

SISTEMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA Y CONCEPTO DE AUTOR:

**APUNTES SOBRE UNA DISCUSIÓN APARENTEMENTE SUPERADA DESDE LA
DOCTRINA ALEMANA**

Ítalo REYES ROMERO*

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2020

Fecha de aceptación: 27 de mayo de 2020

Resumen

El artículo pretende analizar dos problemas de la teoría de la intervención delictiva que usualmente se dan por presupuestos en la discusión moderna. Primero, si el sistema reconoce la diferenciación conceptual entre autoría y participación, lo cual enfrenta un sistema unitario con uno diferenciado, y, segundo, qué significa autoría, lo cual contrapone un concepto extensivo o restrictivo de la autoría. De tal forma, se explican las razones que llevan a rechazar un sistema unitario de autor y asumir un concepto restrictivo de autoría.

Palabras clave: intervención delictiva – sistema unitario – autoría – participación – concepto extensivo – concepto restrictivo

Title: Participation System and the Concept of Perpetrator: Notes on an Apparently Outdated German Discussion

Abstract

The paper aims to analyze two problems of the participation theory—that is, when more than one person intervenes in a crime—which in the modern discussion usually are taken for granted. First, the question is if the system acknowledges a conceptual differentiation between perpetration and

* Abogado de la Universidad de Chile y Magister en Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania). Actualmente, estudiante de doctorado en la Universidad de Bonn y becario DAAD. Esta investigación toma como base un capítulo de mi tesis de máster “Täterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten”, defendida en 2018 y dirigida por el profesor Urs Kindhäuser. Contacto: italoresromero@gmail.com.

complicity, which faces a unitary with a differentiated system, and, second, what perpetration means, which faces an extensive with a restrictive concept of perpetration. Therefore, the paper explains the reasons that justify the rejection of a unitary system and the decision in favor of a restrictive concept of perpetration.

Keywords: participation – perpetration – complicity – unitary system – extensive concept – restrictive concept

Sumario: I. Introducción; II. Sistema unitario de autor versus sistema diferenciado de intervención; 1. Principios de un sistema unitario de autor; 2. Formas de aparición del sistema unitario de autor; 3. Casos de sistemas unitarios de autor; 4. Objeciones en contra de un sistema unitario de autor; III. Concepto extensivo versus concepto restrictivo de autor; 1. Contra un concepto extensivo de autor; 2. ¿Y un concepto restrictivo de autor?; IV. Conclusión; V. Bibliografía.

I. Introducción

La intervención delictiva sigue siendo uno de los temas más discutidos dentro del derecho penal: cómo —o sea, a título de qué— debe responder un individuo por un delito es una pregunta difícil y a la que se ofrecen muchas respuestas. Tal discusión se da actualmente en determinados términos y condiciones que presuponen la superación de disputas pretéritas que ya no son tomadas en cuenta. Sin embargo, la asunción de tales presupuestos va de la mano con un egocentrismo teórico, es decir, centrar todo el desarrollo teórico en lo que a nosotros —a nuestros ordenamientos jurídicos y otros similares— nos parece posible y, de paso, descartar otras alternativas, que efectivamente tienen aplicación en otros ámbitos. El problema no está en la corrección de tales presupuestos, pues es posible que estén completamente justificados, sino en el desinterés por entender sus razones y fundamentos. Este breve artículo se refiere al análisis de dos de esos presupuestos: primero, a la manera en que se conforma el sistema de intervención delictiva, en lo cual tiene influencia decisiva el legislador, y, segundo, al alcance del concepto de autor dentro de la teoría. Ambos tópicos están relacionados, pero deben ser diferenciados.

La bipartición tradicional entre autoría y participación —y, dentro de esta, entre inducción y complicidad— que, en menor o mayor medida, alcanza reconocimiento legal en los ordenamientos jurídicos de la tradición europea-continental y latinoamericana, presupone la asunción de un sistema de intervención diferenciada, es decir, en el reconocimiento de que esa bipartición es conceptualmente posible dentro del sistema. Ello implica, por consiguiente, el rechazo implícito a

un sistema opuesto, a saber, un sistema unitario de autor, el cual se caracteriza por la exclusión del concepto de participación. Se hace necesario, por tanto, entender qué significa un sistema unitario de autor, cuáles son sus principios y por qué nuestros ordenamientos jurídicos deciden rechazarlo. Ese es el objeto del primer capítulo de este trabajo.

El segundo capítulo se enfoca, por su parte, en una pregunta diferente: ¿Qué comprende el concepto de autor? O más precisamente, ¿hasta dónde llega? Como se puede observar, este problema está ligado con el anterior porque un sistema que rechaza el concepto de participación se ve forzado a extender el de autor para evitar resultados indeseables. Aquí la doctrina dominante se inclina hacia una limitación de la autoría, pero existen ciertos ámbitos específicos en los que esa decisión se invierte. Es necesario entender, por tanto, ambos conceptos y la decisión a favor de un concepto restrictivo para valorar la asunción contraria en casos específicos.

Antes de empezar, tres prevenciones. En primer lugar, debido a la trascendencia del desarrollo teórico alemán para la formación y análisis de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, me enfocaré especialmente en la discusión alemana, la cual es trasladable sin demasiadas dificultades al debate local. En segundo lugar, este artículo no se refiere a los criterios para diferenciar entre autoría y participación, sino a si esa diferenciación tiene que ser (o no) posible dentro del sistema. De tal manera, los difíciles problemas del fundamento del injusto del partícipe y el nivel de accesoriedad requerido no son objeto de análisis detallado, pues su revisión escapa a los límites de un artículo con extensión limitada. Y, en tercer lugar, los términos ‘intervención’ y ‘participación’ se utilizarán en sentido estricto. Así, mientras ‘intervención’ hace referencia a cualquier forma en que una persona interviene —valga la redundancia— en un delito, ‘participación’ se opone necesariamente a ‘autoría’, es decir, en el contexto correspondiente, es partícipe, todo aquel interviniente que no sea autor, *v. gr.* inductores y cómplices.

