

COMITÉ EDITOR

*Presidente:* Prof. Dr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA  
(Universidad Autónoma de México)

Dr. ENRIQUE BACIGALUPO

Prof. Dr. MARINO BARBERO SANTOS  
(Universidad de Valladolid, España)

Dr. ROBERTO BERGALLI

Dra. GLADYS N. ROMERO

Dr. CARLOS A. TOZZINI

*Secretaria:* Dra. AMALIA AGUIRRE

PROBLEMAS ACTUALES  
DE LAS  
CIENCIAS PENALES  
Y LA  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

EN HOMENAJE AL PROFESOR  
LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Juan Pablo Marchesi R.



EDICIONES PANNEDILLE

BUENOS AIRES (ARGENTINA)

1970



## SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL\*

por CLAUS ROXIN

Profesor en la Universidad de Göttingen.

I. — El Código Penal alemán<sup>1</sup> distingue la autoría de la instigación y complicidad. La delimitación del ámbito de cada una de estas formas de participación desde siempre ha dado lugar a fuertes polémicas en la jurisprudencia y la doctrina. En los casi 100 años de vigencia de nuestro Código Penal, los tribunales se han mantenido, aunque con pequeñas oscilaciones<sup>2</sup>, en la llamada teoría subjetiva de la participación. Según esta concepción lo que decide la penalidad como autor o como partícipe en la coproducción de un delito por varias personas, no es lo *objetivamente* producido por el aporte al hecho, sino la dirección *subjetiva* de la voluntad del partícipe respectivo. Desde este punto de vista, autor será quien obre con voluntad de autor, independientemente de su aporte exterior al resultado, es decir, no aquél que realiza el hecho dependiendo de la decisión de otro, sino quien quiere cometer el delito por su propia decisión y sus intereses personales. Aun quien solamente haya participado en el planeamiento y la preparación del hecho punible, será autor, si actuó con voluntad de autor; y a pesar de que haya participado en la ejecución propiamente dicha<sup>3</sup> sin embargo, la teoría subjetiva establece una pena atenuada para quienes ejecutaron el hecho de propia mano y de forma innecesaria, si se obró en interés de otro

\* Traducción directa del alemán de Enrique Bacigalupo.

<sup>1</sup> Me refiero al Código Penal alemán del 15 de mayo de 1871. Hoy rige solamente en la República Federal Alemana, mientras que la República Democrática Alemana (la parte este de Alemania) ha entrado en vigor desde el 1 de julio de 1968 un nuevo Código Penal. Esta ley mantiene, sin embargo, como los nuevos proyectos de Alemania Occidental la triparticipación de las formas de participación.

<sup>2</sup> En particular ver mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967.

<sup>3</sup> Ver la sentencia del Bundesgerichtshof (= BGHSt) 16, ps. 12 y ss.

y por encargo, sin que exista una dependencia interior respecto del otro. En tales casos, y a pesar de la ejecución de propia mano del hecho, se atribuye al ejecutante solo una voluntad de cómplice (*animus socii*). Con estos presupuestos podrá comprenderse la sentencia del Bundesgeveichthof en el tan conocido caso del agente "Staschynski"<sup>4</sup> quien, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros en la vía pública a dos altas personalidades políticas exiliadas, sin otros resultados. En este caso, el ejecutor de las muertes fue, a pesar de todo, condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante. De la misma manera, la jurisprudencia alemana ha condenado en los delitos de violencia (*Gewaltverbrechen*) del nacional socialismo a título de complicidad en asesinato, la correalización de la muerte de miles de hombres, cuando el hecho fue cometido sin un interés propio del ejecutor. Sólo cuando el que actúa lo hace por su iniciativa propia (p.e., por sadismo o con fin de enriquecerse), los tribunales de Alemania Occidental lo han reputado autor.

En el punto contrario se ubica en la ciencia alemana la llamada teoría material-objetiva de la participación que es dominante. De acuerdo con esta concepción, en los casos de correalización en la comisión de un delito, el autor no debe determinarse de acuerdo con la dirección de su voluntad, sino según la importancia, objetivamente considerada, de su aporte al hecho; es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el dominio o codominio del suceso (el llamado "dominio del hecho").

En los términos de esta teoría, que en lo esencial ha sido formulada por Welzel<sup>5</sup>, y más tarde por Gallas<sup>6</sup> y Maurach<sup>7</sup>, el autor es quien "mantiene en sus manos" (Gallas) el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos (Maurach). Por lo tanto, lo decisivo no es la motivación, sino el aporte objetivo que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. Si tuvo un papel dominante en el hecho total, será autor, aun cuando haya obrado en interés o por instigación de otro; si, al contrario, no ha tenido una posición dominante en la comisión

<sup>4</sup> BGHSt, 18, ps. 87 y ss.

<sup>5</sup> Ver *Studien Zum System des Strafrechts*, en "ZStW", t. 58, 1939, ps. 537 y ss.; *Das deutsche Strafrecht*, 10ª ed., 1967, ps. 94 y ss.

