

Claus Roxin
Catedrático de Derecho Penal,
Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho
Universidad de Munich

Günther Jakobs
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Bonn

Bernd Schünemann
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Munich

Wolfgang Frisch
Catedrático de Derecho Penal y Teoría del Derecho
Universidad de Friburgo

Michael Köhler
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Hamburgo

**Sobre el estado
de la teoría del delito
(Seminario en la Universität
Pompeu Fabra)**



V. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN
EN EL DELITO: ESTADO DE LA CUESTIÓN *

Claus Roxin



* Traducción a cargo de María Teresa CASTIÑEIRA PALOU.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal español, de forma muy parecida a como lo hace el Derecho alemán (art. 28 CP, § 25 StGB), distingue tres formas de autoría: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.» Así, son autores aquellos que realizan el hecho por sí mismos, conjuntamente o por medio de otro al que utilizan como instrumento. De esta forma, la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata se describen en términos muy semejantes a los utilizados en el Derecho alemán. En el apartado siguiente se establece que hay además otros dos intervinientes que pueden ser tratados como autores: el inductor y aquel que realiza una aportación necesaria para la ejecución (con ello se alude al cómplice principal del temprano Derecho español). Aparentemente esto último va más allá que el Derecho alemán, pero en realidad coincide bastante si se tiene en cuenta que según el Derecho alemán también al inductor se castiga «como a

un autor» (§ 26 StGB), y que aquel que realiza una aportación necesaria, según la opinión generalizada en la doctrina alemana, se considera titular del llamado dominio funcional del hecho y se castiga como coautor.

No voy a interpretar el Derecho español, sino que —de acuerdo con lo que se me ha encomendado— trataré exclusivamente sobre el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina en el ámbito de la autoría y participación en Alemania. Pero la similitud entre ambos Códigos Penales permite que finalmente podamos de forma adecuada tratar sobre nuestro derecho común.

Comienzo por la jurisprudencia y luego me referiré a las discusiones doctrinales. En ambos casos por razones de tiempo seré breve y ejemplificaré.

II. LA JURISPRUDENCIA

1. *La autoría inmediata*

Puede hoy asegurarse que, para la jurisprudencia alemana, aquel que *realiza* el hecho de propia mano y dolosamente en todo caso es autor, aunque realice el hecho por encargo o en interés de otro. La jurisprudencia del RG e inicialmente también la del BGH habían apreciado en estos últimos casos sólo complicidad, por la falta de «ánimo de ser autor». Así sucedió en el año 1962 en el famoso caso Staschynsky, en el que un agente ruso que por encargo del servicio secreto soviético mató, en Munich, en plena calle a dos políticos exiliados, sólo fue condenado por complicidad (BGHSt 18, 87); igualmente, los delincuentes nazis que con sus propias manos habían matado a otras personas, fueron castigados por lo

general como cómplices, si al actuar lo hacían en interés de la dirección del Estado de aquel entonces.

Desde la entrada en vigor de la nueva Parte General (1975) este género de decisiones se excluyen en virtud de una correcta, pero también discutida, interpretación de la letra de la ley. Según el § 25.1 StGB es autor quien «realiza el hecho por sí mismo»; difícilmente se puede decir que aquel que realiza todo el tipo personalmente, no ha cometido el hecho por sí mismo. Sin embargo, el BGH hasta ahora no ha considerado que exista autoría sin excepciones para aquellos que realizan por sí mismos todos los elementos del tipo, sino que dice más bien: «El BGH no ha defendido hasta ahora esta interpretación estricta», y quiere dejar abiertas sus decisiones para «casos excepcionalmente extremos» (BGH, NStZ, 1997, 224 y ss.). Hasta ahora no se han producido estos casos y quizá no se planteen nunca. Los llamados tiradores del muro [*Mauerschützen*], que disparaban contra los fugitivos en la frontera de la República Democrática Alemana, son condenados por la jurisprudencia alemana como autores, aunque actuaran por encargo y en interés del Estado (BGHSt 39, 31).

