

CLAUS ROXIN

**AUTORÍA Y DOMINIO
DEL HECHO
EN DERECHO PENAL**

Traducción de la novena edición alemana (2015) por
Joaquín Cuello Contreras
(Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Extremadura)
y José Luis Serrano González de Murillo
(Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Extremadura)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	9
PREFACIO DE LOS TRADUCTORES	11
PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN.....	13
DEL PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN.....	15
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	17
§ 1. INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO PRIMERO. PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS	23
§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA	23
§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA.....	26
§ 4. TEORÍAS ONTOLÓGICAS DE LA AUTORÍA.....	31
§ 5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y ESTABLECEDORES DE FINES.	36
§ 6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER DE LA ACCIÓN.....	42

	Pág.
CAPÍTULO SEGUNDO. LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA ANTERIORES A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	49
§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL	50
§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES.....	53
I. Teoría de la necesidad de la aportación causal. «Teoría de la necesidad»	53
II. Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho («teoría de la simultaneidad»).....	56
III. Causalidad física y causalidad psíquica.....	59
IV. Teoría de la supremacía del autor («teoría de la supremacía»).....	63
§ 9. LAS TEORÍAS SUBJETIVAS	65
I. Teorías del dolo	65
II. Teoría de los intereses.....	68
§ 10. TEORÍAS MIXTAS	70
 CAPÍTULO TERCERO. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	 73
§ 11. ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	73
I. Evolución del concepto de «dominio del hecho»	73
II. Orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho.....	77
§ 12. REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA ACTUALIDAD	80
I. WELZEL	80
II. MAURACH.....	81
III. GALLAS	83
IV. Richard LANGE	87
V. Otros representantes de la teoría del dominio del hecho	88
1. NIESE.....	88
2. SAX	90
3. BUSCH.....	90
4. VON WEBER.....	91
5. LESS.....	92
6. JESCHECK.....	92
§ 13. TEORÍAS Y ENFOQUES AFINES	93
I. BOCKELMANN.....	93
II. NOWAKOWSKI.....	95
III. Otros autores	96

	Pág.
§ 14. LA IDEA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL <i>BUNDESGERICHTSHOF</i>	99
CAPÍTULO CUARTO. FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR	115
NOTA PREVIA.....	115
§ 15. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO INDETERMINADO.	116
I. La doctrina.....	116
II. La praxis	118
III. Causas de esta evolución.....	119
IV. Toma de postura.....	120
§ 16. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO FIJADO	126
I. Argumentos contrarios de orden metodológico	126
II. Argumentos contrarios de orden histórico-dogmático	127
III. Argumentos contrarios derivados de la esencia de la autoría	127
1. Innecesariedad de abstracción esquematizadora	127
2. Imposibilidad de fijar elementos de sentido	128
3. Peligro jurídico-conceptual de no acertar con el contenido material	129
§ 17. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO.....	129
I. Los conceptos abiertos.....	129
1. El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto	130
2. La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto	131
II. Prospectiva.....	132
CAPÍTULO QUINTO. EL DOMINIO DE LA ACCIÓN	133
§ 18. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE.....	133
§ 19. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE.....	136
I. Los casos de coacción	136
1. Estado del debate.....	136
2. Argumentos en favor de la autoría del agente	138
a) No cambia la configuración del curso del hecho.....	138
b) Naturaleza de la autoría mediata	139
c) Consideraciones sistemáticas	139
d) Significado de las causas de exclusión de la culpabilidad ...	140

	Pág.
e) Consideraciones relativas a la accesoriedad	140
II. La realización del tipo dolosa y exenta de coacción, pero disculpada.....	141
§ 20. LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO	142
I. La realización de modalidades del delito y la realización de la acción típica	142
1. Estado de la cuestión.....	142
2. ¿Basta la realización de cualquier elemento del tipo?	142
3. El significado de la acción típica	144
II. El error sobre elementos de la situación relevantes para el injusto.	144
 CAPÍTULO SEXTO. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD	 147
§ 21. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN.....	148
I. El estado de necesidad coactivo (§ 52 StGB).....	149
1. Dominio del hecho del coaccionador y del coaccionado	149
2. La influencia en la voluntad no es dominio de la voluntad	149
3. Criterios del dominio de la voluntad	150
4. Supuestos de participación en el estado de necesidad coactivo.	153
II. El estado de necesidad simple, § 54 StGB	154
1. La realización dolosa de un estado de necesidad del § 54 StGB.	154
2. El ocasionamiento del hecho o el auxilio, concurriendo una situación de necesidad	155
a) La incitación al autor en estado de necesidad	156
b) La modificación de la situación en favor del autor en estado de necesidad	156
III. El estado de necesidad exculpante supralegal.....	158
1. La creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supralegal.....	158
2. La determinación o auxilio a quien actúa en estado de necesidad exculpante supralegal.....	159
IV. Situaciones análogas al estado de necesidad.....	160
1. La influencia psíquica análoga al estado de necesidad	160
2. El estado de necesidad coactivo para la autolesión.....	162
a) Estado del debate	162
b) Toma de posición.....	164
3. El ocasionamiento del resultado mediante un tercero no coaccionado, que actúa lícitamente	167
V. La orden vinculante antijurídica	171

	Pág.
VI. Resumen	172
§ 22. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR.....	173
I. El error excluyente del dolo, inculpable o con imprudencia in- consciente	173
1. El ejecutor obra sin dolo ni culpabilidad.....	173
A. La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso	173
<i>a)</i> No hay dominio del hecho por parte del que yerra	173
<i>b)</i> No hay dominio de la persona que yerra por parte del sujeto de detrás	174
<i>c)</i> La supradeterminación final del curso causal como cri- terio del dominio de la voluntad	174
B. Autoría mediata en caso de mero auxilio al instrumento que yerra	176
C. Autoría mediata en la influencia inesencial sobre el curso causal.....	177
2. El ejecutor obra con imprudencia inconsciente.....	180
II. El que yerra obra con imprudencia consciente.....	181
1. Planteamiento del problema.....	181
2. Finalidad e imprudencia consciente en la doctrina	182
A. La finalidad comprende también a la imprudencia cons- ciente	182
B. La finalidad comprende solo la intención, excluyendo el dolo eventual.....	184
C. La finalidad comprende todas las formas del dolo, exclu- yendo la imprudencia consciente	184
<i>a)</i> Armin KAUFMANN	185
<i>b)</i> STRATENWERTH.....	185
<i>c)</i> WELZEL	186
3. Toma de posición con respecto a los cinco conceptos de finali- dad, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho.	186
4. Conclusión	189
A. Dado el conocimiento coincidente sobre la probabilidad de resultado: participación	190
B. Dado el conocimiento más amplio por parte del sujeto de detrás: el problema se traslada a otra sede	192
<i>a)</i> Irrelevancia del límite dolo-imprudencia	192
<i>b)</i> Irrelevancia del límite causalidad-finalidad.....	193
III. El que yerra obra sin consciencia de la antijuricidad	193
1. Error de prohibición propio	193

