

EL CONCEPTO DE AUTOR

Álvaro BUNSTER

1. El maestro Jorge Barrera Graf, estamos ciertos, sabrá apreciar el grado de amistad, admiración y afecto que de nuestra parte envuelve rendirle homenaje con un estudio propio del área a que actualmente y desde hace algún tiempo consagramos nuestros desvelos, aunque esté ella distante de sus preocupaciones de mercantilista eminente.

Esta área es el concurso de personas al hecho punible. En ella, por sorprendente que parezca, se mantiene vivo el debate en torno del autor del hecho, sea que se le reconozca el carácter de figura central conformadora del concurso, sea que, prescindiéndose de esta última idea, según postulan algunas concepciones modernas, subsista sin embargo, con alcance diferente del tradicional, un número reducido de formas de autor, a saber la del autor inmediato y la del autor mediato. El debate, por otra parte, se extiende a toda la gama abarcada por el concepto de autor, esto es, a quien realiza el hecho por sí mismo, a los coautores y al autor mediato. Esta contribución tiene por principal afán demarcar su concepto del de los partícipes, especialmente a través del cotejo entre coautores y auxiliares y entre autor mediato e instigador.

Excusado parece decir que las limitaciones materiales propias de un aporte a un libro colectivo de homenaje académico permiten un planteo de los problemas y una discusión de los mismos que difícilmente pueden ser exhaustivos.

2. La búsqueda del concepto de autor del hecho debe emprenderse tanto en la ley como en la elaboración doctrinal.

La primera búsqueda no debe verse obstruida por preceptos infortunados, como la fracción I del artículo 13, que hace responsables del delito a "los que acuerden o preparen su realización". En buena interpretación, y a la luz del precepto de la tentativa, que abre el paso a la punibilidad a partir desde el principio de ejecución, la antedicha conducta de *preparar* el delito debe entenderse punible, todo lo más, cuando importa un acto de auxilio en conformidad a la fracción VI, cosa que no es posible afirmar de la acción por sí sola de *acordar* el delito,

a menos que aparezca seguida por acciones del mismo individuo comprendidas en el *iter criminis* punible. No puede, pues, ese desventurado precepto perturbar la correcta intelección de aquello que es propio y privativo del concepto de autor del hecho.

Esto dicho, es indudable que la reproducida fracción II del artículo 13 comienza a brindar materiales valiosos para llegar al concepto legal de autor al decir que son responsables del delito "los que lo realizan por sí". En el código penal mexicano, y sobre todo en lo que de reformado tiene a partir desde 1984, priva claramente un propósito ordenador que, por desconfianza tal vez en la competencia profesional de la judicatura penal mexicana, raya en los límites de lo didáctico y lleva a disponer los preceptos en una secuencia imitativa de las exposiciones jurídicas sistemáticas. Y así, por archisabido que fuese para el recordado reformador mexicano de 1984 que es superfluo mencionar entre los responsables del delito en el libro I al sujeto que con las expresiones "quien" o "el que" se designa en cada tipo del libro II como autor del mismo, no renuncia sin embargo a incluirlo también en el artículo 13, ciertamente como el autor individual que en esta sede sólo debemos imaginar eventualmente acompañado en su acción delictuosa de partícipes en sentido estricto. Y la idea de *realizar*, no ocioso apuntarlo, puesta allí a modo de verbo rector de la conducta de autor, reaparecerá entre los coautores como *realizar* conjuntamente el hecho (fracción III), y en sus equivalentes de *cometer* y *comisión*, a propósito del autor mediato en la fracción IV.

Importa destacar que en los códigos de moderna factura no es usual encontrar una definición de autor del delito. La indagación sobre el concepto parte, pues, de que en la acuñación de todo tipo de delito la acción u omisión descrita por éste es la acción u omisión del autor. Si, ello no obstante, es voluntad de la ley calificar de autores, aparte los coautores y el autor mediato, a otros concurrentes, suele incluir para ello un precepto en la regulación del concurso en la parte general. Tal es el caso, por ejemplo, del código penal español, en que la interpretación moderna rehusa reconocer en las antedichas reglas la condición de autor implícita en cada tipo¹ para dar por descontado que ciertamente conciernen a un *plus* cuyo contenido y alcance es menester desentrañar a través de la faena interpretativa.

El código mexicano no es, en este respecto, un código como el español. También en él, por supuesto, el concepto de autor empieza por

¹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pp. 218 y ss.

hallarse implícito en cada tipo de la parte especial. Sin embargo, la idea de *realizar el hecho por sí* figura en el cuidado elenco de categorías de concurrentes que es contenido del artículo 13, y si entendiéramos que está allí sólo para tornar explícito que es autor del hecho el que implícitamente es tal en todo tipo de delito, el realizador del hecho por sí constituiría la única categoría de concurrentes que no sería de ninguna manera obligatorio consignar en el artículo 13, pues todas las demás, si estuviesen ausentes del antedicho artículo, despojarían al juzgador de cualquier fundamento para perseguir la responsabilidad por las conductas a que la conformidad de tales categorías conduciría. Hay, pues, fundamento plausible para pensar que también la fracción II del artículo 13, como los equivalentes preceptos incluidos en la parte general de códigos como el español, puede envolver también ese *plus* a que nos referíamos, o, al menos, un concepto de amplitud suficiente para dejar abarcados por él formas de codelinuencia que hasta ahora ha resultado técnicamente difícil tener por admitidas como formas de autoría. Esto, a nuestro juicio, se ve confirmado por el empleo que la ley hace del mismo verbo al ocuparse de los coautores (fracción III), ninguno de los cuales *realiza todo* el delito, y al tratar, en fin, del autor mediato (fracción IV), que *no realiza el hecho por sí*, sino por el intermediario, mediador o instrumento de que se vale. Son todos poderosos indicios de que el verbo realizar debe ser entendido con un cierto grado de amplitud.

