

LA POLÉMICA EN TORNO AL CONCEPTO FINALISTA DEL AUTOR EN LA
CIENCIA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOLA

José Cerezo Mir

ADPCP, T. XXVIII, Fasc. I, Enero-Abril 1975, pp. 41-56

<http://www.cienciaspenales.net>

La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*

Dr. JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Es para mí motivo de especial satisfacción y al mismo tiempo un alto honor poder contribuir, aunque sea modestamente, al Libro Homenaje a mi admirado maestro el Profesor Hans Welzel, cuyas enseñanzas tuve la suerte de recibir durante varios años en la Universidad de Bonn. La influencia del pensamiento de Welzel en la Ciencia penal española ha sido grande. En mi conferencia, "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española" (1), tuve ocasión de analizarla ampliamente. Quisiera ahora completar aquél trabajo con una exposición de la polémica en torno al concepto finalista de autor en nuestro país, que no pude realizar entonces por falta de tiempo.

I. REGULACION DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Para comprender el alcance y los términos de la polémica es preciso tener en cuenta la peculiar regulación de la autoría y la participación en el Código penal español. Después de la declaración contenida en el artículo 12: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores", en el artículo 14 se dispone: "Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". La complicidad está regulada en el artículo 16, según el cual: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos."

* Este trabajo ha sido publicado en el *Libro Homenaje al profesor Welzel* con motivo de sus 70 cumpleaños. Festschrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter. Berlin-Nueva York, 1974, págs. 635 y sigs.

(1) Publicada en la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1972, tomo 84, fascículo 4, págs. 1033 y sigs., y en "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, mayo-agosto 1972, págs. 217 y sigs.

Esta regulación tiene su origen en el Código penal de 1848, que es esencialmente el vigente, pues en él sólo se han llevado a cabo desde entonces reformas parciales, que no han afectado a estos preceptos. Nuestro legislador histórico se inspiró al formular el concepto de autor del artículo 14 en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron una gran difusión en toda Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX: en la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*) (2); y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Con arreglo a esta última doctrina, el cómplice principal, es decir, aquél que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado con una pena inferior (3). Así vemos que Pacheco, siguiendo a Rossi, distinguía el concepto de codelincuencia o participación principal, donde incluía al autor directo, el inductor y el cooperador necesario, del de participación secundaria o complicidad (4). En el Código bávaro de 1813, citado textualmente por Rossi (5), se dispone en el artículo 45 (5ª): “No solo I El que comete el delito por medio de su fuerza corporal y sus actos, sino también II El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la

(2) Véase v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Neudruck, “Scientia Verlag Aalen”, 1971, I, pág. 97 y 2, págs. 442 y sigs.; PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, Volume Primo, Napoli, 1882, págs. 270 y sigs., y FRIEDRICH CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, págs. 17 y sigs., y 27 y siguientes.

(3) Véase, HIPPEL, *lug. cit.*; PESSINA, *lug. cit.*, y ROXIN, *Täterschaft und Täterschaft*, 2.ª ed., Hamburgo, 1967, págs. 38 y sigs.

(4) Véase PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid, 1887, páginas 214 y sigs., y ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Cayetano Cortés, II, 1839, págs 162-4 y 175 y sigs. Feuerbach distinguía entre Urheber (que comprendía el autor directo, el inductor y el cómplice principal) y el cómplice; véase ROXIN, *ob. cit.*, pág. 38 y v. HIPPEL, *lug. cit.*, págs. 444 y sigs. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, reimpresión Verlag Detlev Auverman, KG, Glashütten im Taunus, 1970, págs. 26 y sigs., y 74, llamaba Mit-Urheber (coautores) al autor directo, el inductor y el cómplice principal, que distinguía de los cómplices. Véase, todavía, la influencia de esta concepción en GROIZARD, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, I, Burgos, 1870, págs. 521 y 532 y sigs., y en SILVELA, *Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, I, 1874, págs. 228-237 y II, 1879, págs. 282-290.

(5) Véase ROSSI, *ob. cit.*, págs. 155-6.

(5a) “Nicht bloss I. Derjenige, welcher das Verbrechen durch eigene Körperliche Kraft und Tat unmittelbar bewirkt, sondern auch II. Wer den Vollbringer vor oder bei der Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, solche Hilfe geleistet hat, ohne welche diesem die Tat nicht möglich gewesen wäre; endlich III. alle Diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen haben, sollen als *Urheber* desselben bestraft werden.”

cual a éste no le hubiera sido posible realizar el hecho; por último III todos aquellos, que con intención antijurídica han movido a otros a la comisión y ejecución del delito, deben ser castigados como *autores* (Urheber) del mismo". Nuestro legislador formuló en el artículo 14 un concepto jurídico de autor y usó la expresión: "Se consideran autores" para subrayar la disconformidad entre el concepto legal y el vulgar (6) (7).

