

“TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO”

JOSÉ EDUARDO AGÜERO ALEGRE

2021

RESUMEN

La discusión frente a la intervención de las personas en Derecho Penal, gira en torno a establecer, si todo aquel que participa en la comisión del delito es autor de este, o en su defecto, si cabe la posibilidad de establecer diferencias entre los sujetos que concurren en su producción. Según la dogmática contemporánea, en relación con la Autoría, esto es, con la determinación de quién es el autor de un hecho delictivo es posible distinguir dos puntos de vista: a) Abarcar con el concepto de autor a todos los intervinientes en el hecho; o, b) Establecer diferenciaciones entre las personas que concurren. El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la características de la autoría; en la terminología de Roxin, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de 35 años y además las ha sometido a discusión en lugar destacado, el dominio del hecho aparece en las formas del dominio de acción (esto es, dominio de quien come te directamente), del dominio de voluntad (es decir, como dominio del autor mediato) y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor).

Palabras claves: Autoría, participación, intervención, determinador, cómplice, dominio del hecho.

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia el delito no es obra de una sola persona, ya que existen supuestos en que concurren muchos sujetos activos en su realización, lo cual ha llevado a la dogmática jurídica, a realizar una distinción de los grados de participación de cada una de ellas, para determinar su responsabilidad de conformidad al principio de proporcionalidad, tratando de apreciar el aporte que hace cada sujeto al injusto cometido.

El asunto sobre la concurrencia de varias personas como sujetos activos de un ilícito, puede ser abordado por el derecho penal, sobre la base de dos sistemas completamente diferenciados, a saber: el unitario y diferenciador.

Para el primero, es autor el que aporta una contribución causal al hecho, por mínimo que sea. Es decir, que considera autores a todos los que, de una u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho antijurídico, por muy exigua que sea su participación, e independiente de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes.

Roxin, critica esta postura, aduciendo que: “se da una equivalencia de todas las condiciones, por tanto, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de acción”. La Teoría de la Equivalencia de Condiciones, daba por sentado que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho que poseían una relación causal con el resultado, les hacía autores. Por ejemplo: A entrega un arma a B, para que éste mate a C; por lo que, para esta teoría, tanto A como B son considerados autores del homicidio.

Dentro de los límites que impone la teoría del dominio del hecho al instituto de la autoría mediata –de por sí, un tema complejo e intrincado–, pretendemos concentrarnos aquí en el análisis dogmático de una de las varias modalidades de dominio del hecho; a saber: el llamado dominio por organización. A su vez, dentro de la constelación de casos posibles de imaginar, es importante abordar específicamente la compatibilidad de la autoría mediata con el supuesto de un instrumento que obra libre y dolosamente, como integrante de la organización o, si se prefiere, del aparato organizado de poder, conforme a la terminología empleada por Roxin.

Actualmente, los planteamientos de la teoría unitaria son utilizados para los tipos culposos, siendo que cualquier participación en esta clase de delitos, sea autoría culposa. Por su parte el sistema diferenciador, reclama un tratamiento diferenciado de los distintos papeles cumplidos por quienes toman parte en el delito y a las exigencias de una mayor seguridad jurídica.

No se puede desconocer que el creciente aumento de la criminalidad organizada se presenta como una casi perfecta maquinaria ideada para la realización de hechos punibles, en donde existe toda una asociación de personas nucleadas, generalmente, en torno a otros

u otras personas que tienen el poder de mando sobre quienes se encuentran subordinadas a aquellas y dispuestas a actuar al margen del derecho.

Esta realidad y otras que presentan las mismas notas esenciales, son las que han puesto nuevamente en boga la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, formulada ya por Claus Roxin en el año 1963 en busca de una respuesta a una problemática que se daba en cuanto al tipo o forma de intervención de la figura, de lo que él llamó “hombre de atrás”. Este es la persona que detenta un poder de mando sobre una organización, perfectamente jerarquizada y que se vale de la misma para la realización de un hecho punible puesto en marcha, a partir de una orden a uno de sus subordinados.

En ese sentido, al hacer un análisis exhaustivo de la realidad empírica esbozada en el párrafo precedente y al contrastarlo con nuestro ordenamiento jurídico penal, ley n.º 1160/97, se advierte un vacío en cuanto a la forma de intervención del denominado hombre de atrás, ya que, atendiendo a la sistemática de dicha normativa, que sigue la teoría del dominio del hecho y teniendo en cuenta que el hombre de atrás no ejecuta de propia mano el hecho, inmediatamente se suscita cómo y en qué carácter se va a juzgar al hombre de atrás dentro de nuestro Código Penal Paraguayo. Por tanto, el planteamiento que se hace en el presente trabajo de investigación es si resultaría o no conveniente la inclusión del régimen de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, a fin de dar una respuesta, desde nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos que normalmente son cometidos por órganos jerarquizados de poder.

Teoría del Dominio del Hecho

1. Construcción y contenido del dominio del hecho

Hans Welzel (1970) manifiesta que autor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón a una decisión de su voluntad. El sustento de toda la teoría del dominio del hecho, según la doctrina dominante, es consecuencia, en gran medida, del sustento de las anteriores teorías de la autoría; así, influyen en la formación del concepto, la teoría del dolo, la objetivo-material, la objetivo-formal, etc. Así mismo, es de considerar, como lo anota López Barja (1996), que la teoría del dominio del hecho también es consecuencia de aceptar el dolo en el tipo. Así, si se mantiene la posición en torno a que la acción humana es un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quién ha realizado una acción, y por tanto quién es autor de esta, remite a aquel que ha tenido el dominio final de la acción. Según Roxin (1998), el dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría, y por ello, elemento del tipo objetivo y elemento del tipo subjetivo; así, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho (Dangelo, 2011).

Según lo expuesto, el elemento objetivo de la autoría está comprendido dentro del tipo o dominio objetivos del hecho, mientras que el elemento subjetivo de la autoría o la voluntad de dominar el hecho se encuentra en el tipo subjetivo (Díaz & García, 2008).

Esta construcción ha sido refutada por Gimbernat (1966), quien considera que el dominio del hecho es una construcción solamente objetiva, con fundamento en que quien tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga la voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía (Dangelo, 2011).

Continuando con la construcción de Welzel (1970), no resulta suficiente, en cuanto a la determinación de la autoría, un simple aporte causal al hecho, o la sola voluntad de ser autor, además es preciso que el autor domine el hecho, y ello implica que esté en posición de orientar los factores causales de acuerdo con la dirección final de su voluntad; por ello se requiere para el dominio del hecho: finalidad y posición objetiva, y junto a ello, considera Welzel que el dominio del hecho también depende de un contenido social, es decir, de otros elementos personales del autor, a los que denomina “elementos objetivos del autor”, por ejemplo: el hecho de ser funcionario, comerciante, soldado, etc., y los elementos subjetivos de la autoría, como el ánimo de lucro, la tendencia lasciva, etc. ; por tanto, si se presentan estos elementos, tendrá el autor el dominio del hecho, no solamente en sentido final, sino también social. Por consiguiente, solo cuando se reúnen esos tres requisitos en el autor

existe autoría. Más adelante Welzel expresaría que en algunos delitos es necesario, junto a los tres anteriores, el requisito de “la realización de propia mano”.

En resumen, según el criterio de Welzel, solo cuando se tiene el dominio final del hecho, y se tienen en cuenta los elementos subjetivos y objetivos, habrá autoría; más adelante Welzel abandonaría el dominio social del hecho, pero insistiría en los tres requisitos antes mencionados (dominio final, elementos objetivos y elementos subjetivos del autor) (Dangelo, 2011).

