



## ¿Qué es la autoría?

Fernando Guanarteme Sánchez Lazaro

Universidad de La Laguna

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

**RESUMEN:** La diversidad de aproximaciones a la explicación de la autoría revela, en sus contenidos de razón, un instituto poliédrico; una categoría cuyo desarrollo satisfactorio requiere del desarrollo de distintas virtualidades. A ello puede ayudar también su determinación conceptual

**PALABRAS CLAVE:** Autoría, concepto de autor, intervención delictiva

**SUMMARY:** The diversity of approaches to the concept of perpetrator shows a polyhedral category that requires a proper development to bring forward its different aspects. A conceptual definition of this category could help it.

**KEY WORDS:** Perpetrator, concept of perpetrator, criminal participation.

Sumario: I. Aproximación a un instituto poliédrico. II. Perspectivas —inmediatas— de desarrollo: 1. Criterio de determinación típica. 2. Juicio de imputación. 3. Juicio de imputación —de *responsabilidad*— cualificada. III. Propuesta de definición.

### I. Aproximación a un instituto poliédrico

Hace ya bastantes años, en la monografía con mayor trascendencia en esta materia, definía ROXIN la autoría como «figura central de la acción típica»<sup>1</sup>. Argumentaba al respecto, que el legislador «define al autor mediante el concepto de ‘ejecución’ (§ 47 StGB), al inductor mediante ‘la determinación al hecho’ (§ 48 StGB) y al cómplice mediante la colaboración (§ 49 StGB). Todas estas formas de comportamiento se refieren según el texto de la ley a un hecho concreto. Si nos representamos un suceso de es-

te tipo («*Handlungsgeschehen*»), los §§ 47-49 StGB sólo pueden entenderse de forma que el legislador concibió al ejecutor como punto central y clave del proceso delictivo, mientras que al inductor y al cómplice en una zona marginal y alrededor del mismo»<sup>2</sup>. Más recientemente, desde nuestra doctrina, y también sobre el plano de manifestación fenotípica de este instituto, se sugiere un criterio de delimitación —de tal carácter— frente a las distintas formas de intervención accesoria. Se propone, como elemento definidor de la autoría, la base objetiva del dominio del hecho<sup>3</sup>, concretamente la circunstancia de «que tal con-

1. sobre el que deben confrontarse las distintas soluciones.

2. Nuevamente, en la octava edición, ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2006, pág. 25: «Der Täter ist die Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens».

3. ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 26, apuntando igualmente: «von der anderen, auf die vorrechtlichen Sinnzusammenhänge abstellenden Betrachtungsweise her bedeutet der Begriff der Zentralgestalt den Rückgriff auf eine auch im gemeinbewusstsein lebende plastische Vorstellung: Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter ist die Hauptfigur des Geschehens, der Anstifter und Gehilfe stehen am Rande».

ducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico, fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado»<sup>4</sup>. Frente a este primer tipo de construcciones, orientadas, como vemos, hacia la dimensión y —fundamentalmente— delimitación *plástica* de este instituto mediante ideas como la de figura central o la determinación fáctica del curso causal, entre otras; encontramos definiciones que lo traducen estrictamente en términos de responsabilidad. Así, para STEIN ya no se trata de estar en el medio, al margen o de controlar la fuente de peligro; tampoco —primariamente— de delimitar<sup>5</sup>. Según este penalista, la autoría directa o, más concretamente, las normas que derivan de este primer instituto se dirigen a «formas de conducta, cuya peligrosidad no se encuentra mediada por la conducta futura de otra persona»<sup>6</sup>. De este modo, se plantea la autoría como un problema de peligrosidad o —correspondientemente, en términos de responsabilidad— urgencia prohibitiva a partir del grado de protección normativa del bien jurídico<sup>7</sup>. Algunos años después, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO desarrolla con estos términos discursivos un sustento normativo al criterio sugerido por su maestro<sup>8</sup>. Sin embargo, del mismo mo-

do que no cabe atribuir un significado constante en términos de responsabilidad a un vehículo rojo o a un cubo azul, aun cuando en algún supuesto puedan adquirir protagonismo —por ejemplo, como herramienta— en un determinado proceso lesivo, tampoco es posible hacerlo —en mi opinión— a quien «impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado»<sup>9</sup>. Pues puede tratarse, también, de un mero instrumento.

Sobre las concretas dificultades que ofrecen esta y otras construcciones ya nos hemos pronunciado con anterioridad de manera monográfica<sup>10</sup>, aquí —de momento— sólo interesa destacar que, pese a las importantes divergencias metodológicas y —en buena medida, también— discursivas que se advierten entre las distintas construcciones referidas, las mismas versan sobre un mismo objeto. Tanto las propuestas de ROXIN y LUZÓN PEÑA como la de Ulrich STEIN pretenden explicar un mismo instituto jurídico-penal: la autoría. Sin embargo, la distancia que separa los respectivos discursos, los problemas que plantean unas u otras construcciones y el rigor del aparato crítico esgrimido en su contra, no impide reconocer su —mayor o menor— contenido de razón. La autoría, en cuanto criterio hermenéutico del tipo, parece que debe mostrar cierta racionalidad en el control de sus solucio-

4. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», ADPCP, 1989, págs. 892-3, señalando, pág. 894, que es precisamente este elemento objetivo, al que llama determinación objetiva del hecho, el que permite hablar de control o dominio cuando se le añade conciencia y voluntad, y lo resume en la siguiente fórmula, pág. 900: «determinación objetiva + dolo = dominio funcional del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho».

5. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», cit. n. 3, págs. 894-5, sustentando —entonces— materialmente esta teoría, pág. 907, en la autonomía o no dependencia de tales acciones respecto de otras acciones o factores para la producción del resultado.

Como sabemos LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», cit. n. 3, págs. 898 y s., no se limita a enunciar un principio general sino que concreta sus distintas formas de manifestación. Así, la autoría directa supone, pág. 898, que el autor mediante «su acción sin ninguna intervención ulterior de terceros determina fácticamente el curso causal del suceso hacia la producción o aparición del resultado, y ello a su vez, o bien bajo permanente influencia o configuración objetiva (lo que se llamaría control en caso de voluntad consciente) del curso causal por parte del agente, o provocando la eficacia autónoma del curso causal». En la autoría mediata, *ibidem*, que la conducta del primer agente determina de forma objetiva «la acción de otro que a su vez determine la producción del resultado, porque la segunda acción suponga una consecuencia necesaria o que deba esperarse con seguridad de la primera o porque no se base en una decisión libre, responsable y consciente; es decir, porque en caso de dolo la primera acción habría determinado y dominado finalmente la segunda y, con ello, el suceso». Y en la coautoría, págs. 898 y s., que las acciones de los coautores unidas determinan objetivamente el acontecer típico.

6. Así, en relación con la inducción, cfr. STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, págs. 53, 237-9, 241 y s.; no obstante, también págs. 96 y ss. Críticamente, sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, págs. 703 y s.

7. STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit. n. 5, pág. 239, mientras que las normas de participación se dirigen, con carácter general, a formas de conducta, «daß ihre Gefährlichkeit durch das künftige pflichtwidrige Verhalten eines anderen vermittelt wird, wobei dieses Verhalten des Vordermanns [y a diferencia de los supuestos de autoría mediata] durch eine vollwertige Verhaltenspflicht verboten ist und er die vollständige Pflichtbefolgungsfähigkeit besitzt».

8. Cfr. STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit. n. 5, págs. 76 y ss., 237 y ss., 319 y ss. Críticamente sobre el proceder de este penalista, no obstante ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, págs. 649 y ss.

9. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, cit. n. 5, pág. 580, señalando que la posición definida por su maestro es la «que realmente la norma primera de los tipos de la parte especial tiene mayor intensidad o urgencia en evitar, la que realiza directamente el injusto típico». Más recientemente LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale», en: *FS für Claus Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pág. 594.

10. No obstante, sobre ello véanse los decisivos trabajos de los referidos autores.

nes<sup>11</sup>. Igualmente, las definiciones previstas en los arts. veintisiete y siguientes del Código penal pueden comprenderse en términos de peligrosidad o, desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, como grado —o rigor punitivo en cuanto expresión— de *responsabilidad* jurídico-penal<sup>12</sup>. Pues la autoría, como los demás institutos jurídico-penales, ofrece diversas perspectivas de comprensión y desarrollo<sup>13</sup>. De ahí las importantes divergencias —figura central de la acción típica *versus* urgencia normativa de evitación de una conducta, por ejemplo— que se advierten entre los distintos pronunciamientos doctrinales.

Ciertamente, este carácter poliédrico no resta vigencia a las críticas esgrimidas en otro lugar contra tales construcciones<sup>14</sup>, pese a que sólo señalan sus insuficiencias desde una u otra de las perspectivas de enjuiciamiento posibles. Pues del mismo modo que el desarrollo de este instituto unilateralmente en términos de responsabilidad puede concretarse en criterios que no ofrecen un margen aceptable de previsibilidad en sus soluciones<sup>15</sup>, y en consecuencia también, de determinación de lo típico; un excesivo acento —como se advierte en las construcciones mayoritarias— en cuanto criterio de delimitación puede empujar a la búsqueda de aspectos o momentos empíricamente constatables que, aunque —al menos, a primera vista— más fáciles de identificar en un proceso lesivo: control de la fuente de peligro, posición de dominio o determinación objetiva y positiva del hecho, por poner tres ejemplos; no ofrecen un sustento material adecuado a un juicio de imputación jurídico-penal. Por ello, tanto una como otra

hipótesis merecen una valoración negativa. Porque, aun cuando el desarrollo de la autoría se realice atendiendo en mayor medida a una de sus perspectivas posibles, una explicación satisfactoria de este instituto presupone una respuesta —también— satisfactoria a cada una de sus distintas virtualidades.

## II. Perspectivas —inmediatas— de desarrollo

### 1. Criterio de determinación típica

En la propuesta de definición antes citada, la autoría como figura central de la acción típica («*handlungsmäßigen Geschehens*»), ROXIN nos explica que se trata de una directriz o principio orientador («*Leitprinzip*») para la determinación del concepto de autor<sup>16</sup>. Se trata, según el penalista alemán, de un criterio que permite acceder al punto de vista valorativo decisivo —en sede de ley— para la realización de las diversas delimitaciones conceptuales<sup>17</sup>. Sobre el proceder de ROXIN, y el desarrollo de este planteamiento mediante categorías como la de los delitos de dominio o de infracción de deber podemos remitirnos a la reciente edición de su monumental obra *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>18</sup>, también a la abundante bibliografía crítica al respecto<sup>19</sup>. Aquí interesa destacar, simplemente, que el dualismo metodológico que confiere a su construcción importantes referencias fenotípicas se explica en términos hermenéuticos, porque éstos, nos dice, prestan «a las construcciones jurídicas un centro firme, ofrece[n] a la

11. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, Comares, Granada, 2004, capítulo primero.

12. En este sentido, apunta ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 30: «Wie mit der Bildung der Tatbestände verfolgt der Gesetzgeber auch bei der Unterscheidung der Beteiligungsformen das Ziel einer rechtsstatlichen Begrenzung der Strafgehalt: Die Verursachung eines tatbestandsmäßigen Erfolges soll nicht schlechthin, sondern nur dann bestraft werden, wenn sie in der Form der Täterschaft, der Anstiftung und der Beihilfe erfolgt». Aunque, como es obvio, dentro de los límites metodológicos de nuestra disciplina; en este sentido, con razón, LESCH, Heiko H.: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992, pág. 285.

13. De otra opinión, sin embargo VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Artículos 27-29», en Tomás S. Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 281, para quien «a la hora de concebir la autoría..., no se está dilucidando la cuestión sustantiva de a quién cabe atribuir mayor responsabilidad por la realización de un hecho..., sino el más limitado, por puramente conceptual, de a quién cabe tener por autor». En sentido contrario, a su vez LESCH, Heiko H.: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit. n. 11, pág. 198.

14. Así, ya señalando la conveniencia en este ámbito, «nicht einseitig im Sinne der einen [wertenden] oder der anderen [sinn- und strukturerfassenden] Denkrichtung zu entscheiden» ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 25.

15. Cit. n. 10.

16. Con carácter general, críticamente, ya ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, págs. 30 y ss.

17. ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 25. Posteriormente, también BOTTKE, Wilfried: «Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho Penal de la Comunidad Europea», trad. castellana de Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona, 1995, pág. 312, quien ve en tal principio «un elemento representativo del concepto de autor común en Europa». En nuestra doctrina PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pág. 144. También DONNA, Edgardo Alberto: *La autoría y la participación criminal*, 2.ª ed., Rubinzal-Calzoni, Buenos Aires, 2002, pág. 12. Con matices HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, págs. 33 y s., quien considera que esta idea «puede únicamente tener valor en la delimitación entre la autoría y la participación».

18. «[Soll]... andererseits aber auch einen deutlich erfassbaren vorrechtlichen Differenzierungsmaßstab bezeichnen», ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 25.

19. Cit. n. 1.

formulación conceptual claros puntos de referencia y evita una oscura disolución de sus contenidos conceptuales, lo cual se presenta necesariamente en las valoraciones no vinculadas a estructuras prejurídicas, y por ello más o menos intuitivas y jamás realizadas de forma unitaria»<sup>20</sup>. Se advierte por tanto, una profunda preocupación por la autoría en cuanto problema de determinación de lo punible y sujeta —por ello— al principio del *nullum crimen*; concretamente apunta, en la determinación del concepto de autor «se trata... de un problema de tipo, es decir, de la cuestión de hasta qué punto puede subsumirse una conducta todavía en las descripciones del delito, fundamentando así la autoría»<sup>21</sup>.