Sin atender al origen histórico del precepto, que estaba completamente olvidado y sin necesidad de recurrir, pues, expresamente a una interpretación objetiva, los penalistas españoles consideran hoy, sin excepción, que en el artículo 14 no se ha querido formular un concepto, jurídico, de autor, sino sólo indicar a quienes se castiga como autores, es decir, a quienes se considera autores a efectos de aplicación de la pena. Es, pues, tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, determinar quienes son realmente autores, entre los codelincuentes mencionados en los tres números del artículo 14. La mayor parte de nuestros penalistas estiman que sólo son autores los comprendidos en el número 1.º del artículo 14. (Los que toman parte directa en la ejecución del hecho), precepto que interpretan en el sentido de la teoría objetivo-formal. Toma parte directa en la ejecución del hecho el que realiza un acto ejecutivo, es decir, un elemento del tipo delictivo correspondiente (8). Discrepan de este criterio Rodríguez Mourullo y Gimbernat. Según estos penalistas, el número 1.º del artículo 14 representa ya una causa de extensión de la pena. El concepto de autor debe deducirse directamente de los tipos de la Parte Especial. Según Rodríguez Mourullo, de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza de un modo inmediato o mediato, con su conducta, *todos* los elemen-

(6) Dice Pacheco, al comentar la expresión "se consideran autores", con que empezaba el art. 12 (hoy 14): "No sin motivo se ha empleado esa expresión extraña que señalamos en este instante. La ley la ha creído sin duda más exacta y más propia y nosotros somos igualmente de su parecer. Cuando la definición legal va a separarse de la común cuando un término importantísimo, capital, va a tomarse por aquélla en un sentido diverso que el que natural y ordinariamente le corresponde; cuando se va a consagrar un sentido extensivo, que no es la acepción en que todos empleamos la palabra: juzgamos bien hecho, bien concebido el escrúpulo y el sistema de la ley. Mejor es en tales casos decir "se considera", fórmula por la cual se reconoce algo convencional o facticio, que decir "son", fórmula que lleva pretensiones de rigor y de exactitud. La ley, en semejantes casos, no es sólo declaratoria, es creadora también"; véase PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, quinta edición, 1881, I, págs. 258-9.

(7) Al esclarecimiento del origen histórico del art. 14 de nuestro Código penal han contribuido también los participantes en el Seminario sobre Autoría y participación, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en el curso 1972-73, especialmente el estudiante señor Romeo Casabona y el profesor ayudante, señorita García de la Torre.

(8) Véase, en este sentido, por ejemplo, CUELLO-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte general, Vol. II, 16 ed., 1971, pág. 628; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, págs. 245-6, y FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomo II, Murcia, 1947, págs. 43-4.

tos del tipo. En el número 1.º del artículo 14 se extiende la pena de los autores a los que realizan sólo uno o parte de los elementos del tipo (9). Gimbernat considera que de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza directa o mediatamente todo o algún elemento del tipo y el número 1.º del artículo 14 extiende la pena de los autores a los que realizan actos de carácter ejecutivo que no representan aún un comienzo de realización de la acción típica (10). Con arreglo a la opinión de estos penalistas es posible, pues, castigar como autores, con base en los tipos de la Parte Especial y en el artículo 49 (“A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la Ley”) a personas no comprendidas en el artículo 14 (11). Creo que no es posible, en nuestro Código, castigar como autores a codeincentes no incluidos en alguna de las categorías del artículo 14; aún dentro del marco de una interpretación objetiva, que prescindiera de la voluntad del legislador histórico (que fue la de formular un concepto jurídico de autor). En el artículo 12 se declara que, “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los

(9) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, Ariel, 1972, I, pág. 802, y ya antes en *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pág. 287.

(10) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, páginas 218 y sigs., y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*; Z. Str. W., 1968 t. LXXX, fasc. 4, págs. 920-1 y 932. No me parece correcta la distinción que hace GIMBERNAT (*Autor y cómplice*, págs. 103 y sigs.), siguiendo a ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 302 y sigs.) entre acto ejecutivo y realización parcial de la acción típica. Para la existencia de la tentativa se exige en el art. 3.º del Código penal español (y en el art. 43 del Código penal alemán) un principio de ejecución del delito, es decir, un principio de ejecución de la acción descrita en el tipo. El problema de la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos es, pues, el problema de la delimitación de la acción típica (véase el extracto de mi tesis doctoral *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, publicado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, págs. 17 y sigs.). Por esta misma razón, es incorrecto el criterio de distinción propuesto por Welzel, según el cual, el principio de ejecución concurre cuando el autor, conforme a su plan, se dispone a realizar inmediatamente la acción típica (véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 190 y sigs.; este criterio ha encontrado acogida en la definición de la tentativa del art. 22 de la nueva Parte General del Código penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969). No así, en cambio, el criterio de Frank, que invocan también Roxin y Gimbernat, pues para Frank habrá que considerar ejecutivos, aquellos actos que, dada su íntima conexión con la acción típica, aparezcan, según la concepción natural, como *partes integrantes*. El apuntar el arma y el apretar el gatillo aparecen, según una concepción natural, como partes integrantes de la acción de matar, descrita en el tipo (véase FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed., 1931, pág. 87).