	Pág.
A. Estado de la cuestión.....	193
a) WELZEL.....	193
b) BOCKELMANN.....	194
c) MAURACH.....	194
d) Otros autores.....	194
B. No hay dominio sobre la persona del autor directo.....	195
C. Grados de la configuración del hecho con sentido.....	197
D. Solución de la problemática.....	199
2. El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación.....	204
A. Con independencia de la teoría del error sustentada: autoría mediata del sujeto de detrás que lo ha advertido.....	204
B. Opiniones contrarias.....	204
C. Toma de posición.....	205
IV. El sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad.....	206
1. ¿Dominio de la voluntad en virtud de coacción?.....	207
2. Dominio de la voluntad en virtud de error: el tercer grado de dominio del hecho.....	208
V. El que yerra obra típica, antijurídica y culpablemente.....	210
1. El error sobre el sentido concreto de la acción.....	210
A. Sus manifestaciones.....	210
a) El <i>error in persona</i> y fenómenos afines.....	210
b) El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho.....	210
c) El error sobre presupuestos de cualificaciones.....	211
B. El <i>error in persona</i> y fenómenos afines.....	211
a) El cuarto grado del dominio del hecho.....	211
b) La relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho.....	212
C. El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho.....	214
D. El error sobre presupuestos de cualificaciones.....	217
2. El error sobre el riesgo.....	218
A. El aspecto psicológico.....	219
B. La significación jurídica del error sobre el riesgo psíquicamente relevante.....	220
VI. El que yerra obra atípica o lícitamente.....	222
1. El ejecutor obra atípicamente.....	222
2. El ejecutor obra lícitamente.....	227

	Pág.
VII. Resumen	228
§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y JÓVENES	229
I. Imputabilidad del ejecutor directo excluida o disminuida	229
1. El ejecutor es inimputable	229
a) La comisión de delitos por inimputables	229
aa) Estado de la discusión	229
bb) El defecto reside en el ámbito intelectual	230
cc) El defecto reside en el ámbito volitivo	231
b) El autodaño de los inimputables	232
2. El ejecutor obra con imputabilidad disminuida	233
II. El ejecutor directo es un niño o un adolescente	234
a) El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes	234
b) El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes	235
III. Resumen	237
§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS	237
I. Supuestos	237
II. Quedan excluidos el dominio por coacción y por error	238
III. Los fundamentos estructurales del dominio de la organización	239
IV. El enjuiciamiento dogmático de las relaciones de autoría en el proceso Eichmann	241
V. Problemas concretos	243
1. Autoría y participación en el seno de la organización	243
2. Limitación del dominio de organización a los aparatos al margen de la legalidad	244
VI. Aspectos metodológicos del dominio de la organización	245
§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS?	246
I. El instrumento doloso no cualificado	247
1. Estado de la cuestión	247
2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho	248
3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico?	248
4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio?	250
II. El instrumento doloso sin intención	252
III. El instrumento cooperador doloso	253
§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA	254

	Pág.
I. El desconocimiento de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho	254
1. ¿Autoría mediata?.....	255
a) Fundamentación del dominio del hecho en la doctrina.....	255
b) El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de dominio como factor de dirección necesario.....	256
2. Participación consumada.....	257
a) Posiciones doctrinales	257
b) El ejecutor obra dolosamente	258
c) El ejecutor obra sin dolo.....	259
aa) El ejecutor obra con imprudencia consciente	259
bb) El ejecutor obra sin ser consciente de la posible realización del tipo.....	260
3. ¿Participación intentada y autoría imprudente?	262
II. La suposición errónea de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho	262
1. Posiciones doctrinales	263
2. Participación consumada.....	264
3. ¿Autoría mediata?.....	265
 CAPÍTULO SÉPTIMO. EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL	269
§ 27. LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA	269
I. Posibilidad y estructura del dominio conjunto del hecho	269
II. La coautoría como dominio del hecho funcional	271
III. El dominio del hecho funcional como concepto abierto	275
IV. Cuestiones particulares.....	278
1. El carácter común de la decisión del hecho.....	278
a) El conocimiento unilateral de la colaboración.....	279
b) El exceso del coautor.....	279
c) El <i>error in persona</i> de un coautor	279
d) ¿Coautoría en virtud del «obrar ulterior causal»?.....	281
e) Coautoría en casos en que está excluida o disminuida la culpabilidad de un interviniente.....	282
f) Coautoría en casos de realización de tipos heterogéneos	282
2. Coautoría sucesiva.....	282
§ 28. LA COOPERACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA	285
I. Estado de la cuestión	285
II. El que prepara no es coautor.....	287
III. Debate con WELZEL.....	287

	Pág.
IV. El problema de los jefes de bandas	291
V. División del trabajo y coautoría	292
VI. La delimitación entre preparación y ejecución	294
CAPÍTULO OCTAVO. DOMINIO DEL HECHO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	299
§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO	300
I. La influencia determinante sobre el transcurso y el resultado del hecho	300
II. La capacidad de hacer que concluya el hecho, y de impedirlo	303
III. La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo	305
IV. El poder sobre el hecho	306
V. La subordinación de la voluntad	307
VI. «Voluntad de dominio del hecho» y «sentimiento de autoría»	307
1. La «voluntad de dominio del hecho»	308
2. El sentimiento de autoría	310
§ 30. LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO	310
§ 31. POSICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA HISTORIA DOCTRINAL	314
§ 32. LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO	318
I. El dominio del hecho como elemento del sistema	318
II. El dominio del hecho en relación con el injusto y la culpabilidad	320
1. Rechazo de la «autoría indiciaria»	320
2. La autoría como manifestación del injusto	320
3. La indiferencia del concepto de autor con respecto a la culpabilidad	321
4. La doctrina del dominio del hecho como argumento en favor de la pertenencia del dolo al tipo	322
5. Elementos de la culpabilidad fundamentadores de autoría	323
CAPÍTULO NOVENO. EL CONCEPTO DE AUTOR DE LOS DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN	327
§ 33. ALCANCE DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO	327
I. El criterio del dominio del hecho como concepto general de autor	327
II. El dominio del hecho, los delitos de apropiación y el problema del instrumento doloso sin intención	330
1. El hurto y el instrumento doloso sin intención	331
a) Estado de la cuestión	331
b) Solución	332