<sup>6</sup> Ver *Beitrage Zur Verbrechenslehre*, 1968, ps. 78 y ss., 130 y ss.

<sup>7</sup> *Deutsche Strafrecht*, AT, 3ª ed., 1965, ps. 524 y ss.

del hecho, será solo partícipe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito. De esta forma es posible que quien sólo ha colaborado en la realización del hecho en la etapa de su preparación, al contrario de lo postulado por la teoría subjetiva, sólo sufrirá la pena correspondiente al cómplice; por otra parte, los representantes de la teoría del dominio del hecho están de acuerdo en que la realización voluntaria y de propia mano de los elementos que componen un hecho punible, sin consideración a su actitud interior, determinará en todo caso el dominio del hecho y la calidad de autor. Por este motivo puede comprenderse que la ya mencionada sentencia del caso *Staschynski* del Bundesgeveichthof, haya merecido el más completo rechazo por la teoría del derecho de Alemania Occidental.

II. — El significado de la discusión correspondiente a la teoría subjetiva y a la material-objetiva, no se limita a la dogmática penal alemana. En efecto, la dogmática penal, por oposición a la criminología, por ejemplo, se encuentra ligada al contenido positivo del orden jurídico nacional, que debe desenvolver y sistematizar, por lo que tiene a la vez una tarea, por lo menos del mismo grado, internacional, pues los problemas objetivos (*Sachprobleme*) de los que se ocupa, son independientes del tiempo y lugar. Así, por ejemplo, en qué medida es admisible la defensa necesaria frente al ataque de otro, o si el error del autor debe ser considerado en su favor, o bajo qué presupuestos se es responsable por una omisión o una transgresión no intencional del cuidado exigido en el tránsito, son problemas que abren sus interrogantes en igual medida en todo orden jurídico. Por cierto que las respuestas pueden ser diversas, según las particularidades nacionales de cada país y las decisiones valorativas jusfilosóficas del legislador respectivo. Pero en la medida en que la ciencia proporciona un aporte al desarrollo del derecho y pretende encontrar soluciones correctas, deberá trascender el derecho positivo, y buscar una respuesta en la fundamentación racional de los argumentos pensables, que tienen vigencia independientemente de los especiales parágrafos de una ley.

De esta misma manera, las discusiones en torno a la teoría de la participación sólo podrán ser satisfactoriamente resueltas, si se rastrean los fines políticos jurídicos y se intenta apreciarlos críticamente. Naturalmente que es posible no limitar la investigación a la discusión de si es preferible la teoría subjetiva o la material-objetiva, y en consecuencia preguntar radicalmente: ¿No sería correcto quizás prescindir de las múltiples dificultades que

surgen de la diferenciación de las diversas formas de participación y buscar por encima de ellas un concepto unitario de autor, como ya han hecho algunas legislaciones<sup>8</sup>?

En este caso, sería suficiente toda conexión causal con la realización del hecho para la aplicación de una pena en calidad de autor y determinar sus medida por los fines penales generales. Un procedimiento semejante sería consecuente con los puntos de vista de un derecho penal de autor, que establecería el punto de inserción de la sanción, no en el hecho concreto, sino en la peligrosidad social del autor y la necesidad de resocialización del individuo. De esta forma, también serían alcanzadas por la justicia penal, igual que los ejecutados y tratados de manera similar, aquellas personas que han tenido trato con los autores del hecho, que han simpatizado con ellos y que han estado en conexión de un modo todavía más alejado e indirecto.

Seguramente esta es una concepción pensable, proporcionalmente sencilla y cerrada en sí misma. Sin embargo, el motivo jurídico-político por el cual hasta ahora no ha sido seguida por la mayoría de los órdenes jurídicos, y quizá tampoco la sigan en el futuro, yace en su objetabilidad desde el punto de vista del derecho constitucional: los órganos de persecución penal no deben lanzarse sobre comportamientos asociales o peligrosos para los bienes jurídicos juzgados según la opinión de las autoridades, sino solamente contra la realización de tipos penales exactamente descriptos en la ley. Sería demasiado grande el peligro de un abuso de poder mediante la discriminación jurídico-penal de personas no gratas o de grupos de habitantes. Por otra parte, existe la garantía del tipo, según la norma del *nullum crimen sine lege*, que establece determinar como primera limitación de la punibilidad que alguien haya cometido un hecho o ejecutado una acción que corresponda a la descripción legal exacta de un delito. Las personas que no hayan colaborado de un modo típicamente descrito, podrían ser sancionadas conforme a la medida establecida en disposiciones especiales con las atenuantes correspondientes, a modo de comportamiento no típico. A partir de esta idea política-jurídica se deriva la necesidad de un concepto orientado hacia el tipo penal (el llamado concepto restrictivo de autor), en relación al que las formas de participación, de cual-

<sup>8</sup> Evidentemente el concepto unitario del autor también fue previsto en el proyecto argentino de Cód. Penal de 1951 (Ricardo C. Núñez, *Das argentinische Strafrecht*, p. 28, en *Das Ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Berlin, 1955, t. 1).

quier modo susceptibles de una descripción exacta, aparecen como causas de extensión penal.