(11) En este sentido también Rodríguez Devesa, que al tratar de la autoría mediata dice: “ciertamente que con la limitación de la accesoriadad se pueden construir muchos de estos supuestos a base de la inducción o del auxilio necesario, pero no todos...” y “la equiparación de la autoría mediata a la genuina autoría se deduce de una interpretación de los tipos penales correspondientes”. Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 644-5.

encubridores", y en el artículo 14 se precisa que se consideran autores a los directos, a los que fuerzan o inducen a otros a ejecutar el delito y a los cooperadores necesarios. No es posible, pues, considerar autores, castigar como autores, a codelincuentes no incluidos en el artículo 14. El artículo 49 es un precepto de referencia contenido entre las reglas de aplicación de las penas y conectado a los artículos 12 y 14 (12). Es cierto que de este modo se derivan lagunas en la punición de la autoría mediata, como han señalado Rodríguez Mourullo y Rodríguez Devesa (13), pues algunos supuestos (cuando la acción del instrumento no es típica o antijurídica) no pueden ser incluidos de ningún modo en los números 2.º y 3.º del artículo 14 (es decir, castigarlos con inducción o cooperación necesaria), a pesar de regir en nuestro Código (para la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad), según la opinión dominante, el criterio de la accesoriedad limitada (14). Estas lagunas tienen que ser colmadas, sin embargo, por el legislador.

Entre la doctrina y la jurisprudencia españolas existe, en cuanto al concepto de autor, un considerable y progresivo divorcio. El Tribunal Supremo, aunque ha seguido en numerosas sentencias el criterio de considerar autores, conforme a la opinión dominante en la doctrina, a los delincuentes comprendidos en el número 1.º del artículo 14, se inclina cada vez con mayor frecuencia por la teoría del acuerdo previo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por el Tribunal Supremo, cuando varios delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un hecho delictivo, todos ellos responden en virtud de este acuerdo, como autores, cualquiera que sea su forma de contribución a la realización del hecho. El Tribunal Supremo castiga a todos como autores, con frecuencia como autores directos, aunque no hubieran realizado actos ejecutivos (núm. 1.º del art. 14), otras como inductores, por inducción recíproca (núm. 2.º del art. 14) y otras como cooperadores necesarios (núm. 3.º del art. 14), por estimar que si hubo acuerdo previo la cooperación es necesaria (15).

(12) El art. 49 está situado en la Sección 1.ª, que lleva por epígrafe "Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones", del Capítulo IV, "De la aplicación de las penas", del Título III, "De las penas" y los arts. 12 y 14 están situados en el Capítulo Primero del Título II, que trata "de las personas responsables de los delitos y faltas".

(13) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 803 y sigs., y especialmente págs. 805 y siguientes, y ya antes, en *El autor mediato en Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 465 y sigs., y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 644-5.

(14) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte General, vol. 2.º, 16 ed., 1971, págs. 628; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1949, págs. 422-3; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, II, Madrid, 1949, págs. 279-80 y 294, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 651-2.

(15) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 54 y

II. LA POLEMICA EN TORNO A LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Una de las aportaciones más importantes de Welzel a la moderna teoría del delito es, sin duda, el desarrollo del concepto finalista de autor (16). Según Welzel, "autor es sólo aquél que mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo". "El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer; el partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo" (17). El concepto finalista de autor, que se ha convertido en el dominante en la doctrina alemana (18) ha encontrado también eco en nuestro país. Córdoba Roda, discípulo de Maurach, sustenta en la Ciencia del Derecho penal española el concepto finalista de autor. Autor, para él, es el que tiene el dominio del acto. El concepto de autor está, en función, según Córdoba, del concepto de acción. "Admitida la premisa de que 'autoría es realización del *acto propio*', la solución del problema vendrá dada por el concepto de acción. El entender la acción como causación de un resultado, conducirá a la doctrina extensiva. Por el contrario el concepto finalista a una distinta configuración de la autoría. Si la acción es definida como "comportamiento humano, dominado por la voluntad rectora, orientada a un determinado resultado"... será perfectamente comprensible que se recurra al criterio del "dominio del acto" para circunscribir la esfera de los autores: autor lo es quien ostenta el dominio del acto". "Importa destacar que Maurach y en general la doctrina finalista, no llegan a esta circunscripción de la esfera de la autoría a través de la exégesis de una noción legal... sino en virtud de una averiguación del ámbito del concepto material de autor derivado directamente del de acción —con lo que la exposición se desenvuelve en un plano óptico, prejurídico" (19). Aunque parte de un concepto material de autor, Córdoba considera, como Maurach, que es autor todo el que realiza un elemento del tipo (20). "Bien vale

siguientes, y 57 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, pág. 828 y sigs.

(16) Sobre los antecedentes del concepto del dominio del hecho, antes de la formulación de la teoría por Welzel, véase ROXIN, *ob. cit.*, págs. 60 y siguientes, y GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 124.

(17) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pág. 99.

(18) Véase, a este respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, páginas 68 y sigs., y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.^a edición, 1972, pág. 495.

(19) Véase CÓRDOBA RODA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, II, pág. 310 (nota 3). El concepto finalista de autor ha sido acogido en Argentina por BACIGALUPO, en *La noción de autor en el Código penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 43 y siguientes, y 53 y sigs.