	Pág.
c) El problema del «instrumento doloso sin intención» en general.....	336
2. La apropiación indebida	338
3. Receptación y caza furtiva	341
§ 34. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	343
I. Introducción.....	343
II. La coautoría en los delitos de infracción de deber.....	345
III. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber.....	350
IV. El problema de la participación en hechos principales no dolosos en los delitos de infracción de deber.....	354
1. La accesoriadad en los delitos de dominio.....	355
2. La accesoriadad en los delitos de infracción de deber	356
A. Consecuencias derivadas del concepto de autor de los delitos de infracción de deber.....	356
B. Consideraciones teleológicas	359
a) ¿Se extiende la autoría a los no cualificados?	359
b) ¿Ampliación de la responsabilidad del órgano como solución al problema?	360
c) ¿Objeciones derivadas del principio de accesoriadad? ...	360
d) ¿Falseamiento de la estructura típica?	361
e) ¿Extensión excesiva de la punibilidad?	362
f) ¿Objeciones desde el Derecho positivo?	365
g) Resultados	367
V. La idea de deber en la evolución de la teoría del dominio del hecho.....	367
1. Concordancias y diferencias en el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber	367
2. Concepto extensivo de autor, deber y dominio en Eb. SCHMIDT.	368
3. La unificación de dominio del hecho y deber en LANGE y GALLAS.....	369
4. Dominio del hecho y deber como presupuestos comunes de la autoría en WELZEL y MAURACH	370
5. La aplicación de la idea de deber a los delitos de dominio en HARDWIG.....	371
VI. Ámbito de los delitos de infracción de deber.....	372
1. Cuestiones generales	372
2. Las injurias.....	375
3. Delitos de propia mano inauténticos.....	379
VII. Indicaciones sistemáticas	382
1. Delitos de infracción de deber y unidad sistemática.....	382
2. El autor de los delitos de infracción de deber como sujeto del tipo total de injusto.....	383
§ 35. DELITOS DE PROPIA MANO	386

	Pág.
I. Problema y estado de la cuestión	386
II. Teoría del tenor literal.....	389
1. Principales defensores.....	389
2. Crítica.....	390
III. Teoría del movimiento corporal	391
1. Principales defensores.....	391
2. Crítica.....	392
IV. La teoría de la intensidad	395
V. Toma de postura.....	396
1. Los delitos de autor jurídico-penal.....	396
2. Delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico.....	398
a) Fundamentación de la naturaleza de propia mano.....	398
b) Sobre la jurisprudencia del BGH relativa a la condición de propia mano y sobre la autoría en los delitos contra las buenas costumbres en general.....	401
VI. La accesoriadad en los delitos de propia mano.....	405
1. ¿Participación en el hecho no doloso?	405
Excurso	409
2. ¿Accesoriadad extrema en delitos de propia mano?.....	410
VII. La naturaleza de propia mano en algunos tipos controvertidos	411
1. Adulterio y bigamia	411
2. Prevaricación	412
3. El delito en estado de embriaguez.....	414
4. Síntesis retrospectiva.....	416
§ 36. SÍNTESIS Y COMPLEMENTOS	417
I. Posibilidad de otros criterios de la autoría.....	418
1. ¿Los elementos de la actitud como circunstancias de la au- toría?.....	418
a) Elementos de la actitud que agravan la pena	419
b) Elementos de la actitud fundadores de la pena	420
2. Conceptos de autor referidos al tipo y a grupos de delitos	424
a) La referencia al tipo del concepto de autor en relación con los criterios generales de la autoría	424
b) Conceptos de autor referidos a grupos de delitos.....	427
II. Carácter positivo y vinculante del concepto de autor	429
III. El concepto unitario de autor.....	432
IV. La autoría en el delito intentado	433
1. Los criterios de la autoría en el hecho no culminado	433
2. Adecuación, tentativa y dominio del hecho	437

	Pág.
CAPÍTULO DÉCIMO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS OMISIONES.....	441
§ 37. EL AUTOR DEL DELITO DE OMISIÓN	441
I. Introducción.....	441
II. El delito omisivo como delito de infracción de deber.....	442
1. El deber de evitar el resultado como elemento fundamentador de la autoría	442
2. La eliminación de la idea del dominio del hecho	445
<i>a)</i> La posibilidad de intervención como dominio por omisión.	445
<i>b)</i> ¿El omitente como autor del dominio del hecho «social»?...	447
3. El concepto del autor por omisión en Armin KAUFMANN y GRÜNWARD	449
III. Coautoría y autoría mediata en la omisión	450
1. Coautoría.....	451
<i>a)</i> Varios omitentes como coautores.....	451
<i>b)</i> Sujeto agente y sujeto omitente como coautores	452
2. Autoría mediata	453
IV. La omisión de impedir el suicidio.....	454
1. Inidoneidad de la teoría de la participación para resolver la problemática	454
2. Debate con GALLAS.....	455
3. La problemática de la posición de garante	456
§ 38. LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN	457
I. Problemática de partida.....	457
II. Participación en supuestos en que falta el tipo omisivo	458
1. Exclusión de la autoría por omisión a pesar de existir el deber de evitar el resultado	458
<i>a)</i> Requisitos de los tipos perscriptivos de garante.....	458
<i>b)</i> Ejemplos de falta de tipos de omisión.....	459
A. Delitos de propia mano.....	459
B. Los delitos de infracción de deber personalísimos	461
C. Delitos de apropiación	462
2. Fundamentación de la participación por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado.....	463
III. La participación en los casos en que falta el deber de evitar el resultado	465
1. La omisión como favorecimiento positivo del hecho.....	465
2. ¿La omisión de dificultar el hecho como complicidad?	468
IV. Concepciones divergentes.....	469

	Pág.
1. La jurisprudencia del BGH	469
2. Armin KAUFMANN.....	472
3. GALLAS y KIELWEIN.....	474
4. SCHRÖDER.....	483
5. Intentos de graduación de las posiciones de garante (GALLAS, SCHRÖDER)	486
§ 39. INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD RELATIVAS AL HECHO OMISIVO...	487
I. ¿Excluye la falta de dolo de omitir la posibilidad de inducción a omitir?.....	487
II. ¿Se oponen consideraciones de justicia material y de merecimiento de pena a estimar inducción a omitir?	490
1. ¿Resultados contingentes?	490
2. ¿Es la inducción en los delitos omisivos relativamente más merecedora de pena que en los hechos comisivos?.....	492
III. ¿Cabe concebir la inducción a omitir como autoría comisiva directa?	495
1. La teoría de Armin KAUFMANN y WELZEL	495
2. El requisito del dominio del hecho como factor excluyente de la autoría	496
3. La inviabilidad práctica de considerar al sujeto autor por comisión.....	497
4. Las lagunas de punibilidad en la solución de considerar al sujeto autor comisivo	499
IV. Complicidad con la omisión.....	500
CAPÍTULO UNDÉCIMO. PROBLEMA, SISTEMA Y CODIFICACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA.....	503
§ 40. IDEAS PARA FORMAR UN SISTEMA DE TEORÍA DE LA AUTORÍA	503
I. Síntesis de los resultados	503
II. Dialéctica del concepto de autor	504
III. Consecuencias dogmáticas	507
1. Los dos defectos capitales de la dogmática de la participación.....	508
2. La «resistencia del objeto» como criterio de acierto en cuanto al contenido.....	509
3. Realzar las contradicciones en lugar de allanarlas.....	510
IV. Problema y sistema en la doctrina de la autoría	512
§ 41. SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA.....	514

