

RESEÑAS

El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito

MIGUEL ÁNGEL ARTEAGA SANDOVAL
Universidad Anáhuac México, México
miguel.arteaga@anahuac.mx
<https://orcid.org/0009-0009-9513-467X>

CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, 4ª ed., México, Porrúa, 2021, 219 pp.
ISBN 978-607-09-3651-7

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.07>

Recientemente tuve el gusto de conocer y el placer de escuchar al doctor Nimrod Mihael Champo Sánchez en la Universidad Anáhuac México, durante la presentación del libro que hoy me atrevo a reseñar, no sin riesgo de demeritar la valía de uno de los frutos de su prolífica contribución a la ciencia del Derecho y, particularmente, del derecho penal. Además del amor a la cátedra, un valioso punto de coincidencia me animó a la ardua tarea: ambos fuimos discípulos del doctor Rafael Márquez Piñero, a quien el autor dedica como homenaje *in memoriam*, las primeras palabras de esta obra, refiriéndose a él como investigador, mentor y, sobre todo, como ser humano. Ante ello, no puedo menos que expresar al autor de la obra que reseño: honrar honra.

¿Quién fue?, ¿quiénes fueron?, ¿quién está detrás?

Son algunas las interrogantes que frecuentemente se plantean, cuando se trata identificar al autor o autores del delito, y que simple y llanamente pueden responderse con base en suposiciones y conjeturas para

el convencimiento popular, pero que con todo rigor deben resolverse para fincar el reproche penal, máxime cuando el hecho punible fue realizado por más de una persona y quizá alguna o algunas, sin intervención material directa. Por ello, es encomiable que el autor haya emprendido y logrado con éxito, a través de esta obra, aclarar los distintos aspectos de las formas de la autoría penal en México.

Para dar estructura a esta reseña, la divido en dos partes: en la primera, abordo el capítulo inicial, en el que el autor explica la evolución de la teoría del delito; en la segunda, comento los capítulos siguientes, en los que desarrolla el tema central de sus reflexiones: el dominio del hecho y las formas de autoría en el delito, para culminar con una breve referencia a la evolución de la autoría en el derecho mexicano y un apartado de anexos, todo lo cual hace de esta obra, una valiosa fuente de consulta sobre el tema.

Primera parte

Considero un acierto que en el capítulo primero se explique brevemente, pero con meridiana claridad, la evolución de la teoría del delito. La importancia de la dogmática jurídico penal, entendida como el estudio teórico de esta rama, radica en estudiar el número y contenido de los elementos del delito, a partir de lo que dice la ley, por ello, al delimitar sus alcances, comenta el juez Ricardo Ojeda, “es la reformulación coherente de la ley penal, partiendo de la ley misma”.

Abandonada la teoría unitaria o totalizadora (el delito es un todo que no requiere análisis), y aceptada la teoría analítica, también llamada “estratificadora”, el delito está integrado por diversos elementos que, colocados en un plano lógico, se ubican en diversos niveles que se apoyan, soportándose unos a otros y cuyo contenido y alcances, desde la óptica de las mentes preclaras del derecho penal moderno, evolucionaron en las corrientes de la dogmática jurídico penal: el causalismo clásico, también llamado naturalista, el causalismo neo-clásico, también llamado teleológico o valorativo, el finalismo, el funcionalismo moderado y el funcionalismo sistémico o radical.

1. *El causalismo clásico o naturalista.* Teniendo como antecedente inmediato a la Escuela Clásica del Derecho penal (Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 1859), con el auge de las ciencias naturales, se sostuvo que el delito es un ente jurídico, impulsado por dos fuerzas: el libre albedrío (voluntad inteligente y libre del individuo) y un hecho exterior lesivo del derecho. Destaca la importancia del saber científico, fundado en lo positivo, en lo real, en lo físico, por lo que se basa en la

relación causa-efecto: la causalidad. Entiende a la conducta como un movimiento corporal voluntario, en el cual la voluntad es un factor desencadenante que produce una modificación en el mundo exterior, vinculado por el nexo causal.

La causalidad es la nota principal de esta corriente, de ahí que cobren relevancia las teorías del nexo causal: la de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), todas las condiciones que contribuyen a la producción del resultado, aún las remotas, tienen el mismo valor; teoría que conduce a una ampliación desmedida de la responsabilidad, por lo que hubo que limitarla con los correctivos de tipicidad y culpabilidad (solo es causa del resultado la que se adecue al tipo y haya sido puesta culpablemente); la teoría de la condición más eficaz, la cual se basa en un criterio de efectividad, puesto que se asigna valor causal a la condición que haya contribuido en mayor medida a la producción del resultado; la teoría de la causalidad adecuada (a la que se adhiere el doctor Márquez Piñero), según la cual solo es causa del resultado aquella condición normalmente adecuada para producirlo.