2. *La autoría mediata*

En el ámbito de la autoría mediata el desarrollo más importante de los últimos años reside en que el BGH basa sus decisiones sólo en la doctrina del dominio del hecho. Asume así un criterio, discutido incluso entre los defensores de la doctrina del dominio del hecho, pero que —de acuerdo, por ejemplo, con la interpretación por mí defendida en la doctrina— admite autoría mediata de la persona de atrás en casos de creación o aprovechamiento de un error de prohibición evitable y en casos de órdenes en el marco de aparatos organizados de poder,

aunque en estos supuestos también quien obra inmediatamente es responsable como autor. Se reconoce así por la jurisprudencia que el «autor tras del autor» es un posible caso de autoría mediata. Presentaré brevemente los dos casos más importantes.

a) El caso del «Rey de los gatos» (BGHSt 35, 347) *h* en este caso tan peculiar de error de prohibición, dos personas, actuando desde detrás habían sugerido a un hombre que era necesario y estaba permitido para la salvación de la humanidad ante la amenaza de destrucción, matar a una mujer determinada, a la que en realidad querían matar por odio y celos. El afectado, creyendo que su comportamiento estaba legitimado, intentó matar a la mujer. Fue condenado por el BGH como autor de una tentativa de homicidio en error vencible de prohibición. Pero las dos personas de atrás también fueron condenadas como autores, mediatos, de una tentativa de homicidio.

El BGH no quiere admitir autoría mediata en todos los casos de aprovechamiento de un error de prohibición, sino que hace depender su apreciación «en cada caso del género y alcance del error y de la intensidad de la influencia del hombre de atrás». Autor mediato sería siempre así aquel que, «con ayuda de un error conscientemente provocado por él, origina y dirige queriendo los hechos, de forma que el que se equivoca en la valoración debe ser considerado instrumento —aunque actúe culpablemente» (cit., p. 354). En la práctica, en los casos más importantes de manipulación del ejecutor mediante la causación consciente de un error de prohibición se admite autoría mediata.

¹ Sobre el tema, *vid.* SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, pp. 153-158; KÜPERJZ, 1989, pp. 617-628, 935-949; HERZBERG, *Jura*, 1990, pp. 16-26; SCHUMANN, *NStZ*, 1990, p. 32.

b) El caso del «Consejo Nacional de Defensa» (BGHSt 40, 218)²: se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonas. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

El BGH basa su fundamentación por un lado en la figura del «autor mediato por utilización de aparatos organizados de poder», desarrollada por mí ya en el año 1963³ (con ocasión del caso Eichmann). Fundamenta el dominio del hecho del oficinista * que se halla inmerso en un régimen criminal en la intercambiabilidad de los receptores de las órdenes, que, en cualquier caso, lleva a un cumplimiento automático de las órdenes, porque el hombre de atrás, a diferencia del inductor, no depende de un autor concreto. Lo afirma así el BGH: «A pesar de la responsabilidad ilimitada del ejecutor, la contribución del hombre de atrás conduce automáticamente a la realización del tipo» (cit., p. 236). Junto a ello el BGH usa

² Vid. ROXIN, *JZ*, 1995, p. 49; JAKOBS, *NStZ*, 1995, p. 26; JUNG, *JuS*, 1995, p. 173; SCHROEDER, *JR*, 1995, p. 177; GROPP, *JuS*, 1996, p. 13; MURMANN, *GA*, 1996, p. 269; OTTO, *JK*, 95, StGB, § 25 1/3; BLOY, *GA*, 1996, pp. 424, 437 y ss.

³ ROXIN, *GA*, 1963, pp. 193 y 207.

* La expresión «Schreibtischtäter» —que aquí se ha optado por traducir como «oficinista»— alude en el contexto de la doctrina alemana a conocidos casos de sujetos en el marco de la criminalidad de la dictadura nacional-socialista, entre otros. Su traducción como «oficinista» pretende resaltar el carácter intercambiable y fungible de su aportación (N. de la T.).

también en su fundamentación una idea desarrollada por Fr. Chr. SCHROEDER en su libro *Der Täter hinter dem Täter* (1965), según la cual el hombre de atrás tendría el dominio del hecho por «la disposición incondicionada del ejecutor inmediato a realizar el tipo» (cit., p. 236).