3. Tras lo dicho no es, sin embargo, inconsecuencia metodológica alguna empezar por poner a prueba el tenor legislativo de *realizar el delito por sí* contra el trasfondo de una teoría como la objetiva formal, que sospechamos algo estrecha al diferenciar al autor de los partícipes a través de la correspondencia de la conducta del primero y no de las de los segundos con la figura misma de delito.

Antes de entrar de lleno a esa tarea es indispensable tener presente el distingo entre un concepto extensivo y uno restrictivo de autor,² distingo que sigue siendo necesario aunque la legislación mexicana, según dijéramos, se haya esmerado en esta materia en presentar un cuadro completo y prolijamente imbricado de reglas sobre autores y partícipes.

La distinción entre concepto extensivo y concepto restrictivo de autor obedece a que el legislador cuenta preliminarmente con dos posibilida-

² Zimmerl, Leopold, "Vom Sinne der Teilnahmevorschriften", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 52 (1932). Fue Zimmerl, en el antedicho artículo, quien primero habló de concepto extensivo y restrictivo de autor.

des de encarar el problema del alcance del tipo penal tratándose de varios concurrentes. Si por vía de ejemplo se escoge el tipo de homicidio, en que la conducta consiste en privar de la vida a otro, podría interpretarse el alcance del tipo en el sentido de que incurre en él todo el que pone una causa para la muerte de otro. De esta manera no sólo aparecería como homicida el que ha disparado el arma sobre la víctima sino también el que facilitó dicha arma al hechor y el que lo indujo a disparar, pues cada uno de ellos puso una causa de la muerte. A esta interpretación se la designa en la terminología científica como teoría del concepto extensivo de autor. En ella, las disposiciones que consagran las formas participativas de auxilio e instigación se conocen como causas de reducción de la pena, sobre todo si en la legislación respectiva auxiliador e inductor tienen asignadas penas inferiores a la del hechor. En oposición a la teoría del concepto extensivo de autor, cabe concebir sumir en el tenor literal del mismo, y que viene, en el caso, a conformar la figura del autor inmediato. Para incriminar a los concurrentes que el tipo del ejemplo como descriptivo sólo de la acción que se deja sub-intervienen de otro modo en el hecho es necesario formular preceptos que describan tales formas de participar en sentido estricto y sin los cuales resultarían impunes, preceptos que pasan a ser, entonces, causas de extensión de la pena. Se conoce a esta concepción como teoría del concepto restrictivo de autor.³

La convivencia en el marco del estado de derecho y la consiguiente necesidad de contar con criterios firmes para la interpretación de los tipos en sus contornos más netos, obligan a inclinarse por el concepto restrictivo de autor, con entera prescindencia, por cierto, de que la ley penal mexicana no asigne en abstracto penalidad diferente a los partícipes respecto de aquél.

4. Ocupémonos ahora de la teoría objetiva formal. La bibliografía da testimonio de esta posición doctrinal ya en los albores del siglo XIX. En 1805 decía Stübel, en Alemania, que entre los concurrentes a un delito cabía distinguir al que ha causado un hecho que pertenece al concepto legal del mismo y que, por tanto, constituye una parte de su figura (*Tatbestand*) —como en el hurto la ruptura de aquello en que las cosas se contienen y la sustracción de éstas— del que ha tomado parte en el delito de otra manera, facilitando, por ejemplo, los instrumentos para practicar el hurto, ocultando las cosas o distribuyéndolo

³ Zimmerl, Leopold, *op. cit.*, p. 166.

las.⁴ En la segunda mitad del siglo XIX creció en Alemania el número de sostenedores de ese mismo pensamiento.⁵

En Italia cuéntase Carrara entre sus más decididos partidarios. Sus denodados esfuerzos por captar la noción de autor y exponerla del modo más preciso posible se perciben con toda exactitud en las páginas de su célebre y nunca suficientemente recordado opúsculo sobre la complicidad, que ofrecen al jurista un ejemplo estimulante del empeño científico en alcanzar la verdad.⁶ “El autor principal —dice en el § 186— es sólo aquél que ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito. Si varios lo ejecutan, varios son los autores principales. Todos los otros son delinquentes accesorios”. Acto seguido agrega en el § 187 que “no puede haber en la ciencia otro criterio para definir el autor principal de un delito si no se restringe la noción al autor físico del acto que consume la violación de la ley”. Más adelante, en el § 189, reitera estos conceptos:

Para ser autor principal de un delito es necesario haber participado directa y materialmente en las circunstancias que constituyen el momento de la infracción, según su definición legal. La responsabilidad o el grado de ella no es lo que distingue al autor del cómplice: son las condiciones físicas de la acción.

A continuación expresa, en el § 190:

Autor principal, pues, llamaremos sólo a aquél que consciente y libremente ejecuta el acto consumativo del delito, o que en éste materialmente participa. Que si tal acto se ejecuta por más de uno, serán varios los autores principales, porque en varios concurre su nota característica. Todos los otros son delinquentes accesorios.

Al ocuparse, muchas páginas más adelante, de los correos, que en concepto de Carrera son todos aquellos que toman parte en el delito en los momentos de la consumación, separa el momento de la perfección del momento de la consumación. El primero es aquél en que fue defi-

⁴ Stübel, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdamnenden Endurteile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tötung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, citado por Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 57.

