propia mano) del concepto restrictivo de autor, se aplica fundamentalmente a hacerlo compatible con la autoría mediata, lo que parece, evidentemente correcto, pero ulteriormente este contenido no se equipara con el del «dominio funcional del hecho».

En efecto, el criterio del «dominio del hecho» ha ido encontrando importantes obstáculos para su aplicación a determinados ámbitos penales, entre los que destacan, obviamente, los delitos imprudentes. Desde un principio la doctrina manejó aquí otro concepto de autoría —especialmente incorrecto, por cierto, el inicial, que era meramente causal (13)— por lo que existe una práctica coincidencia doctrinal en la actualidad en considerarlos excluidos del ámbito comprensible por el dominio del hecho (14). Más discutido se presenta el caso en los delitos omisivos (concretamente de comisión por omisión) en los que el dominio del hecho se maneja, en su caso, como dominio «potencial» (15); pero también, en general, en los delitos especiales propios (los de comisión por omisión lo son), en los que la autoría se hace depender de determinada cualificación personal. Al respecto es especialmente significativo el supuesto —discutido en el ámbito de la autoría mediata— de utilización de una persona-instrumento no cualificada, que, sin embargo, actúa también dolosamente. Aquí se ha llegado a forzar hasta límites extremos el criterio del dominio del hecho, que se definiría como «dominio *normativo-psicológico* del hecho» (16), es decir, que se trataría de un «dominio» en sentido jurídico-penal, cuando lo cierto es que sería más correcto renunciar a aplicar este criterio de la autoría en tales casos, tal y como se fundamenta ulteriormente.

La simple enumeración de estos problemas justifica la pretensión doctrinal de invalidar el «dominio del hecho» como criterio de validez general para la delimitación de la autoría en todos los tipos, aunque ello no impide que siga considerándose el criterio básico sobre el que construir la teoría de la autoría, por ser el general criterio de imputación al autor de los delitos dolosos, respecto al cual los demás criterios constituyen auténticas excepciones.

Piénsese —como concreción de la problemática aludida— en el siguiente supuesto, en relación a los problemas antes aludidos: 1) el intraneus *no evita* que un extraneus actúe delictivamente y con dolo contra el objeto material respecto al que el intraneus tiene un deber de garante. Se trata, pues, de un caso en el que el garante omite, y el extraneus doloso (y plenamente responsable, es decir, no incapaz de culpabilidad) actúa. Pues bien, la teoría del dominio del hecho aplicada a los delitos de omisión impropia conduce a la conclusión de que el garante debe ser partícipe por

(13) Especialmente, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, II, pág. 301 (citando a H. MAYER [nota 4] y específicamente en pág. 308, donde sigue a WELZEL, aunque no recoge la evolución de su teoría).

(14) Por todos, ROXIN, *Täterschaft*, cit., 551 sigs.

(15) Por todos, en el marco del finalismo, WELZEL, *Lehrbuch*, 201.

(16) Así, p. ej., JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 927, y una parte considerable de la doctrina alemana, incluido WELZEL (*Lehrbuch*, 104, denominándolo «dominio social del hecho»); en general, cfr. JESCHECK, ob. loc., cit., nota 30. Críticamente ROXIN, *Täterschaft*, cit., 602-603.

omisión (cómplice) en el hecho, que sólo ha dominado el extraneus (17). En la doctrina española la cuestión ha sido poco discutida, pero, en resumen, puede decirse que la tesis dominante de la participación del intraneus está parcialmente asumida por Rodríguez Mourullo (aunque, como se sabe, al margen del «dominio del hecho»), ya que para este autor el garante también puede ser cómplice (18). La Jurisprudencia, por su parte, se muestra difícilmente sistematizable (19), en general, respecto al problema de la autoría en comisión por omisión dolosa.

Este ejemplo paradigmático —así como otros utilizados en la doctrina alemana (20) (donde la cuestión es especialmente trascendente, dada su regulación de la autoría, y dado el carácter dominante de la teoría del dominio del hecho)— dan fuerza al intento doctrinal de limitar el campo de aplicación del «dominio del hecho» sólo a determinados tipos penales. En resumen, pues, es preciso matizar la doble condición que se puso al principio de este trabajo para poder asumir el criterio del dominio del hecho en la autoría; por un lado es preciso matizar qué ha de entenderse por «dominio del hecho», y, por otro, en qué ámbito jurídico-penal típico es aplicable.

II. FORMAS DEL «DOMINIO DEL HECHO»

De las anteriores formulaciones se deduce un básico punto de partida: existen ámbitos delictivos típicos, en los que el criterio del dominio del hecho se muestra capaz de elaborar —frente a los intentos doctrinales objetivo-formales— una correcta teoría de la autoría penal (21). Para delimitar ese ámbito es preciso sentar, previamente, las siguientes bases:

(17) Así, la doctrina dominante en la RFA. Por todos, cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 967; críticamente, ROXIN, *Täterschaft...*, págs. 605 sigs. (607).

(18) La omisión de socorro en el Código penal, 1966, págs. 380-381.

(19) Tal y como ponen de manifiesto los ejemplos citados por GIMBERNAT, en *Introducción...*, cit., pág. 139.

(20) ROXIN utiliza también el siguiente ejemplo (JZ, 1966, pág. 295): el intraneus ordena desde América e incumpliendo su deber de administración fiel de la propiedad ajena, a un extraneus que transfiera una determinada propiedad desde Alemania al extranjero. El caso se refiere al delito del parágrafo 266 StGB (Untreue), pero ROXIN lo aplica igualmente a los de omisión del deber de socorro en casos de accidentes. Y bien, la solución al ejemplo antes reseñado desde el punto de vista del dominio del hecho sería —prosigue ROXIN— la impunidad para ambos sujetos, ya que el administrador que permanece en América no tiene el dominio del hecho y, por tanto, no puede ser autor, pero tampoco puede serlo el extraneus, porque, si bien tiene el dominio del hecho, carece, sin embargo, del deber de garante. Obsérvese que la solución no dejaría de ser insatisfactoria si el directo actuante fuese también garante, ya que, según el dominio del hecho, el otro garante sería tratado como partícipe.

(21) Como criterio general para delimitar la autoría y la participación en delitos dolosos, cfr. en nuestra doctrina, CÓRDOBA, *Notas a la traducción*

Es doctrina generalmente admitida la que entiende que existen tres formas de manifestarse el dominio del hecho: el «dominio de la *acción*», que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), es decir, más propiamente, que corresponde a la realización final (dolo) y por propia mano del tipo (22); el «dominio de la *voluntad*», que es criterio que corresponde a la autoría mediata, y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro, de tal manera que el hecho aparece como obra de la voluntad rectora del no actuante directo (23); y, finalmente, se habla del «dominio *funcional* del hecho», que es el criterio que corresponde a la coautoría, y que alude destacadamente, por tanto, al concurso de varios en la realización del hecho según división del «trabajo» o de «funciones» (24).

Por la trascendencia que éste último criterio tiene en la moderna teoría de la autoría y la participación —especialmente en nuestro derecho, que se enfrenta con serios problemas de delimitación de la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad— es preciso detenerse en el estudio más detallado de este concepto de «dominio funcional del hecho» (25).

Interesa destacar, al respecto, que este criterio se define como «funcional» porque alude, precisamente, a la parcial realización del hecho típico por varios participantes. Sin embargo, es necesario dar contenido a esa expresión de «realización del hecho», teniendo en cuenta las premisas señaladas anteriormente en relación al término «realización del tipo». Al respecto puede servir la siguiente formulación, que puede considerarse como ampliamente aceptada en la doctrina actual: «La forma adecuada de la distribución de funciones, puede poner de manifiesto en la coautoría que también una aportación al hecho, *que formalmente no se incluye en la acción típica*, basta para ser penada como autoría:

del Tratado de Derecho penal, de Maurach, II, 310, que se refiere al «dominio del acto», como criterio ontológico, y CEREZO, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en *Welzel-Festschrift*, 1977, 635 sigs. (publicado también en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, págs. 162 sigs.), aunque este autor pretenda conciliar esta teoría con la objetivo-formal, en determinados supuestos. (Cfr. ob. ult., cit., pág. 165, nota 11). Sobre sus diferencias con CÓRDOBA, cfr. infra.

(22) Cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 527 y 587 sigs.

(23) La formulación contenida en el texto está muy matizada: no equivale a una definición de la autoría mediata sólo en base al dato, fundamentalmente objetivo, de la simple relación de sumisión del ejecutante-instrumento, si bien no se desconoce que esta relación de dependencia resulta esencial (como relación de dependencia meramente mecánica lo entiende, sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 817 siguientes (esp. 820). La tesis mantenida en el texto no equivale tampoco a una *exclusiva* conformación de la autoría mediata por equiparación *valorativa* con la autoría directa (así, por ejemplo, JESCHECK).

(24) JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 899.