3. *ha coautoría*

Cuando se trata de delimitar entre coautoría y cooperación la orientación del BGH a la doctrina del dominio del hecho es mucho menos marcada que para la autoría mediata. La jurisprudencia trabaja aquí con una idea denominada por mí como doctrina normativa de la combinación. Según ésta, la diferenciación de autoría y participación depende de una contemplación valorativa, para la que resultan decisivos cuatro factores: el grado de interés en el resultado, el alcance de la intervención en el hecho, el dominio del hecho o por lo menos la voluntad de dominio del hecho⁴, lo cual suena al criterio de la preponderancia del dominio del hecho, o semejantes. Pero la praxis muestra que la jurisprudencia reciente considera a menudo coautores a los intervinientes sólo por tener un interés propio en el hecho, aunque carezcan de dominio del hecho.

Esto conduce a que aportaciones preparatorias por sí mismas insignificantes sean enjuiciadas a menudo como coautoría. La sentencia del BGHSt. 37,289 proporciona un ejemplo extremo: dos delincuentes buscados por la policía habían acordado que, dado el caso, se abrirían camino a tiros. Cuando la policía les dio el alto, A dio muerte a dos de ellos e intentó matar a otros dos, mien-

⁴ Las resoluciones correspondientes se recogen en RoxiN, en *Leipziger Kommentar*, 11.* ed., 1993, § 25, núm. marg. 26, 28.

tras que B tiró la pistola y levantó las manos. B fue castigado, a pesar de ello, como coautor en los cuatro casos sólo por tomar parte en el pacto y por el apoyo psíquico que de ahí derivaba para A. La decisión ha sido rechazada de forma unánime por la doctrina⁵, pero pone de relieve que es prematuro afirmar —como se hace a veces⁶— que el debate dogmático entre jurisprudencia y doctrina se ha resuelto a favor de la doctrina del dominio del hecho. Al menos por lo que hace a la delimitación entre autoría y participación, esto todavía no sucede.

4. *La inducción*

Aquí la cuestión más importante que trata la jurisprudencia moderna es la siguiente: ¿con qué grado de precisión debe haber proyectado el hecho quien lo provoca para que se pueda hablar de inducción? ¿Basta con que A invite a B a cometer un hurto, o debe decirle qué, cuándo y dónde debe cometerlo, para que haya inducción? En la sentencia del BGHSt 35, 63 se exige que quien provoca se haya representado las circunstancias concretas (el objeto concreto, el lugar, el tiempo o circunstancias específicas reales). Pero no se dice cuáles deben ser. «Qué elementos son exigibles en cada caso como individualizado-res del hecho, se trata de una determinación general-abstracta y sólo puede decidirse según las circunstancias de cada caso concreto», dice la sentencia (cit., p. 67).

No me parece correcto; por el contrario, entiendo⁷ que debe bastar con que el inductor haya previsto la

⁵ ROXIN, *JR*, 1991, p. 206; HERZBERG, *JZ*, 1991, p. 856; PUPPE, *NStZ*, 1991, p. 571; ERBJWS, 1992, p. 197.

⁶ Por ejemplo, por KÜPPER, *GA*, 1986, pp. 437 y ss. (449).

⁷ Más en detalle, *JZ*, 1986, p. 908; *Leipziger Kommentar* [nota 4], § 26, núm. marg. 57.

dimensión del injusto, esto es, la clase y manera del ataque y la cuantía aproximada de los daños. Yo admitiría una inducción al robo cuando alguien exhorta con éxito a otro a conseguir los 10.000 marcos alemanes que necesita asaltando un banco. Qué banco será asaltado o cuándo sucederá, es algo que, en mi opinión, no necesita saberlo el inductor. Estas cuestiones son todavía objeto de una discusión no cerrada.

5. *La complicidad*

También en este ámbito la determinación del dolo de cómplice es objeto de nuevas resoluciones. En la sentencia del BGHSt 42, 136⁸, el último caso de este género, un experto, estando de acuerdo en secreto con el autor, había hecho un informe sobre una colección de joyas, atribuyéndoles un valor diez veces superior al real. Con razón sospechaba que el autor quería utilizar la valoración para cometer una estafa, pero no supo nada más. El BGH apreció complicidad en la estafa con dolo eventual, considerando suficiente —de forma distinta que en la inducción pero de acuerdo con mi opinión defendida para ésta— que el cómplice previera la dimensión del injusto, es decir, el daño aproximado que se causaría con ayuda de su informe. En la conclusión no resulta correcto, pero pienso que para la complicidad deben bastar cosas distintas que para la inducción, sobre todo cuando el cómplice conoce sólo el tipo que el autor quiere realizar. Si A pone a disposición de B una llave para robar, debe ser considerado cómplice, incluso aunque A no sepa nada sobre la clase de robo y los daños. También esta es un cuestión en la que la discusión alemana está todavía necesitada de aclaración.

