

EL DOMINIO SOBRE EL FUNDAMENTO DEL RESULTADO: BASE LÓGICO-OBJETIVA COMÚN PARA TODAS LAS FORMAS DE AUTORÍA*

Bernd Schünemann

I

En este intento de esbozar un concepto general de autoría, preferiría ofrecer un catálogo de premisas que sirvieran de base y que no necesitaran de ulterior análisis o fundamentación. Pues, por razones pragmáticas, en una investigación que posee límites motivados en el espacio o el tiempo previsto no se puede cuestionar absolutamente todo, ya que no se llega a ninguna conclusión si siempre se vuelve a empezar por la historia de Adán y Eva, para usar una expresión que es usual en Alemania. Lamentablemente, justo en el ámbito de la teoría de la intervención en el delito no es posible efectuar limitaciones de esta clase, ya que nada supera a este tema en la complejidad y grados de diferenciación de los problemas dogmáticos que presenta. A ello se suma que los esquemas fundamentales de clasificación en este tema han pasado en los últimos años a encontrarse controvertidos. Desde la publicación de la obra monumental de ROXIN sobre *Autoría y dominio del hecho*¹, durante décadas pareció estar por arribarse a un consenso, por lo menos en las cuestiones básicas y al menos en Alemania. Así, tres puntos angulares de la concepción de ROXIN han sido amplia-

* Título original: *Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen*. Trad. MARIANA SACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich.

1. 1.^ª ed., 1963, 7.^ª ed., 2000; existe traducción castellana de esta edición bajo el título *Autoría y dominio del hecho*, 2000.

mente aceptados durante décadas, sobre todo en la ciencia penal alemana pero también en gran parte de la ciencia penal hispanohablante. En primer lugar, la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; en segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y, en tercer lugar, la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una gran parte de delitos, la base decisiva de la autoría². Hace unos pocos años pareció que este concepto podía festejar su triunfo definitivo, desde que tanto la justicia argentina como el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) aplicaron la figura creada por ROXIN de la autoría mediata mediante la utilización de un aparato organizado de poder en el juzgamiento de los crímenes cometidos por orden estatal en la dictadura militar y en la dictadura comunista³. Pero la evolución dogmática de los últimos años ha tenido un peculiar desenvolvimiento y representa, por así decirlo, una prueba para mi tesis del “excesivo refinamiento” de la dogmática penal en la sociedad postmoderna. En efecto, así como en la sociedad postmoderna⁴ no existen conceptos morales fijos, sino que se sostienen todas las posiciones imaginables y, por eso, “todo es posible”⁵, también conceptos dogmáticos quedan continuamente en movimiento. Así, una opinión dominante que se haya originado a corto plazo genera inmediatamente una réplica. Finalmente, mediante el elevado grado de diferenciación, la dogmática penal se convierte (vista desde fuera), en una especie de tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción⁶.

En la dogmática de la autoría se muestra esta peculiaridad en que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) ha adoptado la concepción de autoría de ROXIN sólo en la superficie verbal, mientras que en los resultados concretos de sus decisiones se ha vuelto a acercar muy estrechamente a la arbitrariedad de la teoría subjetiva⁷. Para ofrecer sólo dos ejemplos de esto: en la autoría mediata mediante la utilización de un aparato organizado de poder ha renunciado, entretanto, a la exigencia central de ROXIN, de que el aparato tenga que estar absolutamente distanciado del Derecho⁸. Incluso ha

2. Ob. cit., pp. 28 y ss., 105 y ss.; un resumen de esto se encuentra hoy en íd. AT II, 2003, pp. 5 y ss., 14 y ss.

3. Al respecto, más detalladamente AMBOS, en GA 1998, pp. 238 y s.; íd. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 233 y ss., 569; ROXIN. AT II, p. 48.

4. SCHÜNEMANN, en *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 1 y ss., 6.; más allá íd., en SCHÜNEMANN. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, 2002, pp. 11 y ss.

5. Referencia en SCHÜNEMANN. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, 1996, pp. 24 y ss.

6. SCHÜNEMANN, en *Festschrift für Roxin*, pp. 6 y ss.; íd., en GA 1995, pp. 223 y ss.; 2001, pp. 205, 216 y s.; íd. *Consideraciones*, cit., pp. 50 y ss.

7. Un análisis detallado de la jurisprudencia se encuentra en ROTSCH, en ZStW 112, 2000, pp. 518, 536 y ss.

8. En forma de un *orbiter dictum*, ya en la sentencia básica sobre la responsabilidad de los más altos funcionarios comunistas por los disparos mortales en la frontera de Alemania, en BGHSt 40, pp. 218 y 237, donde se afirma que “así se puede resolver también el problema de la responsabilidad en el desarrollo de empresas económicas” (es decir, admitiendo una autoría mediata). Entretanto, en los

renunciado, en el fondo, a la misma categoría del aparato de poder, porque ha querido considerar suficientes las meras relaciones contractuales, p. ej., la relación con un enfermero en un hospital⁹ o con un empresario que actúa por su cuenta y se encarga de la eliminación de basura¹⁰.

