

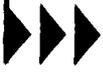
CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA COAUTORÍA

Urs Kindhäuser

Revista Penal, nº 11, Enero 2003, pp. 53-70

<http://www.cienciaspenales.net>

Doctrina



Cuestiones fundamentales de la coautoría (*)

Urs Kindhäuser

Prof. Dr.

Universidad de Bonn

SUMARIO: I. El problema. II. Las soluciones habituales. III. Norma e imputación. IV. Sobre el concepto de acción. V. La contradicción de la norma. VI. Lealtad al ordenamiento jurídico. VII. Autonomía y prohibición de regreso. VIII. La infracción del deber a título de autor. IX. Coautoría y participación

I. El problema

a) Las reflexiones que siguen contienen un análisis, efectuado desde la perspectiva de la teoría de la acción y de la teoría de la norma, de aquella forma de infracción de la norma que en Derecho penal se denomina "coautoría". De acuerdo con la doctrina dominante, la especificidad de la infracción de la norma cometida en régimen de coautoría consiste en que a cada uno de los agentes no sólo se le imputa como propio aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervinientes. Por lo tanto, en esta forma de realización del delito, las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los coautores como si lo hubiera cometido solo¹.

Partiendo de estas premisas, en primer lugar ha de distinguirse la actuación en régimen de coautoría de las modalidades de comportamiento colectivas no vinculadas. Cuando, por ejemplo, el público asistente a un juicio se levanta de sus asientos en el momento en el que los miembros del tribunal hacen su entrada en la sala de vistas, cada uno de los integrantes del público —a pesar de la apariencia uniforme de la conducta de todos y del sentido pa-

ralelo de las conductas individuales— sólo responde de su propio comportamiento. Denominaremos tales conductas, para distinguirlas de las acciones en régimen de coautoría, "comportamiento colectivo uniforme". Más allá de esto, también hay que distinguir la infracción de la norma a partir de un comportamiento vinculado, tal como es entendida por la doctrina jurídico-penal dominante, de la producción meramente cumulativa de un resultado por una multiplicidad de contribuciones individuales. Si, por ejemplo, varios empresarios (sea de modo permitido o no permitido) vierten determinados residuos de producción en un curso fluvial, a ninguno de los intervinientes le incumbe el comportamiento de los demás, al menos en principio. La cuestión de en qué medida se puede atribuir responsabilidad a cada uno de los intervinientes por el daño global es un problema —por ejemplo, en relación con los daños producidos por la civilización en su conjunto— al que corresponde sobre todo relevancia ética². El Derecho penal sólo entra de modo indirecto en esta problemática, sancionando la aportación individual con independencia de las consecuencias dañosas, pero fundamentando la prohibición en el objetivo de evitar (o reducir) los daños globales³.

(*) Título alemán: "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", publicado en: BOHNERT *et al.* (ed.), *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 627 y ss. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

1. Respecto de las bases de la responsabilidad a título de coautoría cfr. ROXIN, en: Jähne/Laufhütte/Odersky (ed.), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 11.ª edición, 1993, § 25 núm. 153 y ss.

2. Cfr. al respecto últimamente Weyma LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1998.

3. Respecto de las dificultades que tal proceder plantea desde la perspectiva de la teoría del Derecho, cfr. KINDHÄUSER, en: Letzgus *et al.* (ed.), *Für Recht und Staat. Festschrift für Herbert Helmrich*, 1994, pp. 967 y ss.

b) Tanto la moral cotidiana como el Derecho penal parten de la posibilidad de que exista una infracción de la norma producida por una conducta en que varias personas se encuentran vinculadas; en esta medida, parece que el § 25, párrafo 2.º StGB, que prescribe la imposición de la pena correspondiente al autor a cada uno de los intervinientes en la comisión conjunta del hecho, tan sólo tiene carácter declaratorio. Sin duda alguna, no resulta contradictorio respecto de la percepción intuitiva de las cosas cuando se castiga a A y a B por robo si uno de ellos sujeta a la víctima para que el otro pueda hacerse con su cartera. Pero por muy "evidente" que pueda ser la conclusión de afirmar responsabilidad por un hecho a título de comisión en coautoría, resulta difícil la fundamentación de esta adscripción en el plano de la teoría de la acción y de la teoría de la norma.

II. Las soluciones habituales

a) Partiendo del presupuesto de que varios agentes tengan influencia en la causación de un suceso jurídico-penalmente relevante, la jurisprudencia considera que el fundamento por el que ha de responderse de las aportaciones de otros como propias se halla en la voluntad de querer también la conducta ajena como propia. Esta opinión se basa sobre todo en la llamada teoría de la equivalencia de la causalidad, de acuerdo con la cual todas las condiciones de un suceso son equivalentes, de modo que no resultan adecuadas ni como criterios de adscripción de responsabilidad ni para la delimitación de ámbitos de responsabilidad⁴. De acuerdo con este modelo, cualquier interviniente en un delito puede actuar, en principio, por otro, de la misma manera que, a la inversa, cualquier interviniente puede hacer suya la acción de otro.

Lo que tiene de cierto este punto de partida es que la causalidad puede en todo caso ser objeto de la atribución de responsabilidad, pero no fundamento de ésta. Del mero ser no deriva responsabilidad; la imputación, por el contrario, exige la referencia a un convenio. Esto rige, sin embargo, también para el dato psíquico de la correspondiente voluntad de los intervinientes. La mera voluntad no puede ni convertir un comportamiento propio en ajeno ni ha-

cer de una conducta ajena una propia, y no existe convención social alguna (por buenas razones) que permita tal traslado de responsabilidad, como muestra el siguiente ejemplo: si T presta a su vecino N, con el que mantiene relaciones poco amistosas, un hacha por un breve período de tiempo, con la esperanza —que después se ve realizada— de que N se lesione, dada su falta de habilidad, al hacer uso de la herramienta, parece claro que ni la cesión del hacha, que supone una aportación causal a la lesión, ni el interés en que se produzca el resultado que a ello le mueve, pueden cambiar en nada el hecho de que la responsabilidad por el suceso corresponda en exclusiva a N.

b) En la bibliografía científica, se considera en ocasiones la posibilidad de construir la coautoría como sub supuesto de la autoría individual. Tal "solución individual" resulta atractiva en la medida en que parece corresponderse plenamente con el principio conforme al cual cada interviniente sólo debe responder en función de su culpabilidad (§ 29 StGB)⁵. Si este punto de partida es desarrollado de modo radical, las aportaciones de los demás son, desde la perspectiva de cada uno de los intervinientes, únicamente factores causales con cuya ayuda realiza su intención⁶. Puesto que prácticamente cualquier acción en la vida cotidiana tiene como base las consecuencias de un gran número de acciones de otros sujetos, y ello sin que éstas sean tenidas en cuenta en la adscripción de responsabilidad, también en el ámbito del Derecho penal resulta posible fundamentar la imputación, en lo que se refiere a determinadas formas de delito —especialmente, en los delitos puros de resultado como el homicidio o las lesiones—, en el sentido de la solución individual. Sin embargo, el modelo fracasa en el ámbito de los delitos constituidos por varios actos en los que éstos se encuentran en una relación final, al menos en lo que respecta a la parte subjetiva, como ocurre, por ejemplo, en el robo con violencia o intimidación: en este caso, es necesario que el autor coaccione para hacer posible el apoderamiento, con ánimo de lucro, del objeto del delito. Entonces, si B se apodera de la cartera de V mientras éste es sujeta por A, sólo actuará de modo típico si es posible imputarle el empleo de la violencia desplegada pa-

4. Con más detalle al respecto GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 132 y s. con ulteriores referencias; respecto de las dificultades de delimitación en la jurisprudencia reciente, vid. ZIESCHANG, *ZStW* 107 (1995), pp. 361 (369 y ss.).

5. Según BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 405 y s., las aportaciones al hecho de varios agentes no pueden configurar un delito; por el contrario, según BELING, cada participación culpable constituye un delito en sí misma. La conexión se establece mediante la asunción de un concurso ideal (pp. 408 y ss.).

6. En esta dirección se mueve —en absoluta coherencia con una posición finalista estricta— SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, pp. 104 y ss.; dr. la crítica contundente de este punto de partida, en relación con las consecuencias respecto de la tentativa, en KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 52 y ss.

ra llevar a cabo el apoderamiento; no basta, a este efecto, que B sencillamente se aproveche de la violencia ejercida con ese fin por A. Puesto que las relaciones entre medios y fines no son reflexivas, la finalidad de A no puede agotarse en la función de un factor causal para la acción de B. Por el contrario, es necesario que sea B mismo quien alcance el objetivo perseguido, lo que no puede suceder por el mero hecho del apoderamiento. Por consiguiente, B sólo responderá de la realización del tipo del robo si se parte del presupuesto de que el uso de la violencia desplegado por A, junto con la finalidad con la que se produce ese uso, pueden serle imputados como propios a B. Puesto que parece poco convincente excluir la posibilidad de una coautoría precisamente en aquellos delitos que son verdaderos ejemplos arquetípicos de un proceder en régimen de coautoría, la solución individual queda excluida *de lege lata* como modelo de imputación plausible.

c) Partiendo, entonces, de que resulta imposible reconstruir como acción "natural" de una sola persona la realización de delitos consistentes en varios actos finalmente vinculados por varios intervinientes, parece una consecuencia lógica optar por considerar los diversos actos como obra de una persona colectiva⁷. De acuerdo con este modelo, en la coautoría, la acción contraria a la norma es la acción del sujeto global que le es imputada en su conjunto al individuo, en la medida en que contribuye (con una aportación de cierto peso) al hecho y con ello forma parte del colectivo. Los partidarios de esta doctrina plantean, en ocasiones, requisitos muy limitados respecto de la concepción de la noción de colectivo; hay quien ni siquiera exige un objetivo común (aunque sólo sea mediante actos concluyentes), siendo suficiente una decisión de adaptación unilateral⁸.