En la actualidad, quien con más éxito ha defendido la teoría del dominio del hecho ha sido Claus Roxin. Para Roxin (1998), se necesita un conocimiento fundamentado del dominio, es decir, que el autor debe conocer las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento: se pide, en estos términos, más conciencia que finalidad. La finalidad o la conciencia exigidas nada tienen que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención o con querer el hecho como propio o ajeno, o con tener voluntad preponderante, o con actuar con determinado interés o no. Por lo anterior, es claro que la teoría del dominio del hecho no es una teoría subjetiva; diferente es que en ella concurren elementos subjetivos, como los enunciados anteriormente al referirnos a la manera como lo expone Welzel. En su obra más sobresaliente sobre el tema, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Roxin expone de manera metódica que el autor es la figura central del proceso de actuación. Este es el punto de partida metodológico, porque esta afirmación contiene un principio rector, de donde puede partir el concepto legal, pero además de allí se extrae un concepto prejurídico de diferenciación que no tiene objeción. Roxin sostiene que la esencia de la participación consiste en el apoyo en la figura del autor, obviamente, con la figura del autor como criterio central de la actuación no queda solucionada la definición material de autor, pues ésta dependerá, en gran medida, de las valoraciones del legislador, la estructura del comportamiento y el tipo específico de que se trate; es importante entonces dotar de contenido la figura central. Roxin considera que ese contenido se logra mediante el dominio del hecho, de la infracción del deber especial o de la actuación de propia mano (Roxin, 2016).

Por otro lado, Roxin (2016) concibe el dominio del hecho como concepto abierto. Manifiesta que el concepto de dominio del hecho no puede ser un concepto indeterminado, pues ello daría lugar a dejar insolubles algunos casos difíciles; pero tampoco debe ser un concepto fijo en el que se apele a la subsunción estricta para la solución de las diferentes circunstancias fácticas. Se concreta, entonces, en un punto medio, en el que se tengan en cuenta los sucesos y fenómenos de la vida real, pero con un cierto principio rector común que sirva de hilo conductor, que permita la diferenciación de los casos en concreto. Esto es lo que para Roxin se denomina concepto abierto, que constituye el indicador de la dirección que se debe seguir, a través del cual se construirá la teoría del dominio del hecho, estudiando en cada caso particular de autoría (individual, mediata y coautoría) las

diferentes formas de aparición del fenómeno participativo, y extrayendo, así, principios rectores que den solución a los diferentes casos en particular. Cabe notar que Roxin no considera el dominio del hecho en todos los casos; por ejemplo, en los delitos de infracción al deber y en los de propia mano, en los que la regulación es diferente.

Roxin (2016) considera como formas de dominio del hecho el dominio de la acción en la teoría inmediata unipersonal, “quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor, en cualquier caso será autor”; el dominio de la voluntad, según la idea de figura central, “una coacción o la utilización de quien sufre un error hace al sujeto de atrás figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o a un mero consejo” en la autoría mediata; finalmente, el dominio funcional en la coautoría, el cual lo presenta Roxin al margen de consideraciones valorativas generales que desembocan en consideraciones de merecimiento de pena.

Este fenómeno de la coautoría lo explica el mismo autor a partir de la siguiente lógica:

Si partimos de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros decisivo, de ser la “figura central del suceso de la acción” y si pensamos, por ejemplo, en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta a la víctima, la situación es la siguiente: El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera “funciona el plan”. Pero también el otro se ve igualmente desamparado; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar a nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría, así pues, para ambos la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida, cada uno tiene el hecho en sus manos (p. 307)

Lo que Roxin (2016) denomina “posición clave” de cada interviniente define la coautoría: “si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la cooperación del otro...” Así las cosas, si alguno de los dos pretende retroceder, puede hacer que la medida fracase; por tanto, concluye Roxin que la coautoría debe concebirse como dominio del hecho conjunto. Es bueno resaltar que la figura de la coautoría ha sido defendida por parte de la doctrina; así, Bokelmann (1960) defiende la llamada “división del trabajo”, para significar que el coautor, en los actos preparatorios por medio de esta idea, puede desempeñar conjuntamente distintos papeles en el marco del plan unitario; esta posición no es compartida por Roxin, de manera muy similar, con algunas variaciones de contenido pero no en su finalidad, se refiere Jescheck (1981) a las

consecuencias concretas de la teoría del dominio del hecho:1) Siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; 2) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (autoría mediata); 3) es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (Dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva (Dangelo, 2011).

2. Teoría del Dominio de Hecho

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo formal, las teorías objetivo-materiales y la Teoría del dominio del hecho postulada por Hans Welzel considerando como autor a quien por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es “señor” de la realización del tipo; la cual se aborda en dos momentos: el primero haciendo referencia a los criterios históricamente vinculados con esta teoría y, el segundo momento en su sentido moderno.

La expresión “dominio del hecho”, antes de ser difundida por Welzel en el sentido que hoy se conoce, fue analizada por autores como Marat (1790) quien observó la necesidad de clasificar los delitos de dominio considerando que es autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce de hecho la causalidad al resultado.

Wachter es uno de los primeros que, en 1825, distinguió entre formas de autoría y formas de participación, en el sentido de que autor es quien tiene la última decisión de realizar o no el hecho principal. Mientras que partícipes son los que apoyan el delito de otro. Binding (1869) sostuvo que la pena del cómplice se debe determinar según la ley aplicable al autor que quisiera auxiliar.

Hegler (1915) planteó por primera vez el concepto dominio del hecho con un sentido más referido hacia la culpabilidad del autor del hecho criminal, que es diferente a lo que ahora se conoce como dominio del hecho. Frank (1907), Hegler y Goldschmidt (1940), consideraron que está referida al sujeto del delito, pero entendida solo en cuanto a los elementos materiales de la culpabilidad (de su época), es decir, a la imputabilidad, al dolo o a la imprudencia y a las causas de exculpación. Años más tarde Alexander Graf Zu Dohna (1944) dice que no importa tanto el acuerdo en cada caso con el contenido jurídico, como la no impugnación del dominio del hecho². Bruns utiliza la denominación para referirse al criterio de distinción entre dolo e imprudencia consiente.

Una variedad de la teoría objetiva es la teoría del dominio del hecho, que puede considerarse como una teoría material-objetiva. Para ella, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de esa posibilidad. En la

opinión de Wezel: *es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico*. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de esta.

El instigador y el cómplice intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura “clave o central” del suceso. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación (Roxin, 2016).

3. Consideraciones Generales

Mediante una descripción delimitada del objeto de estudio, resulta propio partir del concepto de la palabra autor. El diccionario de la Real Academia Española contiene varias acepciones de la palabra, desde el punto de vista del derecho penal el autor es “la persona que comete el delito o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera en la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado”. En el diccionario de ciencias jurídicas, se define al autor como “sujeto activo del delito”. En ese sentido, autor puede ser inmediato o mediato, según ejecute personalmente el acto delictivo o para su ejecución se valga de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o no es imputable (Ossorio, 2010, pág.109).

Puede observarse que existe una distinción entre autor inmediato y autor mediato, vale decir, el que ejecuta por sí mismo una acción, en este caso delictiva, considerada doctrinariamente como autoría auténtica, del que ejecuta la acción valiéndose de otro a ese efecto, identificada como figura del instrumento. Así también, la pluralidad de sujetos activos es un elemento esencial para configurar la hipótesis participativa. Ese concurso de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues muchas veces existen metas u objetivos que no puedan ser alcanzados individualmente y por ello se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo; mientras que otras veces la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental (Fierro, 1993, pág. 1).