Dentro de la doctrina penal, la reacción va aún más a los fundamentos, a raíz de que hace poco GÜNTHER JAKOBS sostuvo un regreso teórico al concepto unitario de autoría y al concepto extensivo de autor y caracterizó abiertamente a la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de la pena, a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente¹¹. Ya en su manual se encuentran alusiones al respecto, pues, pese a rechazar tanto la concepción unitaria de autor como el concepto extensivo de autor, caracteriza a la acción ejecutiva como el ilícito de cada uno de los intervinientes, también de aquel que no ejecuta la acción por sí mismo. De este modo, el denominado comportamiento precedente de un interviniente conformaría aquella cuestión común que permitiría imputar la acción ejecutiva típica a todos conjuntamente¹². De todos modos, JAKOBS caracterizó en aquel entonces como mero partícipe a quien no puede ser autor por ofrecer su aporte de organización sólo una débil contribución al delito, pues le faltaría el dominio del hecho¹³. Sin embargo, de esta adhesión a la teoría del dominio del hecho se retractó JAKOBS aplicando radicalmente su concepto normativista, adjudicándole al concepto de dominio del hecho una “forma amorfa”. En su opinión, sólo podría usarse este concepto para presentar (y, por tanto, ¡no para deducir!) la problemática y su solución, debiendo además indicarse esto abiertamente¹⁴. En su lugar, ahora ofrece el concepto de la “división del trabajo vinculante”. Así, el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vinculase (al interviniente) con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a ésta¹⁵. Bajo esta perspectiva, el mundo exterior (y con esto se refiere JAKOBS a la base ontológica del dominio del hecho) tendría alguna significación no como tal, sino sólo comunicado a través de la estructura normativa de la sociedad. Por eso, la distinción entre autoría y participación debería, en su opinión, ser desplazada al nivel comunicativo-simbólico del significado¹⁶. Quien ejecuta, recibiría no sólo una contribución a través del aporte del otro interviniente, sino una aportación con tendencia delictiva y, por tanto, la competencia del interviniente se extendería también a la realización del tipo penal del destinatario. Para arribar a

casos concretos, esto fue practicado en la sentencia BGH, en *wistra* 1998, p. 148, como así también en las sentencias mencionadas en las siguientes notas.

9. *BGHST* 40, pp. 257, 266 y ss.

10. *BGHST* 43, pp. 219, 231 y s.

11. *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, pp. 561 y ss.

12. *AT*, 2.^a ed., 1991, ap. 21, n.º marg. 5-8 a.

13. *Ibíd.*, ap. 22, n.º marg. 1.

14. *FS Lampe*, cit., p. 562.

15. *Ibíd.*, pp. 569 y s.

16. *Ibíd.*, p. 575, nota 39.

este resultado, JAKOBS parte del significado social de la aportación¹⁷, es decir, que el interviniente debería ajustar su aporte de modo que conservara el sentido de posibilitar la ejecución, o bien el aporte debería tener desde un principio ese sentido, o sea, ser especialmente referido al delito¹⁸. Entonces, como cada interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho¹⁹, la diferenciación entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Según esta concepción, no habría una diferenciación objetiva entre coautor y cómplice y, especialmente, tampoco una restricción de la autoría al estadio de ejecución²⁰.

Es fácil reconocer contra qué se dirige el impulso central de esta nueva argumentación de JAKOBS. En efecto, está desarrollada para oponerse a la concepción de autoría de ROXIN, dominante desde hace cuarenta años en la ciencia penal alemana, y a sus intentos de hallar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación con ayuda de un detallado desarrollo de la teoría del dominio del hecho. Justamente, el punto central de la crítica de ROXIN a la teoría subjetiva y a su aplicación por parte de una jurisprudencia centenaria consistía en que, con ella, la distinción entre autoría y participación se desplazaba completamente al nivel de la medición de la pena²¹. Justamente ese desplazamiento es presentado ahora por JAKOBS como la solución central del problema. JAKOBS ofrece también, obviamente sin decirlo de manera expresa, una explicación para aquella distinción quimera entre *animus auctoris* y *animus socii*, entre voluntad de ser autor y voluntad de ser partícipe²², cuya expresión como fenómeno concebible psicológicamente fracasó por completo²³. Por eso, finalmente la jurisprudencia sólo expresó, ya sin respuestas, que se debía constatar esa voluntad en observación valorativa²⁴. Según JAKOBS, esa valoración es idéntica al significado del comportamiento que, a su vez, es comunicado mediante la estructura normativa de la sociedad.