	Pág.
CAPÍTULO DUODÉCIMO. PARTE FINAL DE 2015. SOBRE EL RECIENTE ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	521
§ 42. EL DESARROLLO DE LA AUTORÍA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN.....	521
I. La realización del tipo de propia mano	521
II. Participación solo en caso de hecho doloso	528
III. La intervención en el hecho que se ha supuesto doloso	531
§ 43. EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA	533
I. Sentencias de los años 1962 a 2015.....	533
II. Resumen	622
III. Antecedentes de política jurídica, sistemáticos y dogmáticos de la jurisprudencia última.....	626
§ 44. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA.....	633
I. Nociones básicas sobre la evolución reciente de la teoría de la autoría.....	633
1. La teoría del dominio del hecho hoy	633
2. La teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER.....	637
3. La teoría de las formas de participación de STEIN.....	638
4. La concepción idealista de KÖHLER y KLESCZEWSKI.....	640
5. La revitalización de la teoría objetivo-formal por FREUND.....	642
6. La titularidad de la decisión en M. HEINRICH.....	645
7. El «núcleo racional» de la teoría subjetiva en la concepción de HAAS.....	646
8. Poder sobre el hecho y poder de dominio en LAMPE	648
9. La «competencia por la fuente de peligro» en SÁNCHEZ LÁZARO.	648
10. La teoría normativo-funcional de la autoría de ROTSCH.....	649
11. El «modelo normativo de autor» de WEIBER	651
12. Tesis doctorales.....	652
a) HAMDORF.....	653
b) Henrike STEIN.....	653
c) ENGERT	653
d) SCHÖBERL	654
e) MILLER	654
f) REHAAG.....	654
g) MARLIE	654
13. Conclusión	655
14. Observaciones metodológicas.....	656
a) RENZIKOWSKI	656
b) KLESCZEWSKI	657
II. Delitos de dominio	658
1. Dominio de la acción.....	658

	Pág.
2. Dominio de la voluntad.....	662
A. Consideraciones generales sobre la estructura de la autoría mediata.....	662
a) El rechazo de la autoría mediata en SCHILD.....	662
b) El rechazo del dominio del hecho como criterio de la autoría mediata en STEIN y KÖHLER.....	662
c) El principio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro como criterio de delimitación entre autoría mediata e inducción.....	663
aa) M.-K. MEYER.....	663
bb) SCHUMANN.....	664
cc) RENZIKOWSKI.....	666
d) La idea de la barrera de inhibición en M. HEINRICH.....	668
B. El dominio en virtud de coacción.....	669
a) El estado de necesidad coactivo y el principio de responsabilidad.....	669
b) Otras influencias sobre el autor en estado de necesidad.....	671
c) La coacción a la autolesión y al autodaño.....	673
C. La intervención en los hechos de inimputables, niños, jóvenes y semiimputables.....	677
a) Inimputables, niños y jóvenes.....	677
b) Semiimputables.....	678
D. El dominio en virtud de error.....	679
a) El instrumento que obra sin dolo.....	679
b) Acerca de la divergencia estructural del dominio en virtud de error con respecto al dominio en virtud de coacción.....	680
c) La utilización de persona interpuesta que obra en error de prohibición.....	681
d) El engaño sobre el sentido concreto de la acción.....	685
E. El dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.....	689
a) Los requisitos del dominio de la organización.....	692
b) Objeciones contra el dominio de la organización.....	693
aa) ¿Excluye el principio de responsabilidad la autoría mediata del sujeto de detrás que imparte las órdenes?.....	693
bb) ¿Puede la desvinculación del Derecho de la maquinaria de poder proporcionar un argumento a favor de la autoría mediata?.....	695
cc) ¿Proporciona la fungibilidad de los ejecutores un motivo adicional para estimar autoría mediata de los sujetos de detrás?.....	695

	Pág.
<i>dd)</i> ¿Han de excluirse del dominio de la organización los mandos intermedios?	696
<i>c)</i> Soluciones divergentes	696
<i>aa)</i> Coautoría	696
<i>bb)</i> Inducción	698
<i>cc)</i> El castigo según los principios de la responsabilidad del superior	699
<i>dd)</i> La solución de la regulación específica	699
<i>d)</i> ¿Puede trasladarse la construcción del dominio de la organización a la realidad empresarial?	700
F. El instrumento doloso sin intención	703
3. El dominio del hecho funcional	705
A. Acerca de la estructura de la coautoría	705
B. La decisión del hecho conjunta	709
C. La ejecución conjunta del hecho	710
D. La relevancia de la aportación al hecho en la fase ejecutiva	716
E. La coautoría aditiva	717
F. Aportaciones al hecho alternativas	719
G. <i>Error in persona</i> y coautoría sucesiva	720
H. Coautoría imprudente	721
III. Delitos de infracción de deber	723
1. Acerca de la acogida de la teoría de los delitos de infracción de deber	723
2. Acerca de la evolución de la teoría de los delitos de infracción de deber	724
A. Los tipos imprudentes no son delitos de infracción de deber	724
B. El deber que fundamenta la autoría no se basa necesariamente en reglas extrapenales	725
C. Los deberes especiales emanados de un papel social fundamentan autoría también en delitos comunes	726
3. Aspectos divergentes con respecto a las tesis de SCHÜNEMANN y Jakobs relativas a los delitos de infracción de deber	726
A. Debate con SCHÜNEMANN	726
B. Debate con JAKOBS	728
4. Los delitos de infracción de deber en la jurisprudencia	730
5. ¿Fundamenta la autoría la infracción de deber solo junto con el dominio del hecho?	731
6. El instrumento doloso no cualificado	733
7. Autoría y participación por omisión	737
A. La solución de la autoría según la teoría de los delitos de infracción de deber	737
B. Observaciones acerca de la jurisprudencia	737

	Pág.
C. La teoría de la complicidad unitaria	738
D. La distinción según la clase de posición de garante.....	739
E. La solución a través de la cláusula de equivalencia	740
F. La distinción según la dificultad de la evitación del resultado («dominio potencial del hecho»).....	741
G. Balance.....	742
IV. Delitos de propia mano.....	743
BIBLIOGRAFÍA ANTERIOR A 1963	749
BIBLIOGRAFÍA DE 1963 A 2015.....	757
ÍNDICE DE SENTENCIAS DE ALTOS TRIBUNALES	773
ÍNDICE DE RECENSIONES DE ESTA OBRA	779

Este libro ha recibido una ayuda a la edición
del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.



Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Claus Roxin, *Täterschaft und Tätherrschaft (9. Auflage)*. Walter De Gruyter GmbH Berlin Boston. All rights reserved. This work may not be translated or copied in whole or part without the written permission of the publisher (Walter De Gruyter GmbH, Genthiner Straße 13, 107875 Berlin, Germany)
- © De los traductores: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-161-5
Depósito legal: M. 38.988-2016
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2016

*Dedico esta obra
a mi esposa,
por su leal ayuda desde la primera edición*

PREFACIO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

La edición novena y última de mi obra sobre *Autoría y dominio del hecho* (*Täterschaft und Tätherrschaft*, 2015) aparece ahora en lengua española. Les agradezco de todo corazón a los traductores, mis colegas CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, que hayan culminado excelentemente tan difícil y ardua tarea en tan breve espacio de tiempo. Agradezco asimismo a la editorial Marcial Pons haber incluido el libro entre sus publicaciones.

La presente obra ha ejercido un notable influjo en la doctrina y jurisprudencia también de España y de América Latina. Esta última edición describe el desarrollo ulterior de mi concepción (sobre todo en los ámbitos del dominio de organización y de los delitos de infracción de deber) y acomete el debate en profundidad de todas las últimas cuestiones controvertidas.

¡Ojalá encuentre también esta última versión de la obra el interés de los lectores y de los tribunales de los países de habla hispana!

Stockdorf, Múnich, a 3 de agosto de 2016

PREFACIO DE LOS TRADUCTORES

Esta obra del Prof. ROXIN fue tan importante desde su primera edición alemana, en 1961, que comenzó a tener una repercusión decisiva inmediata en la ciencia penal alemana y en la de los países por ella influenciados, entre los que se encuentran los de habla hispánica.

El tema abordado, la autoría, el estudio pormenorizado de sus modalidades (autoría única, autoría mediata y coautoría), clasificadas conforme a concepto tan plástico como el de dominio (incluido el obtenido por organización, que ROXIN crea), completadas con la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber y los delitos de omisión, con sus especificidades, y las perspectivas legislativa (regulación legal), jurisprudencial y científica desde las que se acometen los problemas estudiados; todas estas aportaciones constituyen méritos de ROXIN reconocidos por todos los que se han acercado a la obra y que ahora no vamos a descubrir.

Cuando tradujimos por primera vez la obra al castellano (1998, trad. de la 6.^a ed. alemana, de 1996), no estábamos descubriendo ni a la obra ni a su autor, pero lo que sí hicimos fue dar una difusión masiva a la monografía entre los lectores de habla hispana, sobre todos entre quienes no leen en alemán. Eso nos satisface mucho.

Hoy, con motivo de la traducción de la 9.^a ed. alemana de la obra, de 2015, queremos decir algo sobre esta obra y su autor. No sobre los aspectos más destacados del último capítulo, actualizado edición tras edición, ¡cada vez casi una nueva monografía!, lo que ya hace el Prof. ROXIN en su prólogo a la edición alemana (que aparece en la traducción). Ni tampoco abundaremos en lo que supone traducir a ROXIN, una delicia para todos los que lo hemos hecho alguna vez.

En lo que sí queremos insistir es en el hecho de que esta es la única monografía de ciencia jurídica que ha alcanzado en vida del autor nueve ediciones, de las que cada una de ellas ha supuesto una actualización de verdad de las tesis defendidas en la primera. Impone realmente la «pelea» del Prof. ROXIN con la tesis subjetivista del Tribunal Supremo alemán, o su afán de perfilar cada vez mejor el dominio por organización, no sucumbiendo a la tentación de recrear-

se sólo en el reconocimiento de su teoría por parte de Tribunales Supremos de Hispanoamérica, que la han seguido en asuntos muy emblemáticos. Resulta aleccionador el esfuerzo realizado por el maestro analizando numerosísimas sentencias alemanas sobre tráfico de drogas o revisando toda la literatura recaída desde la anterior edición, incluida la tesis doctoral sobre el tema defendida en la más recóndita universidad alemana.

Este esfuerzo del Prof. ROXIN a lo largo de toda su vida académica engrandece su figura hasta extremos inabarcables, porque no solo revela al gran maestro que es en muy diversas materias, mas allá de las abordadas en este libro, sino que lo muestra también como el mejor ejemplo de la actitud que hay que tener ante ciencias como las jurídicas, con las que siempre hay que estar «luchando» para *dominarlas*.

Cáceres, a 9 de agosto de 2016

Prof. Dr. Joaquín CUELLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura

Prof. Dr. José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura

PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN

Es para mí motivo de gran alegría presentar la edición novena de mi obra de habilitación sobre *Autoría y dominio del hecho* a los más de cincuenta años de su aparición. La obra, que me ha acompañado toda mi vida como catedrático, sigue estando intacta en su parte principal (pp. 1-520). En cambio, la «Parte final de 2015» (pp. 521-748), que refleja y analiza la evolución jurídica en el ámbito de la doctrina de la autoría acontecida desde 1963, y que continúa el desarrollo de mi propia concepción, la he reelaborado a fondo para esta nueva edición.

He enjuiciado críticamente la jurisprudencia y la doctrina de los últimos diez años, ampliando y profundizando particularmente los apartados dedicados al «dominio de la voluntad en virtud de maquinarias organizadas de poder» y a los «delitos de infracción de deber», que han alcanzado creciente importancia en el debate sobre la doctrina de la autoría. El criterio del dominio de la organización, como modalidad de la autoría mediata, no solo lo ha asumido el Tribunal Supremo Federal (BGH), sino que ha influido considerablemente en la jurisprudencia de otros países y del Tribunal Penal Internacional. También la idea de que la autoría puede venir fundamentada por una especial posición de deber social va hallando creciente atención. Espero, pues, que también esta nueva edición de mi obra contribuya al ulterior desarrollo de la doctrina de la autoría.

Concluyo mi prólogo con agradecimientos. Agradezco sentidamente a D.^a Marlies Kotting, que no solo ha transcrito el texto, preparándolo para su impresión, sino que asimismo ha elaborado el registro de sentencias. Doy las gracias a D.^a Karin Hergl, de la editorial De Gruyter, que me ha animado para esta nueva edición y la ha favorecido extraordinariamente con su auxilio. Gracias especialmente a mi amada esposa, que, como ya en la primera edición, ha releído todas las pruebas, y revisado laboriosa y escrupulosamente la transformación de la Parte Final dotándola de números marginales, así como el nuevo índice de materias. A ella le está dedicada esta edición con profundo afecto.