⁵ Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2, Auflage, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967.

⁶ Carrara, Francesco, “Del grado nella forza fisica del delitto”, en *Opuscoli di diritto criminale*, 6a. ed., Firenze, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1909, vol. I, pp. 495-652.

nitivamente violado el *derecho* que es el *objeto* del especial delito; los momentos de consumación (o *actos consumativos*) pueden ser diversos. Según él, el verdadero autor sería el que da existencia al momento de la perfección del delito, de modo que si éste sólo admite un momento de perfección (como el estupro) el *autor* no puede ser sino uno solo.

Podrá haber *correos*, por ejemplo, en quien sujeta a la renuente doncella: podrá haber *auxiliadores*, por ejemplo en quien lo haya introducido en la cámara de ella (*nella di lei camera*); pero *autores*, queriendo ser exactos, no; aun cuando en la práctica se use frecuentemente la palabra coautores con mayor amplitud (§ 288).

Este último párrafo completa el pensamiento del gran jurista en torno del concepto de autor. Es un concepto objetivo formal de alcance por demás restringido, en que el maestro se cuida especialmente de dejar establecido qué característica indefectible de la noción de autor es la intervención material, *física*, en los actos que constituyen la infracción; que tales actos son los que la constituyen *según su definición legal*; y que entre tales actos, los del autor son los que violan el especial derecho en que el delito consiste, vale decir, los que lo *consuman*.

En esto último se manifiesta primordialmente la extrema restricción con que el maestro italiano entiende el concepto de autor. Es interesante hacer notar que un jurista que no construía el sistema del delito sobre la base de una determinada ley vigente y que no se había ocupado de elaborar específicamente el concepto de la figura o tipo de delito, conformaba la imagen del autor en torno de tal concepto.

El criterio objetivo formal ha contado en Alemania, durante la primera mitad del presente siglo, con todo el favor que la doctrina negó al criterio subjetivo. Mientras éste campeaba en las decisiones judiciales, aquél obtenía la adhesión de Beling,⁷ M. E. Mayer,⁸ Von Listz,⁹ Eberhardt Schmidt,¹⁰ Mezger,¹¹ Von Hippel,¹² Hegler¹³ y Graf zu

⁷ Beling, Ernst, *Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, Neudruck der Ausgabe, 1906), Aalen, Scientia Verlag, 1964.

⁸ Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters Universität Buchhandlung, 1915.

⁹ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1926.

¹⁰ Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26, Auflage, Berlin Walter de Gruyter & Co., 1932.

¹¹ Mezger, Edmund, *Strafrecht*, 2, Auflage, München und Leipzig, Dunker & Humboldt, 1933.

¹² Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht* (Berlin, Neudruck der Ausgabe, 1925), Aalen, Scientia Verlag, 1971, Band II.

¹³ Hegler, August, "Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelperson", en *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932.

Dohna,¹⁴ entre muchos otros. En la ciencia contemporánea de ese país ya no conserva adeptos, salvo Wegner, quien lo mantiene tenazmente en su *Tratado* de 1951.¹⁵

Beling, frente al derecho alemán, señala como característica de la participación en sentido lato la tendencia o propensión de los actos de los diversos concurrentes hacia uno y un mismo tipo (*Typus*), de modo que la ejecución conjunta —(*gemeinsame Ausführung*), como rezaba el § 47 del código germano— equivale a la realización de acciones pertenecientes a la figura (*Tatbestand*) legal y es coautoría, al paso que la realización de acciones preparatorias o adyacentes a la de otro constituye complicidad: sujetar a la víctima durante la acción de matar y montar guardia durante la acción furtiva de sustraer no son el “matar” ni el “sustraer” mismos, sino el poner condiciones concomitantes a aquellos actos.¹⁶ Al tratar en especial de la coautoría, entenderá, en consecuencia, que ella existe cuando cada cual —sea simultánea, sea sucesivamente— ha realizado un fragmento de la acción de ejecución respecto de una idéntica figura legal.¹⁷

M. E. Mayer dice del autor que es quien realiza la figura legal culpable y antijurídicamente a través de su propia actividad¹⁸ y, fiel a su pensamiento de que las causas de extensión de la pena son aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta concediendo a las características del singular delito una aplicación que trasciende su esfera conceptual, señala a la participación en sentido estricto (instigación, auxilio), que en su opinión es una de aquellas causas, como toda acción que se subordina al tipo o figura ampliado o extendido (*erweiterte*)¹⁹ y cuya punibilidad se funda en una disposición general amplificante de los especiales tipos.²⁰ Eberhard Schmidt, en la edición vigésima sexta del *Tratado* de Von Liszt, define al autor como “el que, en consciente actuación conjunta con otros, ha iniciado o concluido la acción de ejecución”; la coautoría presupone participar en la acción de ejecución, con lo que se determina objetivamente su diferencia con la complicidad. En el homicidio, el hurto y la estafa es autor, respectivamente, el que ha producido la herida mortal, el que ha tomado la cosa con intención de apropiársela, el que ha intervenido en el en-

¹⁴ Dohna, Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Vierte durchgesehene Auflage. Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1950.

¹⁵ Wegner, Arthur, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1951.

¹⁶ Beling, Ernst, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

¹⁷ *Idem*, p. 408.

¹⁸ Mayer, Max Ernst, *op. cit.*, pp. 375 y 380.

¹⁹ *Idem*, p. 387.