Ahora bien, la caracterización de una realización del tipo ejecutada en coautoría como obra de

una persona colectiva no es más que una denominación; no constituye una fundamentación. Sigue siendo un misterio cómo es que resulta posible, en primer lugar, constituir responsabilidad mediante la introducción de un sujeto global y, después, transferir esta responsabilidad a cada uno de sus miembros (dependientes). En todo caso, de acuerdo con las valoraciones de la intuición cotidiana, la obra de un colectivo (sólo) tiene como contrapartida una responsabilidad colectiva⁹. En concordancia con esto, parece adecuada la atribución de responsabilidad por la intervención en la obra común, pero no la equiparación de tal intervención individual en la obra del colectivo con el hecho del colectivo en su conjunto¹⁰.

Sin embargo, incluso aunque resultara plausible la construcción de un sujeto global, cuyo actuar fuera imputable a cada uno de los intervinientes como actuar propio, con base en que las diversas aportaciones están objetivamente adaptadas a la actuación colectiva, se plantearía el problema de por qué —en lo que se refiere al Derecho penal— únicamente la coautoría habría de fundamentarse conforme a este modelo. Si el modelo de una persona colectiva fuera adecuado, también debería responder el partícipe por el hecho atribuido al colectivo como si el hecho fuera propio. Pero ya de los propios preceptos relativos a la participación (§§ 26 y s. StGB) se infiere que autor y partícipe no pueden ser entendidos como miembros de una persona colectiva; ya que éstos refieren a la participación en el hecho antijurídico de otro¹¹. Además, la existencia de delitos especiales propios se opone a la idea de un injusto creado por un sujeto global: el *extraneus* que, siguiendo instrucciones del sujeto vinculado por el deber especial en cuestión, realiza de propia mano el tipo de un delito especial propio contra la Administración pública, no responde *per se* a título de autor, de modo que tampoco una aportación decisiva al

7. Cfr. LESCH, ZStW 105 (1993), pp. 217 (274 y ss.), con referencias a ejemplos históricos: desde su perspectiva, el objeto de la coautoría no es un hecho propio de cada individuo, sino un "hecho imputable a un colectivo". Este colectivo debe concebirse como "sujeto de acción" en el sentido de una "comunidad personal".

8. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, 1991, 21/43; en sentido similar, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1991, pp. 271 y ss.; *vid.*, una concepción próxima, aunque planteando requisitos subjetivos considerablemente más estrictos, en JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortungsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1998, pp. 78 y ss. Respecto de la crítica de la antigua teoría del sujeto global cfr. BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, 1917, tomo I, p. 301; *vid.* además KÜPER, p. 53, nota 118; SCHILLING, pp. 63 y s.

9. También en la bibliografía jurídico-civil la doctrina completamente predominante rechaza la responsabilidad individual del socio (es decir, responder con el patrimonio individual) por aquellas deudas sociales producidas por actos antijurídicos que, de acuerdo con el § 31 BGB, han de imputarse a la sociedad; cfr. ULMER, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 5, *Schuldrecht Besonderer Teil III* (§§ 705-853), 3.ª edición, 1997, § 705 núm. 219. El argumento utilizado es que en la responsabilidad extracontractual no se imputa la culpa ajena.

10. JOERDEN —p. 80— reconoce que no es posible la afirmación de plena responsabilidad del interviniente por el hecho colectivo; en su opinión, esto tan sólo constituye un postulado.

11. También en el plano lingüístico sería erróneo calificar la inducción al robo como parte del robo. Por lo demás, hay otras construcciones legales —como la impunidad del encubrimiento, siendo punible al mismo tiempo la inducción al encubrimiento dirigida a un sujeto no implicado (cfr. § 257, párrafo 3.º StGB)— que no tendrían razón de ser si la autoría y la participación tuvieran como objeto la misma acción.

éxito del hecho puede fundamentar por sí misma la imputación de ese hecho como acción propia¹². Finalmente, resultaría difícilmente justificable que la tentativa de participación sólo resulte punible¹³ en casos excepcionales¹⁴.

d) De acuerdo con la doctrina dominante en Derecho penal, la responsabilidad por el actuar común deriva del llamado "dominio del hecho" respecto del suceso, es decir, de una forma cualificada de causalidad. Quien tiene en su mano, se dice, el suceso en su conjunto mediante la prestación de una aportación del mismo rango y peso, es decir, quien codetermina si se comete el hecho y cómo se comete, ha de responder a título de autor por el hecho en su conjunto¹⁵. Materialmente, este punto de partida es una versión, reducida en términos naturalistas, de la doctrina del sujeto global, que introduce, al mismo tiempo, elementos de la solución individual. Por un lado, mediante el reparto de tareas se fundamenta un dominio del hecho que corresponde a los agentes en cuanto colectivo, dominio que es ejercido por el interviniente individual a través de una aportación relevante, si bien de modo reducido. De acuerdo con esta posición, este dominio del hecho reducido basta —al estar imbricado en el dominio global— para imputar el hecho en su conjunto.

La teoría del dominio del hecho puede reducirse a la fórmula de que el autor constituye el hecho: se considera hecho propio aquello que puede ser dominado (causalmente) por el agente. Sin embargo, en un sistema de imputación normativo, el dominio sólo puede producir responsabilidad en la medida en que, de acuerdo con el sistema, la responsabilidad presupone dominio¹⁶. Allí donde se agota el correspondiente ámbito de responsabilidad, el dominio carece de relevancia a efectos de imputación: el autor es determinado por el hecho, es decir: por aquello de lo que ha de responderse. Es por esto que se estima que —si se prescinde de problemas marginales— está claro que no entra en consideración como posible instrumento en el sentido de una autoría mediata quien a su vez delinque con plena responsabilidad individualmente¹⁷. Pero si el dominio del hecho queda limitado

por el actuar delictivo plenamente responsable de terceros, hay que explicar la razón que hace posible que la responsabilidad de un interviniente pueda extenderse también a las aportaciones prestadas por otros, de modo plenamente responsable y en "igualdad de derechos" en la coautoría.

Por lo demás, este punto de partida es cuestionable incluso en su lógica interna: la intervención de varios sujetos en la comisión de un delito resulta conveniente, especialmente, cuando parece que un individuo aislado no podría llevar a cabo la planificación o la ejecución del proyecto. Si, sin embargo, el objeto del proceder conjunto consiste en incrementar la efectividad del actuar mediante el reparto de tareas, el criterio para la adscripción del hecho en su conjunto difícilmente puede hallarse en el dominio fáctico de la realización de, precisamente, ese hecho. En esta situación, tampoco supone una salida intentar desviar la argumentación del dominio del hecho —la dirección suficientemente intensa del suceso— hacia el dominio del hecho negativo —la posibilidad de hacer fracasar la empresa—. Este dominio también lo tiene cualquier cómplice que aporte un elemento indispensable para la realización del tipo como, por ejemplo, el vendedor de un destornillador imprescindible para entrar en la casa donde se pretende efectuar el robo¹⁸. En resumen: cualquier agente tiene dominio del hecho exactamente en la medida en la que interviene en el hecho a través de su propia aportación, de modo que no puede ser la concurrencia o la ausencia de dominio del hecho sino, en todo caso, el *quantum* de la intervención, lo que sea decisivo para la valoración cualitativa de la intervención.

d) Como conclusión de este breve análisis de las vías de solución tradicionales va concretándose la constatación —de difícil integración en la construcción habitual del concepto de delito, por otra parte— de que los criterios a aplicar en el caso de la coautoría no pueden ser de naturaleza puramente objetiva, pero tampoco exclusivamente subjetivos. Tampoco es suficiente que las aportaciones al hecho se adapten unas a otras desde el punto de vista objetivo, no basta que sólo uno de

12. Doctrina dominante, cf. sólo SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 167 y ss., con ulteriores referencias.

13. También queda sin explicar cómo habría que integrar en la construcción de este modelo la posibilidad del desistimiento de la tentativa (impune) por parte de uno de los intervinientes.

14. Sólo respecto de la inducción, y a condición de que se cumplan los presupuestos del § 30, párrafo 1.º StGB.

15. Fundamental para la doctrina moderna ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª edición, 1999, pp. 167 y ss., con ulteriores referencias.

16. Llega a la misma conclusión MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, 1993, pp. 180 y ss.; respecto de una versión más normativa del dominio del hecho, vid. SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994.

17. Cf. sólo GALLAS, p. 141; LK-ROXIN, § 25 núm. 53 y ss., con ulteriores referencias.

18. Cf., respecto de este argumento decisivo contra la fundamentación de la coautoría a través del dominio del hecho, últimamente LESCH, JA 2000, pp. 73 (75 y ss.).

los intervinientes se aproveche del comportamiento del otro como propio. Por lo tanto, la conducta objetiva de los intervinientes debe hallarse imbricada objetiva y subjetivamente de tal modo que se presente para cada uno como un hecho conjunto del que ha de responder él mismo. Esta exigencia dogmática no es susceptible de ser satisfecha sin más con el instrumental de la teoría habitual de la acción y de la norma, puesto que estas teorías presentan, tanto en la teoría del Derecho como en la filosofía práctica, una impronta individualista¹⁹. Las normas se cumplen mediante acciones, y las acciones a su vez son interpretaciones de conducta que afectan al propio cuerpo del agente. En correspondencia con ello, las valoraciones laudatorias y las negativas se refieren a prestaciones o déficits individuales, y la cuestión moral central, particularmente en forma del imperativo categórico, se refiere a cómo yo he de comportarme de modo correcto. La imputación a título de coautoría no se contradice con este punto de partida individualista fundamental, en la medida en que cada uno de los intervinientes debe ser penado conforme a su culpabilidad (§ 29 StGB). Ahora bien, con más insistencia aún se plantea entonces la cuestión de cómo un mismo comportamiento de varias personas puede ser imputado como actuar propio por el que cada participante ha de responder conforme a la propia culpabilidad. Se atenderá, en primer lugar, a los elementos del delito en general a modo de preparación de un intento de responder a esta cuestión llegando a su fondo.

III. Norma e imputación

Los tipos delictivos de la Ley penal tienen una doble función: por un lado, describen el acontecer que es objeto del reproche jurídico-penal, esto es, por el cual una persona ha de responder jurídicamente. En este contexto los tipos cumplen una función de imputación. Por otro lado, los tipos cumplen una función normativa. Describen, en una formulación contradictoria, aquel suceso que debe ser evitado.