(20) Según Maurach, el que realiza un elemento de tipo tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil 4.^a ed., Verlag C. F. Müller, 1971, pág. 658.

la pena" dice Córdoba, "poner de relieve que el artículo 14, a diferencia de los 16 y 17, en los que se dice '*son cómplices*' y '*son encubridores*', declara que, '*se consideran autores*' a las distintas clases de sujetos incluidas en los tres números del repetido artículo 14. El texto legal español permite, pues, afirmar que no todos los sujetos a que se refiere el artículo 14 *son* autores. De este modo, si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho *son* autores, los que fuerzan o inducen, sólo lo serán cuando la fuerza ó inducción alcance el grado de la autoría mediata. Respecto al número 3 la cuestión es incierta. Si la *necesidad* del acto cooperador de este tercer número es referida a la *ejecución concreta del hecho*... el sujeto de ese acto, en cuanto podrá dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo, será titular del dominio del acto y, por lo tanto, autor. Por el contrario, si el acto cooperador es entendido como condición indispensable para la *causación del resultado criminal*, al atribuirse un carácter de ciega causalidad a la cooperación del número 3 del artículo 14, no podrán calificarse siempre de propios autores a los cooperadores del referido número 3" (21). Según Córdoba Roda, por consiguiente, el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho, es autor, si se refiere la necesidad de su contribución a la realización concreta del hecho. Gimbernat y el Tribunal Supremo español, en varias sentencias, han sustentado la opinión de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho (22).

Esta tesis de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho, no es correcta, sin embargo, como ha puesto de relieve Roxin (23). Se basa en una tergiversación de la teoría del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo. No lo tiene tampoco el cómplice principal. El dominio del hecho lo tiene sólo de un modo aparente el cómplice principal, como señala Roxin. "Una persona que hace posible un hecho", dice Roxin, "que tiene en su mano, en este sentido, su realización, no por ello domina el curso de los acontecimientos" (24). El técnico que construye la máquina infernal para que otro delincuente cometa un atentado, o el que da la moneda al ladrón para que pague la entrada al Museo donde va a sustraer un cuadro, no tiene el dominio del hecho, aunque hagan posible la realización de esos delitos. La rea-

Para Bacigalupo, en cambio, la realización de un elemento del tipo debería ser sólo un indicio del dominio del hecho; véase BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 54-5.

(21) Véase CÓRDOBA RODA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, II, págs. 310-1 (nota 3).

(22) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 122-3, y las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963, 4 de marzo y 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968 y 1 de marzo de 1972.

(23) Véase ROXIN, *ob. cit.*, pág. 301; en el mismo sentido, también, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 877-8.

(24) ROXIN, *ob. cit.*, pág. 301.

lización del hecho delictivo tienen que confiarla necesariamente a otra persona, al terrorista o a ladrón. Estos realizan la acción delictiva solos y libremente. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal —la teoría de la causa necesaria— y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. Dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos o coautores), pero habrá otros que serán meros partícipes.

* * *

Rodríguez Muñoz, que dio a conocer en España la teoría de la acción finalista e hizo de ella un detenido análisis crítico (25), objetó a la misma que conduce a una escisión del concepto de autor en los delitos dolosos y culposos. El concepto de autor en los delitos dolosos está construido sobre la base de la acción finalista, mientras que el de los culposos lo está sobre el dogma causal. “Forzoso es reconocer”, decía Rodríguez Muñoz, “que si bien el concepto finalista (con su secuela de acción culposa no finalista, aunque referida a la finalidad) puede resolver satisfactoriamente el difícil y controvertido problema del concepto de autor en los delitos dolosos, tan sólo es a cambio de resultados a mi entender inaceptables, en lo que respecta a la determinación del mismo concepto en los delitos culposos”. “Aquí adquiere el contorno de la autoría extensión desmesurada, llegándose al resultado paradójico de que en el grupo de los delitos *menos graves* el concepto de autor es notoriamente *más amplio* que el de los delitos de gravedad infinitamente mayor” (26). Según Rodríguez Muñoz, la mayor parte de los tipos de los delitos culposos del Código penal alemán no están construidos con arreglo al dogma causal y no lo están, desde luego, en el Código penal español, aunque a primera vista pudiera pensarse otra cosa, dada su peculiar forma de regulación. En el Código penal español, prescindiendo de algunos delitos culposos regulados en forma concreta y específica (27), la mayor parte de ellos están regulados por medio de las cláusulas generales del artículo 565. El artículo 565 dice, en sus dos primeros párrafos: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado... “El que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito, por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de...”. Rodríguez Muñoz demuestra, con argumentos, a mi juicio, convincentes, que en estos preceptos no se regulan dos

(25) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La acción finalista en Derecho penal*, Jus, marzo-abril, 1944; *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1953, págs. 207 y sigs., *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953, y notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, págs. 202 y sigs.

(26) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, págs. 203-4.