⁸ Con anotación de RoxiN, en/Z, 1997, p. 210.

III. LA DOCTRINA

1. *Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación*

a) La delimitación entre autoría y participación se lleva a cabo, según la opinión absolutamente dominante en la bibliografía alemana, con ayuda de la doctrina del dominio del hecho. Se están produciendo, sin embargo, algunas variaciones en la discusión. Mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), cuya 6.^a edición apareció en 1994 y se ha publicado este año en lengua española, mientras ya me estoy ocupando de la revisión para la 7.^a edición *, ha provocado que durante veinte años en Alemania —a excepción de un corto escrito didáctico de HERZBERG, del año 1977— no apareciera ninguna otra monografía sobre autoría y participación. Desde entonces, sin embargo, han aparecido nueve libros nuevos que se ocupan de reflexionar sobre las cuestiones fundamentales de la autoría y participación. Los cito por orden de aparición:

M.-K. MEYER, *Des Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, 1984.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988. *

Publicada en 1999. (N. de la T.).

DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en Derecho penal*, 1991 (un libro español, pero implicado en la discusión alemana).

BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, 1993.

SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994.

RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

b) Los autores de estos libros son catedráticos o están a punto de serlo. No se trata de escritos menores, sino de obras que deben leerse si se quiere conocer el estado de la cuestión. El tiempo no me permite exponerles su contenido siquiera brevemente. Resumiendo, se puede decir que todos ellos —con la única excepción de STEIN— permanecen en el ámbito de la doctrina del dominio del hecho, por lo que, aun aportando cosas interesantes, no ofrecen nada nuevo en lo fundamental. BLOY y BOTTKE desarrollan —para mi satisfacción— una doctrina del dominio del hecho semejante a la por mí defendida, pero desde un punto de partida algo distinto. MURMANN se refiere a una doctrina personal del dominio del hecho. SCHILD emprende una discusión con mi libro, pero sin formular —como él mismo reconoce (p. 47)— una consideración crítica a la doctrina del dominio del hecho. Y también RENZIKOWSKI, en la obra más moderna sobre nuestro tema, intenta sólo una —como él la denomina (pp. 34, 77)— «reformulación de la doctrina del dominio del hecho», recurriendo a la prohibición de regreso y a la idea de autonomía, puntos de vista conocidos en la historia de las ideas. También aquellos autores que, como MEYER con la «autonomía», o como SCHUMANN con el «principio de autorresponsabilidad», se

sitúan en el centro de la delimitación, plantean las cosas con criterios muy próximos a la doctrina del dominio del hecho, porque la autonomía o la autorresponsabilidad de uno de los ejecutores es la que regularmente excluye del dominio del hecho a otros intervinientes.

c) Las posiciones se mueven, por lo general, en un marco establecido por la doctrina del dominio del hecho, llenando los espacios de interpretación que deja este marco. Se plantean así, ante todo, dos divergencias que generan una discusión de carácter más fundamental. Primero se encuentran los defensores de un concepto de dominio del hecho orientado normativamente, que se oponen a quienes destacan las relaciones materiales de dominio. Así, por ejemplo, afirma JAKOBS⁹ que el «dominio del hecho», que él también reconoce en su significado, «acaba determinándose en la doctrina... de forma demasiado naturalística (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como base para la competencia)», mientras que RENZIKOWSKI (p. 80), como representante de la posición contraria, le opone que «una dogmática jurídico-penal de carácter normativo sin relación con los hechos queda suspendida en el aire». Existe también una discrepancia entre ciertas opiniones que con ayuda de la idea de autonomía rechaza el autor detrás del autor, porque tras un autor auto-responsable no cabe ningún otro dominio del hecho, mientras que otra doctrina, como la que yo defiendo y sostiene ahora la jurisprudencia, reconoce distintas formas de aparición del dominio del hecho y simultáneamente la posibilidad de apreciarlo de forma escalonada.

d) Sólo STEIN escoge un enfoque básicamente distinto en su «doctrina de las formas de participación».

⁹ JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2.* ed., 1991, pp. 22/33.