²⁰ *Idem*, p. 388.

gaño. En los llamados delitos complejos es coautor el que ha cometido alguna de las acciones de ejecución que configuran el delito. Así, presupuesta la colaboración consciente, A y B son coautores: A violenta a la mujer C o amenaza a D con un peligro actual para el cuerpo o la vida, en tanto B abusa de la mujer C o arrebatata la cartera a D, pues la violencia y la amenaza son características de las figuras delictivas de violación y robo. En cambio, cuando A monta guardia mientras B practica el hurto con escalamiento, A no es nunca autor, sino cómplice, pues el montar guardia no es acción de ejecución del delito de hurto.²¹

Mezger dice que es autor el que ejecuta una acción típica y cómplice quien se limita a apoyar (*unterstützen*) su realización, pero el criterio objetivo formal, para él correcto por hallarse en armonía con la ley vigente, debe ser comprendido y aplicado en forma teleológica, habida cuenta de todas las relaciones de la figura y del bien jurídico que a través de ella protege la ley.²²

Graf zu Dohna dice que es autor quien concreta personalmente el tipo de un delito.²³ Autor es quien mata, se apodera, ofrece resistencia, etcétera. Si el tipo de delito se compone de varios actos, la realización de uno solo es suficiente para hacer surgir la condición de autor. Si de dos personas, una hace uso de la violencia mientras la otra se apodera de la cosa, se dice que cometen robo como coautores. En cambio, quien sostiene la escalera por la que otro sube y quien vigila mientras los otros cometen un robo con efracción, no son autores sino cómplices.²⁴

Wegner afirma que es autor quien de manera consciente y voluntaria y con todas las demás características internas de la figura legal, la ha realizado exteriormente²⁵ y que es autor, y también coautor, quien realiza una acción de ejecución.²⁶

El criterio objetivo formal, prevalece en Austria,²⁷ en Francia²⁸ y muy particularmente en la tradición del *common law*, donde el *principal in the first degree* es caracterizado, por Cross-Jones²⁹ como "una

²¹ Schmidt, Eberhard, en el citado *Lehrbuch* de von Liszt, pp. 334 y 335.

²² Mezger, Edmund, *op. cit.*, p. 444.

²³ Dohna, Graf zu, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ *Idem*, p. 60.

²⁵ Wegner, Arthur, *op. cit.*, p. 242.

²⁶ *Idem*, p. 249.

²⁷ Dietz, Wolfgang, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1957, pp. 67 y 68.

²⁸ Dietz, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

²⁹ Straub, Gernot, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1952, p. 15.

persona que comete un delito directamente o a través de un agente inocente” y por Glanville Williams³⁰ como

normalmente el real perpetrador del acto delictuoso. Más precisamente, es quien —dice este autor— siendo directamente aludido por la prohibición penal, la infringe con la necesaria *mens rea* o negligencia (si una de ellas es requerida). En general —continúa este último autor— el *principal in the first degree* está indicado por las palabras de la regla legal: en el perjurio, quien ha jurado; en la bigamia, quien, hallándose casado, contrae nuevo matrimonio; en diversos delitos (*offences*), el poseedor de cosas prohibidas.³¹ Una parte del delito —expresa más adelante— puede ser cometida por un autor, otra por otro. En el robo con efracción (*burglary*) uno puede romper los resguardos, el otro entrar. En la falsificación de documentos (*forgery*), cada persona puede forjar una parte diversa del documento, y en el libelo injurioso (*libel*), puede D redactar, E imprimir y F publicar.³²

El punto de vista objetivo formal exhibe frente a los anteriores ventajas manifiestas. Beling hace notar con especial orgullo la función benéfica que en él cabe al concepto de tipo o figura legal al superar a la vez los inconvenientes de los criterios puramente subjetivos y los meramente causales. Es mérito innegable de las teorías materiales objetivas el poder aportar un criterio equidistante de los anteriores, el buscar elementos decisorios del problema dentro de la ley y el destacar con plasticidad apreciable³³ los actos que deben estimarse propios del autor: clavar el puñal en el pecho, alzar la mano al jurar, retirar las joyas del arca, aparecen como acciones de autor no sólo al criterio jurídico, sino al buen sentido y al lenguaje corriente de la vida.³⁴ En la pléyade de sus sostenedores sistemáticos, el último de ellos en el tiempo llega casi al sarcasmo en la fundamentación entusiasta de la teoría.

Al practicar el cotejo del acto de los coautores con el de los cómplices —que es donde generalmente se suscita el problema de la exacta y precisa delimitación y donde suele desplegarse por los tratadistas el bagaje teórico correspondiente— Wegner cree más fácil dilucidar la cuestión con imágenes extrajurídicas que con los ejemplos tradicionales.

³⁰ Glanville Williams, *A Treatise on Criminal Law*, London, 1964, p. 346.

³¹ *Idem*, p. 347.

³² *Ibidem*.

³³ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 35.

³⁴ *Ibidem*.