Surgen, en tal sentido, diferencias entre autoría y participación, considerada dogmáticamente la participación como una figura accesoria a la autoría, independientemente a la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto, ya que la participación supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. La participación viene a ser un concepto de referencia, suponiendo la existencia de un hecho ajeno (autores o coautores), a cuya realización el partícipe contribuye (como instigador o cómplice). Esta diferenciación entre autoría y participación supone el motivo por el cual sólo se hace referencia al autor en la descripción típica de la parte especial, incluyendo el marco penal previsto, la dependencia de la

participación con respecto a un hecho punible realizado por un autor y la existencia de tres formas de autoría: la inmediata, la mediata y la coautoría (Rodríguez Kennedy, 2020), así como dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

Esta corriente es aceptada por el Código Penal paraguayo (Ley 1160, 1997), teniendo presente lo que dispone el artículo 29. Autoría, donde se distinguen tres tipos de autorías: Autoría directa o inmediata: “Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí...”. Cuando se realiza personalmente el hecho punible, de modo directo y es la que se encuentra referenciada en la parte especial al realizarse la descripción del tipo. Ejemplo: “... El que matara a otro...”. Autoría mediata: “...o valiéndose para ello de otro...”. Es decir, sirviéndose de otro que actúa como instrumento (no imputable) en comisión del hecho punible, por medio del dominio de la voluntad que el sujeto de atrás ejercer sobre el instrumento. Coautoría: Inc. 2º: “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización. En cuanto a la coautoría, se contempla una realización conjunta de la acción dentro de ella: La coautoría ejecutiva directa o total: en la que todos los coautores realizan la totalidad de los actos ejecutivos; y La coautoría parcial: “...en la que se da un reparto de las tareas ejecutivas...” (Muñoz Conde & González Macchi, 2003, pp. 212-213)

Distinguida la participación de la autoría, es importante enmarcar las formas de participación recogidas por el Código Penal en los artículos 30 y 31: Instigación: “Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”. De acuerdo con la redacción el instigador hace surgir en el instigado o inducido la idea de cometer un hecho antijurídico doloso; sin embargo, quien decide, domina y se determina a realizarlo es el instigado. Desde esa perspectiva, la realización del hecho depende del autor principal, que sería el instigado, ya que, si éste no comienza la ejecución, sólo cabría la tentativa a la instigación dentro de los límites previstos en el artículo 34. Tentativa de instigar a un crimen. Al equipararse la responsabilidad del instigador con la de autor, resulta oportuno delimitar los requisitos para la procedencia de la instigación. Debe existir una conexión causal, desde el punto de vista psíquico, con respecto a la voluntad del instigado y la relación entre uno y otro debe ser directa y personal, encaminada a cometer un hecho antijurídico doloso y no una mera recomendación o sugerencia. En cualquier caso y sin discriminar el medio empleado para instigar, siempre que sea eficaz, el instigador debe dejar en el autor directo o instigado, la decisión de ejecutar o no el hecho punible. Complicidad: “Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a cometer un hecho punible antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67” (Ley 1160, 1997).

En este caso, lo que se castiga es la cooperación para realizar un hecho antijurídico, en ese contexto, la conducta del cómplice debe ser manifiestamente peligrosa de manera tal

que represente un incremento relevante en el éxito del autor y con ello, la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos. Esbozadas básicamente las particularidades que integran la participación en el ordenamiento jurídico nacional al remitirse al punto de análisis –autoría mediata por aparatos organizados de poder– se deduce que la misma forma parte de la subclasificación dentro de lo que doctrinariamente se conoce como autoría mediata, de acuerdo a la familia jurídico- penal a la cual pertenece, siendo este un tema discutido considerado como una construcción dogmática iniciada e impulsada por el reconocido tratadista Claus Roxin. Sin embargo, como pudo notarse precedentemente, la “autoría mediata” es una forma de autoría donde el agente domina el acontecimiento, sin tener que participar en la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata) (Roxin, 2016, pág. 75).

De esa forma, se puede realizar un tipo sirviéndose de otro “...alguien que actúa como medio en el hecho...” (Roxin, 2016, pág. 84) y empleando la persona de éste para fines propios, de modo que mediante su instrumentalización se domina mediatamente como sujeto de atrás del acontecer. Tal comisión del hecho a través de otro en los que se caracteriza por el dominio de la voluntad. La autoría mediata y su clasificación doctrinaria En los delitos de dominio, una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres prototípicos, de acuerdo con la consideración del profesor Roxin: Dominio del hecho por coacción. Uno de los casos más sencillos de la autoría mediata se da en el dominio de la voluntad por medio de una intervención con fuerza, que es la coacción. Al respecto, el autor mediato se vale del instrumento para la ejecución de la acción mediante la amenaza –el autor detrás del autor– y de esa manera, el sujeto de atrás presupone en realidad el dominio de la acción por el ejecutor (Roxin, 2016). Dominio del hecho por error: Cuando el sujeto de atrás dirige la realización del tipo mediante el engaño al ejecutor convirtiéndolo así en ejecutante del plan delictivo. Partir de esta perspectiva, según Roxin (2016), un dominio de la voluntad en virtud del error, segunda forma de autoría mediata es posible en cuatro supuestos a su vez:

- a) Ejecutor que actúa sin dolo: Donde el sujeto de atrás pone al ejecutor en situación de error del tipo excluyéndole del dolo, de modo que este actúa en forma culposa pero inconsciente donde la conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de delante, que debe canalizar el dominio del primero. Esto suele presentarse, generalmente, en forma de provocación del error, pero también en forma de aprovechamiento del error o ignorancia existentes en el intermediario.
- b) Ejecutor que obra por error de prohibición: La provocación de un error de prohibición invencible convierte en autor mediato al sujeto de atrás que posee una orientación o información jurídica correcta, en este caso, el ejecutor actúa sin tener la posibilidad de alcanzar un conocimiento o comprensión de la ilicitud o injusto, inhibidora de la comisión

del hecho. En lo que respecta al ejecutor que actúa mediante error de prohibición vencible, existen posiciones, confrontadas las adheridas a la tesis de participación y otras, a la tesis de la autoría.

c) Ejecutor que yerra los requisitos del estado de necesidad disculpante: Cuando se somete al ejecutor a una situación que le hace parecer que está en un estado de necesidad disculpante, siendo absolutamente verosímil o próxima a la realidad la situación a la cual se le es sometida. El error en cuanto a la concurrencia de requisitos del estado de necesidad disculpante se presenta generalmente junto a un error de prohibición, ya que esa situación puede hacer que el sujeto se represente en la actuación a la que le compele la necesidad y considere que está permitida.

d) Ejecutor que obra de manera típica: El dominio del hecho concurre en el ejecutor, que ve o comprende la realización del tipo en todos sus aspectos jurídicos relevantes y resuelve la comisión del hecho bajo responsabilidad propia, dentro de la que se distinguen tres aspectos: engaño sobre la magnitud del injusto, sobre las circunstancias cualificantes y sobre la identidad de la víctima.

e) Dominio del hecho por aparatos organizados de poder: Considerado cuando el sujeto de atrás controla el acontecer de manera decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como una persona que da órdenes a través de aparatos organizados de poder, cuya ejecución está a cargo de sujetos intercambiables, donde el resultado no depende de la ejecución individual del actor sino de cualquiera de los miembros que reciba la orden. La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatal, sino también se entiende incluido en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc., que actúan al margen del ordenamiento jurídico. En el campo de la autoría mediata, el más importante desarrollo de los últimos años consiste en que la jurisprudencia alemana, seguida de la jurisprudencia peruana, fundamente sus sentencias exclusivamente en la doctrina del dominio, para ello se ha aunado a la concepción de la literatura (discutida aun entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho defendida por Claus Roxin) que permite la autoría mediata del hombre de atrás o del autor cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en el caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado, pese a que, en estos casos, también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor. La jurisprudencia reconoce entonces en el caso del autor detrás del autor como el de una posible autoría mediata (Balbuena Ríos et al., 2017).