Distingue entre autor, inductor y cómplice no según la dominación o no dominación de la realización del hecho que conduce al resultado, sino según las distintas «normas de conducta» que ellos infringen. Estas normas de conducta serían diferentes en cuanto a su «perentoriedad», de manera que serían para el partícipe menos perentorias que para el autor, porque el deber impuesto al autor para evitar la lesión de un bien jurídico establece un «muro de protección» para el objeto del bien jurídico (aquí y en lo sucesivo, pp. 241-243). Ciertamente la norma de conducta del inductor, como muestra ya su sanción como al autor, está dotada de la misma perentoriedad que la norma de conducta del autor. Esto es así porque el inductor menoscaba la motivación de fidelidad al derecho del autor y así «socava» el muro protector del bien jurídico.

Las consecuencias prácticas de esta interpretación son muy próximas a las de la doctrina del dominio del hecho; pues el «muro de protección» que circunda al autor no es nada distinto de su dominio sobre los sucesos. El libro, erudito e inteligente, aparte de esto, sólo ha encontrado rechazo¹⁰. También yo entiendo que no se pueden reducir las formas de participación a una infracción de normas de conducta, o al respectivo desvalor de acción, porque autoría es realización del tipo y el resultado pertenece al tipo. Las diferencias de comportamiento sólo pueden tener relevancia en las formas de participación en la medida en que repercuten en la realización del tipo. Para ello es más adecuado el principio del dominio del hecho que una «doctrina de normas de conducta» desprendida del resultado. Tampoco parece plausible la idea

¹⁰ La crítica más extensa es formulada por KÜPER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 445 y ss. Cfr. también LESCH, *Das Problem des sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 224 y ss.; RENZIKOWSKI, cit., p. 246.

de que la distinta perentoriedad de las normas de conducta haya de trazar la delimitación entre autoría y participación, pues, aparte de que de la conminación penal en la autoría e inducción no cabe derivar una perentoriedad distinta, las normas sólo pueden prohibir u ordenar algo, y no permitir un más o un menos. Su mandato, sin más, rige; y no es adecuado a una graduación de la perentoriedad. Lo único que es distinto es el merecimiento de pena de cada infracción de la norma, y de ahí (no por razones distintas de la intensidad de la norma) deriva la diversidad en la dimensión de la pena.

e) Permítanme echar una ojeada a los Manuales del último año. KÜHL y GROPP defienden con firmeza la doctrina del dominio del hecho. KÜHLⁿ dice así: «En un Derecho penal del hecho el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado para la determinación de la autoría». Acepta también las figuras creadas por mí de dominio de la acción, dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho. Lo mismo efectúa GROPP¹², quien incluso reduce a esta sistematización la «fuerza atractiva de la doctrina del dominio del hecho». KÖHLER, por el contrario¹³, no puede mostrarse partidario con estas denominadas por él «fórmulas descriptivas». Recurre a la llamada doctrina de la totalidad de SCHMIDHÄUSER¹⁴, que efectúa una valoración ponderada de todos los momentos de la situación fáctica y los convierte en objeto de valoración; pero que, a causa de la inseguridad de los resultados, apenas ha encontrado

¹ KÜHL, *Allgemeiner Teil*, 2.* ed., 1997, § 20, núm. marginal 29, y para las formas de autoría, núm. marg. 27 y ss.

¹² GROPP, *Allgemeiner Teil*, 1998, § 10, núm. marg. 38.

¹³ KÖHLER, *Allgemeiner Teil*, 1997, p. 497, y sobre la doctrina de la totalidad, p. 499.

¹⁴ SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.' ed., 1975, pp. 10/8 y ss., 163 y ss., 168.

seguidores. Para la coautoría KÖHLER, a pesar de su crítica al dominio funcional del hecho, llega a conclusiones muy parecidas a las mías, cuando afirma ¹⁵: «Coautor es quien realiza el hecho juntamente con otro, de mutuo acuerdo a través de aportaciones similares», mientras que para la autoría mediata es el único en la doctrina alemana que deja un espacio muy reducido, apreciando inducción en los casos de coacciones, utilización de un inimputable o de quien obra en error de prohibición ¹⁶.