El tema de la causalidad afirma con acierto el autor, no es exclusivo del derecho penal ni explicable solamente a través de este, por lo que para determinarla habrá de acudir a la ciencia, al conocimiento en general, a la experiencia, para que el juez penal pueda, razonablemente, tener o no por acreditado el nexo causal.

Ciertamente, la estructura cuatripartita del delito (cuatro elementos), se acepta desde el causalismo clásico, pero vale la pena aclarar que dentro de esta propia corriente el concepto evolucionó, puesto que, en inicio, para Liszt el delito era la acción antijurídica y culpable; fue Beling quien introdujo, con su concepto del *tabestand*, la tipicidad como elemento del delito y es hasta Radbruch cuando se introduce a la omisión como forma comisiva y así, el delito se concibe, desde entonces y hasta la fecha, como la conducta típica, antijurídica y culpable.

Los puntos más vulnerables del causalismo clásico, de acuerdo con la crítica, se encuentra en los delitos de omisión, pues el único nexo razonablemente admisible entre la omisión y el resultado, es de naturaleza normativa, un nexo de evitación y no un nexo causal; en cuanto a la tipicidad, no es suficiente que el tipo sea solamente objetivo, carente de valoración; otro punto criticable es el concepto psicológico de la culpabilidad, inexistente en el caso de la culpa inconsciente, la cual se caracteriza por la falta de previsibilidad. Tampoco logró explicar satisfactoriamente la tentativa del delito, lo cual solo es posible considerando la finalidad del autor.

2. *El sistema neoclásico del delito*. Este sistema surgió a partir de la filosofía neokantiana de los valores, se plantea que el derecho penal se refiere a fines y valores. Aunque este sistema parte de la teoría de la acción causal, le aporta un enfoque valorativo, por ello también se le conoce como “causalismo neoclásico o teleológico o valorativo”. En cuanto a la causalidad, se aparta de la teoría de la *conditio sine qua non* (equivalencia de las condiciones) y adopta la teoría de la causalidad adecuada.

Mezger, uno de los principales representantes de este sistema, sostiene que el delito es una conducta típicamente antijurídica, por ello, el estudio de la tipicidad se hace en la antijuridicidad, porque es su *ratio essendi*, de manera que la tipicidad no solo es *ratio cognoscendi* (indiciaria) de la tipicidad, sino que es esencial para el derecho que lo antijurídico se encuentre tipificado. Solo quiero agregar que desde entonces Mayer propone que el tipo penal también contiene elementos normativos y elementos subjetivos distintos del dolo.

Ahora bien, creo que, si algo hay que destacar del causalismo neoclásico, es la concepción normativa de la culpabilidad. Aunque ya Mezger había criticado la teoría psicologista de la culpabilidad, fue Reinhard Frank el precursor del concepto normativo de la culpabilidad, posteriormente desarrollado por James Goldschmidt en su obra *La concepción normativa de la culpabilidad* (1913) y consolidado por Berthold Freudenthal en su texto *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal* (1922). Desde la perspectiva normativa, la culpabilidad es un juicio de reproche, basado en la exigibilidad de otra conducta, es decir, el juicio que se hace sobre la conducta del individuo a quien le era exigible obrar de forma distinta y, sin embargo, optó por violar la prohibición penal.

Uno de los principales críticos del causalismo neoclásico, fue Alexander Graf Zu Dohna, precursor del finalismo, quien sostuvo que es racionalmente inaceptable el fundamento de la teoría normativa de la culpabilidad, puesto que no se puede sostener que la culpabilidad se fundamenta en la posibilidad que tuvo el individuo de actuar de otra manera, lo cual puede ser creíble, pero no demostrable.

En resumen, para el causalismo neoclásico el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable, en cuyo concepto la conducta comprende tanto a la acción como a la omisión; en cuanto al nexo causal, se acepta la teoría de la causalidad adecuada; en la tipicidad se acepta la existencia de elementos normativos (valorativos) y subjetivos distintos del dolo; la antijuridicidad comprende tanto su aspecto formal como material; la culpabilidad es reprochabilidad, es decir, el reproche

que se hace al individuo que optó por realizar una conducta típica y antijurídica, pudiendo haberse ajustado a derecho, esto es, cuando le era exigible obrar de otra manera.