Si la fabricación de un automóvil *Ford* es una obra colectiva regida por el principio de la división de trabajo, ¿cuál de las ciento o más personas que realizan en ella manipulaciones determinadas construye a través de ellas el automóvil? Movería a risa responder que también lo construyen quienes asean el local o limpian las ventanas, debido a que también coadyuvan al trabajo de la empresa. Pero, volviendo a los ejemplos específicamente jurídicos, mayor sería aún la hilaridad de la banda de ladrones si la abuela ciega del patrón de la guarida se vanagloriase de haber coejecutado el robo por el solo hecho de haber anudado previamente la escala de cuerda con que ellos treparon por la fachada. La teoría objetiva formal reservará la calidad de autores para quienes han escalado, pero la abuela será sólo un cómplice.³⁵

5. De las fuentes doctrinales citadas aparece falta de unidad en el modo de concebir la conformidad al tipo de la acción de autor. Concepción en extremo restringida es, como observáramos, la de Carrara, que identifica esa conformidad con la participación directa y material en las circunstancias que constituyen el momento de la infracción legal, declarando autor principal de un delito al autor físico del acto que consuma la violación de la ley. En relación a los tipos compuestos, en seguida, aparece más moderada la posición que estima suficiente para la condición de autor el haber satisfecho uno de los elementos del tipo. Se da, todavía, una posición más amplia, que reconoce al autor en quien realiza un trozo de aquello que constituye el núcleo del tipo. Con estas concepciones en la mente debemos someter a prueba la fórmula de la fracción II del artículo 13 del Código penal mexicano.

a) Si a estas alturas de la exposición, y prescindiendo por ahora de la figura del instigador, cuya conducta es ocioso cotejar con la del hecho, nos estamos al sencillo ejemplo del autor que mata con el arma facilitada a sabiendas por un tercero, la acción de privar de la vida a otro es fácilmente atribuible al autor legalmente descrito como el que "realiza el delito por sí", sin que los contornos del concepto resulten desdibujados en medida alguna por la acción de auxilio, que es de mera participación. Mientras a la primera reserva el artículo 13 su fracción II, a la otra consagra su fracción VI.

La teoría objetiva formal parece operar aquí perfectamente, ofreciendo un inobjetable criterio de certeza.

b) Mas permanezcamos aún en el ámbito de los tipos simples, como el de homicidio de que nos estamos valiendo, y en la precedente constelación participativa, con la diferencia de que ahora el auxiliador no

³⁵ Wegner, Arthur, *op. cit.*, p. 249.

es ya un cómplice marginal, sino lo que se conviene en llamar un cooperador necesario. El análisis no tiende en esta nueva hipótesis a poner en duda la condición ya atribuida de autor a quien realiza el hecho por sí mismo, sino a determinar por qué no merece también esa calificación el llamado cooperador necesario. Para ello debemos tener en cuenta tanto la fracción II (realizar el hecho por sí) como la fracción III (realizar el hecho conjuntamente).

Aproximémosnos al problema con el ejemplo del acto de cooperación necesaria consistente en franquear el paso al hechor por la única vía de acceso posible para ultimar a la víctima. Quien ultima es el autor que ha realizado el hecho por sí, pero quien interviene aportando una contribución indispensable a la realización de la acción, sin tomar parte, sin embargo, en ella misma en conexión inmediata, no ha realizado el hecho por sí, y, por eso, no es autor. Al no haber tomado parte en la ejecución del hecho, es decir, al no haberlo realizado conjuntamente con otro, tampoco puede ser tenido por coautor (fracción III). En consecuencia, la conclusión válida para la situación *sub a)* lo es también para la situación *sub b)*. La teoría objetiva formal parece seguir aportando su inobjetable criterio de certeza.

c) Prosigamos. Teniendo siempre en mente el tipo simple de homicidio, imaginemos que la víctima —para poder ser apuñalada por quien con ese acto, desde luego, realiza el hecho por sí (fracción II)—, ha debido ser físicamente sujeta por el codelincuente. ¿Qué categoría de codelincuente es éste, cuyo acto no es ya de auxilio marginal, sino que se despliega en *conexión inmediata* con la acción ejecutiva susceptible de yuxtaponerse a la descripción típica? ¿No es acaso también una acción ejecutiva?

En fin de cuentas, en la situación *sub b)* el cooperador necesario, lejos de efectuar su acción de franquear el paso al hechor en conexión inmediata con la acción de éste, intervino, en verdad, en una fase preparatoria de la ejecución. El que sujeta, en cambio, concurre al hecho en el mismísimo contexto de acción de la propia conducta ejecutiva descrita por el tipo. Diríase casi que su conducta es intercambiable con la de quien clava el puñal, puesto que la constelación fáctica en que se inscribe debe ser subsumida en la realización conjunta que es el contenido de la fracción III, y debe, en consecuencia, en nuestro concepto, tenerse por autor del hecho, pues tanto lo realiza como quien clava el puñal. El criterio de certeza que brinda la teoría objetiva formal no se muestra ya tan decididamente inobjetable y parece divisarse la necesidad de recurrir a otros elementos que no consisten sólo en la formal conformidad de la conducta a la descripción legal. Ello significa tras-

cender el mero procedimiento intelectual de subsunción y desplegar una sensibilidad que equipara conceptual y sobre todo valorativamente las dos conductas, calificándolas a ambas de autoría. Aunque esa sensibilidad sobrepase las consideraciones formales, no adhiere tampoco a elementos identificables como propios de las teorías materiales objetivas o de la teoría subjetiva.

d) Al concluir que el que sujeta a la víctima es coautor, hemos abandonado la antedicha fracción II, concerniente a la realización del delito por sí, para caer de lleno en la fracción III, relativa a los coautores. Estos coautores no son, sin embargo, Bruto, Casio y Casca causando a César sendas heridas de muerte con sus puñales, en lo que no viene a darse otra cosa que la superposición de tres plenas "realizaciones por sí", sin el aporte de novedad alguna a la teoría jurídica de la autoría. Tal forma de coautoría concomitante y paralela, como la ha denominado la doctrina, no plantea, al parecer, otro problema que el de la comunicabilidad o incomunicabilidad de los elementos o circunstancias del delito entre los concurrentes, sin suscitar cuestión alguna que resolver en torno de problemas técnicamente tan arduos como, verbigracia, éste de la delimitación entre autor y partícipes o el de la accesoriidad de éstos respecto de aquél.