III. — Por lo tanto, la diferencia entre autoría y participación es consecuencia de la decisión en favor de un derecho penal que se apoya en la descripción típica de las conductas, como corresponde a la tradición alemana del Estado de derecho desde los trabajos de Feuerbach. Sin embargo, con esto ya han sido arrojados los dados con respecto a la discusión entre la teoría subjetiva y la material-objetiva: toda delimitación, que no deba equivocarse respecto al fin de la distinción legislativa, tiene que partir de la adecuación típica como principio fundamental.

La teoría subjetiva, para la cual es suficiente a los fines de la autoría cualquier conducta objetiva y que se conforme con el mero *animus auctoris*, avanza sobre los límites de estos principios elementales y por ello es ya inicialmente incorrecta. Al no concederse ninguna atenuante objetiva a la conducta del autor, y reducir la pena sólo a los casos de pequeña reprochabilidad mediante la hipótesis de una "voluntad de cómplice" psicológicamente amplia e irreal, llega a los mismos resultados que se obtendrían si ese ánimo de cómplice fuera circunstancia atenuante del concepto unitario de autor. Esto, sin embargo, no está en contradicción con los principios del derecho vigente, sino que conduce forzosamente a un estado de inseguridad jurídica, que hace imposible una delimitación de alguna manera manuable de las formas de participación, con el resultado práctico de borrar y derogar los límites de ellas.

La pena a título de autoría queda reservada al buen criterio del juez<sup>9</sup>. Metodológicamente, esta teoría se basa en el naturalismo del siglo XIX, que pretendió erigir a la causalidad en columna vertebral de la dogmática penal y, por tanto, también de la participación, y desde este punto de partida, dada la lógica equivalencia de todas las condiciones de un resultado, no pudo establecer una distinción de las formas de participación, fuera de lo psíquico. Además la teoría subjetiva pertenece al contexto metodológico de la jurisprudencia de conceptos, que tuvo precisamente en el último tercio del siglo pasado su mayor auge: las consecuencias jurídicas son obtenidas por vía de deducción de un concepto aparentemente científico natural previamente dado (la causalidad), sin una reflexión relativa a los fines político-

<sup>9</sup> En este sentido y con razón Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1969, p. 433.

jurídicos de las respectivas instituciones, que sería el presupuesto de un intento de interpretación teleológica. Frente a esto hoy se dice: la teoría subjetiva es falsa. Esto surge de la naturaleza misma de la cosa, a saber de los presupuestos que hemos presentado (II), y solo bajo los cuales es posible dar sentido a una diferenciación entre diversas formas de correalización de un hecho.

IV. — Para un derecho penal de acción, que da lugar a separar los autores de los cómplices e instigadores —como hemos visto—, sólo puede conectarse como punto de partida al tipo penal. Este criterio es el que sugiere como único correcto en primer término la llamada teoría formal objetiva, que fue dominante en la ciencia alemana hasta 1930 en forma completa. Según esto solamente es autor quien realiza de su propia mano la acción típica, o sea, quien mata, quien sustrae la cosa o firma falsamente un documento.

El punto de apoyo teórico de la teoría formal-objetiva —es decir la significación constitutiva de la realización del tipo para la autoría— es totalmente exacto. Pero la realización de esta idea fracasa ante una insuficiente concepción de las formas estructurales de la conducta humana. La consecuencia extraída del principio típico, que para la autoría se exige una realización de propia mano de la acción típica, es falsa porque no es acorde a la realidad. Quien para ejecutar un atentado deposita una mina que explota mediante la inocente acción de un transeúnte, o quien deja el veneno para que la víctima se lo lleve a la boca, realiza el tipo de asesinato u homicidio, aunque no ha puesto la condición directa que conduce al resultado. Si se admite esto (y es lo que *hay que hacer* porque el servirse de la causalidad es precisamente lo específico, desde un punto de vista antropológico en la explicación de la acción humana), se comprenderá que lo decisivo no es la realización de propia mano, sino la estructuración del transcurso del suceso, dirigido al resultado, decisiva para su producción. Esto significa que una conducta realiza un tipo, fundamentalmente si quien actúa tiene el dominio del hecho. Esta conclusión es completamente independiente del derecho positivo, y es un conocimiento objetivo (*Sacheinsicht*) deducible de la estructura de la conducta humana, que es fácil alcanzar luego de la concepción de la realización de propia mano, pues se encuentra muy cerca de ella, en la medida en que ésta permanecerá de cualquier manera como el caso principal y normal del dominio del hecho.