2. *Cuestiones particulares*

Deseo finalmente hacer referencia a algunas cuestiones que en la doctrina de los últimos años han suscitado especial atención. La limitación de tiempo no me permite un exposición más detallada de los problemas, pero deben tratarse al menos algunos puntos fundamentales para suscitar el debate.

a) Autoría inmediata

Es prácticamente indiscutida la autoría de quien lleva a cabo el tipo de propia mano, dolosa y responsablemente. Sólo SCHILD ¹⁷ ha desarrollado recientemente la idea de que un rol social de sirviente del ejecutor puede convertirle en cómplice. El camarero que sirve una comida envenenada por el cocinero, sabiendo que lo es, será sólo cómplice. En cambio, sería autor si sirve la comida una persona distinta que la designada

¹⁵ KÖHLER [n. 13], p. 513.

¹⁶ KÖHLER [n. 13], pp. 509 y ss.

¹⁷ SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 45-46.

por el cocinero. No resulta una idea muy clara ¹⁸, pues de una forma u otra está en manos del camarero decidir si mata a alguien y, en su caso, a quién. El homicidio de un comensal se halla, en cualquier caso, muy lejos del rol social de un camarero.

b) Autoría mediata

Aquí el debate suscitado por la jurisprudencia reciente se centra en el tema del «autor detrás del autor». El dominio de organizaciones como caso de autoría mediata se ha impuesto en la jurisprudencia alemana, pero en la doctrina, si bien encuentra fuertes defensores, tiene también considerables adversarios. Para nombrar sólo a dos aquí presentes: JAKOBS ¹⁹, quien considera que en estos casos hay coautoría, mientras que KÖHLER²⁰ defiende la inducción. Trataré más en detalle sobre el tema en el mes de julio en Huelva, hoy sólo lo voy a abordar brevemente *. No veo en esas alternativas ninguna solución correcta: no puede existir coautoría porque los que dan las órdenes y el ejecutor ni se conocen y en modo alguno se hallan entrelazadas sus acciones; la orden sólo tiene la función de desencadenar la acción típica. Tampoco es la inducción la figura jurídica correcta, porque el efecto de bloqueo de una decisión autóno-

¹⁸ Correctamente, RENZIKOWSKI, cit., pp. 23 y ss.

¹⁹ JAKOBS, *NStZ*, 1995, p. 26.

²⁰ KÖHLER [n. 13], p. 510. HERZBERG defiende también la solución de la inducción en una ponencia presentada en unas jornadas sobre el problema de la punibilidad en el marco de estructuras jerárquicas, que tuvo lugar en septiembre de 1997 en Moritzburg; la ponencia todavía no ha sido publicada.

* Ha sido publicado, con el título «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» en FERRÉ/ANARTE (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 191 y ss. (N. de la T.).

ma del autor, que excluye la autoría de quien meramente provoca, no puede alterar el rumbo del resultado típico hacia el autor oficinista que obra en el marco de organizaciones delictivas. Pero sobre esto hay mucho que discutir.

c) Coautoría

La mayoría de los nuevos desarrollos y puntos polémicos se produce en el ámbito de la coautoría. Mencionaré brevemente cuatro.

Primero: DÍAZ Y GARCÍA²¹ ha propuesto una nueva concepción de la coautoría, que también ha llamado la atención en Alemania. DIAZ sostiene, en contra de mi doctrina del «dominio funcional del hecho», que aquel que no realiza la acción típica por sí mismo, por ejemplo, sujetando a la víctima para que otro pueda apuñalarla, sólo ejercita un «dominio negativo del hecho». Permaneciendo inactivo (o sea, sin sujetar a la víctima) podría hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto sólo lo hace quien da los golpes y con ello ejercita el «dominio positivo del hecho». Quiere restringir la coautoría al dominio del hecho positivo, que existiría, por ejemplo, cuando tres autores pegan tres puñaladas a la víctima que sólo juntas producen la muerte. Además, entiende DÍAZ que la deseada restricción de la coautoría al estadio de la ejecución no podría efectuarse desde el criterio del dominio funcional del hecho, pues también una aportación necesaria en el ámbito de la preparación puede ser decisiva para el éxito del plan.

A la última objeción habría que contestar que quien prepara, incluso si realiza una aportación insustituible,

²¹ DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 691 y ss.

suelta de su mano el hecho y no puede entonces co-dominarlo, en tanto que entrega a otros la ejecución. Un co-dominio de la realización del tipo sólo es posible mediante una división del trabajo en el estadio de la ejecución.