Para JAKOBS se trata aquí de aquel reemplazo de realidad y estructuras de la realidad por significado y atribución, que desde hace más de diez años representa la quinta esencia de su teoría penal y, por cierto, también de su teoría del Derecho²⁵. Como se

17. *Ibid.*, p. 568.

18. *Ibid.*, pp. 565 y s.

19. *Ibid.*, p. 569.

20. *Ibid.*, p. 571.

21. *Täterschaft und Tätherrschaft*, cit., pp. 30 y s., 635 y ss.

22. Y domina también la del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), al menos hasta los años 60 del siglo anterior; cfr. las sentencias *RGSSt* 2, pp. 160 y 162; 3, pp. 181 y 182; 37, pp. 55 y 58; 64, pp. 273 y 275; 71, p. 364; 74, pp. 84 y 85; *BGHSt* 4, pp. 20 y 21; 6, pp. 226 y 228; 8, pp. 70 y 73; 14, pp. 123 y 129; 18, pp. 87 y 89.

23. Referencias instructivas en ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 54 y ss., quien reconoce una relativa utilidad de la teoría subjetiva, en tanto que su aplicación conduzca a que la subordinación del cómplice sea analizada bajo la mira de la “configuración dominante del autor”, lo que, obviamente, debido a la expresión formal de que el autor quiere el hecho como propio, habría perdido toda claridad.

24. P. ej., *BGHSt* 8, pp. 393 y 396; 28, pp. 346 y 348; de una época más reciente: BGH, *NSStZ* 2000, p. 482; 1995, p. 285; 1982, p. 243; *BGHR StGB*, § 25, ap. 2, *Mittäter* 2, pp. 9, 11, 13 y 18; *BGHSt* 39, pp. 381 y 386; 37, pp. 289 y 291; 28, pp. 346 y 348.

25. Para la crítica, cfr. ya SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamen-*

sabe, esto comienza con la teoría de la pena, ya que JAKOBS rechaza expresamente todo fin a perseguir con la pena de influir en la conducta de algún individuo. En su lugar, quiere legitimar la pena sólo con la necesidad de marginalizar, mediante una aseveración contraria objetivada en la pena, la afirmación del autor objetivada en el hecho de que la norma no vale²⁶. De un modo muy similar, lo que caracterizaría a la autoría o complicidad no sería el verdadero peso causal de un aporte, sino el significado, el que, como JAKOBS dice, sería el sentido delictivo de una aportación, por el que cada interviniente sería competente automáticamente por la totalidad del hecho. Por eso, todas las aportaciones con sentido delictivo serían objetivamente equivalentes y sólo podrían diferenciarse en el nivel de la medición de la pena. Considero inaceptable esta tesis, aunque también es muy demostrativa, pues en ella están concentrados todos los puntos de ofensiva del normativismo radical. En primer lugar, la tesis de que el sentido delictivo de una acción convertiría al actuante en interviniente y en competente para el delito en su totalidad es, desde el punto de vista lógico, un mero círculo vicioso. En efecto, para poder apreciar el carácter delictivo de una acción hay que saber en realidad en qué consiste el delito. Dejando esto de lado, la terminología utilizada del significado social remite, o bien nuevamente al Derecho penal, porque la sociedad en el Derecho penal expresa lo que considera penalmente relevante; o bien es tan irrelevante como confusa, porque en la sociedad postmoderna no existen atribuciones fijas de significado, sino una infinidad, que dependen de la forma de vida que respectivamente se prefiera, y que en su variedad no poseen para el Derecho significación. En tanto que JAKOBS declara, a su vez, a todo el que hace un aporte como competente por la totalidad del hecho cae aún más en un mero círculo vicioso y recae al mismo tiempo en el concepto unitario de autor que antes había rechazado expresamente. Curiosamente, JAKOBS distingue conceptualmente entre el interviniente que aporta sólo alguna contribución al hecho, y el ejecutor, que lleva a cabo la verdadera ejecución del hecho. De este modo, parte involuntariamente de una gradación ontológica, sin tratar la cuestión acerca de si aquí no se encuentra quizás la piedra angular que pueda constituir el punto de partida de las decisiones político-criminales.

Por consiguiente, el método del normativismo radical, de agregar un piso independiente de la atribución social de significado entre la realidad y la valoración de la realidad fundada en los fines del Derecho, no sólo es superfluo por razones lógicas y tiene que pasar por el recorte radical de la navaja de afeitar de OCKHAM, sino que además es lesivo, porque conduce a una constante hipóstasis de conceptos sin contenido, que finalmente son rellenados con círculos viciosos. Un concepto de esta clase es el de la competencia, que no aporta nada para explicar los presupuestos de la

tales, Madrid 1991, pp. 158 y ss.; íd. *Consideraciones*, cit., pp. 42 y ss.; íd., en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH y KÖHLER. *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 91, 98 y ss.; finalmente íd. en UNED (ed.). *Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, pp. 643 y ss.; íd., en *Festschrift für Roxin*, cit., pp. 1, 13 y ss.

26. JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.^ª ed., 1999, p. 106; íd., en NEUMANN y SCHULZ (comps.). *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP-Beiheft 74, 2000, p. 59.

autoría. En efecto, si se declara autor a quien es competente por el hecho, se ha formulado una pura tautología.

En realidad, la relación entre norma, fin y valor debe ser construida de una manera distinta a la que se representa el normativismo radical. Obviamente, en el Derecho en general y, por tanto, también en el Derecho Penal, el punto de partida está constituido por una valoración, que es el juicio de que un estado determinado es bueno²⁷. En Derecho penal, ese estado tiene que ser incluso tan bueno y valioso que se lo califica de bien jurídico merecedor de protección²⁸. Con esto, la función social del Derecho penal no consiste en organizar discursos sobre el valor de los bienes jurídicos y sobre el desvalor de su lesión, ya que estos discursos pueden tener lugar en el colegio, en los medios masivos de comunicación o, si se quiere, en las Iglesias. La función del Derecho penal es mucho más práctica, pues mediante el efecto general-preventivo de la prohibición que está detrás de la amenaza de pena el legislador quiere apartar a individuos reales de que cometan acciones lesivas de bienes jurídicos, y no algo así como instalar comunicaciones sólo pensadas sobre acciones pensadas²⁹. Por cierto, para que la amenaza de pena tenga efecto, y para que pueda ser atendida la prohibición, debe ser expresado en el tipo penal de un modo suficientemente claro qué acciones se encuentran prohibidas. Por consiguiente, son los tipos penales de la parte especial que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción. Esto resulta tanto de la lógica forzosa de la finalidad preventiva del Derecho penal como también del origen de las leyes penales, cuya procedencia se halla en la parte especial, mientras que el concepto de autor ha sido desarrollado sólo paulatinamente sobre esa base mediante abstracción. Por ello, constituyó en definitiva una noción elemental, aunque enormemente importante, cuando ROXIN hace 40 años se fundó nuevamente en la acción ejecutiva descrita por el tipo penal como base de la autoría³⁰. Y, cuando JAKOBS intenta negar de nuevo esta restricción originaria de la autoría al estadio de la ejecución, vuelve, en realidad, a cien años atrás, recayendo en una teoría de la igualdad objetiva de todos los aportes al hecho en el sentido de MAXIMILIAN VON BURI³¹.

27. Acerca de este punto de partida, debería existir incluso un consenso entre una dogmática penal normativista y una ontologista. Sobre mi propio concepto de la síntesis cfr. SCHÜNEMANN, en *Festschrift für Roxin*, cit., pp. 23 y ss.

28. Acerca de lo indispensable que es este concepto de bien jurídico como base normativa del Derecho penal, cfr. el tratamiento en detalle de SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL, v. HIRSCH y WOHLERS (comps.). *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 y ss.; id., en *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Homenaje a FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 245 y ss.

29. Acerca de que en Derecho penal se trata primeramente de la configuración de la realidad y no meramente de comunicación sobre realidad, cfr. SCHÜNEMANN, en *Sobre el estado*, cit., pp. 98 y ss.; y acerca de que, por tanto, la función de prevención general del Derecho penal consiste primeramente en la protección del bien jurídico mediante prevención general amenazadora, y sólo de modo secundario en el mantenimiento general de la fidelidad al Derecho por parte de los ciudadanos (la denominada prevención general integradora), cfr. más detalladamente SCHÜNEMANN, en: SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, pp. 89 y ss.

30. *Autoría*, cit., pp. 25 y s.

31. v. BURI. *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41; id., en GA 17, 1869, pp.