Las críticas a esta construcción provienen —principalmente— de otras perspectivas, frente a las que ROXIN carece de referencias o —cuando menos— referencias adecuadas. Así, en cuanto juicio de imputación, cabe criticar

la escasa virtualidad de la idea de dominio. Pues este *to- poi*, al carecer de un significado constante en términos de responsabilidad: no siempre quien domina debe responder<sup>22</sup>; se muestra igualmente deficiente como sustento de un juicio de atribución de lo injusto<sup>23</sup>. Como sabemos, se puede dominar una fuente de peligro o un proceso lesivo y no ostentar competencia alguna sobre los mismos. Reflejo de ello es el grado de normativización que precisa esta teoría para explicar determinados supuestos de autoría mediata —donde llega a concretarse en razones normativas bien distintas, si no incompatibles con el sustento que ofrece en la autoría directa<sup>24</sup>— o la necesaria disociación de la imprudencia y la idea de dominio<sup>25</sup>. Luego, la incapacidad de este criterio para establecer algún tipo de responsabilidad penal —en estos y otros casos— lo descalifica igualmente como fundamento —general— de la autoría en cuanto juicio de imputación.

20. En nuestra literatura, fundamental DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho Penal, cit. n. 5, págs. 583 y ss. Posteriormente también HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho Penal, cit. n. 16, págs. 30 y ss., 52 y ss. Sobre los delitos de deber SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, passim. Para ulteriores referencias SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 10, 49 y ss.

21. ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, pág. 24, ampliamente, págs. 19 y ss.

22. ROXIN, Claus: Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. castellana e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pág. 47; en términos similares, pág. 48, criticando el desconocimiento jurisprudencial de «la inclusión de la teoría de la participación en el tipo y... su orientación... en el principio del *nullum crimen*»; el mismo: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, págs. 20 y ss. En nuestra jurisprudencia, STS núm. 1478/2001, de 20 julio, fundamento jurídico cuarto: «Autor directo según dispone el Código Penal es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción». En el mismo sentido PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, cit. n. 16, pág. 169, señalando que «la autoría es una cuestión de injusto típico, que permite configurarlo plenamente, en cuanto que tiene por objeto determinar quién es el sujeto de la conducta típica y con capacidad lesiva para el bien jurídico». Más recientemente ROSO CAÑADILLAS, Raquel: Autoría y participación imprudente, Comares, Granada, 2002, pág. 536.

23. Desde posiciones próximas, BOLEA BARDÓN, Carolina: Autoría mediata en Derecho penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 134, quien entiende que «para establecer la relación de autoría no es suficiente, y ni siquiera es indispensable, una ejecución inmediata del hecho por parte del autor [dominio de la acción], pero sí que es necesario que éste se le pueda imputar objetiva y subjetivamente». Sobre el dominio de la acción, ampliamente ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, págs. 127 y ss.; en sentido contrario también, expresamente, el mismo: «Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal», trad. castellana de Enrique Bacigalupo Zapater, en: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho, Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 62, señalando que «autor directo es quien ejecuta por sí mismo la acción típica», pues «pues es la cualidad propia de la acción [esto es, su carácter típico] lo que determina al ejecutor como autor».

24. En un sentido próximo, advierte MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 373 marg. 31, que «la teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación anterior», matizando, no obstante, que «el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor». Anteriormente, ya el mismo: Adiciones, en: Jescheck, Hans Heinrich: Tratado de Derecho Penal. Parte General, trad. castellana de la 3.ª ed. alemana y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, t. II, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 914 y s., señalando que «para 'matar' es preciso no sólo causar la muerte, sino que esa muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como a su autor, esto es, como hecho suyo, como 'pertenecente' a él». Siguiendo al anterior ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 157.

25. Así, rechazando la autoría mediata en los supuestos de aparatos organizados de poder, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho Penal, cit. n. 16, págs. 257 y ss. Igualmente CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III. Teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 217; DONNA, Edgardo Alberto: La autoría y la participación criminal, cit. n. 16, pág. 81. En sentido contrario, a su vez FARALDO CABANA, Patricia: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 192 y ss. Sobre la coautoría, recientemente, también v. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 452 y ss. Con carácter general, BOLEA BARDÓN, Carolina: Autoría mediata en Derecho penal, cit. n. 22, pág. 135, sustentando el dominio «en la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable». También, esbozando «el dominio del hecho... en un sentido normativo, esto es, como concepto que aglutina los elementos que convierten en más estrecha la relación de un determinado interviniente con el hecho» ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 268.

Asimismo, en cuanto grado o forma de expresión de responsabilidad jurídico-penal, esto es, responsabilidad autónoma —no accesoria— y en la medida de pena recogida ya en la parte especial<sup>26</sup>, tampoco logra ROXIN formular una respuesta satisfactoria. En realidad no ofrece respuesta alguna, pues se limita a argumentar negativamente que «todas las teorías que pretenden determinar el concepto de autor según el ‘merecimiento de pena’, la intensidad de la energía criminal o criterios similares, deben rechazarse»<sup>27</sup>. Aduce la mayor indeterminación de los criterios estrictamente normativos, que en última instancia impide la delimitación de las distintas formas de intervención delictiva<sup>28</sup>. En relación con esto último, la mayor indeterminación de las concepciones normativas, cabe admitir que efectivamente, no todas las propuestas de este corte ofrecen criterios practicables<sup>29</sup>; ahora bien, el importante desarrollo de la teoría de la autoría y participación refutan este tipo de generalizaciones. Como ejemplo vale, entre otros, el respeto que mostrara ROXIN por el trabajo de STEIN<sup>30</sup>. En cuanto a la introducción de criterios de ‘merecimiento de pena’, hay que insistir en que se trata de razones de proporcionalidad, por eso es preciso conformar el supuesto de hecho a través de la consecuencia jurídica. Y en este sentido, la teoría del dominio del hecho se muestra nuevamente deficiente, pues una idea que no permite sustentar un juicio de imputación jurídico-penal, difícilmente funge como fundamento de un juicio de imputación —de responsabilidad— cualificada.

Más allá de las cuestiones señaladas, cabe cuestionar también la misma idea de figura central, pues ésta sólo se limita a afirmar que autor es quien se encuentra en el me-

dio del proceso lesivo, lo que —como muestra el amplio espectro problemático— no es necesariamente cierto, aun cuando ello se traduzca en el dominio del suceso típico o en una infracción de deber. En cualquier caso, sobre ello cabe remitir a la importante bibliografía al respecto<sup>31</sup>.