Por lo demás, me da la impresión de que la interpretación de DÍAZ restringe de forma excesiva la coautoría, porque la contribución «positiva» a la acción típica, como él la entiende, será ya por sí misma una autoría inmediata (por ejemplo, si varias personas según un plan conjunto toman cosas con intención de hurtar), por lo que en la práctica los casos más significativos son precisamente aquellos que DÍAZ excluiría de la coautoría como constelaciones de dominio negativo.

Además, trazar la distinción entre dominio positivo y negativo, como lo hace DÍAZ, no cuadra con la estructura del dominio funcional. Pues —para seguir con el ejemplo de la puñalada— el que sujeta realiza, al «disponer» a la víctima, una aportación tan «positiva» a la realización del tipo, como el que acuchilla. La no realización de esta aportación haría fracasar el plan: es sólo la cara «negativa» del co-dominio positivo. El co-dominio no está estructurado de forma distinta para quien da la puñalada por sí mismo: también para él es el reverso de su contribución en el hecho, cuya omisión haría fracasar el plan. La distinción propuesta no puede fundamentar una distinta valoración de la contribución en el hecho. Tanto si el coautor agarra a la víctima para que sea posible la puñalada mortal, como si asesta él mismo una que junto con otras produce el resultado, dependen en ambos casos los intervinientes unos de otros de forma intercambiable y co-dominan el acontecimiento con su hacer «positivo».

Segundo: JAKOBS²², como también sus discípulos DERKSEN²³ y LESCH²⁴, quieren renunciar a la exigencia de decisión conjunta en la coautoría y «considerar suficiente una decisión de ajustarse [*"Einpassungsentschluß"*]..., con la que quien no es ejecutor inmediato pero contribuye a la configuración enlaza su contribución con el hacer del ejecutor». Si A impide la intervención de un policía decidido a evitar un atraco, sería coautor, incluso aunque el ladrón no se hubiera percatado de esta contribución. Tampoco en el caso mencionado de dominio de organizaciones impediría apreciar coautoría la circunstancia de que quien actúa no supiera nada del otro.

Fuera de la escuela de JAKOBS esta doctrina no ha encontrado hasta el momento aceptación²⁵. Tiene algo a favor, pero, como muestran los casos de dominio de organizaciones, encierra el peligro de una ampliación excesiva de la coautoría. Tampoco se adapta a las previsiones del legislador, pues el actuar unilateral, del que el otro nada sabe, difícilmente se puede considerar como la «ejecución conjunta» que exige el legislador. KÖHLER²⁶ opina que esta doctrina «cae incluso más allá del finalismo y en la práctica difumina las fronteras de la complicidad».

Tercero: el principal punto de discusión en materia de coautoría sigue siendo la cuestión de si actos preparatorios pueden fundamentar coautoría. Así lo considera la jurisprudencia, y ya he expuesto que, ocasionalmente,

²² JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, pp. 21/43; *NStZ*, 1995, p. 26.

²³ DERKSEN, *GA*, 1993, pp. 163 y ss.

²⁴ LESCH, *ZStW*, 105 (1993), pp. 271 y ss.

²⁵ Una crítica en KÜPPER, *ZStW*, 105 (1993), p. 295.

²⁶ KÖHLER [n. 13], p. 516, núm. marg. 71.

considera suficientes incluso actos preparatorios mínimos y alejados. También defensores de la doctrina del dominio del hecho, como STRATENWERTH²⁷ o JAKOBS²⁸, son partidarios de considerar suficientes los actos preparatorios para la coautoría, cuando co-configuran la ejecución.

Por el contrario, una interpretación estricta, que también yo defiendo, exige para la coautoría una contribución esencial en el estadio de la ejecución. Fuera de los casos de autoría mediata, a los que ahora no me refiero, no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de rango y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría. Pero la interpretación que yo defiendo, aunque va ganando terreno, sigue siendo minoritaria. Recientemente ha sido defendida por STEIN²⁹ y KÖHLER³⁰ y en el año 1995 fue expuesta sintéticamente en la ZStW³¹ por ZIESCHANG, asistente en la Universidad de Colonia.