Stockdorf, julio de 2015
Claus ROXIN

DEL PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

El 1 de enero de 1975 entró en vigor una nueva Parte General de nuestro Código Penal. El único precepto que se ocupa de las manifestaciones de la autoría, el nuevo § 25 StGB, sin embargo, no ha hecho envejecer la presente obra. Por el contrario, después de que el legislador haya codificado, esbozándolas, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría de la forma que ya subyacía en los primeros Proyectos desde 1959 y que asimismo se preconizaba desde el principio en esta monografía, en absoluto ha perdido significado el esfuerzo por concretar y configurar en cuanto a su contenido estas tres figuras jurídicas, así como su delimitación con respecto a la participación. La presente exposición incluso ha ganado actualidad, porque el nuevo precepto, al igual que ya se establecía en la fundamentación del Proyecto de 1962, en este aspecto del mismo tenor literal, da «espacio a la idea del dominio del hecho» y a la larga probablemente abra el camino para que también la jurisprudencia se desligue de la subjetivista teoría del *animus* en favor del principio del dominio del hecho, al que aquí se considera determinante.

Múnich, noviembre de 1983
Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La presente obra quedó concluida, en sus partes esenciales, en la primavera de 1962. Sin embargo, fue posible aprovechar para la publicación la doctrina y la jurisprudencia de hasta el 1 de enero de 1963 (en casos concretos, incluso posterior).

He de expresar mi agradecimiento más sincero a quienes me han apoyado en mis esfuerzos; en primer lugar, mi estimado maestro Heinrich Henkel, que ha dirigido mi formación científica con bondad e implicación siempre afectuosas; asimismo, a la Deutsche Forschungsgemeinschaft, por cuya generosa ayuda ha sido posible la impresión y rápida publicación de esta obra. De aquellos que han estado a mi lado al realizar la labor querría mencionar por su nombre únicamente a dos: al Sr. Asesor Judicial, el Dr. Rudolphi, que ha realizado principalmente el trabajo en el índice de materias; y a mi esposa, que me ha dado muchos y válidos consejos de fondo y que ha soportado casi en solitario el engorro de corregir las pruebas.

Gotinga, junio de 1963
Claus ROXIN

§ 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro Código penal vigente distingue, con respecto a los sujetos que intervienen en el delito, entre autores, inductores y cómplices (§§ 47 ss. StGB), y asimismo en el Derecho penal futuro va a mantenerse esa división trimembre (cfr. §§ 29 ss. del Proyecto de 1962). A pesar de una amplia jurisprudencia y de una doctrina inabarcable que se remonta hasta el pasado siglo, a pesar de un rico material de la práctica y de numerosas y sutiles teorías, sin embargo hasta hoy no se ha conseguido delimitar satisfactoriamente estas formas de participación entre sí. «La teoría de la participación¹ es el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal alemana», se lamentaba KANTOROWICZ² ya en 1910, BINDING³ asumió esa idea poco después y todavía en la sesión de la Gran Comisión de Derecho penal de 3 de febrero de 1955 aducía Richard LANGE⁴ esta sentencia para explicar las posturas absolutamente contrapuestas que surgieron en el debate.

Irreconciliables se opusieron las posturas a lo largo de decenios. El Tribunal Imperial (Reichsgericht, RG) se mantuvo imperturbable hasta el final en la llamada teoría subjetiva de la participación⁵, desarrollada por él ya en las primeras sentencias, forzando así a la doctrina a una crítica de vehemencia poco común. Aunque p. ej., Max Ernst MAYER⁶ tildó a esta teoría de «tergiversación sofisticada insuperable de la ley», y BELING⁷ la calificó de «puro producto de la fantasía, situada al margen de la ley y que en sus resultados a menudo la fuerza», aunque ROSENFELD⁸ ya consideró en 1930 que no merecía la pena refutarla,

¹ En sentido amplio, incluyendo a la autoría, tal como se caracteriza en el epígrafe del capítulo tercero.

² *Aschaffenburgs Monatsschrift* (= *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*), año 7, 1910, p. 306.

³ *Abhandlungen*, p. 253.

⁴ Cfr. *Actas*, t. 2.º, p. 96.

⁵ Fundamentales son las sentencias *RGSt*, 2, pp. 160-164; 3, pp. 181-183.

⁶ *Lehrbuch*, p. 402.

⁷ *Gerichtssaal*, t. 101, p. 1932, 10.

⁸ *Frank-Festgabe*, II, 169.

la jurisprudencia ni siquiera tomó nota de los múltiples argumentos de sus contradictores. Por otra parte, tampoco ninguna de las numerosas opiniones heterogéneas pudo imponerse en la ciencia penal a la larga⁹.

En estas líneas de frente casi inmóviles, solo en los últimos veinticinco años ha vuelto a verse animación. La teoría del «dominio del hecho final», preparada por LANGE¹⁰, desarrollada ampliamente por primera vez por WELZEL¹¹ en sus «Estudios acerca del sistema del Derecho penal» y luego articulada especialmente por GALLAS¹², se encuentra desde entonces en el centro de la discusión. Encontró en seguida numerosos partidarios en la doctrina y actualmente puede calificarse casi de dominante¹³. También el BGH ha asumido el término «dominio del hecho» en varias sentencias¹⁴, reflexionando incluso sobre si no habrá que hacer prevalecer a esta teoría sobre la teoría subjetiva, dominante desde siempre en la jurisprudencia¹⁵. Las propias Exposiciones de Motivos de los últimos Proyectos de Código penal trabajan con el criterio del dominio del hecho¹⁶, ni que decir tiene que sin querer fijar en la ley esta teoría.

Sin embargo, tampoco faltan voces escépticas. Así p. ej., opina ENGISCH¹⁷ que el concepto de dominio del hecho no lleva significativamente más allá que otras ideas afines, más antiguas; BAUMANN¹⁸ dice que «no se ha hallado en el dominio del hecho un criterio novedoso e independiente»; HARDWIG¹⁹ considera que el concepto de dominio del hecho no es «el *summum* de la agudeza teórica» y SCHWALM²⁰ entiende que la sustitución de la «voluntad de autor» por el «dominio del hecho» supone simplemente un cambio de conceptos igualmente carentes de contenido. Precisamente en las últimas deliberaciones de la Comisión de Derecho penal la opinión resignada de que nunca se vaya a encontrar una delimitación viable de las formas de participación, ha vuelto a conducir a reclamar el concepto unitario de autor²¹.