II

En consecuencia, el punto de partida para la explicación del concepto de autor recoge aún la noción de ROXIN, que es trivial sólo en apariencia, de “que el autor no es otra cosa que el sujeto de las descripciones de los delitos de la parte especial; su constatación es, por tanto, una cuestión del ilícito típico y no de la culpabilidad, de la actitud interna o del ánimo”³². De este modo, el gran arsenal de descripciones gráficas de la autoría directa o inmediata (individual), que se halla en los tipos penales en particular, recibe indirectamente también la clave para las restantes formas de autoría. En efecto, ya del principio de igualdad surge que la relación con el delito de los otros tipos de autoría del coautor y del autor mediato debe ser equiparable con la relación que tiene el autor directo o inmediato, de modo que los criterios utilizados para esto deben coordinar unos con otros y no pueden ser absolutamente heterogéneos. En sentido metodológico, se trata del desarrollo de un concepto tipológico (*typus*), del mismo modo que ayer intenté esbozar de la mano del ejemplo de las formas modernas de la autoría mediata. El punto de partida está constituido por la autoría directa o inmediata en los delitos comunes. Aquí el legislador parte de la base de la noción trivial de que el modo más efectivo para proteger los bienes jurídicos mediante prevención general es amenazando con pena una conducta lesiva para el bien jurídico. Como todo individuo domina su propio comportamiento en tanto que no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal como fundamento del resultado lo que funda la posición de autor en la estructura más simple del delito. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales modernos. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría son otras expresiones del concepto tipológico (*typus*) del dominio del hecho. Estas, a su vez, vuelven a diferenciarse en diversos subtipos, como intenté ejemplificar en mi ponencia de ayer con la autoría mediata en caso de dominio del hecho graduado.

Por cierto, con estas tres formas de autoría que fueron conjuntamente desarrolladas para la comisión activa de delitos comunes, evidentemente no está agotada la multiplicidad de clases de tipos penales de la parte especial. Aún debe ser analizada la estructura de la autoría al menos para dos categorías de delitos: los improprios de omisión y los especiales caracterizados por una determinada calificación objetiva de autor. Cuando se recuerda qué elementos caracterizan a las clases de autoría de los delitos comunes de comisión, se desprende forzosamente que se puede continuar con la misma tipología para los delitos improprios de omisión y los delitos especiales, buscando otras expresiones del tipo del dominio. El hecho de que ROXIN no haya seguido este camino en el año 1963, sino que haya propagado la categoría de los

233 y 305; cfr. además *id.* *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860.

32. ROXIN, en *Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., § 25, n.^o marg. 34.

delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*)³³, supuestamente muy diferente a los delitos de dominio, se explica, en mi opinión, por la circunstancia de que él partía del estado de las nociones generales de aquel entonces, tanto en sentido jurídico-teórico como también en relación con la dogmática de los delitos de omisión. Por tanto, desarrolló, sobre una base que desde la perspectiva actual es obsoleta en un doble sentido, una concepción acorde de autoría y que, por esa razón, hoy también es obsoleta. La estructura lógica del concepto tipológico (*typus*) ha sido explicada sólo en la teoría del Derecho más reciente, en el sentido de que se trata de un concepto con varios elementos graduables por sí mismos (dimensiones). Este concepto no puede ser definido en el sentido clásico, sino sólo puede ser concretizado mediante reglas de semejanza de casos, en las que las diversas dimensiones están representadas por diversas expresiones respectivas. Así, p. ej., la expresión débil de un elemento puede ser compensada por la expresión especialmente intensa de otro elemento, en el sentido de que el caso concreto se presenta aún como una forma de manifestación del concepto tipológico (*typus*)³⁴. La consideración de las formas de dominio del hecho de ROXIN sólo como especies de un concepto tipológico (*typus*) general de dominio habría sido hace 40 años aún una idea fuera del marco convencional de la teoría del método jurídico. Y en lo que respecta a los delitos improprios de omisión, dominaba aún entonces, al menos en la jurisprudencia, la denominada teoría formal del deber jurídico. Esta teoría hace depender la equiparación de la omisión con el hacer activo de que se haya lesionado un deber de acuar del autor proveniente especialmente de la ley o de un contrato, es decir, de una fuente del Derecho extrapenal³⁵. Por eso, ROXIN concibió en el año 1963 los delitos improprios de omisión como delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), en el sentido de fundar la autoría aquí no sobre la base del dominio del hecho, sino sobre la base de la infracción de un deber especial extrapenal. Esta idea la desarrolló también para otros delitos especiales, en los que, conforme a lo que opinaba en esa época, la infracción de un deber especial extrapenal representaría el criterio penal decisivo de autoría.

En lo que se refiere a los delitos improprios de omisión, la teoría formal del deber jurídico fue, con acierto, ampliamente abandonada al menos en Alemania³⁶. En efecto, la infracción de un deber especial extrapenal produce consecuencias jurídicas obviamente primero sólo en el ámbito jurídico especial fuera del Derecho Penal, mientras que para la equiparación de la omisión con el hacer activo en el ámbito

33. *Autoría*, cit., pp. 352 y ss.

34. Al respecto KUHLEN, en *ARSP-Beiheft* 45, 1992, pp. 101 y ss.; PUPPE, en *GS Arm. Kaufmann*, 1989, pp. 15, 25 y ss.; SCHÜNEMANN, en *FS Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 299, 305 y ss.; id., en *FS Hirsch*, 1999, pp. 363 y ss.; desarrollado ampliamente por DUTTGE. *Zur Bestimmung des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001.