(25) Respecto al «dominio de la voluntad» en la autoría mediata, más detenidamente en infra, en relación a la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO.

tiene que tratarse de una parte necesaria de la realización del plan total, en el marco de una división del trabajo» (26).

Es decir, que no se alude a una realización compartida de actos de ejecución de la acción típica, sino a que varios *comparten el dominio del hecho en la fase de su realización (ejecución)*. Se trata, pues, de un «co-dominio del hecho» (*Mittatherrschaft* o *Mitherrschaft*). O, dicho en términos de ROXIN: «... se presenta como co-realización, según división del trabajo, en la fase de ejecución» (27). Se confirma así, de forma especial, la tesis antes aludida de que resulta demasiado estrecho el entendimiento de la «realización del tipo» como ejecución directo-corporal de la acción típica, pero no por ello hay que «difuminar» los límites de la coautoría de tal manera que pudiesen caber dentro de ella los actos preparatorios o de preparación del hecho típico (28).

La cuestión tiene una especial trascendencia para calificar la conducta del organizador del plan delictivo (el «jefe de la banda»), que, sin embargo, puede reservarse una parte no ejecutiva en la realización efectiva del hecho (29). Es sabido que esta cuestión es una de las que incitó a la nada deseable doctrina del «acuerdo previo» en la jurisprudencia española, con la pretensión, precisamente, de incluir a estos «cooperadores» o «preparadores», según los casos, entre los que habrían de considerarse «autores», dentro del artículo 14 C. p. Y, si bien es cierto que no siempre este acuerdo previo concluía en la aplicación del núm. 1 del artículo 14, no es menos cierto que también esta vía ha sido utilizada por la Jurisprudencia (30), junto a las demás del artículo 14.

Pues bien, no cabe duda de que esta teoría jurisprudencial es incorrecta en cuanto teoría sobre la autoría y la participación delictivas (31), pero tampoco cabe duda de que la insuficiencia

(26) JESCHECK, *Tratado*, II, 899, de acuerdo con ROXIN, *Täterschaft*, 275 siguientes.

(27) ROXIN, *Täterschaft*, 527.

(28) Con razón, ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 280, 294-295; CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 176-177.

(29) Es preciso diferenciar, porque así lo ha hecho, con razón, la doctrina, los supuestos en los que el organizador no sólo es el organizador en fase previa, sino que también «dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia», en cuyo caso debe afirmarse la posible coautoría (cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 292 sigs.; CEREZO, *Problemas...*, cit., pág. 177), de aquellos otros casos en los que la labor de organización no se actualiza en la fase de ejecución, en cuyo caso no puede hablarse de coautoría. Cfr. infra. Todo esto se dice con independencia, por ahora, del problema de las actuaciones por orden de los denominados «aparatos organizados de poder» (*organisatorische Machtapparate*). Por lo demás, la opinión de CEREZO sobre estos supuestos del «jefe de la banda», parece, como se ha dicho, correcta, pero resulta difícilmente compatible con su anterior asunción de la teoría objetivo-formal (ob. cit., pág. 165, nota 11).

(30) Especialmente clara, la crítica, al respecto de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, págs. 829 sigs.

(31) Por todos, cfr. GIMBERNAT, *Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo*, en ADPCP, 1966, págs. 13 sigs.

del artículo 14 1 C. p. —interpretado en sentido objetivo-formal— para abarcar cómodamente los casos del «organizador», puede considerarse causa directa de la precitada doctrina jurisprudencial (32). En este sentido, el criterio del dominio funcional del hecho constituye una alternativa dogmática que debería tomarse en cuenta a la hora de resolver esos problemas (33). Repárese en que este criterio —que exige la co-realización del hecho en fase ejecutiva— puede resolver gran parte de los casos que afectan al «organizador». No es cuestión de desviar este estudio hacia los específicos problemas de la coautoría, pero sí es preciso destacar que la doctrina se halla dividida en torno al alcance que le corresponde a este «dominio funcional del hecho», aunque, en todo caso, debe quedar claro que no acoge nunca a los meros preparadores del hecho. La razón de ello no es —como pudiera pensarse— que tales sujetos no realizan actos de ejecución de la acción típica y, por tanto, no pueden ser coautores (cuestión que ya ha sido criticada anteriormente), sino que «no puede decirse que alguien que sólo ha actuado preparando el hecho pueda «dominar» realmente su transcurso. Por el contrario, dicho «preparador» depende para la realización del hecho de la iniciativa, las decisiones y la confirmación del hecho del que actúa directamente, si es que éste actúa libre e independientemente» (34). Es preciso, por eso, que la función directiva u organizadora se actualice en la *fase de ejecución*. De aquí se deduce que es fundamental que el «organizador» manifieste su labor de «dirección» en la fase de realización (ejecución) (35). La opinión no es pacífica: una parte de la doctrina ha destacado que el que «planea el hecho delictivo, en cuanto organizador de su realización, «crea» el propio transcurso del mismo, y con ello se hace cargo ya del dominio del hecho» (36). Con esta tesis se relativiza, por extensión, el criterio —también válido para esta doctrina, sin embargo— de que el dominio del hecho en la coautoría ha de constatarse en la fase de realización o ejecución del mismo.

A mi entender, sin embargo, no es preciso «ampliar» en tales

(32) Tal y como reconoce, por lo demás, la propia Jurisprudencia (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 837).

(33) El Proyecto 1980 de C. p. y también el de 1983 resuelven positivamente el reconocimiento de la autoría mediata, pero reproducen, por lo demás, el vigente art. 14 C. p.

(34) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., pág. 294.

(35) Así, también, CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 176-177, aunque tal y como se señaló en nota anterior, utiliza indistintamente los términos de «tomar parte en la realización del hecho» —en el sentido de la T.ª de dominio del hecho— y «realizar actos ejecutivos» —en el sentido de la T.ª objetivo-formal.

(36) Así, WELZEL, *Lehrbuch*, pág. 110; de acuerdo, JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 944, aunque muy confusamente: «No basta por sí sola una cooperación en la preparación del hecho, ya que no supone todavía la función de ninguna parte del dominio del hecho. Quien, en cambio, asume la planificación y la organización del hecho configura su desarrollo y participa así, en el dominio del hecho». En el mismo sentido, STRATENWERTH, *AT*, I, pág. 228.

términos el dominio funcional del hecho para dar cabida al organizador entre los coautores, cuando efectivamente sea un coautor: en numerosos casos el «organizador» sigue «dirigiendo» la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de «ejecución» en sentido objetivo-formal (lo que, sin embargo, también es ciertamente pensable como hipótesis frecuente), por lo que su dominio funcional del hecho queda actualizado en la fase de ejecución, y no existiría inconveniente teórico ninguno para ordinarle, por tanto, entre los coautores. Ahora bien, si la labor de «organización» no se ha actualizado ni siquiera como «dirección de la ejecución», es preciso seguir restringiendo el ámbito de la coautoría, de manera que no termine confluyendo en la genérica imputación del hecho a título de coautor al mero «organizador-preparador», es decir, a quien realiza actos preparatorios.

Esta extensión de la coautoría equivaldría a reconocer en el fondo el argumento del «acuerdo previo», aunque se pudiese seguir disputándole a la Jurisprudencia la concreta ubicación o subsunción del supuesto dentro del artículo 14 C. p.

Por eso, Roxin exige —frente a esta extensiva opinión doctrinal— bien la «dirección de la ejecución», en los términos señalados, o bien el «aseguramiento» de su realización mediante su presencia en el lugar del hecho (37). Y es que, en efecto, por mucho que se quiera forzar el instituto de la coautoría, ésta no puede llegar nunca a abarcar a quienes, en realidad, no son coautores, aunque su labor sea desvalorable penalmente —aspecto éste que nadie discute, y para lo que el derecho penal puede recurrir a distintas figuras jurídicas de extensión de la penalidad del autor, sin que ello interfiera en la cuestión de que el «organizador» que no actualiza su función en fase ejecutiva no domina funcionalmente el hecho, y, por tanto, no es coautor del mismo.

Esta tesis encuentra una especial resistencia cuando se trata de analizar los supuestos delictivos en los que intervienen «aparatos organizativos de poder» (organisatorische Machtapparate). En tales casos el hombre de atrás dispone de un aparato personal con cuya ayuda puede realizar sus delitos, que no dependen, por tanto, de la decisión autónoma del ejecutor o ejecutores. Normalmente la doctrina alemana alude, en estos casos, a organizaciones estatales, como las que generó el nacional-socialismo. Pero nada impide implicar en esta problemática a determinadas organizaciones armadas no estatales y con fines delictivos (38).

Roxin (39) entiende que en estos casos concurre una autoría mediata, por poderse constatar un auténtico «dominio de la voluntad» por parte del sujeto que actúa tras o desde su mesa del

(37) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 280 y 299; sobre el problema de los «aparatos organizados de poder», cfr. págs. 242 y sigs.

(38) Cfr. recientemente ALVAREZ-COBOS, *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho penal*, en *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 68, 1983, págs. 175 sigs. (nota 25).