3. *El sistema finalista*. La teoría de la acción final afirma con acierto el Doctor Champo Sánchez, nace en 1930 a partir de la filosofía de Höningwald (*Bases de la filosofía del pensamiento*), pero se reconoce como su principal precursor a Hans Welzel, sin demeritar, creo yo, el papel que en esta primera etapa del finalismo, tuvieron Von Weber y Graf zu Dohna. Para el finalismo, la acción no solo es un proceso material causal, como se había sostenido en el causalismo naturalista, sino un proceso dotado de sentido, proveniente de la dirección (finalidad) que el individuo le da a su acción: “la acción humana es ejercicio de actividad final”, es decir, un comportamiento orientado conscientemente desde la finalidad, puesto que la voluntad del individuo es un factor de dirección y no solo un factor desencadenante, como también sostenía el causalismo. De ahí la expresión icónica del finalismo: “...la finalidad es... vidente y la causalidad es ciega”.

Para entender el finalismo, parece oportuno poner acento en una de las principales críticas que se hizo al causalismo: no resuelve el problema de la tentativa. Si solo se desvalora el resultado, ¿cómo reprochar penalmente una conducta encaminada a un fin, si el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto? La tentativa punible solo es posible si se toma en cuenta la finalidad del autor de la conducta, por ello se hace necesario tomar en cuenta la voluntad del sujeto y no solo el resultado.

Para al doctor Rafael Márquez Piñero, la actividad finalista no solo comprende la finalidad de la acción (*finis*), sino que también abarca la elección de los medios necesarios y sus consecuencias secundarias. En este sentido, la acción finalista comprende: el objetivo por conseguir, los medios para lograrlo y, las consecuencias secundarias concomitantes. Con ello, en mi apreciación, se abarca el dolo directo, indirecto y eventual, así como la culpa con y sin representación. Aunque Reinhart Maurach, discípulo de Welzel, expresa que la finalidad se manifiesta en mayor medida en los delitos dolosos.

Creo que la principal crítica que se hace a la acción finalista se encuentra en los delitos culposos, en los que no hay finalidad delictiva, así como en los delitos de omisión, puesto que de esta no pude derivar una relación causal: quien omite evitar un resultado no desencadena un proceso causal, desde el punto de vista óptico. Aunque ya desde los críticos del causalismo se reconoció para los delitos de omisión, no un

nexo causal sino un nexo de naturaleza normativa, es decir, un nexo de evitación, cuya explicación, creo yo, se fortalece mayormente con la calidad de garante en la omisión impropia (comisión por omisión).

Al lado del concepto de acción finalista y como consecuencia de ésta, considero que la nota distintiva del finalismo se encuentra en el tipo: se advierte que en todos los tipos penales existe un tipo objetivo y un tipo subjetivo. El objetivo comprende los elementos objetivos del acto y los elementos objetivos del autor, el tipo subjetivo comprende el dolo y la culpa. El dolo, entendido como el dominio final sobre el acto, es decir, no solo querer la acción, sino el resultado. En la culpa, en cambio, existe una finalidad potencial, en la que, el resultado es la consecuencia “ciega” (no querida) de una conducta imprecavida (sí querida) del autor.

En cuanto a la antijuridicidad, se admite tanto en su aspecto formal como material, pero no solo en el sentido de entrañar una contradicción con el derecho y lesionar bienes jurídicos o intereses sociales, sino que se concibe como la violación de deberes de conciencia del propio sujeto, pues son estos los que determinan la dirección de sus actos y, por ende, los que le interesa proteger al derecho penal, ya que a través de ellos se protege a los bienes jurídicos.

Por lo que se refiere a la culpabilidad, el finalismo también se adhiere a la postura normativa: la reprochabilidad. Pero para superar la crítica realizada por Graf Zu Dohna al causalismo neoclásico en este punto, la exigibilidad de otra conducta (requisito de la culpabilidad), adopta un sentido concreto, que cada individuo, atendiendo a su particular condición y situación, hubiese tenido la posibilidad de adecuar su comportamiento a la norma o apartarse de ella. Por lo que Welzel acota la capacidad de culpabilidad a dos elementos: a) Comprender lo injusto del hecho; y, b) Decidirse conforme a esa comprensión. Concretando sobre el punto, para el finalismo, los requisitos de la culpabilidad son: i) La imputabilidad; ii) La conciencia de la antijuridicidad (comprender lo injusto del hecho); y, iii) La exigibilidad de otra conducta.