4. Las principales consecuencias de la teoría del dominio del hecho (Roxin, 2016, p. 103)

- Es autor quien ejecuta todos los elementos del tipo (dominio de acción).

- Es autor quien ejecuta el hecho valiéndose de otro como instrumento (dominio de la voluntad).
- Es autor el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero, participando de la común resolución delictiva.

4.1. Criterios para tomar en cuenta

El transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad

El agente tiene una relación interna con el hecho, la cual se manifiesta en el “*dominio conjunto del curso del acontecer*”. Esta idea sirve de mucho para determinar la existencia de la coautoría. Como es sabido *la voluntad dirige el comportamiento de los agentes, pero esta solo se torna influyente si el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo* (Landaverde, 2015).

La capacidad de hacer, continuar y de impedir

Esta idea la sostiene el profesor Maurach, el cual se sirve de esta fórmula para caracterizar el dominio del hecho en general y para determinar con mayor precisión la coautoría en particular. *Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del delito de manera que, si este desiste, puede hacer que fracase el plan* (Landaverde, 2015).

La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo

Es decir, el agente tiene y está en pleno dominio del hecho, por lo que puede darle un giro decisivo. *Esta posición se verifica en los delitos de omisión en los cuales el agente tiene la posibilidad de impedir el resultado*. En otras palabras, no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciere inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando o lo ha modificado decisivamente (Landaverde, 2015).

El poder sobre el hecho

Se debe atender a las posibilidades físicas o habilidades técnicas del agente y conforme con ello ver si dominan la dirección final del curso causal en la realidad. *La incapacidad para realizar el tipo de propia mano no excluye el dominio del hecho, los cuales demuestra tanto en la autoría mediata como en la coautoría*. Lo que debemos destacar es que *no basta la mera voluntad de autor o de dominio del hecho, la disposición interna, para fundamentar la autoría* (Roxin, 2016).

La subordinación de la voluntad

La teoría del dolo es acertada también como teoría del dominio del hecho, en la medida en que capta que el partícipe tiene que hacer depender el suceso de voluntad del autor, dejándolo a su criterio. Un sujeto no es partícipe porque haya dejado a criterio del

otro la ejecución del hecho. porque este tiene el dominio sobre el suceso. *La subordinación de la voluntad es el reflejo psíquico de las relaciones de dominio objetivas* (Landaverde, 2015).

Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría

El autor tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso, es decir se da un conocimiento fundamental del dominio (Landaverde, 2015).

5. Formas del Dominio de Hecho

El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría; en la terminología de Roxin, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de 35 años (Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, 7ª edición, 1999) y además las ha sometido a discusión en lugar destacado, el dominio del hecho aparece en las formas del dominio de acción (esto es, dominio de quien comete directamente) del dominio de voluntad (es decir, como dominio del autor mediato) y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor), (LK-Roxin (Leipziger Kommentar, ed, a cargo de Jahnke et al 11ª edición, 8 entrega, 1993), Como precursores, sobre cuyo trabajo pudo en parte construir el suyo Roxin, han de mencionarse tres importantes penalistas. En primer lugar está Welzel, para quien es señor del hecho aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización que dirige el curso de modo planificado, lo que significa que ejecuta personalmente el hecho o complementa como cotitular de la decisión común de ejecutar el hecho las aportaciones al hecho de los demás con su propia contribución'. Sigue Gallas, quien, argumentando desde la comisión propia, denomina señor del hecho a quien "tiene... la obra en su mano. Finalmente, no puede faltar el nombre de Maurach, quien es autor de las definiciones más comunes, incluso, sit venia verbo, más abocadas del dominio del hecho, que en la actual elaboración del tratado por Gössel rezan, prácticamente sin modificaciones, así: el dominio del hecho es el "tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos", y este dominio ha de corresponder a cualquiera "que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global

En los delitos del dominio del hecho, estima Roxin (2016), se dan de tres formas: como dominio de la acción, como dominio de la voluntad y como dominio funcional.

5.1. Dominio de la acción

El dominio de la acción comprende la realización directa, de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. Roxin, precisando su planteamiento, afirma: “Quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central, ...No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano”. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual; de esta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y “lo es sin excepciones, cuando los realiza”. No obstante, hay que tener en cuenta, con carácter general, que no puede afirmarse que sea autor directo todo aquel que realice algún elemento del tipo, si bien esto podría ocurrir aparentemente en la tentativa del delito; en el delito de estafa, si alguien, por virtud de un error producido por un engaño, realiza una disposición patrimonial que le perjudica a él o a un tercero, no por ello debemos considerarlo autor de una estafa, a pesar de que haya realizado un elemento del tipo; otro ejemplo sería el caso de quien toma una cosa mueble ajena, en el hurto, aunque haya realizado uno de sus elementos típicos.

Para determinar la autoría no se puede descuidar la perspectiva del hecho típico sobre el que se debe proyectar los delitos dolosos el dominio. Para Hernández, la autoría no opera como centro de imputación de acciones, ni siquiera de actos ejecutivos típicos, sino de hechos típicos, integrados por el conjunto de los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica (Hernández Plasencia, 1996). Roxin considera que no es necesario realizar todos los elementos del tipo, para determinar la autoría directa a la que se hace referencia, sino que donde la ley requiere varias acciones basta con realizar una de ellas; así en el delito de hurto es autor inmediato el que realiza el apoderamiento o el que aplica la fuerza. En este ejemplo, la realización parcial fundamentaría una coautoría, pero que el apoderamiento o la fuerza constituyan autoría no proviene sólo de la realización de propia mano del tipo, sino también del acuerdo de voluntades y daría lugar a la determinación mejor de coautoría que una autoría directa (Gómez Benítez, 1984). En relación con el instrumento en la autoría mediata, cuando, por ejemplo, por falta de dolo, actúa atípicamente, o a veces los elementos típicos son realizados por la propia víctima del delito, en los casos de participación necesaria, no hay lugar a la autoría inmediata. Estos cuestionamientos al concepto de dominio de la acción dan lugar a algunos problemas (Díaz & García, 2008). Así algunos autores deducen que, de la teoría del dominio del hecho, por el carácter material de la misma que no siempre quien de modo inmediato, de propia mano,

realiza la acción típica y cumple los restantes requisitos objetivos y subjetivos del tipo, tiene el dominio del hecho; el caso de la gente que dolosamente realiza la acción típica, que, sin embargo, actúa sin culpabilidad y es utilizado por un sujeto que actúa detrás, es quien tiene realmente el dominio del hecho. Estos autores no niegan que el ejecutor inmediato sea autor, sino que dicen que lo es, porque la ley obliga a que lo sea, en la posición del criterio material del dominio del hecho que debe combinar con aspectos formales o que es autor quien realiza la acción típica, aunque no domine el hecho. Otra situación cuestionable es la posición según la cual se considera fundamento del dominio del hecho y, por tanto, de la autoría, la actuación de propia mano de un sujeto que es el único interviniente, deduciendo que ese sujeto aunque intervengan otros seguirá siendo el autor, donde se da a entender que en la actuación individual de propia mano es obviamente autoría (supone dominio del hecho) porque el legislador, en sus tipos, al que más directamente se refiere es precisamente a este interviniente. Desde este punto de vista Luzón Peña sostiene que “en los delitos puramente resultativos el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo. Decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo, pero cuando existe la misma es precisamente la cuestión crítica, que hay que solucionar, y para ello no sirve de ayuda la característica de propia mano” (Luzón Peña, 2012). Se plantean algunos ejemplos en que la intervención de propia mano en el curso del suceso y sin embargo, no hay autoría: a) el sujeto que actúa solo y de propia mano y sin embargo no es autor. El sujeto que contempla el inicio de un incendio causado por un fenómeno natural (rayo, un corto circuito eléctrico) y en vez de apagarlo abre las puertas para que el fuego se propague rápidamente. Es dudoso en el ejemplo la autoría del único actuante, pues la determinación objetiva y positiva del hecho correspondió a un fenómeno natural. b) el sujeto que interviene de propia mano, junto a otro, y, sin embargo, no es autor, en los casos de complicidad.