Cuarto: el punto más interesante en el ámbito de la coautoría es el imparable avance de la coautoría culposa. Hasta hace pocos años la opinión absolutamente dominante en la doctrina alemana era la de que en los delitos imprudentes regía un concepto unitario de autor, de modo que en caso de varios ejecutores imprudentes sólo se planteaba una autoría accesoria. Hoy numerosos autores se manifiestan a favor de la coautoría imprudente,

²⁷ STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981, núm. marg. 824.

²⁸ JAKOBS [n. 9], pp. 21/48.

²⁹ STEIN, cit., pp. 319 y ss.

³⁰ KÖHLER [n. 13], p. 516.

³¹ Vol. 107, p. 361.

que en lo más fundamental ha sido elaborado en el escrito de habilitación de RENZIKOWSKI y en un trabajo de Bettina WEISSER sobre decisiones colegiadas³². También hay que citar la habilitación de Simone KAMM, «La coautoría imprudente», recientemente aparecida.

La razón del ascenso de esta figura se halla en el problema últimamente de actualidad que plantean las decisiones colegiadas, que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos contra el medio ambiente. En estas decisiones la causalidad de cada uno, no determinante para la decisión, plantea ciertos problemas, cuando la decisión da lugar a la realización imprudente del tipo. Si todos los votantes son considerados coautores, a cada uno se le imputará la aportación de los otros, y la causalidad de la acción conjunta es constatable sin problemas.

La posibilidad de coautoría imprudente debe considerarse muy en serio. Para ello debería construirse en los delitos imprudentes un concepto de «ejecución conjunta» independiente, distinto del formulado para la coautoría en los delitos dolosos. Dogmáticamente es admisible y posible. Si resulta aceptable, dependerá de que se consiga elaborar un concepto suficientemente preciso de hacer conjunto [*Gemeinschaftlichkeit*] en los delitos imprudentes. Evidentemente, no se trata de renunciar a la prueba de la causalidad de un comportamiento imprudente sólo porque varias personas se comporten de manera imprudente.

³² WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1995, pp. 194 y ss. De la misma: «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?», *JZ*, 1998, p. 230.

d) Participación

En el amplio ámbito de la participación sólo quiero hacer referencia a un problema que, junto a las resoluciones citadas relativas a la determinación del dolo del partícipe, han dado lugar en los últimos años a una viva polémica: la cuestión de si las denominadas acciones neutrales o acciones cotidianas resultan punibles como complicidad o, por el contrario, son impunes.

Sobre el tema hay abundante bibliografía³³, con distintas conclusiones. El tiempo no me permite entrar en la discusión y exponer detalladamente mi opinión³⁴. Pero al menos quiero explicar por dónde va. ¿Puede castigarse como cómplice a quien vende en un comercio un destornillador sabiendo claramente que el comprador lo quiere para cometer un robo? Pienso que sí, pero JAKOBS³⁵, por ejemplo, discute esta conclusión y pretende dejar impune al panadero que, conociendo todas las circunstancias, vende al asesino el panecillo que será envenenado y producirá la muerte a la víctima³⁶.

No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano. Sin embargo, tampoco pretendo san-

³³ Monografías sobre el tema: WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgszurechnung*, 1995; SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995; WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996. Artículos: MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, pp. 282 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW*, 107 (1995), pp. 507 y ss.; RANSIEK, *wistra*, 1997, pp. 41 y ss.; TAG, *JR*, 1997, pp. 49 y ss.; WEIGEND, *Nishihara-FS*, vol. V, 1998, pp. 197 y ss.

³⁴ ROXIN [n. 4], § 27, núm. marg. 16-22.

³⁵ JAKOBS, *ZStW*, 89 (1997), p. 20.

³⁶ JAKOBS, *Allgemeiner Teil* [n. 9], pp. 24/17.

cionar cualquier favorecimiento de actividades delictivas. Si mis ayudantes me ayudan en los manuales, aunque sepan que oculto los honorarios a Hacienda, no incurren todavía en complicidad en un delito fiscal. Falta aquí la relación de sentido de carácter delictivo, ya que la actividad del ayudante es legítima con independencia de que el Catedrático tribute o no por sus honorarios. En cambio, la finalidad delictiva está en primer plano en los casos del destornillador y del panecillo. Se trata sólo de ideas sobre las que sin duda será provechoso discutir.

Con ello acabo mi apretada presentación. Espero que haya podido mostrar cómo en el ámbito de la autoría y de la participación hay todavía muchas cuestiones pendientes.