La reordenación sistemática del delito propuesta por el finalismo, se resume en el siguiente modelo: partiendo de la acción finalista, se traslada el estudio del dolo y la culpa al tipo, el cual deja de componerse solamente de elementos objetivos (tipo objetivo), sino que se ahora también abarca al dolo y la culpa (tipo subjetivo); la antijuridicidad, se concibe en su aspecto tanto formal como material, y esta triada (conducta, tipicidad y antijuridicidad) integran el llamado “injusto penal”, el cual precede al estudio de la culpabilidad, entendida como reprocha-

bilidad y cuyo contenido se integra por la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

4. *El funcionalismo*. Habida cuenta de la acción final como sustento del finalismo, y en la traslación del dolo y la culpa al tipo, sus críticas principales se centraron en la culpa y en la omisión. Para superarlas surgieron los sistemas funcionalistas, cuya mayor aportación radica en una de las teorías del nexo causal: la imputación objetiva.

Refiere el doctor Champo Sánchez, que fue el jurista Alemán Karl Larenz, con base en la construcción filosófica de Hegel, quien “bautizó” como imputación objetiva a la teoría del nexo causal que atribuye la causación del resultado a quien lo quiso y realizó lo necesario para producirlo, además, previó o pudo prever todas las consecuencias de su conducta o del curso causal de ésta, por lo que le serán imputables todas las consecuencias de su comportamiento. Por lo tanto, para Larenz la imputación objetiva es un juicio teleológico, es una construcción filosófica que se basa en la finalidad del autor de la conducta. Es Richard Honing quien abona a esta teoría una construcción dogmática, basada en la causalidad adecuada, en la cual, una conducta humana solo será jurídicamente relevante cuando pueda ser pensada como “puesta” finalmente con miras a la realización o a la evitación de un resultado, de donde deviene la imputación de éste, como un juicio objetivo.

El funcionalismo no es una corriente exclusiva del derecho penal, sino de todos los ámbitos, puesto que se afirma que todo lo existente en la sociedad humana forma parte de un sistema, el sistema social, constituido por varios subsistemas. Cada subsistema social construye su propia legitimación, aunque se comunica con otros subsistemas, cada uno se justifica a sí mismo, con base en su propia función. Dentro del subsistema derecho, el derecho penal es un subsistema que se justifica, como *ultima ratio*, en la utilidad social de la pena. A partir de esta idea, en la dogmática jurídico penal se distinguen dos corrientes del funcionalismo: el moderado (Roxin) y el sistémico o radical (Jackobs).

4.1. *El funcionalismo moderado*. Claus Roxin, en su obra *Política criminal y sistema del derecho penal*, destaca la función político criminal del derecho penal en la sociedad a partir de la necesidad de la pena, entendida como la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable. La función del derecho penal, como *ultima ratio*, debe basarse en la conservación del orden social, el mantenimiento de la coexistencia social, mediante la protección de los bienes jurídicos más relevantes y ello se realiza a través de los fines de la pena: la prevención general (conminación penal en abstracto, en el tipo penal), cuyo fin es motivar

al individuo para que omita la acción descrita en el tipo o realice la esperada, para evitar el resultado; y, la prevención especial (la necesidad de la pena, justificada en cada caso), para lograr la reinserción social.

Las aportaciones más importantes del sistema de Roxin, como él mismo lo explica, son dos: primero, dotar funcionalmente a la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad (en el tipo objetivo), y segundo, la ampliación del concepto de culpabilidad a un concepto de “responsabilidad”, donde aquella es presupuesto de ésta, entendida como el merecimiento de una pena atendiendo a las necesidades de prevención, por ello, la pena cumple una función político criminal.

La imputación objetiva, como ya se expresó, se basa en la teoría de la causalidad adecuada y tiene como requisitos:

- a) La creación de un riesgo no permitido. La vida cotidiana implica una gran cantidad de riesgos permitidos, v.g. el tránsito vehicular terrestre, marítimo y aéreo, el funcionamiento de maquinaria, etc., pero son riesgos que podríamos considerar “normales”, necesarios para el funcionamiento de las sociedades, los cuales no son relevantes para el derecho penal, a menos que excedan el ámbito de la permisibilidad. Para acotar este ámbito de permisión, el jurista mexicano Miguel Ontiveros se refiere a las “fuentes de determinación del riesgo” como las siguientes:
 - El ordenamiento jurídico. Limita los riesgos, mediante la reglamentación de ciertas actividades.
 - La *lex artis* (ley del arte). No todo está en la ley, las buenas prácticas, las pautas mínimas, los protocolos de actuación, etcétera, disminuyen los riesgos de la actividad.
 - La evolución histórica de la actividad riesgosa. Las nuevas actividades generan nuevos riesgos y aquí el intérprete debe acudir a la fuente histórica del riesgo permitido, para determinar, con base en una ponderación de intereses (al igual que en las fuentes anteriores), si el riesgo creado entra dentro del ámbito de permisión.
- b) La realización del riesgo en el resultado. El riesgo no permitido ha de ser causa del resultado, pues si éste deriva de un proceso causal diverso, no será objetivamente imputable a la conducta.
- c) El alcance del tipo (ámbito de protección de la norma). Considero que esto se entiende a partir del análisis de cada caso en particular, para determinar si queda cubierto por su ámbito protector, conforme a su *ratio legis*. Nuestro autor, citando a Miguel