V. — No es una casualidad que la teoría del hecho haya sido ampliamente desarrollada en la bibliografía alemana y alcance un creciente reconocimiento en otros países<sup>10</sup>; ello es el fruto de un doble progreso del conocimiento: la autoría sólo puede ser fundada en la realización del tipo, si es que la teoría de la participación debe tener un sentido jurídico-político<sup>11</sup>; esto, sin embargo, no depende necesariamente del elemento formal de la realización de propia mano, sino del criterio material del dominio del hecho<sup>12</sup>.

De aquí surgen algunas conclusiones para el método de la dogmática penal: quién tiene el dominio sobre el transcurso de un suceso, es algo que no puede definirse de una manera exacta, es decir, no puede fijarse mediante un elemento permanente en los diversos casos de una enumeración exhaustiva. Consecuentemente no podrá darse un concepto del dominio del hecho bajo el cual pueda subsumirse cualquier suceso. La teoría de la participación no puede explicarse, por lo tanto, mediante una pirámide encabezada por el elemento dominio del hecho, que permitiría la deducción de consecuencias concretas mediante la ayuda de procedimientos lógicos. Por el contrario, sólo es posible captar las diversas formas posibles de correalización delictiva, mediante un método orientado a la descripción de los fenómenos reales de la vida, buscando penetrar en su estructura fundamental. Por lo tanto, no existe un concepto general y superior abstracto de las formas de participación, sino una fenomenología cuya totalidad integra el sistema de la teoría de la participación. Un sistema de esta naturaleza es abierto, en el sentido de que puede incorporar los nuevos fenómenos que aparecen con el tiempo. Además tiene la ventaja de que las soluciones que ofrecen son controlables directamente en la realidad, mientras que el método usual de subsunción bajo conceptos generales conduce, en los casos de hechos históricamente nuevos o atípicos, a resultados a menudo ajenos a la vida y que no están en concordancia con el fin de las normas. Si se intenta desarrollar sobre estas bases una tipología

<sup>10</sup> Para la Argentina y España me remito a las monografías de Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal*, Bs. As., 1965, y Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966.

<sup>11</sup> En mi libro sobre *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, he intentado hacer esto de un modo que también alcance lo particular. Aquí sólo pueden tratarse algunas líneas fundamentales.

<sup>12</sup> Proyecto gubernamental (29) y Proyecto alternativo (27). En referencia a la reforma penal alemana ver, Jiménez de Asúa, *Proyecto de reforma del Código Penal alemán*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, ps. 133 y ss.

de la autoría, se tendrán tres figuras fundamentales: la autoría directa; la autoría mediata y la coautoría:

1) La *autoría directa* es la menos problemática: autor directo es quien ejecuta por sí mismo la acción típica. Esto corresponde a la teoría formal-objetiva, cuyo acierto en este punto ya se ha expresado más arriba. Pero dado que la jurisprudencia alemana ha negado esta norma fundamental a través de la teoría subjetiva, ambos proyectos de Código Penal para Alemania han coincidido en forma expresa y clara afirmando: "Será penado como autor quien... cometa el hecho por sí mismo". Yo he designado esta forma de autoría con la expresión "dominio de la acción", pues es la cualidad propia de la acción lo que determina al ejecutor como autor.

2) La *autoría mediata* se caracteriza como "dominio de la voluntad": alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como "herramienta" en manos de éste. Si se mira más de cerca los hechos de la vida que se toman en consideración quedará demostrado que sólo existen tres formas estructuralmente fundamentales de realización de un tipo mediante otra persona que actúa como instrumento.

a) Es posible utilizar en la ejecución del plan delictivo un hombre que obra por *error*, que no "ve" los hechos y, por lo tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde atrás los hechos. Cuando yo, como ladrón, le pido a un tercero que me alcance una cartera, y éste cumple el pedido por caballerosidad, sin sospechar que en realidad lo que hace es sustraer una cosa ajena, soy yo quien ha realizado el tipo de hurto, mientras que quien realizó la acción directamente sólo ha sido una herramienta ciega del plan que tuve en vista. Este "dominio de la voluntad" puede crearse de muy diversas maneras: disimulando al ejecutor directo circunstancias de hecho, según las cuales a él le ampararía una causa de justificación o de inculpabilidad, que sugerirían la autorización legal de una conducta que en realidad sigue siendo prohibida; o sencillamente dando al suceso un sentido distinto (por ejemplo, mediante la sustitución de uno por otro completamente ajeno a la víctima del hecho)<sup>13</sup>. En todos estos supuestos es el que maneja desde

<sup>13</sup> Sobre el análisis de un nuevo grupo de casos, ver, en particular, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ps. 120 a 232.

atrás el que decide sobre la estructura del hecho y por ello el hecho puede reputarse como *suyo*.

b) La segunda posibilidad de una realización mediata del tipo reside en el *uso de la fuerza*. Quiero coaccionar a otro, mediante la amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida, a la realización de un hecho punible; éste se convierte en ejecutor aunque desconecto su voluntad responsable de autor inmediato. Aquí encontramos un caso de "dominio de la voluntad mediante coacción" que debe pensarse como autoría.

c) Finalmente creo posible indicar una tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos como "dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado". Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada. Puede tratarse de una banda de *gangsters*, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (como por ejemplo el régimen de Hitler). Quien actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiablemente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser detenida, como en caso de un hecho individual, mediante oposición o resistencia. Dado, entonces, que el dador de la orden reemplazaría al ejecutor inmediatamente, mantendrá en sus manos la realización del hecho. Por regla él no sabrá quien actuará en el caso concreto como "órgano" ejecutivo.