Si bien ambas funciones de los tipos delictivos se encuentran interrelacionadas, deben ser distinguidas con exactitud desde la perspectiva analítica. Esta separación debe observarse sobre todo en lo que se refiere al momento temporal en el que la

función en cuestión adquiere relevancia. La imputación jurídico-penal se produce *ex post facto*. Especialmente en relación con aquellos delitos que tienen como objeto de imputación lo que se suele denominar un resultado, el reproche tiene como presupuesto la producción de ese acontecimiento para que pueda convertirse en el objeto del reproche jurídico-penal; si el autor no hiere mortalmente a la víctima, no se le puede reprochar el homicidio. En cambio, la función normativa del tipo adquiere relevancia *ex ante*, es decir, antes de la realización del acontecer descrito típicamente. En este ámbito, el tipo tiene una función de objetivo (negativo) en el sentido de una causa de obligación; el destinatario de la norma está obligado a configurar su conducta de tal modo que no realice el tipo en cuestión. Sin embargo, la función de imputación y la función normativa del tipo no sólo divergen desde la perspectiva temporal, sino también desde la perspectiva personal. La imputación es cometido de aquel que formula el reproche, es decir, del órgano estatal competente. Deben aplicarse las reglas correspondientes, con cuya ayuda la constitución del reproche resulta admisible y fundamentada. En cambio, en su función normativa, el tipo se dirige a las personas, para las cuales debe constituir un objetivo vinculante en la configuración de su actuar.

La función de imputación y la función en cuanto norma se hallan interrelacionadas del siguiente modo: *ex post* sólo puede reprocharse la realización de un tipo delictivo a una persona en la medida en que ésta hubiera podido *ex ante* evitar tal realización cumpliendo con su deber. Partiendo de esta interpretación, el delito es una construcción de imputación que tiene como contenido una contradicción de la norma: al autor se le reprocha haber declarado a través de su conducta que la norma no es para él un motivo de actuación vinculante. La realización del tipo es el valor explicativo objetivo de la contradicción de la norma; la misma constituye el injusto objetivo, constituido por vía de imputación objetiva, por cuya realización²⁰ el autor tiene que responder. La realización del tipo es subjetivamente imputable cuando el autor *ex ante* hubiera podido y debido evitar la conducta que conduce a esa realización si hubiera presentado suficiente fidelidad al ordenamiento, es decir, en caso de haber reconocido, con efectos sobre su acción, la norma como causa de obligación.

19. V. WRIGHT, *Norm und Handlung*, 1979, pp. 50 y s., insinúa que las acciones colectivas pueden ser entendidas como construcciones lógicas de actos individuales.

20. En el caso de la tentativa, el objeto del reproche está en el disponerse inmediatamente a un suceso cuya realización —partiendo de la representación del autor— debería considerarse una realización objetivamente imputable del tipo.

Cualquiera que pueda realizar el tipo a través de su conducta es destinatario de la norma. En los delitos especiales, cuya punibilidad se halla vinculada a especiales características personales, sólo es destinatario quien presenta esos elementos; así, por ejemplo, en los delitos de funcionarios en sentido estricto sólo la autoridad o funcionario público puede ser destinatario de la norma, en los delitos de omisión²¹, sólo el titular de una posición específica de garante. Cualquiera es destinatario de la norma si, por el contrario, la punibilidad no se halla vinculada a especiales características personales —como ocurre, por ejemplo, en los delitos de lesiones o de homicidio—.

IV. Sobre el concepto de acción

a) En el análisis que la teoría del Derecho hace de la construcción de imputación "delito", se recurre al concepto de acción en tres funciones claramente diferenciadas. En primer lugar, la imputación de un delito tiene como presupuesto una conducta que si quiera pueda ser susceptible de ser el punto de partida de un reproche. En este sentido, el llamado "concepto social de acción" —defendido en múltiples variaciones— exige que el comportamiento en cuestión sea socialmente relevante²². Con ello se subraya que las reglas de imputación no se hallan fijadas ontológicamente, sino fundadas convencionalmente. En particular, también las omisiones, junto con las conductas activas, entran en consideración como modalidades de comportamiento relevantes, a las que cabe vincular el reproche de un deficiente cumplimiento de la norma.

La moderna teoría de la imputación objetiva intenta precisar en términos específicamente penales la idea de la relevancia social del comportamiento: por un lado, la conducta ha de superar los límites de lo socialmente adecuado y de los riesgos generales de la vida; por otro lado, es necesario que, en las consecuencias lesivas a imputar, se hayan realizado precisamente aquellas cualidades del comportamiento en cuestión que fundamentan los riesgos socialmente inadecuados e intolerables. Pero sobre todo —y esto es lo decisivo de la imputación objetiva— es necesario que las consecuencias entren en el ámbito de responsabilidad del causante, en su ámbito de competencia respecto de riesgos.

b) Sin embargo, a través de la vinculación de una consecuencia lesiva con una conducta socialmente relevante, llevada a cabo por vía de la imputación objetiva tan sólo se identifica el objeto de la responsabilidad, es decir, la relevancia jurídica de la causación de un suceso por un agente. Dicho de otro modo, se trata del valor explicativo objetivo de la contradicción a la norma, del objeto del reproche jurídico-penal. Queda aún por resolver la cuestión de si el causante disponía de alternativas de conducta. La imputación objetiva, es decir, la imputación a un sujeto que puede decidir él mismo acerca de su comportamiento y al que por ello puede exigírsele responsabilidad por su decisión errónea tiene, sin embargo, como presupuesto un concepto de acción que remita, más allá de la relevancia social de un comportamiento, a la posibilidad de optar por conductas alternativas.

La llamada teoría causal de la acción intenta reducir el concepto de acción, en cuanto base de imputación subjetiva, a un comportamiento voluntario, respecto del cual VON LISZT tan sólo exige que debe estar "libre de fuerza mecánica o fisiológica, determinado (motivado) por una representación"²³. Sin embargo, este punto de partida naturalista deja de lado que la acción no es sólo movimiento corporal, sino, precisamente, un comportamiento interpretado. Dicho con mayor exactitud: la acción es un comportamiento (humano) interpretado mediante la atribución de una intención. A partir de tal atribución de una intención el comportamiento obtiene un sentido, al asignársele una razón²⁴. También la cuestión de si una conducta debe entenderse como hacer u omitir, como actividad o pasividad, depende de la intención adscrita. Por ello, un mismo comportamiento corporal puede ser interpretado como acción en múltiples sentidos; quien se aleja corriendo de un determinado lugar, por ejemplo, puede al mismo tiempo (activamente) dirigirse al lugar donde tiene una cita y (pasivamente) omitir el salvamento de un accidentado. Puesto que también las intenciones están referidas a objetos que a su vez dependen de la descripción, incluso las adscripciones de acción con un objeto intencional extensionalmente idéntico pueden tener diversos significados. El hecho de que Iocasta fuera madre de Edipo evidentemente no permite llegar a la conclusión de que Edipo quisiera casarse al mis-

21. Puesto que aquí sólo se trata de la posición de destinatario de la norma, la controversia (cf. al respecto LKROXIN § 28 núm. 64) acerca de si la posición de garante por injerencia debe ser considerada un elemento personal en el sentido del § 28 StGB puede quedar fuera de consideración.

22. Sobre esta cuestión y ulteriores teorías de la acción —que no difieren en el punto que aquí interesa— vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, 1996, pp. 222 y ss.

23. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.ª y 22.ª edición, 1919, p. 116 (§ 28).

24. Con más detalle a este respecto VON WRIGHT, *Erklären und Verstehen*, 1974, pp. 83 y ss.

mo tiempo con Iocasta y con su madre. Por consiguiente, puesto que las acciones dependen de la descripción²⁵, no puede haber *per se* acciones voluntarias o no voluntarias, de modo que el concepto causal de acción fracasa incluso a la hora de intentar delimitaciones sencillas. No lleva a cabo una acción respecto de la caída, producida por *vis absoluta*, quien recibe un empujón y cae al suelo; sin embargo, el sujeto sí ha actuado en relación con el posible daño a un jarrón si, al caer, pudiera aún mover el brazo de tal modo que evitara romperlo.

Hace mucho tiempo que se ha superado por la doctrina jurídico-penal el error consistente en la reducción naturalista del concepto de acción a las acciones corporales voluntarias. A ello contribuyó especialmente la contrapropuesta de WELZEL en el sentido de una teoría final, que ve la "esencia" de la acción en la sobredeterminación de un curso causal por una voluntad que se plantea objetivos a alcanzar²⁶; en lugar de una voluntariedad indeterminada aparece el acto de voluntad concretado que otorga sentido a la acción²⁷. Sin embargo, esta teoría establece demasiados presupuestos respecto de la función del concepto de acción como base de la imputación subjetiva. Sólo en los casos excepcionales en los que una determinada intención es constitutiva del injusto²⁸ resulta relevante qué es lo que quiere fácticamente una persona que se comporta de modo objetivamente contrario a la norma. Respecto de la gran mayoría de las infracciones —y, en este contexto, de nuevo, sobre todo en los delitos puros de resultado como el homicidio y las lesiones—, la concreta intención del autor carece por completo de relevancia. La creación de un riesgo para la vida de otra persona está prohibida con independencia de que el autor tenga la intención de matar a la víctima, de que asuma esa muerte como consecuencia no deseada de su actuar, a partir del cual se pretende, en realidad, alcanzar otro objetivo, o de que —en caso de imprudencia— ni siquiera haya previsto la muerte como consecuencia de su acción. Si la finalidad no es una característica necesaria de un comportamiento contrario a la norma, el punto de partida de la imputación subjetiva no puede hallarse entonces en la configuración final de un acontecimiento.