5.2. Dominio de la voluntad

La autoría mediata se caracteriza, según Roxin (Roxin, 2016), como dominio de la voluntad. Es la posibilidad de que alguien realice el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra interpuesta persona que le sirve de instrumento para sus fines y que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, que es el autor mediato. El autor mediato es el que realiza el tipo penal, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para la ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. “El término instrumento de su voluntad, hay que entenderlo –indica Gómez Benítez- en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato” (Gómez Benítez, 1984). En los delitos dolosos comunes sólo puede ser instrumento, por tanto, quien en sí mismo no es un autor plenamente responsable, salvo los que actúan como instrumento ejecutor en el seno de aparatos

organizados de poder. Como consecuencia de ese dominio de la voluntad el autor mediato realiza el tipo penal, aunque no de ejecución directa material del mismo. Lo que significa que el instrumento quede impune, porque no puede imputársele a él la realización de la conducta descrita en el tipo penal, ni tampoco puede afirmarse su participación en el mismo. Para Roxin (2016) el dominio de la acción estará siempre en el que realice los elementos del tipo, a pesar de que otra persona ostente un dominio superior sobre el acontecimiento que aquél mismo realiza de propia mano. La superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio. Esto ocurre, según Roxin, aunque no siempre, en la autoría mediata, en la que el instrumento tiene el dominio de la acción, pero es el sujeto de atrás quien tiene el dominio de la voluntad. En efecto “mientras allí –la autoría directa- la realización de propia mano de la acción típica fundamenta la autoría, aquí –la autoría mediata- tiene lugar respecto a los supuestos en los que justamente falta una acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho sólo puede afirmarse sobre el poder de la voluntad conductora” (Roxin, 2016). Esta segunda forma de dominar un hecho punible, que da lugar a una nueva forma de autoría–la mediata- no es incompatible con la directa, es decir, que sobre un mismo acontecimiento típico pue-den presentarse simultáneamente un dominio de la acción y un dominio de la voluntad. No obstante, parece cuestionable que exista dominio de la voluntad cuando el instrumento actúa completamente libre, es decir, cuando el sujeto de atrás no domina al que actúa por delante porque está sometido a un error. Existen diversas formas, según la doctrina planteada por Roxin (2016), para realizar mediatamente un hecho: a) Utilizando en el plan delictivo a una persona que obra por error, que no comprende lo que en verdad está haciendo, debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; es el caso del ladrón que le pide a un tercero que le pase la cartera que dice pertenecerle, en circunstancias de que es ajena, o cuando se recurre a un inimputable; en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines. b) Cuando emplea la coacción, presionando la voluntad de un tercero, sea mediante la amenaza de hacerle sufrir un mal, como presionándolo con una tentado a su vida si se niega a la realización del hecho que se le pide, o apremios semejantes. c) A través del dominio de la voluntad como sucede con un aparato organizado de poder, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, ideológica, o una banda delictual, el Estado mismo, etc. Son los je-fes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que ellas le confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir intercambiando los ejecutores según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquél que imparte la orden es el autor mediato.

5.3. Dominio funcional

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ocurrir que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá la denominada autoría plural o autoría concomitante, cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular. El principio general de la autoría concomitante o paralela es que cada autor es sólo responsable por lo que ha querido, en tratándose en su forma dolosa. La importancia dogmática, que tiene la autoría paralela, se presenta en que por ser un supuesto de pluralidad de autores y, sin embargo, no ser un caso de coautoría. Por lo que suele decirse que la autoría concomitante o paralela se presenta cuando no hay una decisión común al hecho, que es una característica esencial de la coautoría. No habrá de ser el caso de la autoría concomitante la que ofrezca dificultades, sino aquella situación en que la pluralidad de autores se presente en la forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho; esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una división de la tarea, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. De esta manera, si en el hurto a un banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos cometen el robo. Para Díaz y García (2012), explicar la coautoría como la división funcional del trabajo; no es suficiente estima que, en la mayoría de los casos de codeincuencia, tal división funcional del trabajo se da entre los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor. El dominio funcional, entonces, es el criterio de imputación a los coautores y hace referencia a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de carácter necesario, acordada en común antes o durante la realización del hecho punible. Según Roxin (2016) los elementos serían: un plan común, referido al nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, y los otros referidos al aspecto objetivo de la realización común como es la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva.

6. Autoría y Participación

La concurrencia al delito como autor o participe es uno de los temas más discutidos en la doctrina y en la práctica del Derecho penal, que interesa analizar a la luz de la teoría del Dominio del Hecho.

Continuando con una clara distinción entre la intervención en el hecho delictivo y la participación en la ejecución de este, con la finalidad de determinar el cuanto de la pena ya que cada uno responde de acuerdo con la intervención en el hecho delictivo. Esta posición forma parte de las teorías positivas que se inclinan hacia la necesidad de distinguir entre la intervención del autor y del partícipe, para determinar la responsabilidad penal, al margen de aquellas posturas doctrinales para las cuales no existe razón de distinguir a los participantes en el delito, todos deben ser considerados como autores.

En tiempos actuales autor es la persona física que realiza la conducta típica, los criterios para saber quién tiene este carácter deben deducirse de la descripción del delito en la ley penal, complementado con las prescripciones contenidas en la parte general; en ese sentido es autor " el que", "a quien", "al que" se le imputa el hecho como suyo; es decir, el que lesiona, roba, viola, defrauda, etcétera; con un dominio final sobre el acontecer. Como se aprecia, la descripción de los hechos punibles en el tipo hace referencia al autor de manera anónima y singular; sin embargo, no puede entenderse este concepto de manera unitaria, pues, a veces, la sanción penal alcanza también a quienes sin ser autores deben ser castigados por contribuir desde su posición en la realización del delito, pero no por ello son realmente autores de este. (Muñoz Conde, Teoría General del Delito)

7. Formas de autoría

El punto de partida es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal. La realización de la acción típica no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho, pues el hecho en sí mismo constituye una unidad objetivo-subjetiva.

El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solamente podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho. Este dominio es definido, en esencia, como "la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tiene ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito" (Hurtado Pozo José y Prado Saldarriaga Víctor, 2011).

Es importante hacer referencia a las diversas formas de autoría que son: autoría directa, coautoría y autoría mediata, en este sentido: Es autor directo quien realiza por sí el hecho punible, cuya acción se le va a imputar por referirse a la realización directa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate. Es la forma más amplia del dominio del hecho, dado que éste es señor de su decisión y de la ejecución del acontecimiento que conduce a provocar el resultado con su conducta (Díaz Aranda, Enrique, 2003).

Conforme a la teoría del dominio del hecho se califica como autor al que:

1. Sabe qué, cómo y cuándo se va a realizar el hecho delictivo o si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción);

2. Hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de atrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad);

3. Da una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho); y

4. Si intervienen varias personas se tiene que dar un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo (plan delictivo).