La concepción de la autoría como «un problema de tipo, es decir, de la cuestión de hasta qué punto puede subsumirse una conducta todavía en las descripciones del delito, fundamentando así la autoría»<sup>32</sup>, se muestra si cabe, más patente en la teoría objetivo-formal. Así, por ejemplo, entienden COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN que «existe coautoría cuando el tipo de injusto se realiza conjuntamente por varias personas, cada una de las cuales ejecuta o realiza el hecho»<sup>33</sup>. En cuanto a la concreción del mismo, arguyen que «la ejecución o realización del hecho no supone ninguna concreta actividad material, sino sólo que se lleve a cabo aquella conducta a la que quepa atribuir el sentido de acción que se desprende del tipo»<sup>34</sup>. Mientras que GIMBERNAT ORDEIG define al autor como «aquél cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial»<sup>35</sup>. Sin embargo, estas construcciones, pese a su vinculación al tipo, carecen de un criterio material que permita cualquier concreción del mismo. Con otras palabras, autor y, por tanto, matar en el sentido del art. ciento treinta y ocho del Código penal no es aquí quien ostenta el dominio de un proceso lesivo que lesiona el bien jurídico vida o quien ostenta la competencia sobre la fuente de peligro de la que derivan tales riesgos, sino quien «mata»<sup>36</sup>. Pues estos autores nos remiten, sin criterio hermenéutico alguno, nuevamente a la interpretación de las distintas figuras delictivas: «atribuir el sentido de acción

26. Expresamente CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III, cit. n. 24, pág. 210. En sentido contrario, sin embargo, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, cit. n. 24, pág. 442. Ampliamente, también PÉREZ MANZANO, Beatriz: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999, págs. 31 y ss.

27. Sin reducción, por tanto, en los términos previstos en el art. 63 del Código: «A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito». Sobre la distinción entre autoría y participación, con carácter general v. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, cit. n. 24, págs. 434 y s.

28. ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, cit. n. 1, pág. 30-2. En nuestra doctrina, siguiendo al anterior, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, cit. n. 16, págs. 149 y s.

29. Ibidem, insistiendo: «aus diesem Grunde ist es auch unrichtig, wenn immer wieder versucht wird, in die Teilnahmelehre Strafzumessungserwägungen hineinzuinterpretieren». Pues de este modo entiende ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, cit. n. 1, pág. 30, «käme man zu einer ‘Kriminologisierung’ der Teilnahmeformen, die dem Wesen der Strafrechtsdogmatik und dem Sinn der hier zur Erörterung stehenden Abgrenzung nicht gerecht wird».

30. Así, por ejemplo, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 10, págs. 78 y ss.

31. ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, cit. n. 1, pág. 648.

32. En particular, ya STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, cit. n. 5, págs. 63 y s. Más recientemente, también RENZIOWSKI, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, págs. 19 y ss. En nuestra doctrina, con ulteriores referencias, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 107 y s. n. 45 y s., señalando la necesidad de vinculación típica de la idea de figura central.

33. En las palabras de ROXIN, Claus: Política criminal y sistema del Derecho penal, cit. n. 21, pág. 47; el mismo: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, cit. n. 21, págs. 20 y ss.

34. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S.: Derecho penal. Parte general, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 751.

35. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S.: Derecho penal. Parte general, cit. n. 33, pág. 752.

36. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio, Madrid, 1966, pág. 221. También RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: La omisión de socorro en el Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 287; el mismo: «El autor mediato en Derecho Penal español», ADPCP, 1969, pág. 461: «autor es,

que se desprende del tipo». Por ello se muestran deficientes ya en este primer plano.

### 2. Como juicio de imputación

Las objeciones a la teoría del dominio del hecho, y concretamente a la construcción de ROXIN, se fundamentan — esencialmente— en una comprensión de la autoría como juicio de imputación de un hecho delictivo —lo injusto típico— a un sujeto en calidad de autor. Cuestionamos que un momento fenotípico, la situación de dominio o control del proceso lesivo, sirva como criterio general en la determinación de posibles responsabilidades penales<sup>37</sup>. Pero esta perspectiva, hacia la razón material sobre la que se sustenta la imputación al autor, no sólo permite la crítica de las posiciones mayoritarias, también orienta algunas de las más recientes propuestas doctrinales<sup>38</sup>. Desde estas posiciones propone, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE una comprensión de la coautoría y la autoría mediata como «normas por las que imputa la realización de tales conductas a quienes, a pesar de no haber realizado formalmente el hecho típico, desarrollan comportamientos que *valorativamente pueden asimilarse por su peligrosidad*

*dad* a la ejecución inmediata del tipo... En la coautoría se acepta la vigencia del principio de imputación recíproca y en la autoría mediata se imputa igualmente al hombre de atrás la realización del tipo. Tanto en uno como en otro supuesto, la imputación se hace a título propio, es decir, que el ordenamiento construye una ficción en virtud de la cual estima que la acción típica es su delito y, por lo tanto, ha de responder como principal responsable»<sup>39</sup>. Mientras que LESCH sugiere la sustitución de la concepción imperante de la autoría «por una teoría de la imputación de carácter restrictivo que abarque el campo completo de la intervención en casos de división del trabajo. En el ámbito de una dogmática de la imputación... sólo puede tratarse una dogmática normativista de la imputación (así, una dogmática de la imputación objetiva), debe fundamentarse porque alguien se convierte en parte junto con otros de un colectivo y porque le incumbe a él la acción del colectivo»<sup>40</sup>. El cambio terminológico, mediante la sustitución de la idea de dominio o ejecución por la de incumbencia o competencia, refleja el desplazamiento del objeto de la discusión —desde posiciones fácticas y similares— hacia el concreto deber jurídico que vinculan al objeto —lo injusto— con el sujeto de este juicio de imputación<sup>41</sup>.

---

en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva». Igualmente v. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español, CYMYS, Barcelona, 1974, págs. 76 y s. Con ulteriores referencias CUERDA RIEZU, Antonio: «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español», ADPCP, 1992, pág. 498 n. 28.

37. Con carácter general, también ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 160, señalando que «los tipos de la parte especial definen solamente un complejo de circunstancias bajo las que puede afirmarse la existencia de un riesgo típicamente relevante. Es erróneo atribuirles la función de definir, además, el título en virtud del cual se debe imputar la creación del riesgo típico». En cualquier caso, una valoración de estas teorías requiere de su contextualización en su marco discursivo, en particular, frente a construcciones subjetivas. En este sentido, ilustrativo CUERDA RIEZU, Antonio: «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español», cit. n. 35, pág. 495.