Si bien la teoría final de la acción, en la medida en que plantea la necesidad de que exista una conducta final como presupuesto de la imputación

subjetiva, va más allá del objetivo funcionalmente adecuado, hay que reconocer que formula, desde otra perspectiva, un presupuesto esencial de la imputación: las normas sólo son susceptibles de ser *cumplidas* mediante un actuar final. Esto significa lo siguiente: es cierto que no es necesario —en cuanto presupuesto de la imputación— poder reprochar al autor la realización final del acontecimiento prohibido por la norma. El autor sólo responderá subjetivamente si hubiera podido evitar intencionalmente la creación prohibida de un riesgo. Por lo tanto, la capacidad de acción necesaria para el cumplimiento de la norma es la *capacidad* de actuar intencionalmente. En relación con la prohibición del homicidio: la responsabilidad por la muerte de un ser humano no tiene como presupuesto que la causa de aquélla se haya puesto finalmente (o que el causante haya actuado finalmente en cualquier otra descripción); sin embargo, el resultado sólo podrá imputarse al autor en cuanto realización de un riesgo de muerte que le incumbe cuando hubiera podido evitar de modo dirigido el comportamiento generador de ese riesgo. Por consiguiente, el concepto básico de la imputación subjetiva no es una intención realizada, sino la finalidad conforme a la norma, finalidad no realizada actualmente, pero de obligatoria realización. Dicho de otro modo: lo que fundamenta la responsabilidad es la evitabilidad intencional (individual) del comportamiento no permitido y de sus consecuencias.

c) Junto con la limitación del objeto de imputación a las realizaciones del tipo llevadas a cabo mediante un comportamiento socialmente relevante y de la capacidad de evitación intencional como concepto base de la imputación objetiva, corresponde relevancia al concepto de acción, además, en una tercera función. La infracción de la norma es algo más que un mero comportamiento no permitido evitable; también es —precisamente es— una contradicción de la norma: la infracción de la norma es una conducta mediante la cual el agente expresa que la norma no rige para él, que no quiere reconocerla, de modo efectivo en la configuración de su actuar, como máxima válida para él. En este sentido, la acción es una conducta comunicativamente significativa, es decir, una toma de postura expresiva en relación con la norma. A *esta* contradicción el Derecho penal contesta con la sanción, cuya imposición, a su vez,

25. En mayor detalle sobre este punto KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 156 y ss. y *passim*.

26. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, 1969, p. 33 (§ 8 I).

27. Las repercusiones en la sistemática de la teoría del delito fueron determinantes para la doctrina actual en la medida en que el dolo —identificado (de modo discutible) con la voluntad concretada— se convirtió en elemento de la acción, y, con ello, en objeto de la valoración jurídica.

28. Por ejemplo, el ánimo de lucro en la estafa (§ 263 StGB).

expresa de modo comunicativamente relevante que la declaración del autor es irrelevante.

Con independencia de todas las diferencias existentes en la doctrina penal relativa al contenido de la culpabilidad y al fin de la pena, este aspecto comunicativo de la relación de delito y sanción fue condensado por HEGEL en la acertada fórmula a partir de la cual se afirma que la pena es la negación de la negación del Derecho²⁹. Por ello, no resulta extraño que, en la ciencia del Derecho penal, sea precisamente la dirección hegeliana la que intenta aprehender el concepto de acción no (sólo) como concepto base de la imputación sino, en su compleja estructura, como toma de posición responsable respecto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, según KÖSTLIN el concepto de acción estriba en que ésta es "la voluntad realizada (y libre) de un sujeto (imputable). Por lo tanto, aparece 1) la voluntad como principio motor de la acción, que se atribuye precisamente por ello el derecho de considerar suyas las modificaciones del mundo exterior sólo en la medida en que las haya creado. Este derecho, sin embargo, halla 2) su límite en la necesidad de la realidad externa de la acción, del hecho, que se manifiesta como medida de la responsabilidad de la voluntad y que por ello mismo ha de reconocer la voluntad como el principio global. 3) Por ello, como creador de una acción siempre aparece un sujeto que puede considerarla suya y debe responder por ella"³⁰. Bajo estas premisas, la acción de contradecir la norma es idéntica al delito mismo y siempre tiene como presupuesto también la culpabilidad. Coherentemente, para HÄLSCHNER "sólo el ser humano imputable [es capaz]... de actuar"³¹. En la formulación de JAKOBS, que recoge esta tradición, acción es "adquirir culpablemente competencia por un daño en la vigencia de la norma"³².

V. La contradicción de la norma

El concepto de acción, con cuya ayuda el delito en su conjunto se caracteriza como acto comunicativo de deficiente reconocimiento de la norma, presenta una estructura más compleja que la de un sencillo comportamiento final (o, incluso, me-

ramente voluntario). A partir de la interpretación de la conducta como contradicción de la norma, tal conducta no queda explicada intencionalmente por el hecho de que se indique una razón de su ejecución, como, por ejemplo: "A hizo x porque quería z". Por el contrario, en su acepción de contradicción de la norma, la conducta es considerada expresión de la voluntad de *no* realizar como voluntad lo que la norma exige. Dicho de otra manera, la contradicción de la norma es un actuar que es interpretado a la luz de una intención relativa a una intención, es decir, mediante la adscripción de una intención de segundo orden³³.

La explicación de un comportamiento mediante la adscripción de una intención de primer orden resulta factible, en cierto sentido, también respecto de animales, o incluso de plantas ("el gato araña la puerta porque quiere salir"; "el árbol crece hacia la izquierda para recibir más rayos solares"), mientras la adscripción de intenciones de segundo orden sólo se refiere a conductas humanas guiadas por reglas. Son ejemplos cotidianos la formulación de promesas o —más específicamente— la conclusión de un contrato: quien se obliga frente a otra persona a llevar a cabo una prestación, expresa con ello que tiene voluntad de realizar una determinada intención, la ejecución de la prestación³⁴. Por ejemplo: si el fontanero F se compromete en el momento t_1 a reparar el grifo de G en el momento t_2 , F expresa en el momento t_1 la intención de preferir, de manera eficaz en la configuración de su actuar, en el momento t_2 , la intención de reparar el grifo de G a todas las demás intenciones —por ejemplo, ir a la piscina, jugar al ajedrez o reparar una rotura de tubería en casa de H—. La concepción cotidiana del libre albedrío³⁵ se basa en la adscripción recíproca de la posibilidad de disponer intencionalmente de las intenciones propias; y el hecho de que las intenciones de segundo orden habitualmente son efectivamente realizadas confirma que esa adscripción de halla justificada.

Cabe definir el deber como razón vinculante para configurar una determinada intención de segundo orden con efectos sobre la acción. El fundamento del vínculo puede estar en la voluntad de

29. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 99 y ss., en: Moldenhauer/Michel (ed.), HEGEL, *Werke in 20 Bänden auf der Grundlage der Werke von 1832-1845*, tomo 7, 1986.

30. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts, Abteilung I. Allgemeiner Teil*, 1855, p. 156.

31. HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht. Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, 1881, p. 275.

32. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 44.

33. Sobre el análisis, en términos de teoría de la acción, de intenciones de orden superior, cf. DENNETT, en: Siep (ed.), *Identität der Person*, pp. 21 y ss.

34. Más en detalle al respecto SEARLE, *Sprechakte*, 2.^a edición, 1986, pp. 88 y ss.

35. Cf. FRANKFURT, *Journal of Philosophy* 68 (1971), pp. 5 y ss.

obligarse a sí mismo, y en esta medida cabe hablar de un deber fundamentado de modo autónomo, de una auto-obligación. El vínculo también puede resultar de una razón con vigencia general, es decir, de una norma. Partiendo de este entendimiento, las normas son razones de vinculación para la realización de acciones, esto es, razones vinculantes para realizar mediante una acción lo debido como algo querido. Desde una perspectiva específicamente jurídico-penal, por tanto, las normas son razones para querer evitar las correspondientes realizaciones de los tipos.

Mientras que el cumplimiento de deberes de omisión se agota en una conformidad con la norma que no tiene mayor transcendencia, exigiéndose también en el ámbito de los deberes de prestación habitualmente sólo la realización del comportamiento debido, la infracción de un deber de actuar provoca la reacción del derechohabiente, puesto que su expectativa de que lo debido será realizado como voluntad resulta defraudada. La defraudación puede ser limitada o eliminada si resulta posible dar razones reconocidas (o, en su caso, merecedoras de reconocimiento) para una limitación o eliminación de la vinculación del obligado a la realización de la intención en cuestión. Cabe clasificar tales razones en dos grupos:

En primer lugar, hay que pensar en razones que, en el plano de lo fáctico, se oponen a la realización de la intención de primer orden. A modo de ejemplo: A queda liberado de su promesa de trabajar en el jardín de B en un determinado momento si en ese momento se encuentra enfermo. Ahora bien, por regla general, ni en la vida cotidiana ni en la teoría jurídico-penal de la imputación basta la mera invocación de una incapacidad de acción actual cuando el obligado debe responder, a su vez, por esta incapacidad de acción. Quien no acude a una cita no puede exonerarse aduciendo que la olvidó, si es que cabe esperar de él que gestione de modo ordenado y por escrito su agenda. Las exigencias que se refieren a la capacidad de realización de intenciones de primer orden se denominan "deberes de cuidado", su infracción se denomina "imprudencia". Tras la responsabilidad por imprudencia se encuentra la idea de que aquel que reconoce de modo vinculante un determinado objetivo debe procurarse también la capacidad de acción necesaria para alcanzar el objetivo.

Al segundo grupo de razones de exoneración deben adscribirse aquellas circunstancias que, en el

plano fáctico, impiden la realización de una intención de segundo orden. A este contexto pertenecen los errores sobre la existencia de la obligación (errores sobre la norma) y, además, aquellas situaciones en las que no cabe esperar una decisión a favor de la intención de primer orden por concurrir una gran presión de motivación (por ejemplo, situaciones de estado de necesidad exculpante) así como, finalmente, la incapacidad actual de elegir entre intenciones de primer orden, o de realizar tal decisión. De nuevo rige la regla según la cual la incapacidad fáctica en el plano de las intenciones de segundo orden en principio no exonera cuando el obligado debe responder de su incapacidad. Por ejemplo, no puede invocar un error de prohibición o una situación de necesidad exculpante quien hubiera podido evitar el error o quien ha provocado el riesgo de estado de necesidad.