(39) *Täterschaft...*, cit., págs. 242 sigs.

despacho; dominio que se ejercería, precisamente, sobre el indeterminado ejecutor de sus órdenes, que, sin embargo, es plenamente responsable.

Pero la doctrina dominante —si es que de doctrina dominante puede hablarse en esta materia— prefiere encuadrar estos supuestos entre los de coautoría, por entender que «el sujeto que permanece en la «central» es —precisamente porque domina la organización— «coautor» (40). Como puede observarse, la tesis mayoritaria implica que se admite la coautoría, aunque el sujeto no haya actualizado su función dirigente en la fase de ejecución, y, en este sentido, la presente tesis está en abierta oposición con la anteriormente vista de que el dominio funcional del hecho —y, por tanto, la coautoría— implica dicha actualización en fase ejecutiva.

A mi entender, quienes admiten la tesis del instrumento doloso no cualificado como supuesto de autoría mediata aplicable también a los delitos especiales impropios (41) [lo que implica que coexistan un autor mediato del delito especial (intraneus), y uno directo del delito común (extraneus)], quienes admiten esto —decía— también deben admitir la posibilidad de que el «hombre de atrás», que actúa desde la mesa del despacho en el seno de un «aparato organizativo de poder», se constituya en autor mediato cuando ordena la ejecución de un determinado delito en el convencimiento de que «alguien de la organización» actuará como ejecutor directo automáticamente. Este —si es plenamente responsable— será autor directo del correspondiente delito, y aquél —el hombre de atrás— será autor mediato. Pero incluso si, como considero correcto, no se admite dicha tesis, parece claro que —más que un «dominio funcional del hecho»—, lo que dicho hombre de atrás ejerce es un «dominio de la voluntad» del autor directo «indeterminado», a través del aparato organizativo de poder. Repárese finalmente, en que muchas veces será muy difícil construir la inducción en estos casos (42), ya que el hipotéticamente inducido será un «omnimodo facturus». Ciertamente no en todos los casos podría hablarse de que quien recibe la orden es un «omnimodo facturus», y, entonces, podría entenderse la conducta del «hombre de atrás» como de inducción. Ante ambas posibilidades creo preferible la de la autoría mediata porque el que da la orden en el seno de dichas «organizaciones» domina la voluntad: más que inducir, es decir, participar accesoriamente en el hecho de otro, domina su voluntad a través del aparato de poder. Piénsese que, en estos casos, el ejecutor es, efectivamente, «fungible»: si no lo hace uno, lo hará otro miembro de la organización.

Tras estas precisiones en torno a los distintos contenidos que en la doctrina penal —fundamentalmente en la alemana occiden-

(40) Por todos, JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 928.

(41) Cfr. MIR, *Adiciones*, cit., pág. 935.

(42) Ni siquiera como «inducción mediata».

tal— recibe el concepto del «dominio del hecho», se impone un segundo nivel de delimitación referido, ahora, a su ámbito típico de validez.

III. AMBITO DE VALIDEZ DEL DOMINIO DEL HECHO.—TEORIA DE ROXIN SOBRE LOS DENOMINADOS «DELITOS DE LESION DE UN DEBER ESPECIFICO» (PFLICHTDELIKTE), LOS «DELITOS PROPIOS DE PROPIA MANO» (ECHTE EIGENHANDIGE DELIKTE), Y SOBRE LOS DELITOS IMPRUDENTES (43). TESIS DE CORDOBA Y CEREZO

De la mano de los ejemplos puestos anteriormente —referidos a la comisión por omisión y otros delitos especiales se dedujo entonces una primera aproximación a la necesaria restricción del ámbito de los tipos a los que podía extenderse la tesis del «dominio del hecho»; ámbito del que quedaban excluidos los delitos imprudentes y los omisivos, entre otros delitos. Pero, ahora, es preciso sistematizar las constelaciones jurídicas a las que se refiere esta limitación, para evitar una «desperdigada» teoría de la autoría —defecto éste que es origen, como se sabe, de la tradicional inseguridad jurisprudencial en este terreno.

Al respecto, observa Roxin (44) que existe una categoría de delitos —una determina clase de tipos penales— en los que el criterio del dominio del hecho no conduce a soluciones satisfactorias; por restringir innecesariamente el ámbito de la autoría y

(43) Es preciso remarcar la diferencia existente entre estas tres categorías típicas en la teoría de ROXIN más reciente. En efecto, en la 3.^a edición de su «Täterschaft und Tatherrschaft» (1975) suprime ROXIN el capítulo que en las anteriores ediciones le había dedicado a los delitos imprudentes, porque deja de considerarlos ya como «Pflichtdelikte», ya que la infracción del deber la comparte el tipo imprudente con los demás tipos: el deber de cuidado no responde a una especificidad en el deber, sino a una exigencia general del Derecho penal. Por lo demás entiende este autor que cuantos problemas se pueden plantear al respecto constituyen problemas de imputación objetiva, más que de autoría específica, por lo que su giro teórico no supone, ni mucho menos, dejar irresueltas las cuestiones que hasta entonces solucionaba en el marco de la investigación de la autoría (cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 1975, 602, en estrecha relación con *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal e Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, fundamentalmente, ambos en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 128-148 y 149-180, respectivamente). Resulta especialmente necesario tener en cuenta este «cambio» de la t.^a de ROXIN a la hora de analizar la t.^a de RODRÍGUEZ MOURULLO sobre el dominio del hecho en la autoría mediata imprudente (*Comentarios*, I, 817 sigs., esp. notas 71 y 73 [págs. 819 y 821], ya que la referencia a la t.^a de ROXIN allí recogida se refiere —lógicamente (los *Comentarios*..., datan de 1972)— a la antigua tesis de ROXIN sobre los delitos imprudentes. Por lo demás, no siempre es exacta la traducción de «Pflichtdelikte» como «delitos consistentes en la infracción del deber». Por eso he preferido aludir a «delitos de lesión de un deber específico».

(44) Especialmente concreto al planteamiento de ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., pág. 293.

llevar a consecuencias igualmente insatisfactorias en el de la participación. Esto es lo que, según este autor, sucede: 1) en los «delitos de lesión de un deber específico» (Sonderpflichtverletzung, en cuya categoría quedan incluidos los delitos «comisivos de deber» (Begehungs-Pflichtdelikte) y los hechos omisivos; 2) en los «delitos propios de propia mano», que pueden considerarse independientes de los delitos de deber específico, a efectos de autoría; y 3) en los delitos imprudentes, en los que no existe un criterio específico de imputación al autor, y, por tanto, tampoco el del dominio del hecho; en estos delitos el criterio es general, a saber, la infracción del deber (objetivo) de cuidado. En todos estos delitos la figura central del tipo —que es el autor— no debe definirse por el «dominio del hecho», es decir, que no son «delitos de dominio (Herrschaftdelikte)». Según esto, existen las siguientes categorías fundamentales, a efectos de determinación de la autoría y la participación: los tipos de «dominio del hecho», los de «especial situación de deber» y los «propios de propia mano», además de los imprudentes. El dominio del hecho constituye, ciertamente, el criterio general de autor en todos los delitos dolosos en los que no deban entrar en juego los otros criterios alternativos. En estos últimos delitos —en los que el legislador destaca, bien una especial cualificación típica a través de un deber específico, o bien una específica situación de reprochabilidad para el autor, con independencia de la lesión o peligro de un bien jurídico, es, precisamente, esa especificidad la que determina la autoría, y de la que dependerá, por tanto, la participación. No vale aquí, por tanto, el «dominio del hecho».

Delitos de deber específico

De lo anterior se deduce, obviamente, una nueva clasificación de los delitos que es preciso aclarar más. Así, por ejemplo, serán «delitos de deber específico» los especiales propios, destacadamente los delitos del cargo (Amtsverbrechen), o los omisivos —destacadamente los de comisión por omisión, dado que el deber de garante los convierte en especiales propios (45); pero también el específico tipo de huida (no socorro) del lugar del accidente causado (46), perfectamente diferenciable de los anteriores—; o, también, los basados en un deber específico de fidelidad. En tales casos o tipos, no es autor quien domina el hecho, sino ya quien lesiona el deber específico extra penal realizando el resultado. Es decir, que «la realización del resultado por quien está específicamente obligado por un deber fundamenta la autoría, incluso si le falta el dominio del hecho al obligado por el deber» (47).

(45) Así, ya WELZEL, *Lehrbuch*, pág. 208.

(46) Si se destaca especialmente este tipo es por ser muy importante en las argumentaciones de ROXIN en torno a la posibilidad de participación en hecho no doloso, tesis ésta, como se sabe, reiterada en sentencias TS.

(47) ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., 296.