Coautoría. Esta se corresponde la intervención de dos o más sujetos en la comisión de un delito, quienes ejecutan conjuntamente el hecho guiando el proceso causal hasta la consecución del fin, pero cada uno mantiene la facultad de pedir su consumación, por lo cual tienen repartido el dominio del hecho. Una de las características básicas de la coautoría es el acuerdo previo que debe existir entre ellos, por lo cual se puede sancionar a todos por igual, aunque solo algunos hayan realizado la conducta descrita en el tipo legal.

Autoría mediata. Es autor mediato aquel que se sirve o utiliza a otro como instrumento para la comisión del delito, de ahí, que se sostenga que este tipo de autoría degrada al ser humano a la categoría de medio material para la obtención de los fines que se ha propuesto. De lo cual nos ocuparemos en otro apartado, ya que la misma se desprende la teoría del dominio del hecho.

8. La autoría mediata: generalidades.

Una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un ‘autor detrás del autor’ (Según nos comenta el Maestro Zaffaroni, esta expresión fue usada por Lange).

Según el Código Penal Alemán, el autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro, usándolo como instrumento. Por error o coacción sobre el ejecutor, ‘el hombre de atrás’ tiene el dominio del hecho.

Günther Jakobs explica que al igual que cualquier autor puede valerse de instrumentos mecánicos para su accionar delictivo, se pueden ‘usar’ a otras personas de la misma forma. Pero no como objetos inertes, sino como personas actuantes. A través del error o la coacción. El maestro de Bonn señala la característica fundamental de la autoría mediata: “la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión”, es decir, al ejecutor no le es imputable el delito doloso que no puede evitar, y esa responsabilidad se transmite a quien ostentó el dominio del hecho. Pero aquí Jakobs dictamina su primer oposición a la teoría de Roxin, que más adelante

explicaremos, al afirmar que “la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva del ejecutor”.

Fiel a su iusfilosofía, Jakobs sostiene que “la superioridad del dominio de la decisión ha determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación del ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención”.

Edgardo Alberto Donna cuenta la genética de la teoría del dominio del hecho, como fundamento de la autoría mediata. El punto de partida de la teoría del autor mediato es el dominio del hecho, que paternaliza Welzel en 1939, y remite a Hegler en 1915. Welzel negaba que aquel que se encuentra atrás del ejecutor pueda ser considerado autor, no era más que un inductor, “y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”. Por eso fue necesario completar este concepto restringido de autor, con el de ‘dominio finalista del hecho’, para llegar a estos casos de ilícito propio en manos ajenas. Donna luego habla de los tres tipos de autoría mediata: frente a actuaciones no típicas del ejecutor, frente a su ausencia de responsabilidad o su falta de culpabilidad.

9. Formas de participación

La participación es accesoria respecto del hecho del autor, y tiene distintos niveles: accesoriadad *mínima* (para castigar al partícipe basta que el autor realice un hecho típico; *máxima* (el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable) y *limitada* (la sanción del partícipe exige que el hecho del autor sea típico y antijurídico); quienes siguen esta última, consideran que basta que el hecho del autor sea antijurídico, ya que permite comprender porque no es punible la intervención del inductor o del cómplice cuando el autor del hecho principal actúa culposamente o de manera justificada. de ahí que el principio de accesoriadad se refiera a que una conducta delictiva debe ser ejecutada por el autor para que exista la posibilidad de configurarse la responsabilidad de un partícipe. Con independencia de la culpabilidad del autor, si no existe una figura primaria que por lo menos comience con la ejecución del tipo, no puede culparse a otro como partícipe si su conducta no se encuentra subordinada a la del autor (Muñoz Conde, 2010)

Este principio se explica fácilmente entendiendo que el concepto se fundamenta en la existencia de la dependencia de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor y esa sujeción consiste en la falta de autonomía criminal de la conducta del partícipe, determinando así la naturaleza jurídica de la accesoriadad en la participación. De esta

manera, la estimación jurídica de la participación depende de la conducta del autor principal. Al hablar del principio de accesoriedad también debe hacerse referencia a la unidad del título de imputación. Este principio significa que a pesar de la pluralidad de intervinientes (autores y partícipes), se mantendrá la unidad del delito, esto es, que es el mismo para todo; pues distingue al autor y al partícipe en la ejecución de los delitos especiales (Esperanza Sandoval Pérez, 2020).

Ahora bien, el concepto participación se entiende en dos sentidos uno completamente amplio que refiere así al fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, con el carácter que fuere; es decir, como autores, cómplices o instigadores; y el otro en sentido *stricto* considerando como partícipes las otras personas que toman parte en el delito ajeno. Por ejemplo: quien priva de la vida a otro ser humano *es autor* de homicidio y *cómplice*, es quien colabora con el autor proporcionando el arma para quitarle la vida; *es autor* del delito de robo el que para obtener provecho se apodera con ánimo de dominio, uso o lucro, de un bien mueble ajeno; mientras *instigador* será quien hizo surgir en la voluntad del autor la idea de cometer el delito, cooperando en el hecho dominado por el autor o bien hace surgir en el autor la idea de cometerlo. Bajo el rubro de partícipe se comprende al *inductor*, *auxiliador*, *cooperador*, *cómplice* y la denominada *responsabilidad correspectiva*.

- a) **Instigador.** es quien sin tener dominio de las circunstancias del hecho coopera proporcionando la ideación criminosa a la mente del autor, será este último, quien la capte en ese proceso de ideación y de liberación que forma parte del *iter criminis* o camino del delito, para que una vez concebida la ponga en marcha dentro del curso causal eficiente, en dirección a la obtención del resultado, siendo el autor quien podrá disponer de aceptar la ideación criminosa para encarnarla, o actualizarla mediante la acción o la omisión, que cobre vida por la actividad del propio autor, en este orden de ideas, el instigador solamente se convierte en un partícipe, carente del dominio eficiente del hecho, en virtud de no encontrarse en posibilidades de poner en marcha bajo su control todos los actos que deben producir el resultado, tal es el caso de la llamada incitación a la violencia, en que uno de los cónyuges incita a otro para cometer un delito, el incitador se conforma bajo la figura del derecho penal de instigador, porque sólo contribuye con el autor en forma creativa a la producción de la ideación criminosa y será éste último, quien la acepte para producirla o la deseche en el plano de la deliberación. (José Luis Aguirre Huerta, 2020)
- b) **Cómplice.** En palabras del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, la figura del cómplice se define como *persona que auxilia al autor de un delito o falta mediante la ejecución de actos anteriores o simultáneos de carácter no esencial o necesario, y siempre que exista un acuerdo de voluntades entre el autor y ella*. El hecho de que una persona sea cómplice de un delito, implica que ésta **también será responsable** del mismo.

Los Doctrinarios distinguen **distintos modos de complicidad**:

1. Complicidad **principal**: sin ella el delito no podría cometerse.
2. Complicidad **necesaria**: útil para cometer el delito, pero no imprescindible.
3. Complicidad **accesoria**: únicamente facilita la comisión del delito.

10. Formas de participación criminal en el ordenamiento jurídico paraguayo

Mediante una descripción delimitada del objeto de estudio, resulta propio partir del concepto de la palabra autor. El diccionario de la Real Academia Española contiene varias acepciones de la palabra, desde el punto de vista del derecho penal el autor es “la persona que comete el delito o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera en la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado”. En el diccionario de ciencias jurídicas, se define al autor como “sujeto activo del delito”. En ese sentido, autor puede ser inmediato o mediato, según ejecute personalmente el acto delictivo o para su ejecución se valga de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o no es imputable (Ossorio, 2010, pág.109).