Ontiveros, lo ilustra con el ejemplo de un conductor que muere de un paro cardíaco, al ver un asalto a mano armada dirigido al vehículo de al lado, en este caso ¿le puede ser objetivamente imputable al ladrón, la muerte del otro conductor como homicidio?

Otros puntos que el autor destaca y clarifica a la luz de ejemplos que no dejan lugar a dudas, son los relativos a la disminución e incremento del riesgo, así como a los conocimientos especiales, aspectos que también inciden en la imputación objetiva del resultado, según el supuesto en que se ubique el autor de la conducta.

4.2. *El funcionalismo sistémico.* El funcionalismo de Günter Jackobs se funda en la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. Para Jackobs el derecho penal forma parte un sistema mayor, la sociedad y cumple una función: está encausado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, a través de la pena, ya que, como todo sistema, opera en la medida en que sus funciones lo mantienen y es contrastable con otros, por ende el derecho confirma la identidad social, pues siguiendo la dialéctica Hegeliana, si el delito es la negación de la norma y la pena es la negación del delito, entonces la pena es la confirmación de la norma. Así, para Jackobs, la función del derecho penal realmente no es proteger bienes, sino salvaguardar la vigencia de la norma.

Jackobs distingue al individuo de la persona, a quien concibe como un concepto autorreferente, autopoiético y funcional. Solo será persona, dice Jackobs, quien en el grupo social cumpla con el rol que le está encomendado y la comunicación estará completa cuando todos cumplamos adecuadamente con nuestros roles. Por ello, en cuanto a la imputación objetiva, a la cual el distingue entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado, conserva la misma estructura de Roxin, pero agrega elementos importantes a su contenido: el principio de confianza (de que cada individuo cumplirá con el rol que le corresponde), la prohibición de regreso (que una conducta socialmente adecuada, no sea reprochada, al ser transformada por otro en delictiva) y la actuación a propio riesgo (exposición voluntaria a la acción de otro). Los ejemplos que utiliza nuestro autor para explicarlos lo ilustran con meridiana claridad. En suma, para Jackobs el derecho penal es un sistema de otro mayor, llamado sociedad, es parte de la misma y construye su propia legitimación a partir de la utilidad o función de la pena.

Segunda parte

En los siguientes párrafos, haré una apretada referencia a lo que el doctor Champo Sánchez, con pulcritud metodológica y estructura didáctica, desarrolla ampliamente e ilustra con varios ejemplos pertinentes sobre el tema central de su obra: el dominio del hecho y sus formas (el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio del hecho funcional, así como una interesante y bien documentada disertación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica), para finalizar con la autoría en el Derecho Mexicano.

Inicia por exponer las teorías previas al estado actual de cosas sobre el dominio del hecho, de las que yo rescato los antecedentes que me parecen relevantes para entender el tema: tres conceptos importantes, el concepto unitario de autor, que esencialmente se caracteriza porque no distingue entre autor y partícipe; el concepto extensivo de autor, que en su vertiente objetiva, sostiene que es autor aquél que causa el resultado típico y en su vertiente subjetiva dice que deben valorarse las aportaciones de cada interviniente, según su ánimo: *animus auctoris* (autores) y *animus socci* (partícipes) y, finalmente, el concepto restrictivo de autor, según el cual solo es autor quien realice los elementos típicos, es decir, quien comete el delito, puesto que la contribución a la causación del resultado mediante acciones distintas a las típicas, no pueden fundar la autoría, si acaso la participación, cuya base es la accesoriedad y la sumisión al autor.