Esta elaboración sistemática es especialmente relevante si se la aplica a la resolución de los complejos problemas que suscita en la doctrina y praxis penales la «utilización» por el «intraneus» de un «instrumento doloso no cualificado», con la pretensión de deducir la posible autoría (mediata) del citado «intraneus». Si se sigue la doctrina del dominio del hecho la existencia de dolo en el extraneus actuante directo debe implicar su asunción del dominio del hecho, y sólo recurriendo a la poco convincente y forzada elaboración del «dominio normativo-psicológico o social del hecho» se puede pretender que este dominio lo tenga también el intraneus no actuante directo. Se dice, entonces, que el intraneus domina «jurídicamente» el hecho, lo que equivale a afirmar que, en realidad, no lo domina en absoluto, o mejor, que en realidad lo domina otro, pero el Derecho hace que lo «domine» el intraneus también. Se trata, pues, de una ficción todavía ampliamente aceptada en la doctrina penal alemana, aunque ya no sea dominante, ni tan siquiera mayoritaria (48). Si se aplicase, sin embargo, la teoría de Roxin habría que deducir que el intraneus aparece como autor siempre que (en cuanto que) infringe su deber específico extrapenal, y esto es, precisamente, lo que ocurre, también, cuando utiliza a un instrumento doloso no cualificado: aquí el intraneus será autor mediato, por tanto (49). Esta regla sólo podrá quebrar, evidentemente, cuando el tipo no admita la autoría mediata, es decir, en los delitos de propia mano, pero esto supone un retorno a la teoría general de la autoría mediata en puntos sobre los que no existe polémica.

Además de la efectividad en el marco de la autoría mediata, se puede constatar también el efecto positivo de la tesis anterior en el ámbito de los delitos de «comisión por omisión», que son auténticos «pflichtdelikte», en la teoría de Roxin, o —siguiendo a la terminología de Welzel— *delitos especiales propios* (50). En estos tipos, cometidos por omisión, el garante que omite (es decir, que no cumple su deber de garante) será siempre autor, aunque concurren en el hecho otros actuantes dolosos (activos), cualificados o no (51). La opinión mayoritaria remite, sin embargo, tales casos a la participación (complicidad) del intraneus omitente (52).

(48) Cfr. supra, nota 16.

(49) Cfr. MIR, *Adiciones*, cit., págs. 934-935.

(50) LEHRBUCH, 207 sigs.; de acuerdo, JESCHECK, *Tratado*, II, 855.

(51) La problemática se presenta distinta cuando el garante omite, pero en relación a la específica problemática del instrumento «incapaz de culpabilidad». Existe polémica doctrinal sobre si el enfermero de un sanatorio psiquiátrico que no evita que un enajenado —interno— agrede a otro, es autor mediato o bien autor directo por omisión del delito resultante. Parece especialmente atendible la opinión que defiende esta última alternativa. Sobre esta problemática —sólo tangencial con el tema del texto—, cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 931, nota 47.

(52) Cfr. supra, nota 17; es dudosa la posibilidad de complicidad (o cooperación necesaria) por omisión: cfr. ANTÓN ONECA, *PG*, págs. 424 sigs.; MIR, *Adiciones*, cit., págs. 976-977.

Según la teoría de Roxin, por el contrario, la complicidad sólo debe venir al caso precisamente cuando el tipo no puede realizarse por omisión, es decir en los delitos de propia mano y en los de apoderamiento activo (Zueignungsdelikte) (53).

Estas conclusiones de Roxin —y concretamente ahora la referida a la comisión por omisión— sólo es posible, naturalmente, si se abandona el criterio del «dominio del hecho», como definitorio de la autoría en este ámbito. La opinión mayoritaria en Alemania, por el contrario, al seguir utilizando aquí la tesis del dominio del hecho (movida por un estricto paralelismo entre comisión por omisión y comisión activa del hecho típico) se ve forzada a admitir sólo la complicidad del garante que omite, ya que sólo el actuante concurrente asume el dominio del hecho, entendido ahora como «dominio de la acción». Político-criminalmente, sin embargo, no se ven las razones por las que ese intraneus no ha de ser tratado como autor, cuando, precisamente, su situación de garante le coloca en una específica relación con el derecho penal. Otra cosa es que se discuta, en general, la doctrina de la comisión por omisión, lo que parece correcto. Pero una vez admitida ésta, la coherencia de la solución de Roxin parece difícilmente discutible.

La doctrina española se ha mostrado renuente a esta tesis, tanto en relación al instrumento doloso no cualificado, como a la más general de los «delitos de deber específico» (54). Respecto al «instrumento doloso no cualificado» —auténtico eje de la teoría alemana sobre autoría y participación en delitos especiales— esta orientación doctrinal española dibuja una tendencia inversa a la que es observable en la doctrina y praxis alemanas: en tanto que allí se ha buscado la forma de fundamentar la autoría mediata del intraneus, en la doctrina española (55) sin embargo, ha preocupado más la definición del punto de referencia de la *participación* del intraneus, centrándose la polémica en las distintas formas de defender o atacar la unidad del delito o la ruptura del título de imputación. Así, por ejemplo, ha sido rechazada la teoría del instrumento no cualificado por Gimbernat, que, al igual que Quintero, remite la solución de estos casos a la participación del intraneus (o del extraneus) en el hecho típico del autor principal, en sentido estricto (56), para hacer intervenir ulteriormente las agravantes o atenuantes correspondientes a la existencia, o no, de la específica relación personal de deber. Pero también la ha rechazado Rodríguez Mourullo, quien piensa que el supuesto «instrumento» doloso,

(53) *Täterschaft...*, cit., págs. 605 sigs. En sentido similar al suyo analiza ROXIN las tesis de Grünwald, Armin Kaufmann, Rudolph, Stratenwerth, Herzberg y Wagner.

(54) *In extenso*, infra.

(55) Con la notable excepción (reciente) de MIR, *Adiciones*, pág. 933.

(56) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1966, cit., 291 sigs.; el mismo, en *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, en ZStW, 1968, 942-943; QUINTERO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, 49 y 65 siguientes.

por ser doloso, impide la autoría mediata del intraneus, que sólo puede ser partícipe (57) en hecho ajeno, aunque reconoce lo insatisfactorio de esta solución, *ya que, en efecto, el problema se agudiza, cuando la acción ejecutiva del «extraneus» —en un delito especial propio (Pflichtdelikt)— no puede ser reconducida a un delito «común», por lo que tendrían que quedar impunes tanto el intraneus como el extraneus.*

Si se piensa, sin embargo, con Roxin, que la participación en estos delitos se define paralela, accesoria y negativamente respecto a los tipos delictivos de autoría, es decir, que será partícipe, respectivamente, quien —sobre la base de la naturaleza del delito en cuestión, a efectos de autoría— toma parte en el hecho ajeno, bien «sin dominio del hecho» (en los tipos de dominio del hecho), bien «sin infracción de deber específico» (en los delitos de deber específico), o bien «sin la propia mano» (en los propios delitos de propia mano)— si se tiene en cuenta esto, decía, y se recuerda su teoría de que el intraneus es autor siempre que infringe su deber, se podrá comprender que la conclusión, en los casos que nos ocupan, será la afirmación de la autoría (mediata) del «intraneus» y la participación (complicidad) del extraneus (58), siempre que el tipo no exija ser realizado por propia mano.

Pero, si la tesis del «instrumento doloso no cualificado» es francamente minoritaria entre nosotros —a pesar de lo satisfactorio, a mi entender, de estas soluciones—, tampoco la tesis central de los «Pflichtdelikte» (el intraneus es autor en cualquier caso, por infringir su deber específico) ha sido bien recibida por la doctrina española, aunque algunos autores contrarios a ella la admitan en determinados tipos penales de «deber», como los relativos a la infidelidad en la custodia de presos (art. 362 C. p.), o la violación de secreto por funcionario público (art. 367 C. p.) (59). A mi entender, este parcial reconocimiento equivale a la aceptación del argumento básico de Roxin de que cuando el tipo es de deber específico la mera infracción del deber fundamenta la autoría. A partir de este reconocimiento, siquiera parcial, la divergencia es, fundamentalmente, cuantitativa.

Delitos propios de propia mano

Si bien resulta indiscutible que una nota característica de los delitos de propia mano es la restricción del modo de ejecución de la acción típica a la «corporal» o «personal», realizada por determinados sujetos circunstancial o personalmente cualificados jurídico-penalmente, también es preciso señalar que la especificidad de la autoría no queda suficientemente delimitada con la citada característica.

(57) En *Comentarios*, I, 809-810.

(58) Distinto respecto a los denominados «instrumentos sin intención específica (Absichtloses Werkzeug), categoría que niega RÓXIN, y que reconduce a una autoría con inducción (*Täterschaft*, págs. 341 sigs.).

Siguiendo, de nuevo, a Roxin, parecen convincentes las críticas de este autor a las más generalizadas teorías sobre los tipos de «propia mano». La interpretación de cuándo un tipo penal es de propia mano no puede basarse, en efecto, en aspectos gramaticales del texto legal, ni tampoco en si la descripción legal alude a una actividad o conducta específica —en cuyo caso el tipo penal en cuestión sería de «propia mano»— o, por el contrario, se refiere sólo a un resultado determinado —en cuyo caso no estaríamos ya ante un tipo de «propia mano». Ni tampoco puede hallarse la especificidad de estos tipos en que exigen una voluntad antijurídica especialmente intensa (algo así como la «específica energía de la voluntad delictiva» (teoría de la intensidad) (60).