VI. Lealtad al ordenamiento jurídico

Como se desprende de las reflexiones efectuadas hasta el momento, los objetivos y motivos fácticos de un obligado, así como su conducta de hecho, sólo adquieren relevancia en el contexto de una infracción de la norma cuando afectan a los presupuestos del deber; de lo contrario, son irrelevantes³⁶. Esto significa, a su vez, que el hecho de atribuir a un comportamiento el carácter de contradicción la norma sólo comprende el suceso fáctico parcialmente. Especialmente en lo que se refiere a las normas sancionadas por el Derecho penal, la regla es que, en gran medida, es asunto de cada uno de los destinatarios cómo se motiva para desplegar la acción correspondiente al comportamiento debido. El incumplimiento es valorado como contradicción de la norma si no concurre alguna de las razones por las cuales no cabe esperar el cumplimiento de la norma.

La defraudación producida por una contradicción de la norma tiene como presupuesto que quien vulnera su deber haya cometido un error, es decir, que la infracción del deber no fuera jurídicamente correcta. En una concepción del Derecho que —como la de KELSEN³⁷— sólo conoce normas de sanción e interpreta la decisión en favor de una conducta conforme a la norma como aplicación de una mera regla de prudencia —es decir, del imperativo hipotético de intentar evitar sanciones—, la espec-

36. En todo caso, en lo que se refiere a la constitución de la infracción de la norma; por el contrario, en lo que se refiere a la medición de la pena, puede ser de considerable relevancia que, por ejemplo, el autor haya generado la condición de la muerte de otro con dolo directo de primer grado, sólo con dolo eventual o de modo imprudente.

37. Cfr. *Reine Rechtslehre*, 2.^a edición, 1960, pp. 56 y s., 106 y s.; ha de anotarse, sin embargo, que el propio KELSEN sólo niega la existencia autónoma de normas de comportamiento.

tativa entre los sujetos sometidos al Derecho se agota en el pronóstico recíproco de que todos son capaces de comportarse prudentemente y desean hacerlo, de modo que no cumpla los presupuestos de una sanción. Sin embargo, un modelo de estas características deja abierta la cuestión de cuál es la razón por la que se le reprocha su comportamiento al autor de un delito³⁸. La defraudación producida por un comportamiento punible³⁹ no se encuentra tanto en que el autor fue tan poco prudente como para ganarse la sanción actúe tan torpemente que su conducta constituya un motivo para imponer la sanción, sino más bien en que no ha hecho aquello que era debido por ser jurídicamente correcto. Formulándolo de otro modo: la defraudación producida por el comportamiento del autor no se fundamenta en el hecho de que el sujeto se autolesione, al desencadenar la sanción, sino en la lesión ajena llevada a cabo al superar el marco de actuación asignado por el ordenamiento jurídico. En este sentido, si bien ello implica establecer un mayor número de exigencias, al mismo tiempo resulta más plausible y consistente vincular la imposición de una sanción a la infracción de una norma de comportamiento cuyo destinatario es el autor. De acuerdo con este modelo, la expectativa de que el destinatario de una norma se comporte conforme a la norma se fundamenta en la presunción de que es leal al ordenamiento jurídico, es decir, que convierte lo debido en el motivo dominante de su actuar precisamente porque es jurídicamente vinculante.

Esta atribución recíproca de los sujetos sometidos al ordenamiento jurídico, según la cual todo destinatario de la norma es, a partir de una determinada edad⁴⁰, una persona leal al ordenamiento jurídico, que reconoce —de modo efectivo para su actuar— lo debido, es una presunción. Sólo cabe desvirtuarla si se parte de la base de que el destinatario debe considerarse incapaz de comprender o de dirigir su conducta en su vertiente de configuración y realización de intenciones de segundo orden debido a defectos orgánicos⁴¹. El hecho de que, por lo demás, el individuo es constituido como persona leal al ordenamiento jurídico, quiera o no, tiene como consecuencia que el modelo de imputación jurídico-penal es irreductiblemente de carácter normativo. La con-

ducta fáctica del individuo siempre es valorada en el marco de la siguiente reflexión: presumiendo su lealtad al ordenamiento jurídico, ¿cómo debería y podría haberse comportado?; por ello, parafraseando a HEGEL, con la atribución de una contradicción de la norma “se le honra” como persona leal al Derecho⁴².

Partiendo de estos presupuestos, cabe interpretar una conducta como toma de posición comunicativamente relevante respecto de una norma en cuanto contradicción de la norma cuando el agente se comporta de modo contrario a deber a pesar de que, como destinatario de la norma leal al ordenamiento jurídico, cabía esperar de él que evitara la correspondiente realización del tipo. En este modelo, la imputación subjetiva de la conducta contraria a la norma en cuanto infracción de deber culpable se produce en dos pasos: en un primer momento, se constituye el injusto de acción mediante el planteamiento de la cuestión de si el autor, suponiendo hipotéticamente su motivación leal al ordenamiento jurídico, hubiera estado en condiciones de configurar y realizar la intención (de primer orden) de evitar la realización del tipo. El sujeto en cuestión deberá ser considerado capaz de actuar en este sentido cuando una persona leal al ordenamiento con sus conocimientos y sus capacidades físicas se hubiera conducido de ese modo. Por consiguiente, no es que se supongan ficticiamente conocimientos o capacidades del autor; tan sólo sucede que éstos son referidos a la evitabilidad de la realización del tipo relevante bajo la hipótesis de una motivación dominante de lealtad al ordenamiento. Si cabe afirmar que el autor hubiera estado en condiciones de realizar la intención de evitar el riesgo no permitido —suponiendo una motivación leal al ordenamiento—, ha de preguntarse en un segundo momento, en la imputación del injusto a la culpabilidad, por qué razón no configuró tal intención de modo efectivo para su actuar. Dicho de otro modo, se trata ahora de posibles razones (reconocidas) que hacen decaer, también respecto de un destinatario de la norma leal al ordenamiento jurídico, la expectativa de que conformará la intención (de segundo orden), convirtiendo “lo debido” en su motivo (o

38. Respecto de una interpretación de la culpabilidad que tiene en cuenta que el delincuente en una sociedad de constitución democrática es, en cuanto ciudadano, también autor de la norma, vid. KINDHÄUSER, ZStW 107 (1995), pp. 701 y ss.

39. Es obvio que una norma necesita de una especial cualidad para que su aseguramiento precisamente mediante la pena resulte legítimo; sobre el estado de la correspondiente discusión cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, 1997, pp. 10 y ss.

40. Cfr. el § 19 StGB (este precepto dispone lo siguiente: “Incapacidad de culpabilidad del niño. Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de comisión del hecho aún no ha cumplido catorce años.” [n. del t.]).

41. Cfr. § 20 StGB. (El § 20 StGB dispone lo siguiente: “Incapacidad de culpabilidad. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender lo antijurídico del hecho, o de obrar con base en esa comprensión, por una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia o cualquier otra alteración mental grave” [n. del t.]).

42. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100.

motivación?) dominante en la medida en que constituya el objeto de su voluntad.

VII. Autonomía y prohibición de regreso

a) De las reflexiones que anteceden se desprende, en primer lugar, que la responsabilidad no es susceptible de ser delegada en terceros, de manera que exonere de culpabilidad. Es posible que se puedan asumir los deberes, pero no las infracciones del deber. Esto significa lo siguiente: las medidas que debe tomar para la protección de un bien aquel que tiene la obligación de hacerlo pueden ser sustituidas por medidas equivalentes de otra persona si ello no implica un empeoramiento de la posición protegida⁴³. Frente a ello, no puede existir un traslado equivalente respecto de la responsabilidad por la lesión de un bien⁴⁴. Por consiguiente, cuando una persona no evita un comportamiento que, suponiendo suficiente lealtad al ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades podría y debería evitar, responde ella misma siempre por ese actuar. En esta medida, resulta insostenible la tesis defendida (durante cierto período de tiempo) por la jurisprudencia por la que se afirma que sólo con base en la voluntad de los intervinientes puede darse la situación de que otra persona deba asumir *sola* la responsabilidad (a título de autor) *en lugar de* quien actuó culpablemente⁴⁵. En caso contrario, también una persona que actúa podría disponer de su punición mediante un cambio de voluntad.

Más allá de esto, no puede existir dominio del hecho jurídico-penalmente relevante que se proyecte sobre el hecho de un sujeto que actúa culpablemente⁴⁶. En determinados casos, puede que una persona responsable sea dirigida psíquicamente en cierta medida, pero esta dirección no elimina la autorresponsabilidad del agente mientras pueda adscribirse la capacidad de acción y de motivación suficientes para el cumplimiento de la norma. Por ello, un sujeto que actúa de modo (plenamente) culpable no puede ser un "instrumento" de otro respecto de

su propia conducta (ejecutada de propia mano) de acuerdo con las reglas de la autoría mediata. Lo mismo rige para la coautoría: tampoco en este ámbito puede ser imputada a otro la conducta de un sujeto que actúa con culpabilidad aduciendo que éste tenía dominio del hecho respecto de la correspondiente aportación al hecho. Finalmente, la culpabilidad en el sentido de un modelo de imputación de intenciones escalonadas no es susceptible de ser transferida a un sujeto global, ya que respecto de una persona colectiva sólo en sentido metafórico podría decirse que se le supone lealtad al ordenamiento jurídico. Mucho menos cabe trasladar la "culpabilidad" de tal persona colectiva a un individuo como culpabilidad individual por el hecho.

b) De la inderogable autorresponsabilidad por el actuar propio se deduce, en la bibliografía más reciente, un principio de autonomía en el sentido de una prohibición de regreso: la producción culpable (o, incluso, meramente antijurídica⁴⁷) de una modificación, se dice, impide la imputación de esa modificación a otro agente. Por ello, la prohibición de regreso es proclamada como criterio decisivo para la delimitación entre autoría y participación⁴⁸. Se afirma, en este sentido, que la "causación en último lugar" autónoma de un resultado típico impide la responsabilidad (a título de autor) por cualquier contribución causal anterior a la realización del tipo.