Estas tres formas fundamentales de autoría mediata agotan, si mi posición es correcta, las posibilidades estructurales de comisión de un hecho de un modo que no es el de propia mano. La libre decisión de voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta al que permanece detrás de la realización el tipo, sólo puede ser dejada de lado por el engaño, la coacción o la fungibilidad del ejecutor.

Otras formas de autoría mediata, como p.e. el uso de niños en la comisión del delito, sólo constituyen variaciones de los tipos fundamentales ya presentados: al niño tanto le falta el conocimiento del significado del hecho (por lo que se presenta un caso de error), como le resulta irresistible el impulso proveniente de que obra detrás de él (con lo que aparece la correspondencia con los casos de coacción). Lo mismo puede decirse de los enfermos mentales utilizados como herramienta para la ejecución. De todos modos aparecen también distintas formas de dominio de la voluntad: cuando un jefe de Estado comete acciones delictivas, a menudo no se contenta con poner en movimiento su aparato de

poder mediante la emisión de una orden, sino que puede coaccionar con amenazas adicionales en el caso concreto y él mismo proporcionar los medios del engaño, al hacer reflejar en su propio modo de comportarse la juricidad. Por lo tanto, las tres formas de dominio de la voluntad permanecen en el mismo contexto.

El fundamento jurídico para la condena como autor reside, según mi opinión, en todos los casos de dominio de la voluntad en la descripción típica misma. Para decirlo drásticamente: *Hitler* ha "matado", en sentido jurídico penal (y no solo en este sentido) millones de hombres al poner en marcha su maquinaria asesina contra los judíos, impulsándola hasta una horrible "disolución final". Y quien mediante una pistola coacciona a alguien para que realice un documento falso, comete de una parte una auténtica "falsificación de documento" (§ 267, St GB). Quien utiliza a un niño pequeño como "herramienta" para un hurto, hurta él mismo (§ 242, St GB). Brevemente, no nos alejaremos del punto de partida del Estado de derecho en la teoría del autor si admitimos los casos que hemos presentado, como realización del tipo. Enrique Gimbernat, mi honorable colega de Madrid, ha presentado en su artículo aparecido en Alemania<sup>14</sup> algunas objeciones "desde el punto de vista del Estado de derecho", respecto del reconocimiento de la autoría mediata<sup>15</sup> Gimbernat no cuestiona que los casos referidos deban ser equiparados a la autoría directa, pero presenta su duda de que esta equivalencia puede conciliarse con el texto de los tipos penales en que se recorta la comisión de un hecho. Es preciso que tomemos seriamente en cuenta estas objeciones. De cualquier modo a mí no me parece un problema tan acuciante como en el caso de las omisiones impropias, que no están regladas en la ley y a las que también se refiere Gimbernat<sup>16</sup>.

En efecto, la omisión es fundamentalmente impune y sólo puede ser equiparada a la acción positiva, mediante la ayuda del elemento de "posición de garante". La autoría mediata, al contrario, como ya he intentado demostrar, tiene bajo el aspecto valorativo que es aquí legalmente decisivo, la misma estructura óptica que la autoría inmediata ("dominio de ejecución del hecho"). Fuera de esto, en la estratificación de autoría y participación no se trata de impunidad o punibilidad sino de un modo

<sup>14</sup> *Gedanken Zum Täterbegriff und Zur Teilnahmelehre*, en "ZStW", 80, 1968, ps. 915 a 943.

<sup>15</sup> Lugar cit., ps. 934 y 938.

<sup>16</sup> Lugar cit., ps. 934 y ss.

de conducta de diverso contenido de injusto punible referida al mismo tipo<sup>17</sup>. Como es fácil comprender a través de lo que además demuestran las reglas legales de las circunstancias atenuantes y agravantes de lo injusto (como, p.e., la delimitación de acciones preparatorias y tentativa), en este punto no es el caso de poner exigencias de determinación tan vigorosas. De todos modos me parece claro que la teoría subjetiva que se contenta sólo con la "voluntad de autor" que pudiera tener una participación marginal para la afirmación de la autoría, no es conciliable con el principio *nulla poena sine lege*. En efecto, la ley no permite el reemplazo de la existencia objetiva del hecho típico por una manifestación del ánimo. La teoría del dominio del hecho no está expuesta a esta crítica. Sin embargo, de cualquier forma es alentador que todos los proyectos alemanes contengan coincidentemente la norma según la cual: "como autor se castigará a quien cometa el hecho... mediante otra persona" (§ 29, 1, del proyecto gubernamental; § 27 1, del Proyecto Alternativo). Sobre la base del art. 14, 3, del Código español, y el art. 45 del argentino es posible llegar a idénticos resultados.