En los «propios delitos de propia mano» lo que caracteriza, en realidad, al autor es, bien la forma asocial de existencia (algo así como la «personalidad»), o bien la específica amoralidad de su conducta (61). Son pocos estos tipos —cuya existencia parece, en todo caso lamentable— pero incluso contando con esta realidad cuantitativa conviene restringir al máximo su número: así, por ejemplo, no resulta convincente incluir entre ellos el delito de violación, aunque sólo fuese porque más que la amoralidad del autor cuenta la directa afectación al bien jurídico protegido (que es la libertad de autodeterminación sexual); pero sí lo son, sin embargo, el incesto (estupro incestuoso), o muchos de los relativos a la prostitución. Por eso, estos supuestos pueden compartir sólo en una determinada «parcela» la problemática de la autoría planteada por los delitos de lesión de un deber específico; comparten, en efecto, la nota común de no ser delitos de «dominio del hecho», pero mantienen toda su especificidad, que los independiza de los Pflichtdelikte, porque concurre en ellos la exigencia de que el autor actúe por «propia mano» (Eigenhändigkeit): éste será, pues, el criterio específico de la autoría, sustitutivo del «dominio del hecho» y de la «lesión del deber específico». De ello hay que deducir, obviamente, que no cabe autoría mediata en tales delitos, y que el ámbito de la coautoría está reducido a aquellos sujetos en quienes concurra el criterio señalado, que es de afectación personal específica. En los propios delitos de propia mano no se trata, por tanto, de dilucidar si es posible, o no, la coautoría, en atención a si el hecho típico es «divisible» en distintas acciones típicas, sino en atención a si los participantes reúnen la específica cualidad de la autoría.

Finalmente, y para seguir con las consecuencias de la no afectación del «dominio del hecho» a los delitos propios de propia mano, hay que tener en cuenta que aquí la participación se define en sentido negativo, es decir, por la «no propia mano» (así, por

(59) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, cit., págs. 296 sigs.; QUINTERO, *Los delitos especiales*, cit., pág. 102.

(60) Cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 402 sigs.

(61) RÓXIN, en *JZ*, 1966, pág. 297.

ejemplo, el extraneus que induce a otro a un estupro incestuoso); pero mientras que en los delitos de deber específico esa tesis sobre la participación confluye en la posibilidad de participación en hecho principal no doloso (62), no ocurre lo mismo en los delitos propios de propia mano, ya que en éstos el partícipe —es decir, el no inmerso en la «propia mano»— tiene que depender de un hecho doloso del autor «propia mano», ya que en caso de ausencia de dolo en éste, no existe tampoco injusto.

Tipos imprudentes

«El tipo imprudente comparte con el resto de los tipos penales la infracción del deber» (63). El deber de actuar cuidadosamente no es específico de una clase de autores, ni tan siquiera privativo de los delitos imprudentes. Si, por lo demás, se utiliza la idea de adecuación social como criterio inmanente a la delimitación de las conductas típicas, es decir, si se repara en que la idea de adecuación social tiene el valor de introducir la de «conformidad social» en el tipo, se habrá de reconocer, entonces, que ello refiere la imputación —con carácter general— al mandato de cuidado conformado socialmente; la lesión del deber objetivo de cuidado puede convertirse, por esta vía, en presupuesto de los delitos dolosos también, o, en palabras de Stratenwerth: «la realización de un resultado típico sólo es injusto penalmente relevante si realiza un riesgo no permitido» (64). Por eso, los tipos imprudentes no son Pflichtdelikte. Ahora bien, en estos delitos no es preciso —a diferencia de los hechos dolosos— buscar un criterio específico de imputación al autor; aquí se trata, exclusivamente, de una cuestión de imputación objetiva del resultado a la acción, perspectiva ésta que supone, como se sabe, una traslación del problema de la acción desde el terreno de la causalidad hasta el normativo de la imputación. Puede considerarse, por tanto, superada la época en que la autoría en los delitos imprudentes se consideraba como mera causación de resultados. Y debe considerarse supe-

(62) Ya que es perfectamente posible imaginarse una colaboración «sin lesión del deber específico» cuando el directo actuante (obligado por el deber específico) actúa sin dolo. En tal caso el no obligado por el deber específico no puede ser autor, por carecer de la cualificación pertinente (extraneus), pero sí partícipe. ROXIN utiliza el ejemplo del extraneus que induce al médico —mediante engaño sobre el consentimiento del paciente— a la revelación del secreto profesional. Nada debería impedir penarlo como inductor (ROXIN, *JZ*, 1966, 297-298). La solución de la participación en hechos no dolosos puede considerarse muy minoritaria en Alemania, ya por la vinculación del hecho principal doloso al finalismo (Welzel, Lehrbuch, 113), ya por la ubicación del dolo en el tipo, pero al margen de la doctrina finalista de la acción (así, GIMBERNAT, *Introducción*, cit., 148), o bien, finalmente, porque sea obligado por derecho positivo, tal y como ocurre en el StGB (parágrafos 26 y 27), que exige que el hecho principal sea doloso.

(63) Stratenwerth, Lehrbuch, 1976, AT, I, 313 (Rdn 1152).

rada esta interpretación incluso en Derecho penal español, donde es notable la evolución doctrinal y jurisprudencial tendente a considerar la infracción del deber objetivo de cuidado como contenido del injusto de tales delitos (65), de lo que se deduce que la prohibición penal no se refiere (en Derecho penal español tampoco) a meras causaciones de resultados, sino a aquellas que son consecuencia, precisamente, de infracciones objetivas del deber de cuidado o diligencia (66). Y este criterio típico está unido, a su vez, a la cuestión de la realización del riesgo, es decir, a la imputación, más que a la causación del resultado. La autoría no recibe, pues, un contenido *extensivo* (causal) en la imprudencia, frente al restrictivo de los delitos dolosos (67). Es esta una opinión que se ha mantenido erróneamente por determinados finalistas —como Maurach (68)— respondiendo a una concepción nada evolucionada del injusto imprudente, es decir, de la «finalidad» en la imprudencia (específico desvalor de la acción), entendida como «finalidad potencial» (69), es decir, como «causación evitable mediante una actividad finalista».

Por eso resulta útil deshacer la visión que ofrece del dominio del hecho su interpretación «ontológica» (70), es decir, aquella que deduce y hace depender el dominio del «acto» del concepto prejurídico de acción. Esta interpretación trata, en consecuencia, la cuestión de la autoría en sede de acción y, a través de ella, de injusto típico. Aunque son muchas las consecuencias perturbadoras que se deducen de esa orientación finalista ontológica, considero especialmente grave la que influye en ese concepto «extensivo» de autor en los tipos imprudentes.

En nuestra doctrina asume esta orientación del «dominio del hecho», Córdoba —siguiendo a Maurach— (71), para quien el punto de partida es que si «autoría es realización del acto propio» resulta inevitable acudir al concepto de acción para decidir el

(64) Lehbuch, AT, I, 120 (Rdn 348).

(65) GIMBERNAT, *Introducción*, cit., pág. 127, con amplias referencias.

(66) GIMBERNAT, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 97-98, nota 40; CEREZO, en *Welzel-Festschrift*, cit., 645.

(67) Con razón, CEREZO, en *Problemas...*, cit., pág. 171.

(68) *Tratado*, II, pág. 301; Críticamente frente a Maurach, Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, 812 sigs.

(69) Críticamente, en nuestra doctrina, Cerezo, *Problemas*, pág. 171.

(70) Tampoco la exigencia de que el hecho principal tenga que ser doloso debe deducirse de este condicionamiento «ontológico», sino de la justeza político-criminal de que el dolo esté en el tipo, lo que, si bien tiene que ver con la naturaleza personal del injusto —a mi entender— no tiene por qué vincularse a la naturaleza de la acción. La antes señalada opinión de Roxin, que conduce a la posibilidad de participación en hecho no doloso es —a mi entender— poco afortunada (además de minoritaria y prohibida en el derecho alemán), pero no por ello queda invalidada su crítica (cfr. *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, págs. 89 sigs.).

(71) CÓRDOBA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de Maurach*, 1962, II, págs. 309-312.

criterio delimitador del autor. Esto conduce a la diferenciación en el plano «ontológico» entre la autoría del delito doloso y la del imprudente. Ahora bien, al restringirse en éste último la autoría a la causación del resultado se termina confluyendo en un concepto extensivo, contrapuesto al restrictivo de los delitos dolosos.

Precisamente en esta contradicción se basa Rodríguez Mourullo para realizar su crítica a la teoría del dominio del hecho en el concreto ámbito de la autoría mediata, de la misma manera que lo hiciera antes Rodríguez Muñoz —aunque refiriéndose éste a la crítica global de la «finalidad» potencial y del injusto imprudente en Welzel (72).