Ya en el plano intrasistemático resulta imposible desarrollar de modo coherente esta tesis ya que, bajo el dominio de una prohibición de regreso formulada en estos términos, la coautoría quedaría prácticamente excluida. No existe razón alguna por la que las aportaciones autónomas al hecho excluyan la responsabilidad en la relación entre el hombre de atrás y el hombre de delante, pero no lo hagan en la relación de dos sujetos que actúan en paralelo. Tampoco es de ayuda en este contexto la invocación positivista según la cual el § 25.2 StGB ordena la responsabilidad a título de coautoría⁴⁹ cuando el hecho se comete conjuntamente⁵⁰: no hay obstáculo alguno para considerar

43. Respecto de la asunción de deberes de garante cfr. JAKOBS, AT, 29/46 y ss.

44. A esto no se opone el hecho de que las prestaciones de reparación en favor de un bien sí pueden ser asumidas por terceros.

45. Cfr. sólo RGSt 74, pp. 84 y ss.; BGHSt 18, pp. 87 [89 y ss.].

46. Si, sin embargo, la responsabilidad del hombre de delante es deficitaria y este déficit sólo es compensado con ayuda de un sustitutivo de la responsabilidad plena (imprudencia, evitabilidad de un error de prohibición, etc.), puede que el déficit incumba a un hombre de atrás; con más detalle respecto de esta cuestión y de la doctrina contraria, vid. KINDHÄUSER, en: SCHULZ/VORMBAUM, *Festschrift für Günter Bemann*, 1997, pp. 338 [340 y ss.].

47. Al parecer RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Begehung*, 1997, pp. 151 y s., sostiene que la prohibición de regreso es compatible con la accesoriedad limitada.

48. Cfr. RENZIKOWSKI, p. 73, con amplias referencias a la bibliografía antigua y más reciente; vid. también HRUCHKA, ZStW 110 (1998), pp. 581 y ss.; JOERDEN, p. 30 y ss.

49. Así RENZIKOWSKI, pp. 100 y s.

50. Así, por ejemplo, NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, p. 76, considera que la comisión conjunta es el concepto superior de todas las formas de intervención en el delito.

que también en la relación entre el hombre de atrás y el de delante existe una derogación de la prohibición de regreso en virtud de la autonomía. Por consiguiente, la afirmación de que el carácter conjunto del comportamiento no deroga el efecto de cierre del principio de autonomía en general, sino sólo en lo que se refiere a la relación de quienes actúan en paralelo, no pasa de ser una mera *petitio principii*. Que A preste a B una pistola para que éste pueda cometer un robo con intimidación respecto de C, o que A sujete a C para que B pueda sustraerle la cartera, no supone diferencia alguna respecto de la circunstancia de que B ha organizado en ambos casos de modo autónomo la sustracción. Si el principio de autonomía despliega el efecto de exclusión de la responsabilidad que se pretende, entonces tal exclusión de la responsabilidad no sólo tiene lugar en la relación entre el hombre de atrás y el de delante, sino que también se opone a la imputación recíproca de contribuciones autónomas al hecho entre coautores.

Sin embargo, también las premisas de esta concepción de la prohibición de regreso son erróneas, ya que la autonomía *ex definitione* no puede obstaculizar decisiones autónomas. Lo que afirma una prohibición de regreso es que los ámbitos de actuación deben mantenerse separados y no deben ser vinculados. Tal prohibición exime de responsabilidad, es decir, sirve a la protección de que no debe responder de las consecuencias de la organización de otro sujeto. Pero, ¿por qué los titulares de la autonomía no van a poder vincular autónomamente sus respectivos ámbitos de actuación? Puede que tal vinculación esté prohibida por determinadas razones; pero tal prohibición no puede sencillamente inferirse de la idea de autonomía. Más allá de esto, resulta incomprensible que la infracción de un deber por parte de una persona haya de bloquear la imputación de un resultado a otra persona que se comporta de manera contraria a deber, ya que ello se contradice con el principio de imputación general a partir del cual no cabe invocar una conducta contraria a deber para obtener una exoneración⁵¹. En Derecho penal no se protege al autor, sino el ámbito jurídico de la víctima —a través de la garantía de la vigencia de la norma—; las normas de conducta sirven al aseguramiento de bienes. Por ello, los

obligados no pueden limitar entre ellos sus deberes frente al bien protegido por la norma, y mucho menos derogarlos. Sólo aquel a quien el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de disposición sobre el bien puede abandonar un deber y mantener otro.

c) Si ha de poder afirmarse la existencia de una infracción de la norma a partir del comportamiento de varias personas, ello sólo puede justificarse recurriendo al principio de autonomía, pero, precisamente, en un sentido exactamente opuesto a la teoría de la prohibición de regreso. Partiendo de que ni la disolución de la coautoría en varios hechos individuales ni la construcción de una persona colectiva —ni siquiera en la forma diluida de un dominio funcional del hecho— resultan plausibles, la responsabilidad a título de coautoría debe fundamentarse entonces en la *representación recíproca*⁵². Esto significa lo siguiente: todos y cada uno de los intervinientes deben gestionar simultáneamente tanto un “negocio” propio como ajeno a través de su conducta, es decir, actuar al mismo tiempo “de propia mano” y “de mano ajena”⁵³, con la consecuencia de que la conducta en cuestión también debe ser considerada un acto de organización del sujeto que no actúa de propia mano. Un mismo comportamiento debe desplegar un doble efecto de fundamentación de competencia.

Para explicar este punto de partida se considerará, en primer lugar, el supuesto en el que una decisión autónoma conduce a la atipicidad de una conducta ajena: la autorresponsabilidad puede excluir por completo la responsabilidad de otros cuando mediante la conducta se lleva a cabo una disposición personalísima. Desde el punto de vista del Derecho penal, adquieren relevancia, especialmente, las disposiciones sobre la propia vida y el propio cuerpo. Cuando A corta el cabello a B porque éste así se lo ha pedido, la decisión de B cierra la posibilidad de imputar el corte de cabello a A como lesión culpable mientras éste se haya mantenido en su actuación objetiva y subjetivamente dentro del marco fijado por B: en esta constelación, la conducta de A es normativamente un actuar de B; y, como tal, atípico. A la inversa, normativamente para B es indiferente que se corte el cabello él mismo o que haga que se lo corte A. En

51. Cfr. sólo BGHSt 30, pp. 228 (232), con comentario de PUPPE, JuS 1982, p. 660; BGHSt 37, pp. 106 (131); BayObLG VRS 19, p. 353.

52. BINDING, *Strafrechtliche Abhandlungen*, p. 298, quien ya ofreció una argumentación básica en la dirección aquí seguida, habla de “libre representación en la acción delictiva”. No hay nada que se oponga a esa formulación, siempre que quede claro que el representante también responde de modo pleno.

53. Cfr. también NAGLER, pp. 78 y s. Por lo demás, es próxima a la argumentación que sigue también aquella doctrina que reconduce la imputación recíproca de las respectivas contribuciones al hecho al papel —en esta medida, constitutivo— del § 25.2 StGB; vid. KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 17 y ss. y *passim*; *idem*, JZ 1979, pp. 775 y ss.; cfr. también BUSER, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, pp. 31 y ss.

resumen: puede suceder que, a través de decisiones autónomas de personas autónomas, diversos ámbitos de actuación queden imbricados de tal modo que (normativamente) una acción de propia mano se considere un comportamiento ajeno y viceversa. Dicho de otro modo, una persona puede realizarse a través de la conducta corporal de otra persona, partiendo de que los intervinientes apliquen al comportamiento en cuestión un esquema de interpretación idéntico en los puntos esenciales (para las decisiones), de acuerdo con el cual la conducta se presenta de modo coincidente como hetero-organización consentida.

Si los principios de imputación reconocidos permiten incluso hacer invisible una conducta en cuando conducta propia, en caso de que se halle completamente integrada en un ámbito de actuación ajeno⁵⁴, ello justifica *a fortiori* que, con mayor razón, haya de ser posible considerar un comportamiento simultáneamente como propio y ajeno, en la medida en que sirva al mismo tiempo a una organización propia y a una ajena, es decir, mientras se encuentre —desde la perspectiva relevante en cada caso— completamente inserto en ambos círculos de organización. Si las acciones son susceptibles de ser imputadas simultáneamente a varios ámbitos de organización en virtud de decisiones autónomas de personas autónomas (en lo que aquí interesa: de personas imputables), es decir, si es posible imputar determinadas conductas simultáneamente como acciones propias a varias personas cuando éstas están de acuerdo con ello, no hay ningún obstáculo para aplicar esta idea también al quebrantamiento de la norma cometido en régimen de coautoría. Entonces —en una formulación provisional—, la coautoría es la imbricación de acciones de varios agentes en esquemas de interpretación (voluntariamente) congruentes de círculos de organización vinculados. Esto explica por qué dos modalidades de comportamiento externamente idénticas pueden ser comprendidas tanto como un solo hecho o dos hechos distintos. A modo de ejemplo⁵⁵: cuando los cazadores furtivos A y B, en el mismo momento y desde lugares distintos, disparan sobre el guardia fo-

restal F con intención de matar, ello constituye un solo hecho que, mediante disparos paralelos, incrementa el riesgo de muerte para F en la medida en que las acciones se encuentren imbricadas en un esquema de interpretación común, mientras que concurrirán dos hechos independientes en caso de que A y B interpreten sus conductas de acuerdo con sus respectivos esquemas aislados de interpretación. Las repercusiones de esta diferenciación son considerables ya que, en los casos de organización vinculada, el resultado producido ha de imputarse a ambos autores, mientras que en los casos de actuación aislada sólo debe responder quien haya causado el resultado de propia mano.

VIII. La infracción del deber a título de autor

a) Antes de intentar determinar con mayor detalle los presupuestos del actuar vinculado a título de coautoría, ha de abordarse la cuestión previa, abierta hasta ahora, de cómo debe configurarse el deber cuya infracción da lugar a la autoría. A este respecto, ha de diferenciarse, en primer lugar, entre el injusto objetivo —a constituir a partir de la imputación objetiva—, por un lado, y su imputación subjetiva al injusto de acción y a la culpabilidad, por otro.