38. Así, entre otros, también JAKOBS, Günther: «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», trad. Castellana de Manuel Cancio Meliá, en: Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá: Conferencias sobre temas penales, 2000, pág. 92; el mismo: «La normativización del Derecho Penal en el ejemplo de la participación», trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, en: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001 pág. 623, señalando que la cuestión de la responsabilidad «no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias»; KINDHÄUSER, Urs: «Cuestiones fundamentales de la coautoría» trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, RP, 2003/11, pág. 56, quien señala, con razón, que «en un sistema de imputación normativo, el dominio sólo puede producir responsabilidad en la medida en que, de acuerdo con el sistema, la responsabilidad presupone dominio»; LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, pág. 266, señalando con razón: «Jemand kann eine kausale Gutsverletzung rein faktisch beherrschen und dennoch nicht pflichtwidrig handeln, weil er für einen eventuell durch die Gutsverletzung ausgelösten Geltungsschaden nicht zuständig ist»; MURMANN, Uwe: «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes», GA, 1998/2, pág. 80, objetando a la teoría del dominio del hecho que la estructura que propone —en particular, para la explicación de la autoría mediata— «ist zunächst nicht mehr als eine Umschreibung phänomenologischer Sachverhalte, die ihre normative Relevanz erst noch zu erwiesen müssen».

39. Mientras que en nuestra jurisprudencia, se manifiesta principalmente en relación con la explicación de la coautoría; así, recientemente v. STS 1139/2005, de 11 de octubre, fundamento jurídico segundo.

40. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: La inducción como forma de participación accesoria, Edersa, Madrid, 1999, pág. 180, cursiva añadida.

41. LESCH, Heiko H.: Intervención delictiva e imputación objetiva, trad. castellana de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 59. En relación con las formas de intervención accesoria JAKOBS, Günther: «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», GA, 1996/6, pág. 257, señalando que «der Beteiligte kann... nur auf einem einzigen Weg zur Haftung bebracht werden, scil. durch die Begründung, daß ihn die schuldhaftige Organisationsmaßnahme, die Leugnung des Geltungsgrunds, durch den Ausführenden etwas angeht, daß es sich also bei der Ausführung in einem noch zu präzisierenden Sinn auch seine, des Beteiligten, eigene Ausführung handelt»; en estos términos, define JAKOBS una conducta como

Ello se advierte igualmente en la discusión relativa a las formas de participación. Donde se advierte un desplazamiento desde perspectivas formales o terminológicas hacia la cuestión de «qué es lo que ha llevado a cabo el sujeto que obra en primer lugar que pueda fundamentar su responsabilidad *jurídico-penal* por las consecuencias... qué es aquello no permitido que el interviniente muestra en su conducta y que legitima responsabilizarle por sus consecuencias, sean éstas... la continuación natural de un riesgo por él creado, sean... la continuación responsable por parte de un sujeto que interviene con posterioridad»<sup>42</sup>.

La idoneidad material de estas construcciones, mediante su orientación discursiva hacia la *ratio* —material— del juicio de imputación: peligro, incumbencias, etc.; no esconde su carácter aún minoritario. Una de las razones deriva, probablemente, de su déficit hermenéutico. Aun cuando tales posturas ofrecen un sustento material —en mayor o menor medida— adecuado a un juicio de responsabilidad jurídico-penal, adolecen todas ellas de importante imprecisión<sup>43</sup>. Así, por ejemplo, la equiparación va-

lorativa sobre el contenido de peligrosidad precisa de ulteriores desarrollos que concreten cuando procede —sobre tales razones— la imputación a título de autor mediato o coautor<sup>44</sup>. Desde estos planteamientos se propone, también, la distinción autor-partícipe como una cuestión de importancia comunicativa de las distintas contribuciones en el ataque a la vigencia de la norma<sup>45</sup>. Se advierte al respecto que «en la valoración no se puede ni debe perseguir una exactitud matemática, pues la cuantificación no es formulable numéricamente. Los límites son antes bien graduables y fluidos»<sup>46</sup>. Y se remite al operador jurídico, junto con la decisión sobre la materialización del resultado<sup>47</sup>, a la determinación de distintos aspectos como los ejecutores, el objeto material, la intensidad de la lesión, los medios, las circunstancias del plan y eventualmente, cualquier otra circunstancia que pertenezca al concreto suceso subsumible en el tipo<sup>48</sup>. Frente a ello, parece más manejable —y preciso— establecer si los intervinientes actuaron en fase ejecutiva, de común acuerdo y mediante una contribución esencial<sup>49</sup>, por poner un ejemplo bien conocido.

---

accessoria, pág. 265, «wenn es zu einer Ausführung paßt und somit einen Grund abgibt, die durch einen anderen vollzogene Ausführung zuzurechnen»; concretando, pág. 263, que «ein solcher Grund liegt dann vor, wenn eine Vorfeldorganisation speziell so gestaltet wird, daß sie in einen deliktischen Zusammenhang paßt». En nuestra doctrina, en un sentido próximo, últimamente ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, págs. 165 y s., 178 y ss., y expresamente, asumiendo el planteamiento de LESCH, pág. 267.

42. Ampliamente, en relación con los comportamientos omisivos, v. JAKOBS, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 29/29 y ss. En nuestra doctrina, también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delito de infracción de deber y participación delictiva, cit. n. 19, *passim*. Con amplias referencias bibliográficas SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 10, capítulo segundo.

43. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 166.

44. Entre otros KINDHÄUSER, Urs: «Cuestiones fundamentales de la coautoría», cit. n. 37, pág. 68, señalando que «el recurso al *quantum* del incremento del riesgo producido por la aportación en cuestión tampoco permite un avance, ya que no existen criterios para llevar a cabo la valoración»; RENKOWSKI, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, cit. n. 31, pág. 22, para quien «*Lesch* gibt keinen Katalog dafür an, welche Gesichtspunkte mit welcher Bedeutung bei der Abgrenzung der Beteiligungsformen heranzuziehen sind». En nuestra disciplina GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, cit. n. 31, págs. 249 y s.; LÓPEZ PEREGRÍN, M.ª Carmen: La complicidad en el delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 372 y s.; ROSO CAÑADILLAS, Raquel: Autoría y participación imprudente, cit. n. 21, pág. 129 n. 377, objetándole el olvido de «la función de precisión de los tipos que desempeña la accesoriedad».

45. Si bien ello no es el objeto del importante trabajo de OLMEDO CARDENETE; por lo demás, críticamente SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 10, págs. 43 y s.

46. LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, págs. 267 y ss., y en particular, págs. 284 y ss. Más recientemente, también VAN WEEZEL, Alex: Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, págs. 66 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, Javier: Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 133, 134 y 140.

47. LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, pág. 285, señalando igualmente que estos términos de distinción no deben suscitar dudas desde la perspectiva del principio de legalidad, «weil es insoweit nicht um Fragen der Tatbestandsbestimmtheit bzw. Festlegung der Strafzone geht und zudem im Zweifel auf die mildere Haftungsquote der Beihilfe zu erkennen ist». Pues como sabemos, para LESCH, *op. cit.*, pág. 198, lo que precisa una comprensión restrictiva no es la autoría, sino lo injusto y su imputación. Sin embargo, la autoría queda como una cuestión intuitiva sobre los términos por él esbozados.

48. Matizando LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, pág. 286, «Der Normbruch erfährt gerade mit dem Erfolgseintritt eine besonders starke objective Manifestierung, so daß der Tatbeitrag desjenigen, der mit der Vornahme seines Akts die letzte und damit unmittelbar maßgebliche Entscheidung für diesen Erfolgseintritt trifft, eine herausragende Signifikanz für den Gelungsschaden gewinnt».

49. LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, pág. 285; el mismo: Intervención delictiva e imputación objetiva, cit. n. 40, pág. 76. Últimamente, también ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, págs. 178 y ss.

### 3. Como juicio de imputación —de responsabilidad— cualificada

Pero no se trata sólo de imputar o, más concretamente, sustentar un juicio de imputación jurídico-penal. Del art. sesenta y tres de nuestro Código penal se infiere —a *sensu contrario*— que la autoría determina la imposición de la pena fijada por la Ley, esto es, sin la reducción de grado prevista en tal precepto para los casos de complicidad<sup>50</sup>. De hecho, en nuestra doctrina, se propone recientemente la comprensión de los arts. veintisiete y siguientes como «tipos de sanción»<sup>51</sup>. E igualmente, de su conformación dogmática y doctrinal, se comprende como juicio de imputación autónomo —o en otros términos, de responsabilidad no accesoria— frente a la inducción, cooperación necesaria y complicidad<sup>52</sup>. En este último sentido, entiende PEÑARANDA RAMOS que «el significado primario del principio de accesoriadad de la participación es... el de definir estrictamente el ámbito de lo punible»<sup>53</sup>; esto es, delimitar en mayor medida el hecho típico al que deben referirse —por tanto, de forma accesoria— las restantes figuras de intervención en el delito.

Materialmente, ello se traduce en la búsqueda de un fundamento —también— cualificado. Así, frente al componente intuitivo de la idea de figura central, sostienen los defensores de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho que es precisamente la conducta de este actor, en concreto, el que sustrae —frente al que vigila en

el delito de hurto— en el delito de hurto, «quien determina positivamente el hecho, la que significa una mayor contradicción contra la prohibición típica, y la que la norma prohibitiva... tiene un interés inmediato en evitar, por ello constituye una conducta de autoría»<sup>54</sup>. De hecho, la monografía de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, se entiende como la búsqueda de un criterio que permita la individualización de las conductas que se muestren «más reprochables, demuestren la máxima energía criminal, sean las más graves, o, en una perspectiva mucho más correcta presenten un idéntico grado de merecimiento y necesidad de pena»<sup>55</sup>. Se advierten de fondo, importantes razones de proporcionalidad<sup>56</sup>. Sin embargo, un criterio que genera serias dudas —ya— como sustento de un juicio de imputación jurídico-penal<sup>57</sup>, tampoco se presta como sustento a un juicio de imputación cualificado.

Más allá de la consecuencia jurídica, STEIN nos ofrece esta perspectiva racionalizada en términos de teoría de las normas<sup>58</sup>. Así, frente a la autoría directa, que comprende aquellas conductas que excluyen una reducción de urgencia prohibitiva por el carácter inmediato de su peligrosidad<sup>59</sup>, o la autoría mediata, que encuentra la justificación a su urgencia prohibitiva en un déficit del actor que transmite —mediante una conducta adecuada o contraria a deber— la peligrosidad generada por la conducta del hombre de detrás<sup>60</sup>, nos ofrece este penalista alemán una caracterización negativa de la complicidad, como aquellas conductas que «no son comprendidas por las normas de

50. Pese a la mayor imprecisión de este último aspecto; sobre todo ello, ampliamente ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. n. 1, capítulo séptimo.

51. En la doctrina alemana, sobre los anteriores presupuestos, entiende LESCH, Heiko H.: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit. n. 11, pág. 198: «Täterschaft und Beihilfe bezeichnen also nicht die Zurechnung an sich, sondern bloß die jeweilige Haftungsquote als Teilmoment der Zurechnung; es handelt sich um in die Zurechnung integrierte und zu unterschiedlichen Beteiligungsformen vertypete Strafzumessungserwägungen, die sich am jeweiligen Quantum der Beteiligung orientieren».

52. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 216.

53. Por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, cit. n. 5, págs. 205 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 322 y ss.

54. PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, cit. n. 52, pág. 328. También LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale», cit. n. 8, pág. 580: «Der wichtigste Grund dafür besteht darin, daß dieser Begriff oder dieses System der Täterschaft (und der Teilnahme) eine bessere Trennung und Profilierung der Tatbestände als der Einheitstäterbegriff (selbst in funktionaler Variante) ermöglicht und damit besser dem Bestimmtheits— oder Konkretisierungsgebot der strafrechtlichen Tatbestände und deshalb dem Strafrecht eines modernen Rechtsstaates gerecht wird». En la doctrina alemana, por ejemplo, v. BLOY, René: *Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pág. 162. Más recientemente, RENZIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, cit. n. 31, págs. 14 y s. En sentido contrario, a su vez, LESCH, Heiko H.: *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit. n. 11, pág. 198.

55. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale», cit. n. 8, pág. 594.

56. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, cit. n. 5, pág. 459; en términos similares págs. 458, 508, 513, 519, 520, 532, 753, 754 y 756, por ejemplo. Más recientemente, también ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, cit. n. 21, págs. 537 y 539, por ejemplo.

57. Expresamente, v. STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit. n. 5, págs. 80 y ss.

58. Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. n. 10, págs. 68 y ss., 99 y ss.

59. En este sentido, advierte en la construcción de este penalista «una fundamentación para elegir un criterio restrictivo de autor», HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: *La autoría mediata en Derecho Penal*, cit. n. 16, pág. 51. Anteriormente, también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, cit. n. 5, pág. 703.

60. STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit. n. 5, pág. 239. En un sentido próximo GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, cit. n. 31, págs. 461 y ss.



conducta de autoría e inducción»<sup>61</sup>, y revisten una menor urgencia prohibitiva<sup>62</sup>.

En esta línea también, debe mencionarse la reciente propuesta de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, quien sintetiza como criterio la capacidad «de lesionar de forma directa mediata o inmediatamente, siquiera parcialmente, el bien jurídico protegido penalmente»<sup>63</sup>; ofreciendo como sustento material «el dato fundamental de que las primeras suponen un enfrentamiento directo con la norma penal, de ahí que se trate de las conductas cuya prohibición bajo amenaza penal ostenta para el legislador un interés primario, y en ello en atención a su mayor cercanía en relación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado»<sup>64</sup>. Sobre estos presupuestos mantiene que «tampoco la conducta de quien distrae a la víctima mientras sus compañeros aprovechan esta distracción para cometer el delito puede ser calificada de autoría... la distracción de la persona cuyos bienes jurídicos van a ser atacados a continuación no supone ya de por sí una lesión de los mismos; por ejemplo, quienes intentan captar la atención de la víctima para que no se percate del hurto de su cartera no lesionan directamente su patrimonio, esto sólo puede predicarse de quien realiza el apoderamiento. Por consiguiente, la acción consistente en distraer a la víctima no tiene capacidad lesiva directa para el bien jurídico»<sup>65</sup>.