Como puede observarse, existe una distinción entre autor inmediato y autor mediato, vale decir, el que ejecuta por sí mismo una acción, en este caso delictiva, considerada doctrinariamente como autoría auténtica, del que ejecuta la acción valiéndose de otro a ese efecto, identificada como figura del instrumento. Así también, la pluralidad de sujetos activos es un elemento esencial para configurar la hipótesis participativa. Ese concurso de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues muchas veces existen metas u objetivos que no puedan ser alcanzados individualmente y por ello se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo; mientras que otras veces la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental (Fierro, 1993, pág. 1)

Surgen, en tal sentido, diferencias entre autoría y participación, considerada dogmáticamente la participación como una figura accesoria a la autoría, independientemente a la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto, ya que la participación supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. La participación viene a ser un concepto de referencia, suponiendo la existencia de un hecho ajeno (autores o coautores), a cuya realización el partícipe contribuye (como instigador o cómplice). Esta diferenciación entre autoría y participación supone el motivo por el cual sólo se hace referencia al autor en la descripción típica de la parte especial, incluyendo el marco penal previsto, la dependencia de la participación con respecto a un hecho punible realizado por un autor y la existencia de tres formas de autoría: la inmediata, la mediata y la coautoría, así como dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

Esta corriente es aceptada por el Código Penal paraguayo, teniendo presente lo que dispone el artículo 29. Autoría, donde se distinguen tres tipos de autorías:

Autoría directa o inmediata: “Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí...”. Cuando se realiza personalmente el hecho punible, de modo directo y es la que se encuentra referenciada en la parte especial al realizarse la descripción del tipo. Ejemplo: “... El que matara a otro...”.

Autoría mediata: “...o valiéndose para ello de otro...”. Es decir, sirviéndose de otro que actúa como instrumento (no imputable) en comisión del hecho punible, por medio del dominio de la voluntad que el sujeto de atrás ejercer sobre el instrumento.

Coautoría: Inc. 2º: “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

En cuanto a la coautoría, se contempla una realización conjunta de la acción dentro de ella: La coautoría ejecutiva directa o total: en la que todos los coautores realizan la totalidad de los actos ejecutivos; y La coautoría parcial: “...en la que se da un reparto de las tareas ejecutivas...” (Muñoz Conde & González Macchi, 2003. págs. 212-213).

11. Regulación en la legislación penal

Se advierte que la estructura normativa del Código Penal responde a la concepción restrictiva de autoría, ya que claramente hace un tratamiento distintivo entre la autoría y su tipología (directa, mediata y coautoría); y la participación (inducción y complicidad). Dentro de dicha perspectiva, el referido cuerpo normativo se adscribe, nuevamente, a la corriente del pensamiento que hace a la teoría del “dominio del hecho” y ello resulta evidente tomando en consideración la construcción dogmática de los articulados que hacen a la autoría y participación del Código Penal, en donde claramente se pone de manifiesto, como punto de distinción entre los tipos de intervención, por un lado, los que tienen el señorío sobre el hecho, que hace a la autoría propiamente dicho y, por otro lado, los que mínimamente contribuyen al mismo, de manera accesoria, referido a la figura penal de la participación.

El Código Penal Paraguayo regula la autoría y participación primeramente haciendo mención en el artículo 14 inc. 9 “participantes – los autores y partícipes” y el inc. 10 “partícipes – los instigadores y cómplices”.

Habiendo hecho mención a la clasificación que realiza la norma, cabe mencionar que lo relacionado a la *autoría*, expresamente lo dispone el cuerpo legal en el artículo 29, el cual establece “**Autoría:** 1º Seré castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro.

2° También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”.

Como puede observarse, no solo la construcción del artículo señalado, sino la sistemática misma seguida por nuestra ley penal de fondo adopta la teoría del dominio del hecho, restringiendo la amplitud conceptual de autoría a todos quienes detentan poder sobre el hecho. Una clara muestra de ello es la terminología legal utilizada al respecto que dice: “...el que realizara el hecho”, o en los casos de coautoría, “...comparta con el otro el dominio sobre su realización”. Con todo esto, queda más que evidenciado la postura teórica asumida por los redactores del Código Penal.

Otro punto importante que permite sostener la adopción de la teoría del dominio del hecho se encuentra en la misma exposición de motivos del Código Penal, Ley n.º 1160/97, al respecto dice:

Para la autoría, adopta el criterio del “dominio del hecho”, reconocido por la jurisprudencia argentina y chilena. Este criterio permite el castigo como autor a personas que, al causar dolosamente el resultado, en vez de “ensuciar su propia mano”, dirigen –por ejemplo, mediante su jerarquía o su conocimiento mayor– los acontecimientos como autor mediato o los dirigen como coautores... Por eso y de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia en varios países, como son Argentina y Chile, el artículo 29 adopta el criterio objetivo del “dominio del hecho”. Como es obvio, hay dominio del hecho cuando una persona realiza el hecho obrando por sí solo (Art. 19, inc. 1, primera alternativa).

Se puede señalar que, en la autoría mediata, en el Código Penal paraguayo, el instrumento o el ejecutor del que se vale el autor mediato siempre actúa cegado, estando real y efectivamente el dominio de la acción en poder del autor mediato, quien es, en última instancia, quien ejecuta el hecho, por más que no haya realizado de propia mano, en él descansa la decisión final. Sin embargo, ello no ocurre en la autoría mediata concebida por Roxín, en donde el instrumento si es consciente y tiene voluntad de realizar la acción del tipo punible, detentando ese poder el autor mediato, no por el dominio que tenga sobre el hecho, sino porque tiene el dominio sobre la voluntad.

La figura de *instigador* lo encontramos en el Artículo 30 del Código Penal Paraguayo, que expresa “**Instigación.** *Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor.*”

Al equipararse la responsabilidad del instigador con la de autor, resulta oportuno delimitar los requisitos para la procedencia de la instigación. Debe existir una conexión causal, desde el punto de vista psíquico, con respecto a la voluntad del instigado y la relación entre uno y otro debe ser directa y personal, encaminada a cometer un hecho antijurídico doloso y no una mera recomendación o sugerencia. En cualquier caso y sin discriminar el medio empleado para instigar, siempre que sea eficaz, el instigador debe dejar en el autor directo o instigado, la decisión de ejecutar o no el hecho punible.

En cuanto a la figura de *cómplice*; el Artículo 31 del Código Penal Paraguayo, dispone “**Complicidad:** *Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67*”.

Asimismo el Artículo 34 del mismo cuerpo legal establece “*Tentativa de instigar a un crimen: 1º El que intentara instigar a otro a realizar un crimen o que instigue a un tercero a realizarlo, será punible con arreglo a las disposiciones sobre la tentativa. La pena prevista para la tentativa será atenuada con arreglo al artículo 67.*

2º Quedará eximido de la pena prevista en el inciso anterior el que voluntariamente desistiera de la tentativa o el que desviara un peligro ya existente de que el otro realice el hecho. Cuando no aconteciera el hecho, independientemente de la conducta del que desista o cuando se realizara el hecho, independientemente de su conducta anterior, será suficiente para eximirle de la pena el que con su conducta, voluntaria y seriamente, hubiera intentado impedir la realización”.

12. Doctrinas que niegan la autoría mediata por aparatos de poder

12.1 Tesis sobre el cómplice necesario.

Hernández Plasencia desecha la tesis de Roxin debido a que el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de poder, mediante la organización, no condiciona, necesariamente, la autoría mediata de manera automática. Tener los aparatos de poder en las manos no es concluyente porque no consigue *per se*, la instrumentalización del ejecutor, quien sin estar sometido a error o a coacción hace propia la influencia que recibe de los dirigentes. En este sentido, no hay validez para encontrar autoría mediata cuando el propio sujeto asume la decisión de cometer el hecho voluntariamente. No hay un tal dominio de decisión de los dirigentes, más bien lo que existe es un dominio en la organización; empero, tal dominio no existe sobre el que ejecuta materialmente la acción, debido a que de una valoración del caso concreto es posible desprender que el sujeto de adelante puede negarse a cometer el hecho, por este motivo, no existe un dominio sobre su decisión.