La coautoría de la fracción III es la de quienes han tomado sólo parte en la ejecución del hecho y que, por tanto, no podrían ser punidos a título de autores del hecho total, como hemos expresado, sin la existencia de la dicha fracción III. Es el muy citado caso de los que asaltan un banco, que operan conforme a un principio de división del trabajo. Suele agregarse que la fracción III no resulta aplicable si alguno de los concurrentes ha realizado con su acción la totalidad de la acción descrita por el tipo, pero esto último no sólo importa caer en formalismo sino en serias contradicciones.³⁶ Nuestra afirmación de que es coautor el que sujeta a la víctima para que otro la apuñale se tornaría insostenible. Quienes exaltan al que vigila durante la ejecución del robo a la condición de autor, cuando, conforme a las circunstancias, su intervención ha sido decisiva para el éxito de la empresa criminal, admiten con ello la existencia de un coautor que no ha realizado la acción típica con uno que sí lo ha hecho llevando personalmente a cabo la apropiación de cosa ajena, como esos mismos tratadistas afirman.³⁷

Así pues, la fracción III debe interpretarse como reguladora de una forma de concurrencia punible en que todos han efectuado actos de

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, tomo IV, p. 333.

³⁷ *Ibidem*.

ejecución, sea que constituyan cada uno un fragmento del delito, sea que uno o varios hayan satisfecho íntegramente la descripción típica.

Más allá de esas consideraciones, debemos poner énfasis en que la *realización* conjunta en el caso de estos coautores es una confluencia de actos que, parciales todos o algunos respecto de la realización completa de la figura de delito, son todos ellos actos *ejecutivos*, no actos de cooperación. Y la calificación que merecen de actos de autor no deriva, ocioso es decirlo, de seguir viéndolos a la luz de la teoría formal objetiva.

Son otras las ideas que cobran significación en este campo, y que la cobran, sobre todo, frente a casos que se han tornado célebres en la teoría del concurso. Ya nos hemos ocupado del que sujeta a la víctima. Podemos recordar el del conductor del vehículo en el robo, a quien, en las circunstancias concretas, tendremos por coautor si se trata de un asalto en que se debe operar con celeridad y explotando la sorpresa, lo que requiere de la destreza, autodominio y presteza del chofer para desaparecer al punto,³⁸ calificación que no convendría al mero auxiliador que siga al ladrón a distancia con su vehículo, para facilitarle la fuga en caso de peligro.³⁹ Si prescindiendo de la acción de quien vigila el hecho delictivo éste se descubriera de inmediato, quien vigila es coautor, pero es mero auxiliador si sólo contribuía a la mayor tranquilidad de los hechores durante su faena criminal.

Percíbese la gravitación de otras ideas, cuya presentación formal postergamos aún, y que dan fundamento a la calidad de autor o de partícipe, en su caso. Ellas terminarán de exhibir claramente sus contornos al llegar a la figura del autor mediato.

e) Todavía en el ámbito de los coautores, hagámonos ahora cargo de los que lo son en los llamados tipos compuestos. Es en este ámbito donde la mayoría de los partidarios de la teoría objetiva formal se conforman, para los efectos de afirmar la calidad de autor, con que éste haya realizado uno de los elementos de la descripción legal, y al efecto suelen invocar el caso del robo con violencia, donde proclaman coautor tanto al que ejerce la violencia sobre la víctima, realizando con ello uno de los elementos de la figura, como al que efectúa el acto de apropiación, que con ello realiza el otro de tales elementos. Trátase de la ilustración perfecta de la composición de los actos parciales de ejecución como los fragmentos de un mosaico.

Si no nos resulta dudosa la calidad de coautor de quien sujeta a la víctima en el tipo simple de homicidio, ¿cómo podríamos dudar de que

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

se ha iniciado la ejecución del hecho cuando uno de los sujetos violenta a la víctima hasta paralizar toda posibilidad de defensa, a fin de que su correo inicie la acción de apropiarse de las cosas? Aquí, ciertamente, no podemos seguir la opinión reproducida del ilustre Carrara.

Hay algo, sin embargo, en esta hipótesis que sirve maravillosamente para traer agua a nuestro molino.

El robo con violencia es, por esencia, un delito contra la propiedad. Su núcleo de delito contra la propiedad no está dado, ciertamente, por la acción de ejercer violencia sino por la acción de apropiación. Con un grado apreciable de razón podría sostenerse que quien ejerce violencia no efectúa lo que es este delito sino una acción que aparece como un aditamento agravatorio situado fuera del núcleo de la acción que es propia del delito, núcleo constituido precisamente por la acción de apropiación. Si por encima de los criterios lógicos situamos los criterios valorativos, reiteraremos que quien anula por los golpes toda resistencia de la víctima del robo para la apropiación que en seguida emprenderá el coautor, es fuera de toda duda, valorativamente hablando, tan autor como él. Pues bien, ¿qué diferencia media entre esa acción y la de sujetar a la víctima para que otro la apuñale? ¿Qué importancia asume en este contexto el que en un caso se trate de un tipo compuesto o complejo y en el otro de un tipo simple? En ambos el acto en que alcanza expresión el ataque mismo al bien jurídico que directamente protege la ley cuenta con otras acciones en conexión inmediata con ella, y poco importa, desde este punto de vista, que en el robo éstas formen parte de la descripción del delito y en el homicidio no. Otra posición adolece de formalismo.