(27) Véase, por ejemplo, el art. 412 (aborto), 395 (malversación), 355 (prevaricación del juez) y 360 (prevaricación del abogado o procurador).

crimen culpae, sino *crimina culposa*. Se trata únicamente de una peculiaridad de técnica legislativa, lógica si se parte del principio, como hace el legislador español, de castigar al lado de todos los delitos dolosos los correspondientes delitos culposos. Si se acepta esta interpretación del artículo 565 que es opinión unánime en la doctrina (28), no es posible considerar, dice Rodríguez Muñoz, que los tipos de los delitos culposos están contruidos en nuestro Código con arreglo al dogma causal. “El artículo 565 nos habla de “el que por imprudencia temeraria *ejecutare un hecho que, si mediante malicia, constituiría delito...*”. Creo que no se puede decir de manera más clara que no es suficiente colocar una *conditio*, que no basta el dogma causal, que es preciso llevar a cabo precisamente la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos” (29). Jiménez de Asúa y Rodríguez Mourullo se han adherido a la crítica de Rodríguez Muñoz (30). “La concepción extensiva de autor que el finalismo propugna para los delitos imprudentes implica”, según Rodríguez Mourullo, una concepción causal de la acción. Se produce así una grave contradicción que compromete la premisa básica del sistema finalista” (31).

La crítica de Rodríguez Muñoz, Jiménez de Asúa y Rodríguez Mourullo podría estar justificada cuando Welzel recurría al criterio de la finalidad *potencial* para la explicación de las acciones culposas. En los delitos culposos existe, decía Welzel, entonces, “una causación que era evitable mediante una actividad finalista”. A la actividad finalista real equiparaba, pues, Welzel entonces, una actividad finalista meramente posible (32). A partir de la publicación

(28) El Tribunal Supremo español, en jurisprudencia constante, considera, en cambio, que en el art. 565 se regulan dos delitos, el de imprudencia temeraria y el de imprudencia simple con infracción de reglamentos. Pues cuando de una misma conducta imprudente, por ejemplo, de imprudencia temeraria, se derivan varios resultados, dos de muerte, uno de lesiones y otro de daños, no aprecia un concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal español), sino un solo delito de imprudencia temeraria, del que se derivaron dos resultados de muerte, uno de lesiones y otro de daños. Véase, por ejemplo, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1927, 14 de diciembre de 1931, 11 de mayo de 1940, 2 de abril de 1952, y 8 de noviembre de 1955. El Tribunal Supremo no concibe, sin embargo, el resultado como condición objetiva de punibilidad. Exige que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del deber objetivo de cuidado. Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., pág. 402.

(29) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, pág. 209.

(30) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, III, 3.ª ed., 1965, páginas 364 y sigs. (aunque en su *Rapport général* al VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, se manifestó en favor de la teoría del dominio del hecho; véase “Autoría y participación, en *El Criminalista*, 2.ª serie, 4.º t., Buenos Aires, 1960, págs. 171, 202 y 242-3), y RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 813-5.

(31) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *lug. cit.*, pág. 813.

(32) Sobre la evolución del concepto de la culpa de Welzel, véase mis artículos *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*,

de su *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (El nuevo sistema del Derecho penal), Welzel abandona la idea de la finalidad potencial y la escisión formal del concepto de la acción. En los delitos culposos el juicio desvalorativo de la antijuricidad recae desde entonces, para Welzel, en una acción finalista *real*. Esta acción es antijurídica si no responde al cuidado objetivamente debido. En el juicio desvalorativo de la antijuricidad se compara la dirección finalista real y la exigida por el Derecho. Autor del delito culposo es todo aquel que al realizar una actividad finalista no observa el cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. Si Welzel dice que "autor de un delito culposo es todo el que, a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico causa en forma no dolosa un resultado típico" (33), es porque está pensando en los delitos culposos de resultado, pues son los más importantes. Los delitos culposos pueden ser de resultado, pero pueden ser también delitos de simple actividad (falso testimonio, acusación o denuncia falsa, etc.). En ellos autor puede serlo sólo el que realiza voluntariamente la acción descrita en el tipo (presta testimonio, acusa o denuncia, etc.), pero ignora una determinada cualidad de la acción o del abyecto de la misma (34). Si en un tipo de delito culposo se describe no sólo la causación de un resultado, sino su causación mediante una determinada acción, autor puede serlo sólo el que realiza la acción descrita en el tipo. Por ejemplo, en el artículo 412 del Código penal español se castiga "el aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo". El concepto de autor de los delitos culposos que formula Welzel no es, pues, un concepto extensivo, ni se basa en un concepto causal de la acción.

Es preciso subrayar, además, frente a la tesis de Córdoba y Maurach (35), que el concepto de autor no se deriva directamente del

Z. Str. W., t. 71, 1959, págs. 136 y sigs. (publicado también en castellano en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1959, fasc. 3.º, págs. 561 y sigs.), y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., t. LXXXIV, 1972, fasc. 4, págs. 1040 y sigs. (publicado también en castellano en *Nuevo pensamiento penal*, año 1, número 2, págs. 217 y sigs.).

(33) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 99.