Tampoco puede ser coautor porque no domina positivamente el hecho. Deja en manos de otro u otros, que actúan conscientes y libremente, la realización del hecho típico.

Para este jurista, la cercanía que tenga el sujeto en el hecho determina la categorización que deba dársele; es claro que, para él, la necesidad de intervención en los actos de ejecución es imprescindible en la consideración de una coautoría; así, la descarta en virtud de que los actos desde el escritorio no tienen mayor incidencia en el hecho típico, de no ser por la mera organización del delito.

13. Tesis que apoyan la coautoría

Jescheck se inclina por la tesis de la coautoría, manifiesta que se admite con frecuencia un dominio del hecho basado en el aparato de poder de una organización, de modo que el sujeto que actúa tras una mesa de despacho, pero en cuyas manos está la organización, aparezca siempre como autor mediato. Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. No obstante, si el autor (ejecutor material) tiene la plena responsabilidad, el sujeto que permanece en la central es quien domina la organización y debe ser considerado coautor. Argumenta a favor de la necesidad de plan común, que el carácter común es la decisión criminal que tiene lugar gracias a la pertenencia de la organización.

Jakobs dice que la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, defendida por Roxin, surge como efecto de los crímenes nacionalsocialistas, y que: "...no cabe duda, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos... pero apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo...". Y explica la nocividad en el caso concreto de los nazis, que encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, entiende que, en el exterminio organizado de judíos en el período nacionalsocialista, también son coautores los coordinadores que no ejecutaron los hechos por sí mismos, cuando los ejecutores directos no pueden ser instrumentos porque son plenamente responsables. Sigue diciendo "...sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta, se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas...". Termina inclinándose Jakobs por la solución de la coautoría y la inducción en los casos especiales (Jakobs, 1997).

Los estudios de Roxin tuvieron junto a la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial de desarrollo y, al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber 10 (trato los delitos de propia mano como subcategoría de éstos y no me referiré de modo específico a ellos en lo que sigue). Existen delitos – que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación- cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene

como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia.

Jakobs menciona que el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de propia mano, que, como se ha dicho antes, no será objeto de ulterior mención). Pero ¿cómo puede construirse un concepto unitario de autor con un dominio y un deber?. A esto se suma la problemática de cómo han de integrarse los delitos de omisión en el concepto. Roxin ha emprendido una solución a través del concepto de la “figura central”, llenándolo de contenido mediante “un recorrido, acompañándola de cerca, a lo largo de la estructura fracturada y entrelazada de múltiples formas del objeto”, entendiendo este procedimiento como método dialéctico. Pero ¿cómo sería si el parentesco entre delito de deber y delito de dominio fuera más estrecho, si detrás del criterio del dominio del hecho se ocultara algo normativo comparable a la infracción de deber? Transformaré la pregunta en tesis –la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caos determina la cantidad de una intervención delictiva- e intentaré explicar esta tesis y hacerla plausible.

La cuestión del dominio del hecho, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir, en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y, con ello, la ejecución misma, o, en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño-, un jirón del todo, en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma – y de lo contrario no existe codelinquencia, sino sólo una tentativa de ésta. Desde esta perspectiva, la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codelinquencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente en la separación de autoría y complicidad- sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta en función de cantidades de intervención, y, con ello, de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quién más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Dominio del hecho tienen los dos, como acaba de decirse, uno mucho y el otro poco. Brevemente: no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena.

CONCLUSIÓN

Para poder comprender esta teoría es fundamental hablar de dos apreciaciones generales dentro de la dogmática penal; teniendo por un lado el sistema unitario y por otro el diferenciador.

Para el Sistema Unitario, es autor aquella persona que aporta a la realización de la infracción, es decir, que considera autores a todos los que, de una u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho antijurídico, por muy exigua que sea su participación, e independiente de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes.

Roxin, crítica esta postura, aduciendo que se da una equivalencia de todas las condiciones, por tanto, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de acción. El distingue tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional

Para el Sistema Diferenciado, se reclama una determinación gradual y diferenciada de los vinculados en la comisión de un delito. Esto brinda mayor seguridad jurídica y atiende el principio de proporcionalidad. Es indispensable definir al autor de la infracción penal, siendo este quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de esa posibilidad. En otras palabras, es quien decide y ejecuta.

El instigador y el cómplice intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura clave o central del suceso.

El Código Penal paraguayo responde a la concepción restrictiva de la autoría, ya que claramente hace un tratamiento distintivo entre la autoría y su tipología (directa, mediata y coautoría) y la participación (inducción y complicidad), al adoptar la teoría del dominio del hecho, restringiendo la amplitud conceptual de autoría a todos quienes detentan poder sobre el hecho, compartiendo con el otro dominio sobre su realización, la postura asumida por nuestro Código Penal, asume la autoría mediata es el instrumento o ejecutor del que se vale el autor mediato, siempre actúa cegado, estando real y efectivamente el dominio de la acción en poder del autor mediato.

BIBLIOGRAFÍA

- Balbuena Ríos, M. P., Benítez Báez, R. C., Escobar Franco, L. C. F., Fleita, M., Ovelar, S. N., & Riquelme, R. D. (2017). *Autoría mediata por aparatos organizados de poder*. Revista Jurídica. file:///C:/Users/Equipo/AppData/Local/Temp/113-MANUSCRITO-323-1-10-20181009-1.pdf
- Dangelo, A. S. (2011). La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. *revista de derecho*, 20.
- Díaz, M., & García, C. (2008). *Autoría y Participación*. 10, 49.
- Gómez Benítez, J. M. (1984). *El dominio del hecho en la autoría*. file:///C:/Users/Equipo/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElDominioDelHechoEnLaAutoriaValidezYLimites-46251-1.pdf
- Hernández Plasencia, J. U. (1996). *La autoría mediata en derecho penal*. Comares.
- Landaverde, M. (2015, febrero 24). TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO -ENFOQUE-. *Enfoque*. <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>
- Ley 1160. (1997). *Código Penal Paraguayo*. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3497/codigo-penal>
- Luzón Peña, D.-M. (2012). *Lecciones de derecho penal: Parte general* (2a. ed. amp. y rev. (1a. ed. como Curso de derecho penal, parte general I, Madrid 1996)). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & González Macchi, J. I. (2003). *Introducción a la teoría general del hecho punible: Adaptada al Código penal paraguayo por José Ignacio González Macchi*. Ediciones Jurídicas Catena.
- Rodríguez Kennedy, O. J. (2020). *Autoría mediata por aparatos organizados del poder* [PowerPoint].

- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.; Traducción de la novena edición alemana). Marcial Pons.
- Jakobs, Günther: "*Derecho Penal, Parte General*", 2º edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 765.
- Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.

ÍNDICE

Resumen

Introducción

Teoría del Dominio del Hecho

1. Construcción y contenido del dominio del hecho
2. Teoría del dominio de hecho
3. Consideraciones generales
4. Las principales consecuencias de la Teoría del dominio del hecho
 - 4.1. Criterios para tomar en cuenta
5. Formas del dominio de hecho
 - 5.1. Dominio de la acción
 - 5.2. Dominio de la voluntad
 - 5.3. Dominio funcional

Conclusión

Bibliografía