35. *BGHSt* 19, 167; BAUMANN. *AT*, 3.^a ed., 1964, pp. 213 y ss.; MAURACH. *Deutsches Strafrecht*, 3.^a ed., 1965, pp. 511 y ss.

36. *SK-Rudolphi*, § 13, n.º marg. 24; *LK-Jescheck*, § 13, n.º marg. 19; ROXIN. *AT* II, cit., § 32, n.º marg. 6; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *AT/2*, § 46, n.º marg. 57 y s.; JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch*, § 59 IV 2; WESSELS y BEULKE. *AT*, n.º marg. 716.

penal se necesitan, naturalmente, criterios penales específicos³⁷. También si consideramos los resultados, es evidente lo desacertada que es la teoría formal del deber jurídico, como se puede ver en los casos en que actúan niñeras. Así, si el contrato de la niñera es nulo por alguna razón de Derecho Civil, pero la niñera ejerce un cuidado efectivo del niño, y conscientemente lo deja trepar a una fuente y ahogarse en ella, no existe duda sobre su posición de garante. A la inversa, debe negarse una posición de garante si la niñera no asume su puesto incumpliendo el contrato y, por tanto, no asume el control fáctico sobre el niño³⁸. En 1971 extraje de esto la consecuencia de que la razón decisiva para la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de la custodia y, de este modo, en una relación de dominio sobre el suceso. Este dominio no se manifiesta como en el hacer activo mediante el propio movimiento corporal, sino a través de la asunción de la custodia en forma del dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico³⁹. Igualmente, en el segundo grupo de los delitos impropios de omisión, denominado tradicionalmente posición de garante por injerencia (es decir, el hacer precedente activo peligroso), no se trata, en realidad, de una responsabilidad penal por mera causalidad, sino también de una forma de dominio sobre el suceso por una vía diferente a la del propio hacer activo, que es la del dominio sobre una fuente de peligro⁴⁰. Quien conduce un vehículo o pasea con un perro peligroso domina esa fuente de peligro y, por consiguiente, posee un dominio sobre las consecuencias provenientes de esa fuente de peligro, con independencia de que intervenga activamente (p. ej., azuzando al perro contra un transeúnte), o que sencillamente deje correr el curso del suceso en el marco de su relación de dominio (p. ej., cuando el perro se lanza contra un transeúnte y no es llamado por su dueño para que regrese).

Por consiguiente, en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir, como la he denominado, de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor⁴¹.

37. Esta noción se halla ya en los años 30 del siglo anterior, en SCHAFFSTEIN, en *Festschrift für Graf Gleispach*, 1936, pp. 70 y ss.; NAGLER, en *GS* 111, pp. 1 y ss.

38. WESSELS y BEULKE. *AT*, n.º marg. 720; ROXIN. *AT* II, cit., § 32, n.º marg. 53; TRÖNDLE y FISCHER, § 13, núm. marg. 7; SCHENKE, SCHRÉDER y STREE, § 13, núm. marg. 28.

39. SCHÜNEMANN. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 229 y ss., 334 y ss. De la crítica y las concepciones discrepantes me he ocupado en GIMBERNAT, SCHÜNEMANN y WOLTER (eds.). *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1994, pp. 11 y ss., así como más detalladamente en la *Revista del Poder Judicial*, n.º 51, Madrid 1998 (III), pp. 201 y ss.

40. *Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 281 y ss.; continuado en *GA* 1974, pp. 231 y ss.; 1985, 374 y ss.

41. Resumido en *Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 229 y ss. Para las posiciones de garante en las empresas económicas continuado en SCHÜNEMANN. *Temas actuales*, cit., pp. 137 y ss.; íd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Buenos Aires 2004, pp. 23 y ss.; en general SCHÜNEMANN, en TIEDEMANN (comp.). *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, pp. 103 y ss., con una versión en castellano resumida en TIEDEMANN y NIETO-MARTÍN (eds.). *Eurodelitos: el Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, pp. 35 y ss.

El hecho de que ambas categorías (*typen*) de posiciones de garante, cuando se las compara con el dominio del hecho del autor de un delito de comisión, puedan ser concebidas como otro subtipo del dominio sobre el fundamento del resultado, lo considero indiscutible. Naturalmente, queda por responder la pregunta –como en toda concepción tipológica– acerca de si la equiparación de estas diferentes categorías (*typen*) también se corresponde con la voluntad del legislador. Pero justamente esto se puede extraer de la función fundamental del Derecho Penal de lograr la protección de bienes jurídicos mediante prevención general. En efecto, las normas del Derecho Penal con amenaza de pena deben dirigirse, en interés de esta finalidad, a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico. Es decir, a aquellas personas que dominan el suceso. Y bajo esta idea directriz, quienes ejercen el dominio sobre una fuente de peligro o sobre la situación de desamparo del bien jurídico no se quedan detrás de quienes dominan mediante el propio movimiento corporal.