No es preciso —casi— recordar que esa concepción del delito imprudente y de su autoría, por tanto, corresponde a una fase de la teoría finalista superada por el propio Welzel; fase en la que todavía analizaba el injusto imprudente de forma fundamentalmente condicionada por el factor del «resultado». Incluso la tesis de la finalidad potencial en la imprudencia obedecía a esa excesiva fijación en el «resultado», que, sin embargo, había sido ampliamente superada ya en el marco de los delitos dolosos (73). Sin embargo, tras la impecable crítica interna de Niese (74) el finalismo abandonó el criterio de la «finalidad potencial» en la imprudencia, y elaboró una doctrina atenta a la infracción del deber de cuidado, es decir, al desvalor de la acción. De todo esto se deduce que, si bien existen obvias especificidades entre la autoría dolosa y la imprudente que imposibilitan la aplicación del «dominio del hecho» a esta última—, no es menos cierto que puede considerarse definitivamente infundamentado el intento de seguir criticando el criterio del «dominio del hecho» porque supuestamente descansa en un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes (75).

Con Cerezo hay que decir que la tesis ontológica de la autoría resulta inmanente actualmente, tras la constatación de que se trata de una cuestión delimitable sólo en sede de injusto típico.

Lo que ocurre —como se dijo— es que la imputación al autor no se basa en criterios específicos de autoría en los delitos imprudentes —frente a lo que sucede en los dolosos— sino que se consume en la genérica investigación de la imputación al tipo, lo que, como es sabido, es algo muy distinto a la mera investigación de la relación de causalidad (76). Es decir, que a priori habrá que

(72) «La doctrina de la acción finalista», 2.ª edic., 1978, págs. 128 sigs.

(73) WELZEL, *Lehrbuch*, 129.

(74) Finalität, Vorsatz, Fahlässigkeit, 1951, 52 sigs.

(75) Sin razón, por tanto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, págs. 812 siguientes; críticamente, CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 171 sigs.

(76) Específicamente, es decir, en relación concreta con el tema de la autoría en delitos imprudentes, así lo reconoce ROXIN en la 3.ª edición de su *Täterschaft...*, cit.

No es posible entrar aquí en más detalles sobre el problema de la imputación objetiva en la imprudencia y la tª del incremento del riesgo (cfr. ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos*, cit., págs. 149 sigs.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del*

descartar el criterio del dominio del hecho (*en cualquiera de sus formulaciones*) para la comprensión de la autoría imprudente, siendo, por el contrario, definitorio el punto de vista de la «realización evitable del riesgo no permitido» (77). Autor es, pues, en el delito imprudente «todo aquel que, lesionando el cuidado necesario en el tráfico, contribuye a la realización del tipo, para lo que hay que tener en cuenta que, ya que no se trata de delitos de mera causación de un resultado, habrán de realizarse también los elementos de la acción, para ser punible» (78). No existe diferencia, pues, entre autor y partícipes en el delito imprudente. La autoría es, ya, infracción del deber en el sentido del tipo (79): todo el que infringe el deber de cuidado —inconscientemente o conscientemente— es autor (80).

Antes se ha recalcado que no es válido el «dominio del hecho» *en ninguna de sus formas* en los delitos imprudentes. Tampoco, pues, entendido como «dominio (*mecánico*) de la voluntad» a efectos de afirmar la posibilidad de autoría mediata imprudente, como pretende Rodríguez Mourullo (81). También es preciso señalar, antes de entrar en polémica al respecto, que hoy ya no es posible defender la tesis diferenciadora entre autoría y participación en los delitos imprudentes, o de la autoría mediata en los mismos, en base al argumento de que se trata de delitos de deber específico, una vez reconocido que la especificidad de infringir un deber la comparte la acción imprudente con cualquier conducta típica, por lo que no es posible su asimilación a los delitos especiales. Es preciso, pues, retomar el señalado amplio —pero clarificador— terreno de la imputación: sólo la realización del riesgo, en relación a la infracción del deber objetivo de cuidado, marcará los límites de la autoría en estos tipos.

IV. CRITICA A LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

i. Tesis de Rodríguez Mourullo.

A mi entender no es desacertado decir que toda la crítica de este autor gira en torno a la incompatibilidad del dominio del

cargo, cit., 205 sigs.) y del «fin de protección de la norma» (cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 119 sigs.; TORIO, *Versari in re ilícita y delito culposo*, en *ADPCP*, 1976, pág. 39; ROXIN, —más restringidamente—, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos*, cit., 181 sigs.).

(77) STRATENWERTH, *Lehrbuch*, 1976, pág. 312.

(78) JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 900.

(79) En favor de la diferenciación, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 814 sigs., y Jurisprudencia por él citada, en todo caso con carácter minoritario (cfr. G. MBERNAT, *Introducción*, cit., pág. 128); también, MIR, *Adiciones*, II, página 914.

(80) En tanto que la «participación imprudente» en hecho doloso es autoría accesoria.

(81) *El autor mediato en derecho penal español*, en *ADPCP*, 1969, pág. 480, y en *Comentarios*, I, págs. 817 sigs.

hecho con el reconocimiento —que él defiende— de «autoría mediata imprudente» de un hecho no doloso, ni imprudente, del «instrumento» (82). Incluso se podría decir que su opinión favorable a la diferenciación entre autoría y participación en la imprudencia depende de la tesis anterior.

Centrando, pues, la atención en la crítica que se deduce del reconocimiento de la posibilidad de «autoría mediata imprudente» la tesis de Rodríguez Mourullo no parece compatible. En esencia consiste en partir de un concepto restrictivo de autor (en todo caso), que debe conciliarse con el reconocimiento específico de la autoría mediata (para lo que somete a crítica la mecánica equiparación entre «realización del tipo» y «ejecución física (directo-corporal)» pero sin reconocer, por ello, la teoría del dominio (doloso) del hecho (83).

A mi entender, sin embargo, lo que hace Mourullo es aplicar una peculiar teoría del dominio del hecho, tanto a los hechos dolosos como imprudentes. En efecto, de la anterior síntesis se deduce un concepto restrictivo de autor, que se define por la realización del tipo, lo que equivale a remitirse al concepto de autor como «dominante del hecho» para así poder dar cabida al autor mediato (84).

a) *El dominio «no doloso» del hecho.*

Ahora bien, ese «dominio del hecho» se convierte en «peculiar», ya que para Rodríguez Mourullo también es factible un dominio imprudente, tal y como hay que deducir de su reconocimiento de la autoría mediata imprudente. Para hacer factible esta tesis resultará imprescindible criticar la componente «dolosa» del dominio del hecho. Así, sería cierto —siempre según Rodríguez Mourullo— que «sin dolo no existe dominio del hecho», siempre y cuando se quiera significar que no existe un «*objetivo*» dominio del hecho, pero no podrá admitirse, sin embargo, si lo que se esconde tras esa afirmación es la imposibilidad de que una persona realice un hecho imprudente a través de otra que actúa como mero «instrumento» (85). Obsérvese que ello equivale a utilizar un «peculiar» concepto de dominio del hecho, y no a prescindir

(82) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, págs. 817 sigs.

(83) Recuérdese que esta *t^a* se justifica en la doctrina alemana —destacada aunque no exclusivamente— por la necesidad de acceder a una doctrina de la autoría capaz de comprender la autoría mediata.

(84) Recuérdese lo antes señalado —siguiendo a Roxin— en torno a que el abandono de la interpretación estrictamente ejecutiva (por sí mismo) del concepto restrictivo de autor, conducía inevitablemente al «dominio del hecho», para explicar la «realización del tipo» (cfr. supra, nota 11); de acuerdo, en líneas generales, con que el criterio del «dominio del hecho» es la base para la delimitación del concepto de autor mediato, GIMBERNAT, *ZStW*, 1968, página 920.

(85) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, pág. 818.

de él: «el *dominio del hecho*... es el que proviene de la relación señor-siervo de la relación, en virtud del cual lo realizado por el segundo aparece como obra del primero. Mientras subsista firme esta relación "señor-instrumento" existirá la posibilidad de una autoría mediata» (86).

Queda, pues, confirmada la tesis aquí mantenida de que Rodríguez Mourullo no puede prescindir, en realidad, del dominio del hecho, una vez admitido un concepto restrictivo, pero no meramente ejecutivo-personal, de autor, por lo que se ve forzado a complementarlo como «*relación señor-siervo*», o «señor-instrumento», a nivel de *objetiva y mecánica* dependencia, para hacerlo compatible así, ulteriormente, con su aplicación a la imprudencia.

Y, precisamente, por esta naturaleza «objetivo-mecánica» del dominio, ésta quiebra —para Rodríguez Mourullo— cuando el «instrumento» actúa a su vez, imprudente o dolosamente en relación a las «órdenes» del supuesto dominante del hecho (87).