Estado actual de la doctrina sobre el dominio del hecho

El concepto siguió evolucionando, nuestro autor refiere que fue Hegler en 1915 en su obra *Elementos del Delito*, el primero en emplear la expresión “dominio del hecho”, al referir que el autor es el “señor del hecho”. Hermann Bruns presupone la posibilidad de dominio del hecho con base en la acción adecuada del sujeto. El doctor Champo Sánchez considera como los principales representantes del “dominio del hecho”, entre otros, a los siguientes:

Hans Welzel. Fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, al enlazar, en 1939, la idea del dominio del hecho con la de autoría final, por tanto, se le considera fundador de esta teoría. Inicia por distinguir entre la autoría dolosa de la imprudente, en esta última no es posible diferenciar la autoría de la participación, puesto que la imprudencia solo es “concausa del resultado producido”. Es en los delitos dolosos en los que rige el concepto final de autor, puesto que es éste

quien está consciente del fin, quien lo quiere y, por ello, al configurar el delito, tiene el dominio del hecho, es el “señor del hecho”, a diferencia de los partícipes y cómplices, quienes sólo tienen dominio sobre su participación. Para Welzel la coautoría es la ejecución del hecho distribuida entre varias personas decididas a cometerlo, el dominio del hecho corresponde a todos conjuntamente, por lo que la distribución de sus aportaciones para la consecución del fin común, es solamente una cuestión de funcionalidad, puesto que el hecho, globalmente considerado, es de todos.

Reinhart Maurach. El discípulo de Hans Welzel dice que tiene el dominio del hecho todo cooperador que, a voluntad, puede impedirlo o hacerlo continuar hasta su realización total. Respecto de la coautoría, hace importantes aportaciones al expresar (transcribo la referencia literal que hace nuestro autor): *coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquél cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometerlo al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos dejan de su mano el hecho*. Por ello se considera como coautor al “jefe” que dirige a distancia la operación de su banda.

Jescheck. Haciendo una síntesis de las opiniones doctrinales, basa el dominio del hecho en un concepto de finalidad, no sólo limitada al dolo (presente tanto en el autor como el partícipe), sino desde la perspectiva de la culpabilidad: para tener el dominio del hecho, el autor ha de percibirse a sí mismo como el “señor del hecho”.

Fundamentos estructurales del concepto general de autor

No es fácil, considera nuestro autor, encontrar un concepto general de autor, sobre la base del género próximo y la diferencia específica, por lo que siguiendo a Roxin, más que un concepto fijado, parece más aceptable un concepto abierto, una descripción que pueda ajustarse a la diversidad de casos concretos, en los que para discernir el dominio del hecho, se consideren los elementos implicados: ánimo, aportación externa al hecho, interés, subordinación, etc., orientadores de la valoración judicial para determinar, en cada caso, la forma dominio del hecho: el dominio de la acción (autoría única: de propia mano); el dominio de la voluntad (autoría mediata: autor sin intervención propia); y, el dominio del hecho funcional (coautoría: autoría conjunta).

El dominio de la acción

Tiene el dominio de la acción el que realiza por sí mismo todos los elementos del tipo, quien lo ejecuta “de propia mano”. Interesante observación hace el autor en este punto al afirmar, que no puede entenderse como mera complicidad por “falta de voluntad de dominio” del que actúa directamente, llevando a cabo el hecho al servicio del autor, subordinado plenamente a la voluntad de éste, puesto que, si alguien ejecuta el hecho por su voluntad, independientemente de los motivos que lo impulsaron, tendrá un papel central en la ejecución y, por ello, dominio sobre el curso del acontecer. Ahora, si la voluntad del autor de propia mano se encuentra coaccionada, podría considerarse exculpada la autoría, como lo consideran tanto Welzel como Roxin.

El dominio de la voluntad

Para explicar el tema, nuestro autor parte de la siguiente interrogante ¿cómo considerar autor a quien no ha ejecutado el hecho por sí mismo? La respuesta se encuentra en la figura de la autoría mediata, en la cual lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato, anteriormente conocido como “autor intelectual” o como “el hombre de atrás”, derivado de la figura del *mandat* desarrollada en la Edad Media por el derecho penal italiano.

Para Jakobs, lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato, por su superior dominio de la decisión sobre quien sólo tiene el dominio de la acción, por lo tanto, quien detenta el dominio del hecho, es el autor mediato, el “sujeto de atrás”, quien tiene la determinación última sobre lo que debe ocurrir. Ahora bien, cuando el dominio de la voluntad radica la coacción, ésta debe ser de tal magnitud que anule por completo la voluntad del ejecutor directo, puesto que si a éste le queda un margen de decisión, si existe la posibilidad de que actúe de otra manera, no habrá autoría mediata.

Me parecen destacables otros supuestos que aborda el autor sobre el dominio de la voluntad, derivados de problemas que suelen presentarse en la práctica, como la inducción a estado de necesidad, el error, la coacción al suicidio o a la autolesión y otros aspectos muy interesantes que a la luz de las reflexiones y ejemplos que se plasman en esta obra, pueden aclararse y resolverse. Sin embargo, hay un punto en el que sí me quiero detener: el dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder.