Por lo tanto, los delitos impropios de omisión no son delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) en el sentido de fundar la autoría en la infracción de un deber especial extrapenal. Por el contrario, esa infracción del deber especial extrapenal es un fenómeno que habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante. Esta concepción ha sido adoptada entretanto por ROXIN en el tomo 2 de su manual de Derecho penal⁴².

En mi opinión, la aplicación de estas nociones no puede reducirse a los delitos impropios de omisión, sino que debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal⁴³. La vía de solución debe hallarse a través de un análisis de la responsabilidad penal por el actuar en lugar de otro, regulada en Alemania de un modo similar a España y también similar al numeral 3 artículo 29 C. P. colombiano. Cuando, conforme con ello, le son imputados al representante de una persona jurídica o natural los elementos especiales que fundan la punibilidad, el fundamento de ello no puede consistir en la figura jurídica de la representación del Derecho Civil, justamente porque consecuencias jurídicas de Derecho Civil no son, como tales, idénticas a consecuencias jurídicas penales. Más bien, el representante puede ser calificado también como autor con buen derecho sólo si se ha colocado en la posición del otro bajo aspectos que sean relevantes para la integridad del bien jurídico, y ha atraído sobre sí aquellos atributos que ofrecen el fundamento de la punibilidad en la tipificación del respectivo delito especial por parte del legislador. Por consiguiente, en el ámbito de los delitos especiales, la responsabilidad por el actuar en lugar de otro

42. *Autoría*, cit., pp. 716 y ss.

43. Esta concepción ha sido por primera vez desarrollada por mí en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 92 y ss., 138 y ss.; presento un resumen en el *Leipziger Kommentar*, § 14, n.º marg. 15 y ss.; § 266, n.º marg. 55, 58; un resumen en castellano se encuentra en *Temas actuales* cit., pp. 136 y ss.; íd. *Delincuencia empresarial*, cit., pp. 42 y ss., 86 y ss.

muestra un problema de correspondencia o equivalencia, igual que la regulación de las posiciones de garante para el ámbito de los delitos impropios de omisión. De acuerdo con esto, con la regulación expresa de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro en el Código Penal se busca impedir el tratamiento desigual que podría surgir como consecuencia de atender el límite del tenor literal del principio *nulla poena sine lege*. De otro modo, el texto literal de la ley no cubriría la “verdadera” estructura de ilícito del tipo penal (es decir, la estructura adecuada desde el punto de vista político-criminal y dogmático). Y este es el caso cada vez que el legislador en un delito especial restringe el círculo de autores a los garantes en el sentido del delito de omisión impropia, cuya posición, empero, no formula mediante un concepto-función que caracterice la relación dinámica de dominio, sino mediante el concepto estático del *status* personal. Pues, como en un Derecho penal basado en darle primacía a la protección de bienes jurídicos lo que importa no es la posesión de un *status*, sino portar una función, con la asunción de la función se cumplen también los presupuestos del merecimiento de pena. En cambio, el tipo penal que utiliza el concepto de *status* reduce el ilícito material orientado a la protección del bien jurídico. Por esa razón, al menos en una gran parte de los delitos especiales se trata de lo que he denominado delitos especiales de garantía. En ellos, la posición de autor consiste en una posición de garante penal. Ya conforme a las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante⁴⁴. Así, p. ej., no se trata de quien posee la posición de dueño de un perro, sino de quien saca a pasear a un perro peligroso y no interviene cuando el perro se lanza contra un transeúnte.

Por lo demás, con este ejemplo se puede demostrar muy bien el parentesco de los delitos impropios de omisión como formas complementarias de comisión, con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales, por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha asumido del dueño la tarea de vigilar al animal, y no detiene al perro, comete lesiones corporales por omisión. El correspondiente delito especial adicional ha sido formulado en Alemania, en el sentido de que los dueños de perros que muerden serán castigados con pena de multa, si sacan a pasear al perro sin bozal. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de Derecho Público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, posee el dominio sobre

44. ROXIN ha relativizado ampliamente, entretanto, su limitación original del concepto de autor en los delitos especiales a la infracción de deberes extrapenales, y se ha inclinado por la concepción aquí sostenida (AT II, p. 108). Una radicalización de la concepción de los delitos de infracción de deber se halla obviamente en JAKOBS. AT, ap. 21, n.º marg. 160 y ss., cuya concepción normativista ha sido tratada más ampliamente por su discípulo SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999. Una amplia crítica a estas concepciones normativistas ha presentado ahora mi discípulo CHEN. *Das Garantensonderdelikt*, 2004. La versión más nueva de mi propia posición en castellano sobre el problema en su conjunto se halla en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (eds.). *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 253, 260 y ss.