Pues bien, no parece necesario forzar o «ampliar» en tales términos el dominio del hecho, ya que es perfectamente posible erradicar este criterio del ámbito de los delitos imprudentes, sin por ello tener que confluír en un concepto extensivo de «autor» en la imprudencia: en estos se restringe el ámbito meramente causal mediante la específica imputación objetiva del resultado a la infracción por el sujeto del deber objetivo de cuidado.

b) *Su concepción del injusto imprudente.*

Obviamente esta elaboración de Rodríguez Mourullo sólo puede entenderse desde una interpretación del injusto imprudente que no parece tampoco compartible, a pesar de que la opinión de Mourullo puede encontrar apoyo (88) en la compleja y criticada regulación de la imprudencia en el C. p. vigente. En efecto, al no seguir el C. p. vigente el sistema de tipificación expresa y particularizada de los hechos punibles como imprudentes, se impuso la interpretación de que el tipo es igual en ambos casos —doloso e imprudente— deduciéndose la imprudencia de la puesta en relación de los artículos 565, 586.3, y 600 C. p. con el correspondiente tipo doloso. En esta interpretación apoya, precisamente, Rodríguez Mourullo su teoría de que hay posibilidad de diferenciar entre autoría y participación en los delitos imprudentes —en el Derecho penal español— ya que el autor imprudente es, simplemente, el que realiza imprudentemente la acción típica descrita

(86) *Comentarios*, I, págs. 818-819.

(87) *Comentarios*, I, págs. 820-821. Curiosamente, sin embargo, admite RODRÍGUEZ MOURULLO, la autoría mediata en supuestos de «autor detrás del autor».

(88) Cfr., sin embargo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina...*, cit.; el mismo, *Notas a la traducción del Tratado de Mezguer*, I, 1955, pág. 209; también CEZEZO, *Polémica en torno al concepto finalista del autor*, pág. 171.

en el correspondiente delito doloso (89). No cabe duda de que aquí se encuentra la clave para el desarrollo ulterior de su tesis sobre el «dominio del hecho —antes analizada— ya que esta comprensión del injusto imprudente confluye en un concepto único de autor válido tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, y guiado, precisamente, por el criterio del delito doloso: el peculiar «dominio del hecho».

Es preciso insistir, sin embargo, en que es ésta una interpretación poco evolucionada del injusto imprudente: las peculiaridades de la conducta imprudente conducen a su independencia respecto a la dolosa, ya en el tipo.

c) *Su ejemplo jurisprudencial: un caso de imputación objetiva.*

Sólo teniendo en cuenta lo anterior se puede comprender que Rodríguez Mourullo utilice el supuesto (S.T.S. 5 junio 1957) de quien dirige imprudentemente la maniobra del conductor de un camión, que lo hace marcha atrás y sin visibilidad, resultando atropellado en la maniobra un viandante, como un caso de autoría mediata imprudente del que dirigió la maniobra, dada la absoluta dependencia del conductor (que no actuó dolosa ni imprudentemente) —se dice— respecto de aquél.

No cabe duda de que es función de la dogmática penal elaborar la sistemática que permita sustanciar la posible punición de dicha conducta imprudente de quien dirigía la maniobra. Ello no tiene por qué hacerse, sin embargo, desde una óptica causal-naturalística. Por eso, es dudoso que haya que recurrir a la autoría mediata y a la consiguiente «ampliación» del dominio del hecho para explicar dicha sentencia, pues no cabe duda de que —ateniéndose al anterior supuesto de hecho— la imprudencia que ha concluido en el resultado —muerte— sólo la ha cometido aquel que dirigía la maniobra, aunque no conducía el camión. De esta constatación básica hay que pasar, pues, a la fundamentación dogmática de su punición, es decir, a la imputación, en donde el criterio del riesgo creado o incrementado se convierte en elemento rector: una conducta es relevante penalmente e imputable a un autor sólo en cuanto realiza el riesgo; «imputable es aquel resultado que se puede concebir dispuesto finalmente» (90); o, también, «un resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico» (91); o, «sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido» (92); así podrían recogerse mu-

(89) *Comentarios*, I, pág. 815.

(90) Richard HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Festgabe für Frank*, I, 1930, pág. 184.

(91) ROXIN, *Reflexiones sobre el problema de la imputación en el Derecho penal*, cit., pág. 131.

(92) ROXIN, ob. últ. cit., pág. 133.

chas más formulaciones, que, vinculadas al *riesgo* como criterio de referencia de la imputación, se basan en la fórmula de Honig de la «posibilidad objetiva de pretender»; no hay acción típica, pues, sin comportamiento personalmente imputable (93). Queda perfectamente delimitada, pues, la imputación a la imprudencia del que dirigió la maniobra, único que actuó típicamente. Como se dijo, las cuestiones de autoría en la imprudencia no son más que aparentes cuestiones de autoría. Por eso es superfluo aquí cualquier criterio específico de imputación al autor, como el del dominio del hecho.

2. La tesis de Gimbernat.—Crítica y propuesta final sobre la autoría en el artículo 14 C. p.

Tal vez sean útiles algunas precisiones previas sobre las principales tesis de este autor relativas a la autoría y a la coautoría, para poder acceder al núcleo de su crítica al «dominio del hecho», que entiendo, además, como su parcial aceptación.

Autor en sentido estricto es el que realiza una conducta directamente subsumible sin más en el tipo, es decir, el que realiza la acción típica (94). Coautor del artículo 14.1 es sólo el que, realizando una conducta no directamente subsumible en el tipo, *ejecuta* una acción en el delito realizado por el autor en sentido estricto —acción que puede constituir, además, un elemento del tipo (95). Así pues, el coautor ejecutivo (art. 14.1) es un partícipe, porque realiza acciones de ejecución, pero no directamente subsumibles en el tipo. La denominada «coautoría no ejecutiva» aparece en nuestro C. p. como «cooperación necesaria»; el cooperador necesario es, obviamente, un partícipe también; precisamente un *partícipe «necesario» no ejecutivo* (96).

Es decir, que el criterio diferenciador entre coautoría ejecutiva y complicidad es la realización, o no, por el sujeto de acciones de ejecución del delito, de la misma manera que éste es el criterio para delimitar, en Derecho español, la coautoría del 14.1 respecto de la cooperación necesaria. Esta se diferenciará, a su vez, de la complicidad —con la que comparte, como se vio, el carácter no ejecutivo— en atención a la importancia efectiva (no hipotética) de la aportación desde el punto de vista de la escasez, que hace su aportación difícilmente sustituible (97).

(93) ROXIN, ob. últ. cit., pág. 141.

(94) *Autor*, cit., págs. 219 sigs.

(95) *Autor*, cit., pág. 219; muy claro en ZStW, 1968, pág. 916. Con razón ha señalado Mir que al incluir Gimbernat en el 14.1 a quienes «efectúan algún acto ejecutivo sin realizar toda la figura del delito, viene a coincidir con la interpretación, si no del sentido, sí del alcance, del artículo 14.1 C.P. que efectúa la doctrina tradicional con arreglo a la Tª objetivo-formal» (*Adiciones*, cit., pág. 948).

(96) ZStW, 1968, págs. 928 y sigs. (933).

(97) *Autor*, cit., pág. 159; él mismo en ZStW, 1968, pág. 931.

La ordinación de la autoría mediata entre los autores en sentido estricto se convierte en un arduo problema, si se tiene en cuenta que muchos tipos están pensados para el autor directo (y comisivo) en sentido estricto, por lo que habrá que concluir que sólo podrá afirmarse la autoría mediata cuando el tipo lo permita. El criterio del dominio del hecho se mostrará —según Gimbernat— satisfactorio, al respecto. En los casos en que sea difícil la realización de la acción típica por un *autor mediato* (delitos de resultado y actividad específica), y en tanto no se positivice la fórmula de que es autor también el que realiza el hecho «por medio de otro» (98), es preciso recordar que —para Gimbernat— el autor mediato puede ser considerado, bien un cooperador necesario —el cual, aunque participe, en realidad, está penado igual que el autor, o bien un inductor (99).

Tras este esquemático resumen de la —por lo demás— suficientemente conocida teoría de Gimbernat, se puede comprender que la crítica fundamental de este autor frente al dominio del hecho se centra en la incapacidad de este criterio para explicar no *hipotéticamente* (en abstracto, o en concreto) la línea de demarcación entre cooperación necesaria y complicidad: el dominio del hecho reproducirá los problemas de delimitación de la cooperación necesaria (coautoría no ejecutiva) frente a la complicidad. La crítica se expresa en los siguientes términos: el dominio *funcional* del hecho delimitaría la coautoría no ejecutiva (cooperación necesaria) en base a que el coautor ejercita una función de *importancia esencial* para la concreta realización del delito; pero para definir lo que se entiende por «importancia esencial» esa teoría debe recurrir a la emisión de juicios hipotéticos —ya abstractos, ya concretos— semejantes a los que se necesitan —según doctrina dominante de la que Gimbernat se desvía— para complementar la «necesidad de la cooperación» en el artículo 14.3 C. p. Y ello ocurriría así, tanto si se recurre a la teoría de la «necesidad» (que es idéntica a la formulación hipotética, que impone el texto positivo español), como a su variante la del «desbaratamiento del plan total», que utiliza Roxin (100), ya que —al decir de Gimbernat— no hay forma posible de deducir tal «desbaratamiento» del plan total sin recurrir al juicio hipotético de lo que *habría* ocurrido en caso de no concurrir tal conducta (101).