3) La tercera forma de dominio del hecho corresponde a la coautoría, que yo he designado como "autoría funcional"<sup>18</sup>: en este caso varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo: en el robo de una caja de ahorro uno de los dos autores amenaza, p.e., a la víctima con su revólver, mientras que el otro se apodera del dinero; en una violación uno sostiene a la mujer por la fuerza, mientras el otro accede a ella. El dominio de cada partícipe aquí no se apoya en la ejecución de propia mano, pues la amenaza, el apoderamiento, el ejercicio de la violencia, la ejecución del acceso carnal, no realizan por sí solos el tipo<sup>19</sup>; ni tampoco por una superioridad voluntaria en el sentido de la autoría mediata, sino en la división del trabajo, sin la cual la realización del tipo elegido sería irreali-

<sup>17</sup> Ver, Gimbernat, lugar cit., p. 937.

<sup>18</sup> Ver, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ps. 275 a 305; la expresión "dominio funcional del hecho" es utilizada ahora también por Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1969, p. 435.

<sup>19</sup> Gimbernat, lugar cit., ps. 915 y 916, opina que, en tales casos, quien ejecuta la acción de sustracción o impúdica realiza, sin embargo, el tipo de "propia mano". Frente a ello es posible oponer que la sustracción como tal sólo da lugar a un hurto y el ejercicio de impudicias no fundamenta en general una acción punible. Amenaza y fuerza son inseparables de la acción típica.



zable. Este es un tercer tipo independiente del ejercicio del dominio: cada uno lo tiene en sus manos a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque si rehusara su propia colaboración haría fracasar el hecho.

Estas formas de manifestación del dominio puede encontrarse sin esfuerzos y sin recurrir a las descripciones legales, si, como se propuso más arriba, se modelan analizando y describiendo las formas posibles de correalización humana. Pero, es de hacer notar que también en el derecho positivo, donde a menudo se ha cuidado reprimir las experiencias de un siglo de antigüedad, no se pronuncia en contra de estas conclusiones. Así, por ejemplo, en el art. 14, 3, del Código Penal especial se señala como autor "al que hubiera colaborado en la ejecución del hecho con una acción sin la que, el mismo, no se hubiera realizado"; una norma de la misma estructura presenta el art. 45 del Código Penal argentino. En ambos ordenamientos jurídicos, es controvertida la significación que debe darse a este precepto<sup>20</sup>. Según mi parecer el legislador no ha pensado en otra cosa que en el discutido dominio funcional del hecho: pues cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo. Naturalmente todavía no se ha respondido a qué clase de aporte al hecho se refiere la ley, al significar que sin él el delito no se hubiera realizado. Con razón piensa Gimbernat<sup>21</sup> que no correspondería preguntarse si una acción coeje cutiva sería absolutamente necesaria "o no", pues ello obligaría a comprobar casos causales hipotéticos, cuya afirmación es inaccesible a la investigación judicial. Para Gimbernat es suficiente que "alguien colabore en el delito con un aporte difícilmente reemplazable", y que su acción "tenga el significado de remoción de un obstáculo será para la producción del resultado típico". Estos conceptos son coincidentes con mi propia doctrina, según la cual, "alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito"<sup>22</sup>.

Esencialmente más difícil es responder en el caso de la autoría mediata que en la inmediata, si y en qué medida puede serle imputada como su propia obra la total realización del tipo en el caso de distintos aportes al hecho que engarzan unos en otros; pues esto es, como ya se vio al comienzo, un principio fundamental de la participación relativa al Estado de derecho. Por cierto

<sup>20</sup> Ver, Gimbernat, lugar cit., ps. 920 a 934; *Autor y cómplice*, ps. 157 a 204.

<sup>21</sup> Lugar cit., ps. 930 y 931.

<sup>22</sup> *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 284.

que el Código Penal argentino y el español remiten todos estos casos a la pena para el autor. Pero no por eso se excluye necesariamente, que podría tratarse, en los casos en que faltara la adecuación típica, de una forma calificada de complicidad, equiparada a la autoría, de la misma manera que la instigación en el caso de los derechos vigentes alemán (S48), español (art. 14, 2) y argentino (art. 45, segundo párrafo). En estas últimas hipótesis se trata de equiparación de hechos que realmente no son típico con los casos de autoría desde el punto de vista de la pena únicamente. En la ciencia penal alemana del siglo XIX se habló de "cómplices principales" para referirse a los que hubieran prestado al hecho una *colaboración* necesaria; el Código Penal alemán vigente ubica la coautoría bajo el rubro "participación" en el § 47; y el nuevo Código Penal de la República Democrática Alemana señala la coautoría como una forma de participación (§ 22, 2, n° 2). Por el contrario los proyectos de Código Penal de la República Federal entienden la coautoría como una forma de autoría (§ 29, 2ª parte del proyecto gubernamental de 1962; § 27, 2ª parte, del Proyecto alternativo).