Este estado de cosas justifica abordar directamente el ámbito de problemas en su conjunto y examinarlo a fondo de nuevo, incluyendo los conocimientos adquiridos en los últimos decenios. Obedece a la importancia que ha alcanzado la teoría del dominio del hecho y a la circunstancia de que hasta ahora no se le ha dedicado ninguna valoración monográfica pormenorizada, que esta teoría —su posición en la evolución de la doctrina de la autoría y el alcance de sus puntos de partida— ha de acaparar en esa tarea el mayor espacio. De todos modos, la labor no puede limitarse a ella, pues dado que se trata de estudiar los conceptos de autoría y participación, necesitan atención también todas las demás teorías, en tanto que sigan teniendo trascendencia.

⁹ Cfr. al respecto pormenorizadamente *infra* pp. 51-72.

¹⁰ *Der moderne Täterbegriff*, p. 1935.

¹¹ *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 537 ss.

¹² *Gutachten*, 1954, pp. 121 ss.; número especial Atenas, 1957, pp. 3 ss.

¹³ Al respecto con pormenores *infra* pp. 80-99.

¹⁴ Al respecto, la recopilación *infra* pp. 99-114.

¹⁵ Cfr. *BGHSt*, 8, 395.

¹⁶ Cfr. Proyecto de 1958, 36; Proyecto de 1960, 139; Proyecto de 1962, pp. 147-148.

¹⁷ *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383.

¹⁸ *JZ*, 1958, p. 232.

¹⁹ *GA*, 1954, p. 353.

²⁰ *Actas*, t. 2.º, p. 89.

²¹ SCHWALM, *loc. cit.*, 90; KRILLE, *Actas*, *loc. cit.*, p. 99.

De ahí surge una dificultad para la exposición. En efecto, como la doctrina sobre el tema, desde comienzos del siglo pasado, es casi inabarcable por su magnitud, no resulta posible ni razonable reflejar con igual extensión absolutamente todo lo que se ha dicho, para solo después de una historia doctrinal tan extenuadoramente amplia como enmarañada agregar la propia opinión. La exhaustividad de las fuentes solo se ha perseguido al tratar el dominio del hecho. En lo demás ha habido que cribar todo el material histórico, teniendo presente qué es lo que aún hoy brinda puntos de partida provechosos para la doctrina de la autoría y es esencial para entender su evolución. Por eso es necesario elaborar al principio del tratado algunos puntos de vista metodológicos rectores en la determinación del concepto de autor y que puedan ofrecer una escala para ordenar y clasificar todas las posturas, que por su multiplicidad confunden. Así, en el estudio no están separadas la exposición de la historia doctrinal, la crítica realizada de la mano de parámetros superiores y la evolución de un concepto de autor adecuado, derivado de ahí, sino que están entretreídas, de manera que cada parte sirve simultáneamente a los tres fines y la solución propugnada se va desvelando a lo largo de la exposición, conforme avanza el curso de las ideas. El que tal modo de proceder sea fructífero o no, que lo ponga de manifiesto el texto que sigue.

Anticipemos dos indicaciones materiales más: el tratamiento del concepto criminológico de autor no forma parte del tema de este estudio. Y se ha renunciado a investigar en capítulo aparte el Derecho comparado, dado que en este ámbito ya existen varias exposiciones esmeradas aparecidas en los últimos tiempos²².

²² DIETZ, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht*, 1957; STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, 1952; BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, 1961.

CAPÍTULO PRIMERO

PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS

Para determinar el concepto de autoría y delimitarlo con respecto a las demás formas de intervención, cabe emprender distintas vías, que influyen en el resultado en cierta medida, como se detallará más adelante. Así pues, a fin de no incurrir en planteamientos unilaterales acrílicos y de no excluir de entrada determinadas soluciones individuales, hay que ser consciente del método seguido en el modo de proceder.

El problema de la autoría nunca ha estado en el centro de interés del debate sobre la metodología jurídico-penal. Y sin embargo también en este aspecto parcial de la dogmática es posible rastrear los giros a los que se ha visto sometido el pensamiento jurídico-penal bajo el influjo de las corrientes de las ciencias culturales.

§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA

Los primeros decenios de vigencia de nuestro Código penal coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases¹. Lo cual significa, trasladado a la doctrina de la de autoría y la participación, que el Derecho penal se ocupa de las distintas personas intervinientes en un delito primordialmente desde el punto de vista de su aportación causal a producir el resultado.

Acerca de este extremo existía amplio acuerdo, al margen de la diferencia de resultados. VON BAR no hizo más que formular la concepción básica de

¹ Cfr., con respecto a los fundamentos histórico-intelectuales, WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, pp. 1-40.

aquella época al escribir²: «La doctrina de la participación [...] cabe considerarla como aplicación específica de la doctrina de la causalidad». Los principales representantes de las teorías subjetivas y objetivas, vivamente enfrentadas, v. BURI y BIRKMEYER, coincidían en que únicamente el concepto causal podía conducir a resolver la problemática de la autoría y la participación. «La doctrina de la causalidad es clave para resolver la participación.» escribía v. BURI³, y BIRKMEYER, en su monografía de amplio alcance⁴, daba por sentado, sin más, que «la doctrina de la participación tiene como base científica la doctrina de la causalidad.»

Como es evidente, este punto de partida metodológico deja margen para soluciones completamente distintas. Cabe clasificar las concepciones defendibles a partir de este, en dos grandes grupos, que se distinguen en que, o bien se consideren equivalentes todas las condiciones del resultado, o bien se crea poder reconducir cada una de las formas de participación a distintas formas de causación.

Para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor. Así, leemos p. ej., en v. LISZT, aún en la última edición a su cargo⁵: «Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en este, ha causado el resultado; que, como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado [...]». La única solución coherente, a partir de ahí, esto es, la renuncia a establecer distintas formas de participación, quedaba descartada por la diferenciación plasmada en la ley. El concepto unitario de autor, pues, solo era posible mantenerlo como exigencia *de lege ferenda*. Lo cual venía ilustrado por HEIMBERGER⁶, que, al margen de las exigencias político-criminales de la escuela de LISZT, derivaba la autoría unitaria únicamente de la doctrina causal, deduciendo de esta: el legislador «no puede obligarme a distinguir allí donde me falta la capacidad de distinguir».

Sobre la base del Derecho vigente, si se quería permanecer fiel al planteamiento causal, coherentemente solo quedaba la posibilidad de trasladar al aspecto subjetivo las diferencias entre las formas de participación⁷, pues teniendo en cuenta solo el curso causal —por mor de la ley, de la que se partía— y considerando equivalentes todas las condiciones, el aspecto objetivo del hecho no ofrecía en absoluto posibilidad de distinguir entre distintos partícipes.