Para nadie es un secreto, sin embargo, que en la doctrina penal sobre el «co-dominio del hecho» (*Mitherrschaft*) este dominio funcional se acepta como concepto *abierto*, o, dicho en términos más concretos, que el criterio de la «importancia esencial» no tiene

(98) Cfr. *Proyecto*, 1980, C. P., art. 32 y *Anteproyecto* 1983, art. 28.

Idéntica propuesta se encuentra en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, página 802. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia reconocen actualmente, sin embargo, la autoría mediata, a pesar del artículo 14 C. P.

(99) *Autor*, cit., págs. 224-225 y ZStW, 1968, pág. 937.

(100) ROXIN, *Täterschaft*, págs. 277 sigs. (esp. 280).

(101) GIMBERNAT, ZStW, 1968, pág. 928.

un contenido cerrado manifiesto o evidente. Con este criterio se trata, pues, de facilitar la función judicial mediante una idea rectora material (102), lo cual quiere decir, simplemente, que la posible casuística es tan amplia que se hace imposible (e inútil) intentar una fijación más concreta. También el criterio de la *escasez*, que ofrece Gimbernat para delimitar la coautoría no ejecutiva (14.3) respecto de la complicidad (art. 16) es un principio regulativo, un concepto abierto, afectado igualmente por la imposibilidad e inutilidad de una comprensión concreta y casuística. Sólo al aplicarlos específicamente al hecho adquieren su concreción, como por lo demás advierte el propio Gimbernat (103). Es decir, que el carácter *condicionante* del hecho que tiene la función realizada por el sujeto, *puede* (aunque no «*tiene que*») decidir la «importancia esencial» de la cooperación; pero este carácter condicionante se encuentra también en la base de la fórmula de la *escasez*, ya que el principio de la «*importancia esencial*» es *también* su punto de partida (104). Gimbernat intenta evitar ese juicio hipotético mediante la remisión a lo que realmente era «absolutamente necesario» para el autor; condición imprescindible, según la *escasez* de medios (105), es decir, no de lo que sería, sino de lo que efectivamente —para el autor— ha sido. El juez debe, pues, ponerse en el lugar del autor (en sentido estricto) y responder si lo que está haciendo el cooperador se presenta como necesario (escaso absolutamente) para aquél. Obsérvese, sin embargo, que esta respuesta sólo la puede dar el juez, bien comparando la situación real con la hipotética (si A no le hubiese proporcionado a B el medio «escaso» X, éste *no habría* podido acceder (o habría accedido muy difícilmente) al resultado delictivo pretendido, según su convicción y la reconstrucción judicial *ex ante* del hecho (juicio *hipotético concreto*); o bien puede formular la respuesta no hipotéticamente: B tuvo la convicción de que A era absolutamente necesario (por su aportación de un bien escaso) para acceder al resultado X. Tras el juicio general y provisional sobre el carácter «escaso» de un bien, la afirmación definitiva de dicha «escasez», en el caso concreto, se deduce porque «*ex ante*» es «condición necesaria» para el autor en relación al resultado. En realidad, es lo mismo que cabe hacer con la fórmula del «desbaratamiento del plan total», afecta al dominio funcional del hecho. Es decir, que ambas (*escasez* y *desbaratamiento*) pueden confluír, siempre y cuando el punto de vista sea concreto (en relación al resultado) y «*ex ante*».

Esto no interfiere en la cuestión, antes resuelta afirmativamente, de si el «dominio funcional del hecho» define también la «coautoría ejecutiva», pero sí deja claro que el «cooperador nece-

(102) Así, ROXIN, *Täterschaft*, pág. 824; es decir, se trata de un principio regulativo.

(103) ZStW, 1968, pág. 931.

(104) Así, GIMBERNAT, *Autor*, cit., pág. 154 y ZStW, 1968, pág. 928.

(105) *Autor*, cit., pág. 154.

sario» es un coautor, y como tal un AUTOR, y no un partícipe, ya que «domina funcionalmente el hecho», a pesar de no realizar actos ejecutivos de la acción típica. Ya se dijo anteriormente que el dominio funcional del hecho es criterio que exige la «co-realización del hecho en fase ejecutiva». Esto implica que son coautores también quienes realizan parte de la acción típica (ej.: el que ejerce violencia sobre la víctima para que otro consume la violación, o fuerza en las cosas para que otro sustraiga) (art. 14.1), además de los que realizan acciones íntima y directamente vinculadas a la típica, cuya ejecución no necesita de eslabones intermedios (106). A un nivel «valorativo», pues, el cooperador necesario realiza actos íntima y directamente vinculados con la acción típica, porque son *necesarios* para su realización. Entre éstos hay que incluir a quienes actualizan su función de dirección u organización en la fase ejecutiva, o quienes, sin realizar tampoco actos ejecutivos, cooperan de cualquier otra forma «necesaria» en dicha fase ejecutiva (art. 14.3). Aquí han de incluirse tanto los ya tratados supuestos del «jefe de la banda», como las acciones del «vigilante» en el asalto al Banco, o el que lleva al lugar del crimen a la víctima, etc... Siempre, naturalmente, que concurra en estos últimos ejemplos la característica de una aportación cuya ausencia desbarata el plan total; es decir, en resumen, siempre que pueda afirmarse el «dominio funcional del hecho». En tal caso, ha de afirmarse su COAUTORIA, porque, en fase ejecutiva, el mal llamado «coautor no ejecutivo» se diferencia del cómplice-partícipe por la importancia esencial de la aportación de aquél. Este —el cómplice— no aporta una condición necesaria en la fase de ejecución del hecho, y además, puede participar en él con actos preparatorios, a diferencia del cooperador necesario, que, en todo caso, debe actualizar su función en fase ejecutiva. Este último aspecto positivo no ha sido debidamente resaltado por la doctrina cuando ha criticado la tesis del dominio del hecho. Hechos como el de facilitar a la embarazada el nombre y dirección de una persona dispuesta a ejecutar materialmente el delito de aborto, constantemente perseguidos como actos de cooperación necesaria, no sólo no lo serían porque pudiera resultar discutible la «necesidad» de la cooperación en determinados supuestos, sino, que, en general, no lo serán porque se trata de conductas claramente preparatorias, en las que el sujeto no ha actualizado su función en fase ejecutiva.

Otros ejemplos, también utilizados por Gimbernat —como el de quien desde dentro del establecimiento facilita la entrada a los ladrones, pueden, efectivamente, considerarse como un caso de cooperación necesaria desde el punto de vista de la actualización de la función no ejecutiva. Pero no cabe decir lo mismo de quien «pone a disposición de los autores habitaciones contiguas o pasadizos que llevan a la estancia en donde se desea perpetrar el

(106) Ejemplos en JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 708.

delito» (107), ya que, si bien su aportación puede considerarse «escasa», su dominio funcional del hecho no puede afirmarse, por tratarse de actos preparatorios no actualizados en fase ejecutiva. Y algo similar habría de aplicarse, en general, a las conductas de entrega de objetos o de dinero para financiar un delito.

Decía antes que Gimbernat complementa de forma específica el criterio del dominio del hecho, además de restringir su aplicación (en forma de «escasez») a la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad. Si se acepta que la teoría de la escasez no es más que una forma de investigar el dominio funcional del hecho, la conclusión lógica ha de ser que tanto la cooperación necesaria como la coautoría del artículo 14.1 son formas de autoría.

Si retomamos el problema de los juicios hipotéticos —auténtico caballo de batalla de Gimbernat, cuya crítica es la base de la teoría de la escasez— hay que recordar, de nuevo, que ello no puede ser un obstáculo para la confluencia entre las teorías de la «escasez» y del «desbaratamiento del plan total». Hay que recordar, en efecto, que el propio Roxin —tal y como resalta y acepta en nuestra doctrina Cerezo (108)— ha rebatido la supuestamente inevitable referencia del dominio funcional del hecho a un juicio hipotético: en realidad, la «importancia esencial» se remite a una constatación «ex ante», y tiene que ser realizada por el juez en referencia a la función que a cada uno le fue asignada en el plan delictivo (109) y, como ya se ha dicho, a lo que realizó en fase de ejecución (110).

(107) GIMBERNAT, *Autor...*, cit., pág. 197.

(108) CEREZO, en *Problemas básicos...*, cit., págs. 177-178.

(109) CEREZO, en *Problemas básicos...*, cit., pág. 178.

(110) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., pág. 527.