Yo creo necesario hacer algunas distinciones: quien, en el sentido de los casos presentados más arriba, ejerce una "función esencial", quien presta "un aporte al hecho difícil de reemplazar", será solo —pero también— un auténtico autor, con la consecuencia de que puede serle atribuida la totalidad de la realización del tipo, si él ha desempeñado, en la ejecución misma este papel decisivo. En estos casos, en efecto, el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo. De todas formas es preciso una clasificación legal expresa, para que una participación tal pueda llegar a ser autoría, pues los tipos se refieren directamente al autor individual, por lo que, para una subsunción como ésta de la coautoría, se requiere un precepto expreso en la ley<sup>23</sup>; esta equiparación, sin embargo, corresponde a la esencia de la cosa, pues el criterio material decisivo de la autoría, a saber el dominio sobre la realización del tipo, también se cumple aquí<sup>24</sup>.

Al contrario, quien no aporta una contribución tan importante en el estado de la preparación, será siempre cómplice: él

<sup>23</sup> En ello está en todo caso de acuerdo Gimbernat, lugar cit., ps. 915 y 916.

<sup>24</sup> Aquí presumiblemente es de otra opinión Gimbernat, lugar cit., ps. 916 y 933, donde dice: "Por supuesto el coautor ejecutante tampoco domina el suceso por lo menos no lo domina con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato". De cualquier manera es de hacer notar que Gimbernat no rechaza completamente un dominio del hecho.

no puede tener dominio sobre la acción típica, pues no está en su realización; la ejecución misma elimina su dominio, porque el hecho ya ha salido de sus manos previamente. Por ello me parece equivocado pretender, en el caso de realización conjunta por varias personas, que quienes no ejecutan personalmente la acción típica siempre deberán calificarse como cómplices y nunca como autores. Igualmente es defectuoso, sin embargo, considerar coautor a quien ha prestado un aporte importante al hecho, solo por este hecho, como hacen en Alemania muchos partidarios de la teoría del dominio del hecho. Por el contrario lo importante es saber si correalización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Solo en el último caso puede existir una coautoría<sup>25</sup>, que según § 47, St. GB, ocasiona una pena como la del autor, mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice<sup>26</sup>. Para mi satisfacción esta concepción, que anteriormente hubo representado Gallas<sup>27</sup>, ha merecido ahora la adhesión de Jescheck<sup>28</sup>, en quien los presupuestos de la coautoría se firman de esta manera: "todo aporte al hecho tiene que ser un segmento de la ejecución del hecho. Una colaboración en la preparación y planeación del hecho no es suficiente, pues con ello todavía no ha sido aceptada una parte del dominio hecho". Si se interpreta el concepto de dominio funcional del hecho en este sentido y se limita el ámbito de aplicación del § 47, St GB, a la constelación descrita, los casos de coautoría serán auténticos casos de autoría tanto en el derecho vigente como en el futuro<sup>29</sup>.

VI.— Lo fructífero del concepto del dominio del hecho como criterio material de la realización típica en calidad de autor, puede considerarse de acuerdo con todo esto como asegurado. Con ello no se quiere decir que el dominio del hecho es un elemento

<sup>25</sup> Ver, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ps. 292 y ss.

<sup>26</sup> En este punto, completamente de acuerdo respecto del derecho alemán, Gimbernat, lugar cit., ps. 931 y 932, con respecto al problema de en qué medida también el derecho español, el argentino podrían interpretarse en este sentido, no me arriesgo a emitir opinión. Si no se cree posible esto, será preciso partir de que el art. 14, n° 3, del Código Penal español (y el correspondiente art. 45 del argentino), contiene en forma conjunta casos de autoría en sentido estricto y casos de participación, que sólo están equiparados a la autoría en la escala penal.

<sup>27</sup> Ver ahora, *Beitrage Zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 104.

<sup>28</sup> *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1969, p. 453.

<sup>29</sup> Que naturalmente la descripción del hecho en particular está subordinada a una prescripción adicional en tanto requiere un motivo de extensión de la pena, ya fue dicho.