1. En lo que se refiere a la constitución objetiva del injusto, en la actualidad hay (prácticamente) acuerdo en torno a la idea de que un resultado típico sólo resulta objetivamente imputable cuando se presenta como una realización adecuada de un riesgo no permitido que compete (objetivamente) al agente⁵⁶. Tal riesgo es aquella situación que conducirá probablemente al suceso típico, de acuerdo con los correspondientes conocimientos derivados de la experiencia⁵⁷. En este contexto, “adecuación” significa que precisamente la peligrosidad específica del riesgo debe realizarse en el resultado; la causalidad en forma de condiciones necesarias ubicuas no basta para la imputación objetiva del resultado. El riesgo es no permitido cuando ya no es “socialmente adecuado”, es decir,

54. Ahora bien, esta invisibilidad presupone que la conducta no sea contraria a deber, es decir, que no lesione una organización ajena —frente a quien sea—; pues en el contexto jurídico-penal, como se ha mostrado, la responsabilidad propia no puede diluirse en la de otros sin dejar huella.

55. Respecto de este ejemplo y su papel en la discusión antigua cf. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7 edición, 1907, p. 146.

56. Respecto del estado de la discusión cf. KINDHÄUSER, *Grundlagenwissen Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2000, § 11 (pp. 95 y ss.).

57. Anteriores intentos de determinar el suceso objetivamente contrario a la norma *ex post* y el deber *ex ante*, recurriendo para ello a los conocimientos (que quepa esperar conforme a la experiencia como) disponibles para el autor, pretendían evitar una discrepancia entre el pronóstico *ex ante* de un observador ficticio y la representación del autor (cf. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 56 y ss.). Sin embargo, ese mismo objetivo puede alcanzarse, en consonancia con la opinión dominante, si el pronóstico *ex ante* se hace sobre la base de todos los conocimientos relevantes disponibles, de los que forman parte también los conocimientos especiales del autor; para una sinopsis del estado de la discusión, vid. KINDHÄUSER, AT, pp. 100 y ss.

cuando no forma parte de los "riesgos vitales" generales que deben ser asumidos por todos, y cuando no se engloba bajo los presupuestos objetivos de una norma de permisión.

La razón de la competencia puede venir dada por una posición de garante institucional respecto de un bien amenazado por el riesgo⁵⁸, o también en la asunción efectiva del control del mismo⁵⁹ o en su creación (o incremento) por una conducta propia. Si —como sucede en la variante mencionada en último lugar— la razón de la competencia por un riesgo está en un comportamiento que genera un riesgo no permitido, en este comportamiento debe estar ínsita ya una probabilidad de la producción del resultado relevante a efectos de decisión dadas las condiciones-marco para que una imputación objetiva del resultado pueda resultar justificada.

2. Desde la perspectiva subjetiva, el injusto determinado a través de imputación objetiva —es decir, la competencia por la realización de un riesgo no permitido— resulta imputable a un agente a título de infracción de deber cuando para él —presumiéndose una lealtad al ordenamiento jurídico suficiente— hubiera sido necesario omitir la conducta generadora del riesgo, o, en su caso, evitar la realización del riesgo, a fin de impedir la realización del tipo. La necesidad práctica⁶⁰ deriva de la combinación del objetivo que se presume como motivación dominante —evitación de la realización del tipo— con el conocimiento⁶¹ actual del agente, relevante a efectos de decisión, en el sentido de que, como consecuencia de su propia conducta, se está creando (o incrementando) o no evitando (o no se está disminuyendo) un riesgo no permitido⁶².

b) El modelo de fundamentación del deber en caso de autoría individual que se ha esbozado puede ser trasladado —con las modificaciones que derivan

de la idea de representación, que no afectan a las estructuras básicas de la imputación— a la determinación del deber en caso de coautoría.

1. La determinación del injusto objetivo por vía de imputación objetiva tiene como presupuesto —al igual que sucede en la autoría individual— que al agente que responde como (co-)autor le competa el riesgo no permitido o la evitación de la realización del riesgo. En caso de que uno de los intervinientes deba (en cuanto obligado por un deber especial) controlar el riesgo con base en una relación institucional con el bien en peligro, está obligado por este deber, con total independencia de las acciones de terceros, con lo que es autor en caso de incumplir tal deber. Puesto que, en relación con los deberes especiales, la competencia por el riesgo existe con independencia de todo comportamiento, tal competencia no es susceptible de ser influenciada ni en su fundamentación ni en su existencia por la vinculación del comportamiento propio con otro ajeno⁶³.

La competencia por el riesgo no permitido en virtud de un comportamiento generador del peligro tiene como presupuesto que el agente en cuestión haya aportado de propia mano una contribución⁶⁴ que repercuta sobre la génesis del riesgo, bien de modo constitutivo, bien incrementándolo. Carece de relevancia, por principio, en qué estadio de la creación del riesgo se desarrolle la respectiva acción o si ésta pasa a constituir un riesgo sólo a través de la conducta de otro, ya que, de acuerdo con la idea de la representación, la responsabilidad no queda limitada a la conducta realizada de propia mano o incluso a la "causación en último lugar".

2. La razón por la que se imputa subjetivamente un comportamiento a título de infracción de deber es, también en el caso de la coautoría, por un lado, la falta de reconocimiento, efectivo en el plano de la

58. Se han reconocido vínculos institucionales de este tipo, entre otros casos, en la relación entre los cónyuges o en la relación entre padres e hijos; además éstos pueden resultar de la asunción de cargos estatales o de especiales relaciones de cuidado; cf. JAKOBS, AT, 29/57 y ss.

59. La posición de garante por injerencia y deberes de aseguramiento del tráfico a la que se alude presenta —también en lo que se refiere a la teoría de la codelinuencia— una serie de problemas específicos que quedan aquí fuera de consideración; con más detalle a este respecto RENZIKOWSKI, pp. 139 y ss.

60. Se trata de una necesidad práctica susceptible de ser representada en el plano formal con ayuda de un silogismo práctico; con más detalle al respecto KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 54 y ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeit beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 31 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1992, pp. 70 y ss.

61. La situación es diferente en relación con la responsabilidad a título de imprudencia; en estos casos, el autor desconoce que de facto está realizando un tipo, pero no puede invocar, a efectos de exoneración, su desconocimiento, ya que cabía esperar de él, en cuanto persona leal al ordenamiento, que se procurara los conocimientos fácticos necesarios para evitar la realización del tipo. Sin embargo, también aquí el deber se determina exclusivamente con base en los conocimientos individualmente alcanzables para el agente.

62. Se sobreentiende que no todas las representaciones del agente son relevantes. De hecho, el deber debe determinarse bajo la hipótesis de que una realización del acontecer pronosticado por el autor realmente debería ser considerada como una realización de un tipo. De lo contrario concurriría un delito putativo.

63. Esta conclusión —partiendo de diferentes fundamentaciones— es opinión dominante (cf. sólo BLOY, *Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 216 y ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 82 y ss.; JAKOBS, AT, 29/101 y ss.; LKROXIN, § 25 núm. 209 y s., § 27 núm. 43. Respecto de la fundamentación recurriendo al principio de autonomía vid. RENZIKOWSKI, p. 146.

64. A ello equivale —cuestión en la que aquí no puede entrarse— la omisión contraria a deber de una aportación que reduce el riesgo.

acción, de la norma por un comportamiento *propio*; el coautor debe evitar su contribución de propia mano porque para él, en cuanto persona leal al ordenamiento jurídico, resulta preceptivo no incrementar el riesgo de una realización del tipo. Esto requiere, a su vez, que conozca la relevancia de su propia aportación a efectos de riesgo en el contexto de las acciones de los demás intervinientes.

Por otro lado, la imputación subjetiva en la coautoría exige un esquema de interpretación para la constitución del riesgo global que sea congruente en sus puntos esenciales con los esquemas de interpretación de los demás intervinientes. El comportamiento de todos y cada uno de los intervinientes debe ser interpretado conforme al mismo patrón en lo que se refiere a la creación y al incremento del riesgo, presentándose así como reparto de tareas. Es necesario que el esquema de interpretación sea tenido recíprocamente como vinculante, ya que sólo de este modo la aportación propia expresará para el agente mismo y para el otro o los otros intervinientes un sentido conjunto, es decir, representará la "voluntad" coincidente de todos los intervinientes⁶⁵. La expectativa recíproca (y la expectativa de expectativa) en el sentido de que el esquema de interpretación común es vinculante para todos los intervinientes, convierte a todas y cada una de las aportaciones en una contribución que es al mismo tiempo "de propia mano" y "de mano ajena", es decir, en una acción que constituye una organización propia y ajena, uniendo así las distintas aportaciones en un solo hecho global, del que han de responder varios agentes como hecho propio. Por consiguiente, hay un riesgo que incumbe a cada uno de los intervinientes como si lo hubiera creado él solo. Puesto que las expectativas recíprocas de los intervinientes han de tener una base fáctica, la coautoría presupone una decisión común de cometer el hecho⁶⁶, si bien tal decisión no implica nada más que una manifestación objetivada de la expectati-

va de que el esquema de interpretación sea recíprocamente vinculante⁶⁷. Si se da el contexto adecuado, una declaración por actos concluyentes puede ser, desde luego, suficiente⁶⁸.

IX. Coautoría y participación

a) En las consideraciones hechas hasta el momento se parte de que existe una diferencia cualitativa entre autoría y participación⁶⁹, diferencia que tiene como consecuencia que sólo al autor le incumbe la evitación del riesgo específico del tipo, mientras que el partícipe tan sólo ha de responder de una infracción de deber secundaria, referida a la instigación o al apoyo con relación al hecho principal. Esta tesis no es aceptada unánimemente. Se aduce en su contra que, en realidad, la diferencia entre autoría y participación sólo es cuantitativa, siendo, por lo demás, ambas idénticas en cuanto a su fundamento y a su objeto⁷⁰.