(34) Sobre los delitos culposos de acción, véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 6.ª ed., 1958, págs. 117-8. En las ediciones posteriores de su *Lehrbuch*, Welzel ha suprimido el capítulo especialmente dedicado a los delitos culposos de acción, dada su menor importancia en relación con los delitos culposos de resultado.

(35) Véase CÓRDOBA RODA, *lug. cit.*, en la nota 17, y MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1971, págs. 619 y sigs. Stratenwerth dice: "Partiendo del concepto de la acción finalista es casi natural que se busque en el dominio del hecho la característica de la autoría. Si la acción humana se presenta como un acontecimiento dominado y dirigido por la voluntad de un modo finalista..., la pregunta acerca de *quien* haya realizado la acción (típica) y por consiguiente sea autor remite precisamente a aquél que ha dominado el acontecimiento en virtud de su dirección finalista"; véase STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, 1971, pág. 211.

concepto de acción. La doctrina de la autoría y la participación pertenece a la teoría de lo injusto, según la opinión dominante en la Ciencia penal alemana (36). Welzel dice, por ello: "La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello, los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor, sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos *dolosos* y *culposos* es esencial para la definición del autor" (37). Autor es, por ello, todo el que realiza la acción típica o un elemento del tipo en los delitos dolosos o culposos. En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. En los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción, aunque no tenga el dominio del hecho (39). Como dice Christian Schröder: "La negación de la autoría por la falta de alguna característica ulterior a la tipicidad llevaría prácticamente a una especie de restricción supralegal de la tipicidad. Las disposiciones referentes a la participación se convertirían en causas de restricción del tipo" (39). Roxin considera que el que realiza de propia mano, dolosamente, todos los elementos del tipo tiene el dominio de la acción, que distingue del dominio de la voluntad. Roxin considera, incluso, que tiene el dominio de la acción el que realiza dolosamente, de propia mano, todos los elementos del tipo aunque no actúe libremente. Señala, como ejemplos, los casos en que el sujeto actúa bajo coacción, o impulsado por un estado de necesidad provocado por otro, o es un enajenado, un menor, o es víctima de un error de prohibición (40). La distinción que hace Roxin entre dominio de la acción y dominio de la voluntad es, a mi juicio, artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción.

El que tenga el dominio del hecho será autor, aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se

(36) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edición, 1967, págs. 327 y sigs., y 615 y sigs.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 98 y sigs.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., págs. 617 y sigs., y STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, págs. 231 y sigs.

(37) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 98.

(38) Véase, en este sentido, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, 14 ed., págs. 267 y sigs., y 271; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil*, Juristenzeitung, 1963, págs. 333 y 337-338, y FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter*, págs. 39 y sigs., 68 y sigs., y 191 y sigs.

(39) Véase FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pág. 191.

(40) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 127 y sigs., y 131 y sigs.

inspira en una concepción personal de lo injusto. Este es el caso en el Código penal alemán y en el Código penal español en que se castiga la tentativa de delito (incluso la inidonea) y es preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto (41). El que tiene el dominio del hecho aparece entonces como el centro personal de lo injusto. Si el Código se inspira, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. No podría hablarse entonces de un centro personal de lo injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuricidad recaería entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

* * *

Rodríguez Mourullo ha objetado al concepto de autor de los delitos dolosos y culposos elaborado por la doctrina de la acción finalista, que impide apreciar la figura de la autoría mediata culposa en los delitos dolosos y culposos (42). El que con su conducta imprudente da lugar a que otro realice un delito doloso, no es autor mediato, a mi juicio, del delito culposo, sino directo. No puede decirse que use como instrumento al autor del delito doloso. Le faltan los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho (43). Su conducta podrá ser incluida en el tipo del delito culposo, siempre que se trate de un delito culposo de resultado. En el Código penal español el autor estará incluido, en estos casos, en el número 1.º del artículo 14. (Los que toman parte directa en la ejecución del hecho). Si se trata de un delito culposo de resultado en que se describa en el tipo la acción, sólo podrá ser autor el que realice la acción

(41) Véase mis artículos *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto, 1961, páginas 17 y sigs., y 27 y sigs.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, págs. 55 y sigs., y 66 y sigs., y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., t. 84, 1972, fasc. 4, págs. 1034 y sigs., y 1052 y sigs. (publicado también en castellano en "Nuevo Pensamiento Penal", año I, núm. 2, págs. 218 y sigs. 233 y siguientes).

(42) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 813 y sigs., y 817 y sigs., y ya antes, en su artículo *El autor mediato en Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 477 y sigs. La posibilidad de una autoría mediata culposa ha sido afirmada en la moderna doctrina alemana, por MEZGER, en *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, I, 8.ª ed., Berlín, 1957, pág. 259; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed., 1959, página 163, y ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª ed., 1967, págs. 358 y siguientes.