Cuando el dominio de la voluntad emana de estructuras de poder organizadas, es decir, cuando el “sujeto de atrás” pertenece a un aparato que funciona para ciertos fines, se habla de un dominio organizativo, en el que tanto los emisores de las órdenes (autoría mediata), como los receptores (ejecutores de las órdenes), pueden ser fungibles para cumplir con los intereses de la organización a la que pertenecen, de manera que sus integrantes no obran por cuenta propia, por lo que en estos casos, Jakobs prefiere hablar de coautoría más que de autoría mediata. Cuando los aparatos de poder pertenecen a la organización estatal, sus actividades serán delictivas y punibles cuando se realicen al margen del derecho, en cambio, cuando los aparatos de poder no pertenezcan a la organización estatal, es el caso del crimen organizado, cuyas actividades son delictivas, por antonomasia, Roxin habla de autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, en las que el “hombre de atrás” conserva el dominio del hecho, por disposición incondicionada del instrumento, es decir, por la fungibilidad de ejecutores.

El dominio del hecho funcional: la coautoría

Se refiere a la ejecución conjunta del delito. Es Roxin quien habla de un dominio “funcional” del hecho, puesto que cada uno de los intervinientes tiene una “función” que realizar en el marco del plan global. En la coautoría, cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Cada uno, por sí solo, no tiene el dominio total del hecho, pero tampoco tiene el dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, incluso cuando alguno o algunos no se encuentren presentes en el lugar del hecho, siempre que su aportación se de en el momento ejecutivo y sea indispensable para lograr el resultado propuesto. Lo que no es fácil de determinar en la vida real, por ello, Roxin advierte que la “funcionalidad” o “dependencia funcional”, solo opera como principio regulativo como directriz valorativa para el juzgador, para valorar, considerando las singularidades de cada caso concreto y atendiendo a un elemento objetivo (conducta individual) y un elemento subjetivo (conexión de voluntades), la eficacia del aporte conductual de cada uno para el logro del fin común. La cooperación debe darse en la fase ejecutiva y no en los actos preparatorios, porque en estos no hay una contribución causal, el cooperador con actos previos es relegado a “la periferia del suceso”, ya que pierde el dominio sobre el mismo.

Otro punto interesante de reflexión que hace el autor es sobre la autoría sucesiva, es decir, cuando un sujeto se suma a un hecho delictuoso

ya iniciado, en cuyo caso solo le serán atribuibles al que se adhiere, las circunstancias por él conocidas, a lo que algunos han denominado la “comunicabilidad de las circunstancias”, prevista en algunas legislaciones penales.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las organizaciones empresariales han alcanzado un alto grado de complejidad y frecuentemente han sido utilizadas para la comisión de delitos. Por ello se ha abandonado el viejo principio *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), para regular legalmente esa posibilidad, ante la peligrosidad instrumental y organizativa que las empresas representan, esto es, ante la posibilidad de que sean utilizadas como medio para delinquir o que sus defectos estructurales generen peligro a bienes jurídicos. La doctrina y el Derecho comparado reconocen dos sistemas que permiten imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas: la autoresponsabilidad y la heteroresponsabilidad.

La autoresponsabilidad. Se basa en las teorías funcionalistas que, abandonando el concepto ontológico de acción, consideran que sí es posible hablar de acciones de las personas jurídicas *per se*, por lo que es posible imputarles un resultado, cuando éste se consecuencia de su voluntad. Me parece que este modelo no deja ser una ficción, difícil de comprender y más de aceptar, pero veamos el siguiente sistema.

La heteroresponsabilidad. Establece que primero se requiere de la responsabilidad de una persona física, para luego transferirla a la persona jurídica. Este sistema admite tres modelos: el modelo vicarial, el modelo de la responsabilidad por identificación, y, el modelo mixto.

El modelo vicarial. Se basa en la doctrina *respondeat superior*, en la que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes o empleados en ejercicio de sus funciones como parte de la empresa y con la intención de beneficiarla. Klaus Tiedeman considera a los agentes subordinados de la empresa como su “brazo” y por ello se le transfiere a ésta la imputación.

El modelo de responsabilidad por identificación. Hay una identificación entre la persona jurídica y sus órganos administrativos. Se basa en dos postulados: la necesidad de prevención y los deberes de vigilancia. Si hay defecto en ellos, se entiende que la persona jurídica autorizó o toleró la conducta delictiva de sus órganos.