6. Lo que llevamos expuesto deja ver que la teoría objetiva formal no es directriz válida para delimitar el concepto de autor en sentido estricto ni el concepto de coautor. No es con la utilización exclusiva de ella como podemos deslindar los conceptos de autor y cómplice. La gradación en que hemos ido presentando las situaciones controvertidas, y su correspondiente ilustración con ejemplos, dejan ver la tácita presencia de otro elemento, de un elemento material y no formal, objetivo y no subjetivo, que no corresponde, sin embargo, al contenido de ninguna de las teorías objetivas materiales a que la doctrina hace tiempo volvió la espalda. Ese elemento es el señorío o dominio del hecho.

La historia de este concepto en la ciencia penal es conocida. Se reconoce como su formulador a Hans Welzel, quien, en sus célebres *Studien zum System des Strafrechts*, de 1939, dice:

En el ámbito del obrar final se destaca unívocamente la autoría final de toda otra forma final de concurrir. Autoría final es la forma más comprensiva del dominio final del hecho. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta, y con ello, señor de "su hecho", que él conforma finalmente en su ser y en su consistir. Ciertamente tienen también el instigador y el auxiliador un cierto señorío del "hecho", pero sólo sobre su intervención. El hecho está sólo subordinado al dominio final del hecho del autor. La participación en él sólo es, por tanto, intervención en *hecho ajeno*. El instigador, en verdad, incita al hecho ajeno y el auxiliador lo favorece, pero el señorío o dominio final sobre la resolución y sobre la real ejecución de ella lo tiene sólo el autor.⁴⁰

Aparte esta caracterización fundamental del dominio del hecho, suele citarse, entre las muchas que sería posible espigar en la bibliografía, principalmente alemana, sobre la materia, la propuesta por Maurach en su conocido *Tratado*: "Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo",⁴¹ donde "todo cooperador" debe entenderse como "todo concurrente" (*Mitwirkender*).

Estos enunciados, nos parece, permiten discernir si es este elemento del dominio del hecho el que puede hacer claro el deslinde entre autor y auxiliador, deslinde para el que, como se ha visto, no brinda criterios netos y firmes la teoría objetiva formal.

Si ateniéndonos a la sucesión de nuestros ejemplos consideramos primeramente el simple caso del autor que obra con un auxiliador que despliega actos marginales de ayuda y, cabría decir, verdaderamente preparatorios de la acción, el hechor es quien, fuera de toda duda, posee el dominio del hecho: él es dueño de la resolución de matar y de la ejecución de tal resolución en el mundo real, en su ser y en su consistir, él tiene dolosamente las riendas del acontecimiento típico; él es quien se encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir por su comportamiento, la realización del tipo. Roxin, el gran teórico del dominio del hecho, distingue en este caso un dominio del hecho de acción, un señorío que está en la acción (*Handlungsherrschaft*).⁴²

⁴⁰ Welzel, Hans, "Studien zum System des Strafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, 1939, p. 539.

⁴¹ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, tomo II, p. 309.

⁴² Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 126.

Nada de demasiado diverso podemos expresar del autor que recibe un auxilio que no es marginal, sino indispensable o necesario. Su indispensabilidad o necesidad no recae sobre si el hecho se ejecuta o no, esto es, sobre el sí del delito, ni tampoco sobre el cuándo y el cómo, pues al autor incumbe, en conformidad a la tesis del dominio o señorío del hecho, determinar lo uno y lo otro, precisamente por ser dueño o señor del hecho. Resuelto eso, el auxiliador necesario facilita un medio sin el cual, es cierto, el delito podría efectuarse, pero ello está también dentro del contenido de decisión del autor y concierne a los extremos sobre los cuales ejerce él su dominio o señorío. El auxiliador, cabe siempre tenerlo presente, no interviene en el hecho con un acto de ejecución y, por tanto, en el momento ejecutivo, sino con un acto de cooperación. Mal podría, en consecuencia, resolver sobre el sí o el no de la ejecución. Y es esta carencia o deficiencia la que lo mantiene en la calidad de partícipe y no lo eleva a la de autor.

Al pasar de estas formas de cooperación o auxilio a la coautoría, la situación cambia del todo. No es éste el lugar para desarrollar en toda su amplitud la descripción del plano subjetivo en que la coactuación de varios debe desplegarse para constituir, jurídicamente hablando, coautoría. Lo cierto es que todos los coautores, para ser tales, deben haber tomado parte en la decisión de ejecutar el hecho y, en seguida, haber intervenido con actos de ejecución en la perpetración del mismo, de modo que esas aportaciones objetivas que vienen a completar el hecho se requieran integradoramente las unas a las otras para constituir lo que el mismo Roxin ha denominado el *dominio funcional* del hecho.⁴³ Ese dominio funcional no lo posee, ciertamente, quien, amén de no haber intervenido en la decisión, no ha realizado actos de ejecución o actos en conexión inmediata con ella. Los ejemplos antes ofrecidos de quien sujeta a la víctima y de quienes, en ciertas circunstancias expresivas del carácter claramente ejecutivo e integrador del respectivo aporte, hacen de chofer o de vigilante, parecen ilustrar claramente lo que aquí se trata de dejar sentado.

7. Y llegamos al autor mediato, la tercera y última área conceptual de la noción de autor, que no habíamos mencionado todavía.