Más allá de la virtualidad de estas propuestas para justificar la autoría en estos últimos términos, esto es, en cuanto juicio de imputación cualificada, su valoración dependerá igualmente de su posible rendimiento desde las perspectivas anteriores.

## II. Propuesta de definición

Según lo expuesto, una definición de la autoría —en los términos discursivos avanzados— debe comprender a esta como criterio hermenéutico y como *ratio* de imputación del tipo, entendiendo el objeto de imputación —la tipicidad— en el sentido de la parte especial, esto es, como sustento de la principal expresión —autónoma y no atenuada— de responsabilidad jurídico-penal. Se trata, por una parte, de reflejar que cuando se propone una teoría, por ejemplo, la teoría del dominio del hecho, ésta no se agota

en delimitar positivamente al autor, también funge como criterio hermenéutico del tipo. De este modo, matar en el sentido del art. ciento treinta y ocho del Código penal se concreta en dominar —con todos los posibles matices y desarrollos materiales que subyacen a este concepto— un curso lesivo idóneo orientado a producir la muerte de una persona. Esta idea, el dominio del hecho, la determinación objetiva y positiva del hecho o la capacidad lesiva directa frente al bien jurídico, opera como criterio hermenéutico rector en la determinación del contenido de buena parte de las figuras recogidas en el Código. De forma que estafar en el sentido del art. doscientos cuarenta y ocho del Código penal pasa a entenderse —con carácter general— como dominar o tener en las manos un proceso lesivo que amenaza mediando engaño bastante el patrimonio de otro. Sin embargo la autoría no se agota en ello, y de ahí las críticas a la concepción mayoritaria.

En este otro sentido, la autoría posee un significado material en cuanto juicio de imputación: si establecemos que matar, en el sentido del citado art. del Código, consiste en dominar un proceso lesivo orientado hacia la producción de la muerte de un tercero, ello se traduce —materialmente— en una implícita propuesta del dominio del hecho como sustento —material— del juicio de imputación —de lo injusto comprendido en tal precepto— al autor. De ahí, la necesaria idoneidad de las distintas construcciones en cuanto sustento del mismo. Y más allá de esto, la comprensión del tipo —principalmente— en el sentido de la parte especial<sup>66</sup>, refleja que no sólo se trata de imputar, sino de un juicio de imputación cualificada; que exigencias de proporcionalidad empujan a dilucidar también, «la cuestión sustantiva de a quién cabe atribuir mayor responsabilidad por la realización de un hecho»<sup>67</sup>. Por ello, la idea de dominio o cualquier otra de las apuntadas —en cuanto concepto de autor— deben favorecer la identificación de tales posiciones.

Ciertamente, a la definición perfilada subyace una determinada comprensión de la autoría. En concreto, una concepción —mayoritaria— que concibe la misma también como criterio hermenéutico del tipo<sup>68</sup>. Frente a ello, desde posiciones cuantitativas, se tiende a agotar este instituto en esta dimensión: como magnitud de configuración

61. STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, cit. n. 5, págs. 239 y ss.

62. STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, cit. n. 5, pág. 243.

63. STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, cit. n. 5, pág. 244; sobre el concepto de «Dringlichkeit», igualmente v. págs. 75 y ss. En sentido contrario, sin embargo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho Penal, cit. n. 16, pág. 52, cuestionando la graduación de urgencia prohibitiva por el carácter absoluto de la antijuridicidad. Más recientemente, también ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 135, señalando con razón, que «con la construcción de una norma de conducta autónoma para el partícipe no se ha respondido todavía a la pregunta por el fundamento de su castigo»; y apunta igualmente que «si la norma de conducta del partícipe halla su razón de ser en la protección del bien jurídico, de ella debería surgir un deber de evitar absolutamente cualquier comportamiento».

64. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, cit. n. 31, pág. 462.

65. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, cit. n. 31, pág. 464.

66. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, cit. n. 31, pág. 471.

67. Principalmente, pues la referencia al tipo no se agota en lo injusto consumado.

68. En sentido contrario al mantenido por VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Artículos 27-29», cit. n. 12, pág. 281.

de lo injusto y —por tanto— de pena<sup>69</sup>. En este sentido, por ejemplo, propone ROBLES PLANAS diferenciar entre la determinación de lo injusto punible, esto es, la selección de «aquellas formas de conducta que merecen ser penalmente desvaloradas»<sup>70</sup>, que adscribe a la teoría de la conducta típica<sup>71</sup>, y «la distinción entre autores y partícipes, a la que obliga nuestro ordenamiento, [que] pasa a ser un problema posterior al de la afirmación de la tipicidad o imputación objetiva de las conductas concurrentes»<sup>72</sup>, y donde se procede a «la calificación de las intervenciones respecto del hecho objetivamente típico (imputable)»<sup>73</sup>. De esta forma, la autoría se configura como un instituto —subsidiario— orientado a la justificación de un juicio de imputación cualificado, dentro de una concepción de la teoría de la autoría y participación «como teoría de la cuantificación de las aportaciones en caso de codelinencia... mediante un juicio especial que tiene por objeto la valoración de las conductas de intervención»<sup>74</sup>.

Sin embargo, estas otras construcciones encuentran importantes resistencias. Pues ya no se trata de establecer —por ejemplo, en relación con una posible coautoría— si el sujeto interviene en fase ejecutiva, mediando acuerdo y con una contribución de cierta importancia, tal y como se desprende del discurso mayoritario<sup>75</sup>. Según ROBLES, es

preciso determinar, primero, la tipicidad de la conducta y posteriormente, su calificación en uno u otro sentido. A esta duplicidad operativa se añade el importante grado de complejidad. Porque, en relación con la primera cuestión, nos remite a la determinación de la idoneidad y carácter referencial de la conducta<sup>76</sup>, lo cual, en los ámbitos donde no hay deberes especiales, nos obliga a acudir al contexto, y particularmente a los «datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción»<sup>77</sup>; si bien dentro de las posibles referencias nos señala «dos que pueden ser de gran ayuda. La relación espacio-temporal con el hecho y la disponibilidad de la aportación»<sup>78</sup>. Posteriormente, en relación con la distinción cuantitativa entre autores y partícipes, nos remite nuevamente a «las particularidades del caso... teniendo en cuenta varios factores simultáneamente. Entre ellos... pueden mencionarse la definición de quién debe ejecutar el hecho, la definición de quién será la víctima del hecho, la definición de los medios comisivos del hecho y la definición de la magnitud de la lesión del bien jurídico»<sup>79</sup>. Como vimos más arriba, las concepciones mayoritarias yerran al tratar de buscar en el dominio, control y demás elementos de corte naturalístico la respuesta a un problema —normativo— de responsabilidad<sup>80</sup>. Ahora bien, ello no impide re-

69. Fundamental ya ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, cit. n. 1, pág. 26.

70. Así, señala LESCH, Heiko H.: Das Problem der sukzessiven Beihilfe, cit. n. 11, pág. 285: «Täterschaft und Beihilfe bezeichnen also in die Zurechnung integrierte und zu unterschiedlichen Beteiligungformen vertypete Phänomene der Strafzumessung»; ampliamente págs. 197 y ss. Más recientemente, v. VAN WEEZEL, Alex: Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln, cit. n. 45, págs. 66 y ss.

71. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 195, apuntando, pág. 257, que «no genera un riesgo penalmente relevante de intervención en el delito el que simplemente se solidariza con la ejecución del hecho. Por mucho que se empeñe, quien no realiza una prestación idónea para el hecho no puede ser considerado cómplice. Pero, además de ser idónea, la prestación debe contener una *referencia de sentido* al hecho principal..., la propia conducta de intervención debe estar configurada de manera tal que encaje en el hecho que ha de cometerse»; ampliamente, sobre la infracción de deberes y la configuración de la conducta como parte del hecho, v. págs. 291 y ss.

72. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, págs. 195 y ss., 215 y ss.

73. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 218.

74. *Ibidem*.

75. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 267.

76. Últimamente, v. STS 1315/2005, de 10 de noviembre, fundamento jurídico tercero; STS 1151/2005, de 11 de octubre, fundamento jurídico primero, con excesivas connotaciones causales; STS 1139/2005, de 11 de octubre, fundamento jurídico segundo.

77. Así, por ejemplo, en relación con los funcionarios de policía, explica ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 295, «deberán darse tres (*sic*) requisitos para poder afirmar la imputación por intervención en el delito no evitado. De un lado, ... si, en el caso concreto, la conducta del funcionario de policía que no impide la comisión del delito supone un *efectivo favorecimiento del mismo*. Ello sucederá sólo cuando de la situación concreta se derive que la actuación del agente de la policía habría impedido aquella conducta lesiva y, además, aquél había asumido específicamente, su control. En segundo lugar, parece necesario reducir tal posición de garantía a la evitación de aquellos peligros respecto de los que existe la expectativa social de que serán institucionalmente evitados... Al margen de estos bienes jurídicos tan sólo podrá afirmarse la existencia de un delito de omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos». Por el contrario, en los supuestos de configuración de la conducta, señala, pág. 303, que «al no poder basarse en la existencia previa de deberes de aseguramiento o control de objetos, va a depender de otras circunstancias que conforman el contexto en el que se verifica»; ampliamente, págs. 304 y ss.; adoleciendo aquí de elementos que permitan establecer concreta y positivamente por qué se genera la conexión. Esto es, por qué se aprecia tal conexión entre «el carnicero que vende su cuchillo de trabajo a quien quiere matar a su enemigo», pero no entre el «que alquila una habitación a quien trae consigo a una persona amordazada», por poner dos de sus ejemplos, *op. cit.*, pág. 312.

78. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 315.

79. *Ibidem*.

80. ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, cit. n. 23, pág. 271, señalando que «quien posee el poder de definición de todos estos aspectos o características del hecho es, *en principio*, autor» (*cursiva añadida*); mientras que

conocer el grado de operatividad y precisión de algunas de sus soluciones; por ejemplo, en relación con el criterio antes aludido del dominio funcional del hecho, basta con señalar los tres elementos expuestos en el proceso lesivo. Frente a ello, la propuesta de ROBLES PLANAS diluye en referencias más o menos genéricas a las particularidades del caso, primero, la determinación de lo típico y, posteriormente también, sus distintos títulos de imputación. Por ello no convence la reducción problemática y conceptual que sugiere para este instituto.

Finalmente, el componente adscriptivo del verbo típico y, en consecuencia, del proceso de determinación de su contenido<sup>81</sup>, permite pensar en una ulterior simplificación de los perfiles adelantados. En concreto, definir la autoría como criterio de imputación típica y diluir el componente

hermenéutico o de determinación del tipo en el juicio de imputación. Sin embargo, la distinción —ya a nivel— conceptual de las diferentes perspectivas problemáticas que abarca este instituto facilitan la transmisión de su carácter poliédrico y, en definitiva, de sus distintas dimensiones; que en la formulación de estas teorías se trata tanto de la determinación de lo típico como de su imputación, y de una imputación —cuando menos, tendencialmente— cualificada. En definitiva, que la autoría consiste en determinación e imputación autónoma de injusto —por tanto— conforme a momentos cualificados de responsabilidad. De este modo se ofrece el marco discursivo y problemático inmediato<sup>82</sup> sobre el que deben confrontarse las distintas soluciones.

---

en relación con la realización directa del tipo, apunta igualmente pág. 270: «por regla general, quien acaba la tentativa que va a dar lugar directamente a la realización del tipo será autor. No cabe excluir, sin embargo, que el hecho sea llevado desde los actos preparatorios hasta la fase de tentativa por un interviniente y, en supuestos extremos, tampoco que la tentativa acabada sea realizada por un partícipe».

81. Ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 10, págs. 95 y ss.

82. En este sentido, con razón, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Política criminal y reforma legislativa en la “comisión por omisión” (el art. 10 del Proyecto de Código penal de 1992)», en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 1075, que «los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más adscriptivo que descriptivo, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad. Decir el que matare significa, pues, ante todo, mucho más que “el que causare la muerte” y, por otro lado, algo menos o, mejor, algo diferente de eso. Con tal expresión se pretende significar a “aquél a quien se le pueda adscribir como propio el proceso de producción de la muerte de otro”». Anteriormente ya el mismo: El delito de omisión. Concepto y sistema, Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 123 y ss., expresamente, págs. 133, 136, 142, 144 y, en especial, 367. Más recientemente, el mismo: «La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)», en: El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, José María Bosch, Barcelona, 1997, págs. 60 y s.; el mismo: «Artículo 11» en: Comentarios al Código Penal. Tomo I, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999, págs. 453 y s. En un sentido próximo, ya señalaba TORIO LÓPEZ, Ángel: «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión», ADPCP, 1984, pág. 696, que «es característica en la actual fase de la teoría del delito una creciente consideración no descriptiva, valorativa, de los conceptos penales (principalmente de la tipicidad, como categoría central, expresiva del Estado de Derecho, en el concepto de delito)», advirtiendo, *op. cit.*, págs. 697 y s., de las posibles fricciones de tal tendencia con el principio de legalidad.

83. Sobre estructuras lógico-objetivas, por ejemplo, v. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG III, cit. n. 24, págs. 210 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho Penal, cit. n. 16, págs. 31 y ss., 62 y ss. Sobre la constitución jurídica de la sociedad JAKOBS, Günther: «La normativización del Derecho Penal en el ejemplo de la participación», cit. n. 37, págs. 621 y ss. Sobre el concepto de acción, recientemente también KRAATZ, Erik: Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, págs. 271 y ss., 285 y ss.