El hecho de que ha de existir necesariamente una diferencia cualitativa entre autoría y participación, que tiene su fundamento en que el deber del autor es distinto del que corresponde al partícipe, ya se infiere necesariamente de la mera existencia de delitos especiales propios. El hecho de que sólo un juez, y no un *extraneus*, pueda cometer prevaricación (*Rechtsbeugung*, § 339 StGB) —aunque sea este último el que redacte la sentencia que el juez firma— muestra que, precisamente, la responsabilidad de *intraneus* y *extraneus* no es idéntica en cuanto a su fundamento y objeto. Por el contrario, el *extraneus* sólo puede verse vinculado por un deber secundario de no determinar a un *intraneus* a infringir su deber (primario) o de no auxiliarlo en tal infracción de deber. También en los delitos comunes la autoría y la participación muestran una diferencia cualitativa, como cabe inferir *e contrario*: si, por razón de su aportación, también el partícipe tuviera que responder

65. Los primeros intentos de aplicar el silogismo práctico a las acciones comunes ("intentional joint action") se encuentran en RAIMO TUOMELA, *The importance of Us. A Philosophical Study of Basic Social Notions*, Stanford, 1995, pp. 81 y ss.

66. Respecto de la decisión común de cometer el hecho en cuanto presupuesto de la coautoría de acuerdo con la opinión dominante, *vid.* HOYER, en: RUDOLPHI/HORN/SAMSON/GÜNTHER/HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.ª edición, 2000, § 25, núm. 121 y ss.; KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), pp. 295 y ss.; LKROXIN, § 25, núm. 173 y ss.

67. Concurrirá un exceso excluyente del dolo cuando uno de los intervinientes desconoce que otro de los intervinientes lleva a cabo una ampliación o intensificación del riesgo del que, en principio, (también) habría de responder.

68. No basta una decisión de adaptación unilateral sin que haya una aprobación al menos por actos conducentes por parte de los demás intervinientes ya que, de lo contrario, no se fundamenta el carácter de la aportación en cuestión de representar a todos.

69. Dicho sea de paso: el hecho de que los §§ 26, 27 StGB sólo regulen la participación dolosa en un delito doloso y que la autoría y la participación imprudentes queden englobadas en un concepto unitario, no diferenciado de autor, carece de relevancia sistemática. La complicidad imprudente es una participación que presenta un injusto muy reducido, pero la razón por la que resulta impune no es que los §§ 26 y s. desplieguen un efecto excluyente. Sólo en aquellos casos en los que no hay hecho principal —como es, por ejemplo, el caso en el supuesto del suicidio libre y responsable— tampoco puede haber complicidad "imprudente".

70. *Cfr.* LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1991, p. 284.

por la creación del riesgo típico específico, éste siempre sería autor por omisión de no eliminar este riesgo. Desde la perspectiva intrasistemática no podría explicarse por qué la reducción del marco penal en la complicidad es obligatoria, mientras que tal reducción es sólo facultativa en la autoría omisiva⁷¹.

b) En los delitos especiales propios es la propia norma la que marca la diferencia cualitativa entre autoría y participación. El *extraneus* no cumple el presupuesto personal que exige la realización del tipo. Por consiguiente, el *intraneus*, al infringir su deber, no puede actuar simultáneamente por el partícipe-*extraneus*. Tampoco cabe unir libremente los círculos de organización respecto de la característica personal que no puede ser adquirida o abandonada libremente en ejercicio de autonomía.

c) En los delitos comunes, el garante institucional es siempre autor ya que, con independencia de la conducta de otros, debe procurar que no se realice el peligro para el bien que debe proteger. Por ello, la delimitación entre autoría y participación sólo adquiere relevancia en los casos en los que un riesgo no permitido deriva de la conducta de varias personas. Esta delimitación no es susceptible de ser llevada a cabo con base en el factor temporal —por ejemplo: intervención en el estadio de ejecución, “causación en último lugar” o similares—⁷²; como muestra la figura de imputación de la autoría mediata, la atribución de competencia no puede estar sujeta a la ejecución de propia mano de un comportamiento que es el único subsumible bajo la descripción típica. El recurso al *quantum* del incremento del riesgo producido por la aportación en cuestión tampoco permite un avance⁷³, ya que no existen criterios para llevar a cabo la valoración. Que el hecho de que un empleado administrativo revele, por hacer un favor, la combinación de la caja fuerte de su centro de trabajo le convierta en un interviniente central —ya que hace posible el robo— o sólo en una figura marginal —porque no se ocupa del curso posterior de los acontecimientos— es una cuestión que no es susceptible de ser resuelta por medio de determinadas cantidades, sobre todo, por-

que aún está por demostrar la relevancia de ese criterio para la cuestión de la delimitación⁷⁴. Por el contrario, como cabe inferir de las reflexiones hechas hasta el momento, sólo el criterio de la representación recíproca —decisivo para la fundamentación de la coautoría— puede ser adecuado para la delimitación de la autoría y la participación.

1. Los coautores, al haber unido sus círculos de organización en función de un determinado esquema de interpretación, reconocido recíprocamente como vinculante y referido a un riesgo no permitido concreto, actúan simultáneamente por sí mismos y por el otro o los otros. En tanto en cuanto se muevan dentro del esquema común de interpretación, cometen *un* hecho, que consiste en la creación del riesgo que se determina a partir ese esquema común de interpretación. Puesto que a todo coautor se le imputan las acciones de los demás como propias, el riesgo no permitido en cuestión le *incumbe directamente* del mismo modo que al autor individual.

Frente a ello, la participación se encuentra en una posición intermedia entre la coautoría y la autoría accesoria. Por una parte, el partícipe interviene en la comisión de una infracción junto con otros y, por lo tanto, no es un tercero que actúe de modo aislado; por otra parte, no es coautor y, por lo tanto, no se encuentra vinculado a un esquema común. Más bien cabe denominar la intervención del partícipe como “adhesión” no autónoma, lo que al mismo tiempo puede explicar la accesoriedad de la participación. Dicho de otro modo: el riesgo no permitido en cuestión *incumbe* al partícipe sólo de modo *mediato*. Por ello, la acción de participar no fundamenta una posición de garante por injerencia⁷⁵. Por el contrario, el riesgo del que ha de responder el partícipe es el peligro de la comisión del hecho principal o, en su caso, de que se logre el hecho principal. Vista desde esta perspectiva, la participación es un delito de resultado; el resultado es la realización del tipo (al menos intentada) por parte del autor⁷⁶.

2. “Adhesión” significa que el partícipe contribuye al incremento del riesgo mediante su inicia-

71. Cfr. §§ 13, 27 StGB.

72. Así, sin embargo, una extendida opinión, cfr. sólo HERZBERG, p. 70; IK-ROXIN, § 25 núm. 181 y ss., 189 y ss.; especialmente restrictivo RUDOLPHI, en: Arthur KAUFMANN et al., *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 369 y ss. (380), quien exige una colaboración acumulativa en la fase de ejecución.

73. En este sentido la argumentación de JAKOBS, GA 1996, pp. 253 (257 y ss.); LESCH, *Beihilfe*, pp. 284 y ss.

74. Lo dicho vale, especialmente, para la fundamentación del injusto con ayuda de la construcción de una persona colectiva.

75. En este sentido, sin embargo, JAKOBS, AT, 29/33, quien a pesar de ello considera que en el ámbito subjetivo resulta relevante el error sobre el papel del partícipe, con base en que los riesgos de autoría y participación son distintos (24/4 y s.).

76. De modo correspondiente, el desistimiento de la tentativa (de inducir a un delito) se refiere conforme al § 30, párrafo 1, n.º 1 StGB a la evitación del riesgo de comisión del hecho, mientras que el § 24, párrafo 2 StGB supone, respecto de la participación, una configuración específica de la idea de arrepentimiento activo.

tiva o su actividad de fomento, pero no une su acción con la del autor en el sentido de una representación recíproca. En la complicidad, sin embargo, el cómplice pone a disposición de otro, del autor, su contribución "sin compromiso". La aportación del partícipe no vincula al autor en función de un esquema común de interpretación, de acuerdo con el cual la omisión de la acción del autor supondría la defraudación de una expectativa del cómplice reconocida por el autor. El cómplice no es quien establece el objetivo; se somete, por el contrario, a objetivos ajenos⁷⁷. Un indicio de ello viene dado por el hecho de que el cómplice reciba una remuneración aparte por su contribución o que, en todo caso, deba obtener "honorarios provenientes del botín únicamente en caso de éxito de la empresa".

3. Tampoco el inductor está vinculado al hecho. Tan sólo suministra al autor la razón de cometer el hecho⁷⁸, es decir, pone a su disposición la "idea" en cierto sentido, pero deja a su arbitrio la decisión acerca de su realización. De acuerdo con su propia estructura, la inducción *no* puede tener como pre-

supuesto la concurrencia de una vinculación jurídicamente relevante del autor respecto del inductor, en el sentido de que el autor estaría ejecutando un hecho propio del inductor: como muestran los delitos propios, el *intraneus* no puede ejecutar un hecho del inductor-*extraneus*, ya que éste carece de la competencia primaria por el riesgo en cuestión. El hecho de que el autor pueda actuar a partir de una cierta relación de dependencia psíquica respecto del inductor, quien pone el motivo del hecho⁷⁹, puede ser una de las razones por las que la inducción se encuentra más próxima a la coautoría, fundamentada en una vinculación recíproca, que la complicidad, que implica una vinculación menos estrecha, y también de que suponga una sanción más dura que aquélla. Pero tales relaciones psíquicas no afectan a la diferencia cualitativa entre autoría e inducción; también la inducción fundamenta —puesto que sólo se halla vinculada de modo unilateral al hecho principal en cuanto a la imputación jurídicamente relevante— tan sólo una competencia mediata —a través del actuar del autor— por el riesgo no permitido.

77. Cfr. también HÄLSCHNER, p. 376.

78. En caso de superarse la mera instigación, yendo hacia la configuración del hecho, ello supone una contribución adicional, cuya calificación como complicidad o coautoría necesita de una valoración específica.

79. Exigen una vinculación cuasicontractual como presupuesto de la inducción JAKOBS, AT, 22/21 y s.; PUPPE, GA 1984, pp. 101 y ss.