La reforma de 1984 ha tenido por cierto muy presente al autor mediato, cuyo concepto anida en la fracción IV del artículo 13: el que lleva a cabo el delito sirviéndose de otro. No corresponde desarrollar aquí la historia de esa noción, que hemos ofrecido en otro lugar ⁴⁴ y los

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Bunster, Álvaro, "El autor mediato", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor*

complejos problemas que puede generar. Lo que interesa es su concepto y los casos que abarca. Esto permitirá desentrañar el criterio con que se la debe distinguir de una cierta especie de partícipe: la figura del instigador.

Interesa, desde luego, el verbo de que la ley se vale: *servirse* de otro. En la tercera acepción del léxico, servir es "estar sujeto a otro por cualquier motivo aunque sea voluntariamente, haciendo lo que él quiere o dispone"; en la cuarta, servir es "ser un instrumento, máquina o cosa semejante a propósito para determinado fin". Estas dos acepciones bastan para proyectarnos a la acepción jurídicopenal. Llevar a cabo el hecho sirviéndose de otro sugiere la idea de subyugación a otro, esto es, un grado apreciable de dominio de una persona sobre otra que no se ejerce sobre el cuerpo sino que importa un intenso grado de determinación de su voluntad. Quien se vale del cuerpo de una persona empujándolo para causar el efecto correspondiente al resultado de un delito o conduciendo para ello su mano por la fuerza no es autor mediato sino autor inmediato o directo y realiza el delito por sí (fracción II), pero quien, en el manido ejemplo, cambia en la representación teatral el revólver de utilería por un revólver real, es autor mediato que se sirve del actor engañado como de un instrumento que esta vez "obra", pero sin dolo, por cierto.

El ejemplo anterior no importa evidentemente el único caso (ausencia de dolo y, por tanto, ausencia de tipicidad), de autoría mediata abarcado por la fracción IV. Puesto que de subyugación se trata, cumple afirmar que en principio se da la autoría *mediata* cuando el mediador o instrumento no comete un injusto culpable, esto es, un delito. Dicho en otros términos, el intermediario, mediador o instrumento que actúa atípicamente (por falta de dolo, por ejemplo, como en el caso del actor engañado respecto del revólver); justificadamente (en legítima defensa, verbigracia, frente a la agresión de un loco incitada por el autor mediato), o inculpablemente (por ejemplo, en virtud de invencible error de prohibición o coacción debidos al autor mediato) no es víctima de un instigador sino de alguien que posee el dominio o señorío del hecho y que la ciencia jurídica conoce modernamente con el nombre de autor mediato. Un grado menos intenso de determinación, que no importe subyugar la voluntad del intermediario sino influir dolosamente en su voluntad de delinquir, no es autoría mediata sino instigación, vale decir,

tor Fix-Zamudio, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1463-1486.

una forma accesoria de participar que, a diferencia de la autoría mediata, no hace desaparecer el carácter delictivo del hecho de quien obra.

Modernamente se tiende por algunos a revisar el carácter general del precedente aserto, sosteniéndose que quien influye en la determinación de un hombre libre, aun por coacción o por persuasión engañosa de ser lícito el acto que ejecuta, no lo subyuga sino que simplemente lo instiga, pues el sujeto a quien de ese modo se intenta determinar conserva siempre un margen de decisión propia, aun de decisión heroica, y la posibilidad de enterarse de si su conducta sería o no contraria a derecho. En tales casos se daría instigación, mas no autoría mediata.⁴⁵

En esta última, para seguir ateniéndonos a la nomenclatura de Roxin, no se trata ya de dominio de la acción ni de dominio funcional, sino de dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*).⁴⁶

8. Llegados ya al término de estas reflexiones, procede afirmar que si bien el autor surge como la figura central conformadora del concurso, según palabras de Roxin,⁴⁷ no es dable qfrecer de él un concepto que comprenda todas las especies de autores que la ley prevé. El asunto no revestiría mayor importancia si no mediara la necesidad de conciliar la exigencia de certeza inmanente al derecho penal con la de la elaboración de sus propios conceptos a cubierto de falacias formalistas que atentan contra todo sentido valorativo genuino.

Al criterio de certeza contribuye valiosamente la teoría objetiva formal, que exhibe su utilidad tratándose sobre todo del autor inmediato o directo. La conformidad al tipo de la acción de autor tiene además la virtud de ir de la mano con una forma del hecho que arraiga, precisamente, en la acción típica misma. Cuando se avanza, empero, desde la autoría inmediata o directa a la coautoría, entendida ésta no como coautoría colateral o paralela sino como coautoría en que todos los co-delinquentes toman esencialmente parte en la ejecución del hecho, los criterios postulados por la teoría objetiva formal dejan de aportar el mismo grado de certeza y ésta debe ceder terreno a la teoría del dominio del hecho, que en este ámbito ha de elaborarse de modo especialmente cuidadoso, tanto en relación al plano objetivo como al subjetivo de esta especie de concurrencia. El predominio de la teoría del dominio del hecho se ejerce sin contrapeso, por último, tratándose de la figura del autor mediato, frente a la cual naufraga, como es obvio, la teoría objetiva formal.

⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, tomo IV, p. 311.

⁴⁶ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁷ *Idem*, p. 25.

Y de ese modo, mientras se logra teóricamente la formulación de un concepto único de autor igualmente satisfactorio para las tres áreas conceptuales que al menos hasta ahora sólo parece posible adosar las unas a las otras para componer el concepto de autor, el reconocimiento de esta categoría, en sus formas de autoría directa, coautoría y autoría mediata, tendrá claramente precisados sus contornos y racionalmente justificada su presencia central dentro de la ley.