excepcionalmente válido para la delimitación de autoría y participación. Puesto que dado que la autoría tiene que orientarse a la realización del tipo, tienen también validez otros puntos de vista en tanto el legislador incluya en la definición del delito elementos objetivos de la autoría que se dan sin requerir una influencia exterior tan intensa en el transcurso del suceso. Esto es lo que ocurre en especial en los delitos que designado como "delitos de infracción de deber", en los que la autoría depende de la lesión de un deber especial extrapenal<sup>30</sup>. El ejemplo principal en este sector resultan los delitos de funcionarios (§ 331, St GB), en los que la posición de obligado por un deber oficial, es fundamento de la punibilidad o por lo menos de su elevación. Autor de una exacción ilegal (§ 353, St GB)<sup>31</sup> sólo puede serlo quien siendo funcionario tiene el deber de percibir impuestos o tasas. La lesión de este deber, por sí solas fundamenta la autoría. También en el caso de un funcionario que impulsa a un no funcionario (por lo tanto un *extraneus*) no doloso, será siempre autor, mientras que el no funcionario sólo será cómplice, aunque sea este último quien tiene en la ejecución el dominio del hecho. Según esto, se soluciona el problema de la "herramienta dolosa no calificada" que la doctrina dominante en Alemania ha tratado en vano de resolver con ayuda de la teoría del dominio del hecho. El que permanece detrás en tales casos, será autor en razón de su posición frente al deber que le incumbe, mientras que el ejecutor inmediato, a pesar de su dominio del hecho, sólo es cómplice pues a él no le corresponde el criterio válido de los delitos de infracción de deber. También para los delitos de funcionarios en los códigos español y argentino, rigen los mismos criterios, según mi parecer<sup>32</sup>. El criterio del deber reemplaza al elemento del dominio del hecho, pero ello no sólo ocurre en los delitos de funcionario; por lo menos en el derecho vigente alemán existen numerosos casos que registran una estructura similar como la administración fraudulenta (§ 266, St GB, lesión de un deber de cuidado sobre un patrimonio); la fuga del lugar del accidente (§ 142, St GB, lesión del deber del que ha participado en el accidente esperar o permanecer en el lugar del hecho), o la violación por el médico del deber de secreto profesional (§ 300, St GB, lesión de un deber de silencio médico); también caen bajo esta categoría todos los delitos de omisión (lesión de un deber legal

<sup>30</sup> Ver, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ps. 352 y ss., 458 y ss.

<sup>31</sup> Respectivamente arts. 402 y 266 de los códigos español y argentino.

<sup>32</sup> Ver, también, Gimbernat, lugar cit., ps. 942 y 943.

de impedir un resultado). De esta forma, al lado de los delitos de dominio, aparecen igualmente justificádos los delitos de infracción de deber. En ellos rigen otras reglas, pero sólo en razón de que el tipo de estos delitos presenta una estructura divergente. El punto de vista metodológico de nuestra exposición se comprueba también en estos delitos de infracción de deber.

VII. — Aquí termina mi modesto trabajo. He intentado tratar algunos problemas desde el punto de vista de un profesor de derecho penal alemán que no carecen de significación para los el derecho de los países de habla hispana. Nadie ha brindado tanto para el trabajo científico internacional conjunto en el ámbito del derecho penal, que Luis Jiménez de Asúa, que ahora cumple ochenta años. En su honor y con cordiales deseos de felicidad ofrezco este pequeño ensayo.

## EL NACIMIENTO DEL MODERNO CONCEPTO DEL DERECHO\*

por HANS WELZEL

Profesor ordinario de la Universidad de Bonn

Paul Hazard, el historiador de la literatura francesa, ha señalado en su libro *La crise de la conscience européenne*<sup>1</sup>, que casi todas las ideas que fueran revolucionarias en 1760 y que todavía lo eran en 1789 —la idea del derecho a la conciencia personal, a la crítica y de los derechos del hombre y del ciudadano—, habían sido expresadas ya 100 años antes; en el fructífero período que va de 1680 a 1715 se habrían dado ya los fundamentos de un nuevo mundo, de cuyos restos todavía vivimos hoy. Yo deseo utilizar la ocasión del cumpleaños de Jiménez de Asúa para demostrar la verdad de esta afirmación en relación con el desarrollo del concepto actual del derecho.

Para ello tendremos que partir de la teoría del derecho natural de Samuel Pufendorf<sup>2</sup>. La obra principal de Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, libri octo, apareció en 1672; su segunda edición corregida y aumentada se publicó en 1684, y en ella se apoyaron las nuevas ediciones posteriores (de los siglos 17 y 18). En 1673 agregó un corto apéndice titulado *De officio hominis et civis*, que fue más difundido aún que la obra anterior. Al principio de su obra principal sostiene Pufendorf que el concepto "derecho" es ambiguo (*vieldetig*)<sup>3</sup>. Para explicar esto ocu-

\* Traducción al castellano por Enrique Bacigalupo.

<sup>1</sup> T. 1 (1939), p. 24.

<sup>2</sup> Su influencia fue todavía mayor: en 1754 el emperador alemán Francisco I, dispuso que el sucesor del trono José (más tarde emperador José II) fuera instruido en sus clases sobre la base del *Officio hominis et civis* de Pufendorf. Ver Conrad, *Derecho y Constitución del reino en los tiempos de María Teresa*, 1964, ps. 17, 62, 60. Ver, sobre Pufendorf, ahora también J. Brufan Prats, *La actitud metódica de Pufendorf*, Madrid, 1968.

<sup>3</sup> *Juris vocabulum valde est ambiguum*, d, j, n, e, g, 1, I, 20.