(43) Véase, en este sentido, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., pág. 630.

descrita en el tipo. Lo mismo cabe decir de los delitos culposos de acción. Es cierto, como señala Roxin (44), que la interposición entre la conducta imprudente y el resultado de la conducta dolosa (o culposa) de un tercero influirá en el contenido del deber objetivo de cuidado, pero esto es una consecuencia que se deriva del propio concepto del cuidado objetivamente debido. Este se determina siempre en función de las circunstancias del caso concreto y en relación con el resultado causado y que se trataba de evitar. Si una persona utiliza a otra como instrumento para la realización de una acción y al hacerlo no observa el cuidado objetivamente debido, tiene el dominio del hecho en cuanto a la realización de la acción imprudente (45), pero esto no basta para apreciar la autoría mediata en los delitos culposos de resultado. En éstos pertenece al tipo de lo injusto la producción de la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico. El resultado en los delitos culposos no pertenece a la acción finalista real que realizaba el sujeto, pues no estaba comprendido en su voluntad de realización. No puede afirmarse, pues, el dominio del hecho del supuesto autor mediato sobre la producción del resultado, es decir, sobre la realización de uno de los elementos del tipo (46). La conducta del supuesto autor mediato estará siempre comprendida en el tipo de los delitos culposos de resultado. Si en el tipo de estos delitos se describe la acción, la conducta del supuesto autor mediato estará sólo comprendida en el tipo si realiza la acción típica. En los delitos culposos de acción puede darse, en cambio, la autoría mediata, si no son al mismo tiempo delitos especiales o de propia mano (como el falso testimonio).

* * *

Gimbernat considera que la teoría del dominio del hecho permite una mejor comprensión de la autoría mediata, pero encuentra dificultades insuperables para deslindar la coautoría y la complicidad. "La mayoría de los partidarios del dominio del hecho se limitan, en estos casos, a dar criterios demasiados esquemáticos con los que es

(44) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., 1967, págs 539 y siguientes.

(45) Es preciso, sin embargo, que tenga realmente el dominio del hecho, por coacción, error, por la utilización de inimputables, etc. En el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de junio de 1957, que cita Rodríguez Mourullo, el que dirige la maniobra imprudente del camión, que da lugar al aplastamiento de la víctima contra la pared, no tiene el dominio del hecho. El conductor actuaba libremente. Para apreciar el dominio del hecho no basta que se diga que "el chófer seguía puntualmente las órdenes o instrucciones dadas por el procesado", pues seguía estas órdenes voluntariamente sin estar sometido a ningún tipo de coacción. Por otra parte, ni el chófer ni el procesado, propietario del camión, se habían dado cuenta de la presencia de la víctima detrás del mismo.

(46) Maurach fundamenta la falta del dominio del hecho del autor del delito culposo en el error sobre el curso causal. El autor cree poder alcanzar únicamente su fin irrelevante para el Derecho, pero causa el resultado típico. Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., págs. 625-6.

difícil empezar algo en el caso individual. Pero tampoco han faltado intentos de dar líneas concretas orientadoras a fin de determinar, en base al dominio del hecho, si una conducta —de las que está fuera de discusión que no constituye autoría mediata— es de coautoría o complicidad. Lo único que sucede es que de todos estos intentos hasta ahora no hay ninguno convincente. Es más: no hay ninguno que lleve más lejos de donde se halla, ya desde hace mucho tiempo, la dogmática española” (47). Según Gimbernat, la teoría del dominio del hecho al tratar de deslindar la coautoría y la complicidad se encuentra ante la misma disyuntiva que la doctrina española al tratar de distinguir el cooperador necesario del cómplice. “O se dice que tiene el dominio del hecho todo aquel que pone una condición sin la cual no hubiese habido delito en ningún caso, porque no habría sido posible encontrar a ninguna persona dispuesta a contribuir con una aportación tal (interpretación abstracta). O se dice que domina el hecho todo el que contribuye materialmente al delito tal como éste realmente se produjo (interpretación concreta)” (48). Gimbernat tergiversa la teoría del dominio del hecho al interpretarla con arreglo a criterios causales (49). Como vimos ya anteriormente, la figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo, ni lo tiene siempre el cómplice principal o cooperador necesario (50).

El ámbito del problema de la distinción entre coautoría y complicidad queda reducido si se estima que todo el que realiza un elemento del tipo es autor aunque no tenga el dominio del hecho. Desde el punto de vista normativo, aunque no fáctico, aparece como centro personal de lo injusto. Si varios delincuentes cooperan en la comisión del delito y realizan actos de carácter ejecutivo (51) serán coautores y no cómplices (52).

El criterio del dominio del hecho carece, pues, de trascendencia para determinar la coautoría en el ámbito de los actos de ejecución. Sólo podrá adquirirla para determinar la condición de coautor de quien realice algún acto preparatorio o de mero auxilio. ¿Es posible, sin embargo, que quien realice un mero acto preparatorio tenga el dominio del hecho? Según Welzel el que realice un acto preparatorio o de mero auxilio será coautor “si es coportador de la

(47) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 136-7, y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W., t. LXXX, 1968, fasc. 4, págs. 925 y sigs., y 928 y sigs.

(48) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 137.

(49) Esto se advierte claramente en la crítica que hace del concepto del dominio funcional del hecho, de ROXIN; véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 146 y sigs.

(50) Véase, *supra*, págs. 7 y 8.

(51) Sobre la relación entre acto ejecutivo y realización parcial del tipo, véase lo dicho en la nota 10.