El modelo mixto. Conjuga los postulados de la autoresponsabilidad y la heteroresponsabilidad. En opinión de nuestro autor, en lo cual coincide, este es el sistema que adopta nuestra legislación.

La autoría de la empresa

Recapitulando sobre las formas de autoría, conforme a la teoría del dominio del hecho: el dominio de la acción; el dominio de la voluntad; y, el dominio del hecho funcional. Descartando la primera y la última, por la naturaleza de la persona jurídica (no puede delinquir directamente, ni existir una división funcional del trabajo delictivo), la segunda (el dominio de la voluntad), es la única que parece responder razonablemente a la necesidad de fincar la responsabilidad penal a la persona jurídica, por los actos realizados por sus órganos, bajo la figura de la autoría mediata por instrumentos organizados de poder, con las adecuaciones pertinentes a la naturaleza de la empresa, en cuanto a los requisitos inherentes a la figura: poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad de ejecutores, y, predisposición a la realización del hecho ilícito.

Poder de mando. Es el pilar de los instrumentos organizados de poder, que se caracterizan por la jerarquía orgánica y la subordinación. Debe haber una estructura empresarial, que denote un control organizacional, sobre la base de la delegación jerárquica de competencias, para lograr los fines de la persona jurídica.

Apartamiento del derecho. Elemento muy evidente en las organizaciones criminales, pero no tanto en las personas jurídico-colectivas con fines lícitos, en las cuales el apartamiento del derecho sólo es advertible cuando su operación denote un afán de ganancia excesiva, con inobservancia de su normatividad rectora.

Fungibilidad de ejecutores. En la estructura de la organización siempre habrá individuos subordinados dispuestos a cumplir las órdenes.

Predisposición a la realización del hecho ilícito. Natural en los miembros de la delincuencia organizada, pero no las personas jurídico-colectivas constituidas con fines lícitos, que eventualmente desvíen su funcionamiento a fines ilícitos. En este caso, común que no todas las personas físicas tengan conocimiento de ello o que, teniéndolo, no quieran involucrarse, por lo que basta con que lo hagan los directivos, que son quienes tienen el dominio de la organización.

Como lo anticipé, coincido con nuestro autor al considerar que nuestro sistema jurídico, se basa en el modelo mixto, puesto que ello se advierte de la redacción del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos en su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando, además haya existido inobservancia del debido control de su organización, con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. Ello se confirma con las disposiciones correspondientes de la legislación sustantiva, v.g los artículos 11 y 11 bis del Código Penal Federal.

En el capítulo V, nuestro autor aborda la autoría en el derecho mexicano y nos conduce en un recorrido histórico por los códigos penales de 1871, 1929 y el de 1931, con una breve referencia a la influencia que en el texto de estos ordenamientos ejercieron las ideas de las Escuelas Clásica, Positiva y Crítica (Terza Scuola), respectivamente, para culminar con una puntual referencia a la promulgación del “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal” en 2002. Al final de este capítulo, el autor expone la llamada “autoría indeterminada o correspectiva”, doctrinalmente también conocida como “incertidumbre de autor”, que consiste en la ejecución conjunta de un delito doloso, sin previo acuerdo y sin que se pueda determinar el resultado individual que cada uno de los intervinientes produjo. El autor hace una dura crítica a esta figura, bajo tres argumentos: viola el principio de legalidad, no cumple con las formalidades esenciales del procedimiento e incumple el principio *in dubio pro reo*. El autor califica a esta figura de simplista y la considera más como una “ayuda” a los operadores jurídicos del sistema que una verdadera búsqueda de la justicia penal. Al respecto debo, por una parte, concederle razón porque sus argumentos son aceptables, pero, por la otra, considero que en la práctica, en efecto, esta figura es una como una “fórmula” útil para el operador jurídico del sistema penal (yo lo fui, como juzgador, durante casi veinticinco años), pero más bien, creo yo, esta figura tiende a la búsqueda de la justicia, al permitir, bajo su amparo, fincar el reproche penal en muchos casos, que de otra suerte quedarían impunes, aún y cuando la intervención en el delito hubiese quedado plenamente demostrada en el proceso.

Finalmente, el autor incluye, como anexos, la parte conducente del Código Penal Italiano y de los códigos mexicanos mencionados en el párrafo anterior, así como la interpretación del tema, a la luz de varias

tesis jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación. Todo lo cual hace de esta obra un apreciable y útil libro de consulta, por lo que, como corolario de esta reseña, quiero expresar un sincero reconocimiento al doctor Nimrod Mihael Champo Sánchez, por la valía de esta importante aportación a la ciencia del derecho penal y a su enseñanza en las aulas universitarias.