Por eso, el método causal, sobre la base de la teoría de la equivalencia, tuvo que conducir, hasta cierto punto de modo forzoso, a la teoría subjetiva de la participación, tal como con tan gran éxito —es sabido— la desarrolló VON BURI⁸. Cuando este dice que la teoría subjetiva no reconoce una relevante

² *Die Lehre von Kausalzusammenhänge*, 1871, p. VII.

³ *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 102.

⁴ *De Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, 1890, p. 5.

⁵ *Lehrbuch*, 21.^a/22.^a eds., 1919, 204.

⁶ *Mitteilungen*, pp. 534-540 (538).

⁷ El propio v. LISZT, como es sabido, no ha ido por ese camino.

⁸ Por primera vez en *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860.

diferencia de efectividad (entre el autor⁹ y el cómplice), hasta el punto de «que su propia existencia está determinada por la equivalencia de la efectividad del autor y del cómplice»¹⁰, ello pone de relieve que para él su teoría de la participación debe su razón de ser exclusivamente a su teoría causal.

También en la jurisprudencia se encuentra esta derivación de la teoría subjetiva a partir del método causal. Una sentencia de 1881¹¹, fundamental para la práctica posterior, señala que no puede existir diferencia entre cómplices y coautores, y que el cómplice tendría que ser siempre coautor «si la diferencia tuviera que deducirse de la índole objetiva de la actividad exteriorizada en común. Por eso, la diferencia entre participación y coautoría solo puede ser subjetiva, basada en la diferencia entre la voluntad del coautor y la del participante». Nunca ha aparecido en la jurisprudencia una fundamentación de la teoría subjetiva divergente de este punto de partida. Así pues, resulta curioso que una teoría que aún hoy mantiene —al menos formalmente— el Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof, BGH) se haya obtenido metodológicamente por un camino que hoy no se duda en calificar de inviable.

Pero también las teorías objetivo-materiales surgieron sobre la base de una consideración causal pura, aun cuando en el fondo sean absolutamente opuestas a la teoría de la equivalencia. Pues si se creyó que era posible encontrar diferencias causales entre las condiciones del resultado, distinguiendo así entre causa y condición, a partir del planteamiento metodológico inicial, estas diferencias se tuvieron que convertir en base de la delimitación entre autoría y participación. De esta manera surgieron las teorías objetivas que distinguían entre clases y grados de causalidad, cuya exposición pormenorizada no es aquí necesaria¹².

Ahora bien, tanto si se delimita la autoría de la participación, a partir del planteamiento causal, según puntos de vista subjetivos u objetivos, como si se rechaza en absoluto la posibilidad de distinguir, hoy ya ha pasado a la historia el método causal concebido en tales términos. Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea autor o participe solo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que se derivan de esta distinción. Bien es cierto que la perspectiva causal puede hacerme entender la concatenación de los sucesos exteriores, pero sobre su significado jurídico no puede aportarme nada. Es ciega al sentido y a los valores.

Sin embargo, esta mirada retrospectiva a los primeros decenios de la teoría de la participación presenta algo más que interés histórico, pues pone de manifiesto que un principio metodológico no facilita *una* sola solución, sino que puede conducir a resultados sumamente distintos. Por otra parte, enseña que el método tampoco es indiferente, no pudiéndosele pasar por alto, ya que de entrada abre el camino para descubrir muchas otras posibilidades de so-

⁹ Del autor (*Täter*), en lenguaje actual.

¹⁰ *GA*, t. 17.º, 1869, p. 234.

¹¹ *RGSt*, 3, pp. 181 ss. (182).

¹² La mejor panorámica sobre las distintas concepciones la ofrece PERTEN, pp. 11-34; cfr., para lo demás, la polémica con las teorías objetivo-materiales *infra* pp. 53-65.

lución. Así, p. ej., no es concebible desde el planteamiento causal determinar el concepto de autor según criterios tales como los del merecimiento de pena, la intensidad de la energía criminal, el dominio final del curso del suceso o el contenido de sentido social. Ni siquiera vienen en consideración tales vías de pensamiento.

Y aún enseña esta breve exposición que cuanto menos un método admite una sola solución, tanto menos es incorrecto un resultado solo porque se haya obtenido a través de vías metodológicamente incorrectas. Resulta prematuro considerar, como ha ocurrido con frecuencia, que la teoría subjetiva está ya refutada por el mero hecho de que emprendiera su desfile triunfal bajo la enseña del dogma causal. Empero, puede representar una solución correcta desde otros puntos de partida. Asimismo, es posible que de las diferencias causales que han conducido a las numerosas teorías objetivas, algunas puedan aparecer como significativas también desde un enfoque de valoración jurídica o de inquisición de sentido. A esta luz se ahondará más adelante en estas diferencias causales¹³.

§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA

Desde los años veinte del presente siglo están superados definitivamente en la ciencia jurídica los modos de pensar naturalístico-causales. Se apelaba a la independencia de las ciencias culturales con respecto a las ciencias naturales y se desarrollaron métodos propios de las ciencias del espíritu a fin de solucionar los problemas jurídicos. En el ámbito del Derecho penal, alcanzó influencia decisiva la escuela neokatiana, en su vertiente de la llamada filosofía de los valores de Alemania sudoccidental¹, que distinguía entre el reino del ser (concebido empíricamente y exento de valores) y el reino de los valores que surgen de lo dispuesto por el ser humano, concibiendo los fenómenos culturales como producto de la transformación de la realidad exenta de valores por parte del espíritu humano, que instituye sentido y finalidad. A partir de ahí, los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducirse de la realidad, sino que precisamente se le añaden a esta por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de finalidad. Así, «la totalidad de los objetos accesibles al Derecho se reviste a la vez con un tejido teleológico»² y los fenómenos jurídicos aparecen como «productos de la formación de conceptos de las ciencias culturales»². «Conceptos exentos de valoración [...] pierden su carácter naturalístico, experimentando una transformación teleológica, específicamente jurídica, en conceptos plenos de valoración»⁴. El método teleológico-normativo emprendió su marcha triunfal⁵.

¹³ Vid. *infra* pp. 53 ss.

¹ Fueron decisivos especialmente los estudios metodológicos de RICKERT y la *Rechtsphilosophie* de LASK.

² LASK, p. 316.

³ *Op. cit.*, p. 308.

⁴ MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens*, p. 31.

⁵ También influyeron en la evolución la «psicología del pensamiento emotivo» de Heinrich MAIER y la jurisprudencia de los intereses, desarrollada en el terreno del Derecho civil. No es este el lugar de describir en detalle los orígenes del método teleológico. Cfr. al respecto SCHWINGE, *Teleolo-*