(52) Véase, también, en este sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 98-9.

decisión común de realizar el hecho" (53). La decisión común de realizar el hecho delictivo, el acuerdo de voluntades, se da, sin embargo, entre todos los codelincuentes. No puede servir, por tanto, para deslindar la coautoría y la complicidad. Cuando Welzel exige que el que realiza un acto preparatorio o de mero auxilio, se sienta "co-portador" (Mitträger) de la decisión común de realizar el hecho, para ser coautor, apunta ya, sin embargo, rebasando el marco del mero acuerdo de voluntades, el *animus auctoris* de la teoría subjetiva. Esto se advierte aún más claramente cuando Welzel dice que el supuesto inductor será coautor si actúa "con decisión propia de realizar el hecho" (mit eigener Tatentschlossenheit) (54). Esto supone ya, sin embargo, el abandono del criterio del dominio del hecho.

El que realiza un acto preparatorio, por importante que sea, como dice Roxin, llega un momento en que tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito. No tendrá, pues, el dominio del hecho (55). El jefe de la banda, si no tiene el dominio de la voluntad sobre sus miembros (en cuyo caso sería autor mediato) será un mero inductor si no participa en la ejecución del delito. Distinto será el caso, en cambio, si dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia. En este caso toma parte ya en la ejecución del delito, realiza actos de ejecución (56).

El problema del deslinde de coautores y cómplices se reduce, pues, al ámbito de los actos de mero auxilio durante la fase de ejecución. Se tratará de conductas que no son subsumibles en el tipo. Como la del vigilante en el robo. Para el deslinde de coautoría y complicidad en este ámbito creo que el criterio sugerido por Roxin es el más acertado (57). Serán coautores (tendrán el dominio funcional del hecho) aquellos delincuentes a quienes corresponda, de

(53) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 110-1; en el mismo sentido, BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1957, pág. 101.

(54) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 124. Esta influencia de la teoría subjetiva en Welzel y Bockelmann, en este punto, ha sido señalada por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 295 y siguientes.

(55) En este sentido, también HARDWIG, *Über den Begriff der Täterschaft*, *Juristenzeitung*, 1965, pág. 667. De otra opinión, MAURACH, *Deutsche Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1971, pág. 659, y GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 148-50.

(56) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 292 y siguientes, 298 y sigs. Stratenwerth considera que el jefe de la banda será también coautor, aunque no dirija, personalmente ni a distancia, la ejecución del delito, pues su conducta de elaboración del plan y organización sigue desplegando su eficacia en el ámbito de la ejecución; véase STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, pág. 228. No puede afirmarse, sin embargo, a mi juicio, que el jefe de la banda tenga en estos casos el dominio del hecho. Tiene que confiar a sus colaboradores la ejecución, conforme al plan previsto, del hecho delictivo.

(57) Véase la crítica que hace Gimbernat de los demás criterios de distinción propuestos por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 141 y sigs., y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, *Z. Str. W.*, t. LXXX, 1968, fasc. 4, páginas 925 y siguientes.

acuerdo con el plan delictivo, una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito. Ninguno de ellos tiene por sí sólo el dominio del hecho, pero todos, en conjunto, lo tienen, pues sus aportaciones están tan engarzadas de acuerdo con el principio de la división de funciones, que si cualquiera de ellos dejase de aportar su contribución a la comisión del delito, éste no podría realizarse o se trataría ya de otro hecho (58).

Gimbernat ha objetado a Roxin que este criterio del dominio funcional del hecho conduce al de la causa necesaria o del cómplice principal (59). Roxin señala, sin embargo, que el carácter esencial de la contribución no ha de determinarse *ex post*, con un enfoque causal, tratando de averiguar si una determinada contribución ha sido "decisiva", de acuerdo con una concepción natural, de la vida. No se puede hacer depender, dice Roxin, la condición de autor del vigilante, de que haya tenido que intervenir, dado el peligro inminente de ser descubiertos los delincuentes. Cumple ya una función necesaria en el sentido de nuestra doctrina, sigue diciendo Roxin, si su actuación sería decisiva en caso de que se diera dicha circunstancia. Es decir, el carácter esencial de la contribución de cada delincuente ha de determinarlo el juez teniendo en cuenta la función asignada a cada uno en el plan delictivo. El vigilante será coautor si la realización del hecho delictivo exige la existencia de un vigilante, si su actuación representa una función independiente, con arreglo al principio de la división del trabajo. Será, en cambio, cómplice, si la realización del plan no depende de su contribución, si los otros podrían actuar sin él. Si le llevan, por ejemplo, para que se vaya "foqueando".

Es cierto que la aplicación del criterio del dominio funcional del hecho puede plantear dudas en algún caso límite, como sucede con todos los principios regulativos (60), pero ofrece, a mi juicio, unas directrices lo suficientemente claras al juez para llevar a cabo el deslinde de coautoría y complicidad.

(58) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 275 y siguientes, y 277 y sigs.

(59) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 147 y siguientes. En el mismo sentido, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *ob. cit.*, página 66.

(60) Véase, a este respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a edición, págs. 282 y sigs.