el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia. Así, es autor idóneo, lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro. Lo mismo se puede demostrar con el tipo penal alemán de la “gestión desleal” (*Untreue*, § 266 C. P.), que prevé una pena para quien daña el patrimonio ajeno, siempre que se encuentre en una relación de confianza con respecto a ese patrimonio. Como aquí la calificación de autor no remite a relaciones del Derecho Civil, sino que es fundada expresamente también mediante una “relación efectiva de confianza”, el legislador del § 266 C. P. evidentemente no se centró en una penalización (accesoria al Derecho Civil) de la infracción de deberes del Derecho Civil. Más bien, el tipo penal del quebrantamiento de la confianza (*Treubruchtatbestand*, o sea, la segunda acción descrita en el § 266) debe penalizar, en general, el ejercicio lesivo de la posición de vigilancia o control, que ha sido transmitida a través de un acto de confianza, en el sentido de un dominio sobre el patrimonio ajeno. Por tanto, para la posición penal de autor, el criterio decisivo es el dominio y no la forma de Derecho Civil⁴⁵. Así, en las posiciones de garante de los delitos impropios de omisión es inquestionable, entretanto, que la asunción efectiva ha reemplazado a la categoría del contrato. Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión. Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone⁴⁶.

III

De este modo, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado que propuse en el año 1971 para delitos de comisión e impropios de omisión como la caracterización más general del concepto tipológico (*typus*) de la autoría logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales⁴⁷. Esta categoría (*typus*) superior se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y

45. SCHÜNEMANN, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, § 266, n.º marg. 58, 61; íd. *Organuntreue*, 2004, pp. 15 y s.; resumen en castellano en *Libro-Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 1227 y ss.

46. De esta dependencia que tiene la posición de autor con respecto a la posición de dominio surge al mismo tiempo la respuesta a la cuestión, enormemente discutida, acerca de si la policía posee una posición de garante general de impedir que los ciudadanos cometan delitos (referencias sobre el estado actual de la discusión se pueden encontrar en SCHÜNEMANN, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO. Ob. cit., pp. 263, nota 37. En efecto, el deber general de proteger la seguridad y el orden públicos no genera aún una posición de dominio y, por eso, tampoco una posición de garante, aunque sí lo hace, p. ej., el dominio del funcionario sobre los secretos del ciudadano que le han sido confiados. Al respecto, p. ej. SCHÜNEMANN, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, § 203, n.º marg. 58 y s.

47. Cfr., fuera de las referencias supra, nota 43, también SCHÜNEMANN, en *GA* 1986, pp. 328 y ss.; ampliamente ahora CHEN. *Das Garantensonderdelikt*, 2004.

la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (dentro de esto se encuentra, en primer lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante, en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). Al mismo tiempo, esto demuestra la corrección lógico-objetiva de la clasificación de las posiciones de garante (que en la actualidad es generalmente reconocida en Alemania en sentido formal) en dos grandes grupos: las posiciones de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico, y las posiciones de garante en virtud del control de una fuente peligro⁴⁸. Aquí no se trata sólo de una clasificación externa, sino, al mismo tiempo, de una tipología de la clase del dominio del hecho. El mismo estado de cosas se encuentra también al menos en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, los he denominado delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, p. ej., en caso de infidelidad del administrador del patrimonio. Sin embargo, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, verbigracia, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas. Justamente en este ámbito existen en Alemania numerosos delitos especiales. Así, p. ej., cuando el dueño de una instalación peligrosa daña por ese medio el medio ambiente⁴⁹. Aquí no es el deber del Derecho público el criterio decisivo, que, en realidad, representa sólo una cuestión accesoría al dominio en el ámbito del Derecho público, sino la posesión del dominio mismo, que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio uniforme, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, y en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido del control sobre un ámbito social. Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.

48. *LK-Jescheck*, § 13, n.º marg. 19 y ss.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y STREE, § 13, n.º marg. 9; *SK-Rudolphi*, § 13, n.º marg. 24 y s.; STRATENWERTH. *AT*, § 13, n.º marg. 15; WESSELS y BEULKE, *AT*, n.º marg. 716.

49. Cuando la opinión dominante no ve aquí como autor idóneo sólo a quien explota una instalación, p. ej., el dueño de una fábrica de productos químicos, sino a todo el que actúa bajo su propia responsabilidad en un ámbito parcial al utilizar la instalación (cfr. STEINDORF, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, § 325, n.º marg. 67), esto confirma, a su vez, la corrección de mi teoría del autor, ya que la dirección de un ámbito parcial bajo propia responsabilidad es idéntica al dominio sobre el fundamento del resultado.