II. Sistema unitario de autor versus sistema diferenciado de intervención

La disputa entre un sistema unitario de autor y un sistema diferenciado de intervención alude a la pregunta sobre si es posible distinguir entre autoría y participación; o sea, qué resulta preferible para la configuración de un sistema jurídico-penal. Un sistema unitario de autor no solo se caracteriza por la renuncia a cualquier diferenciación legal entre ambas categorías, sino también por

la imposición del mismo marco penal a cada interviniente.¹ Por lo tanto, cada sujeto que ha proveído un aporte causal al resultado —independiente del “peso” de su aporte— debe ser considerado autor.² Una diferenciación entre autoría, inducción y complicidad es entonces superflua, pues se debe valorar la causación antijurídica y culpable de cada persona. De ahí que el principio de accesoriadad no exista en un sistema unitario de autor.³

En el fondo, la finalidad de un sistema unitario es la simplificación de la aplicación del derecho: la diferenciación entre los intervinientes no debiese ser material o conceptual, sino que solo debiese expresarse al momento de determinar la pena. Así se pretende impedir vacíos de punibilidad y entregarle mayor espacio al juez para imponer una pena conforme a la culpabilidad del agente.⁴

Por supuesto un sistema diferenciado de intervención sostiene exactamente lo opuesto: la diferenciación entre autoría y participación es conceptualmente posible y necesaria. Explícitamente en Alemania —y en la mayoría de otros ordenamientos— la doctrina mayoritaria ha rechazado un sistema unitario de autor. Con el fin de entender los objetivos del sistema y explicar las razones de su rechazo, este capítulo se concentrará en el sistema unitario de autor.

1. Principios de un sistema unitario de autor

a. En primer lugar, un sistema unitario de autor se basa en la equivalencia de todos los aportes causales.⁵ De ahí que se plantee que si un interviniente ha co-causado el resultado típico, y al no poder diferenciar entre esos aportes, entonces cada interviniente debe ser tratado como autor.⁶ El elemento central de este sistema se encuentra entonces en el *igual tratamiento de todos los intervinientes*: respecto de todos ellos se aplican las mismas reglas.⁷ Por lo tanto, desde esta

¹ RENZIKOWSKI en MAURACH, GÖSSEL Y ZIPF (coord.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Heidelberg, CF Müller, 2014, p. 10; OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, en *Jura* 1987, p. 246.

² SEIER, “Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, en *JA* 1990, p. 342; BOCK, “Beteiligungssystem und Einheitstätersystem”, en *Jura* 2005, p. 674.

³ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991, p. 594; KIENAPFEL, “Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1971, p. 24.

⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 645; TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, allgemeiner Teil*, Viena, Springer, 1985, p. 387; BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

⁵ Esto es, en un concepto extensivo de autor. Véase capítulo III.

⁶ TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 387; KIENAPFEL, “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, en *JS* 1974, p. 2; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 115. Al respecto también JAKOBS, *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 30.

⁷ HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Freiburg, Iuscrim, 2002, p. 58.

perspectiva, no es posible diferenciar entre la persona que ha disparado a otra y la persona que únicamente ha entregado un arma a otra para que esta la use: ambos son autores y a ambos deben serle aplicadas las mismas reglas.

Eso significa naturalmente que la participación, a diferencia de su posición en un sistema diferenciado, no opera como una categoría subordinada a la autoría. El inductor y el cómplice no pueden ser entendidos como formas de intervención dependientes de un hecho principal, porque tal idea supondría una diferenciación entre aportes equivalentes, la cual dentro de un sistema unitario es imposible de realizar. El reconocimiento específico de formas de autoría que no realizan por sí mismo el tipo dependerá de si nos referimos a un sistema unitario formal o funcional (véase *infra* punto 2), pero es indudable que el único concepto disponible para la causación del resultado es el de autoría.

No solo las formas de participación, sino también las formas tradicionales de autoría son rechazadas dentro de un sistema unitario de autor. La autoría mediata y la coautoría son superfluas, porque todos deben ser considerados como autores en sentido amplio. Esta es la principal ventaja de un concepto unitario de autor, pues las muy discutidas dificultades de demarcación entre las categorías no existen.⁸ Cada autor responde por su propio injusto, por lo cual no es necesario recurrir a la imputación de la conducta a otros intervinientes para fundamentar su responsabilidad.

b. De la imposibilidad de diferenciar entre las categorías de autoría y participación se sigue un *único marco penal* para todo interviniente: tanto para el autor que se encuentra en el centro del hecho, como para el autor que simplemente determina a otro o aporta a su ejecución vale el mismo marco penal.⁹ En el ámbito de la comprobación del delito no es posible diferenciar y, por tanto, todos merecen la misma pena. Una norma que exija una disminución de la pena para los casos de complicidad —p. ej., el § 27, StGB (Código Penal alemán)— es inimaginable por un sistema unitario, porque tal regla implicaría una diferenciación entre formas de causación del resultado que se expresaría en la intensidad de la pena impuesta.

⁸ BOCK, *supra* nota 2, p. 675. Según KIENAPFEL la autoría mediata (en sentido amplio) se relaciona, dentro de un sistema unitario de autor, con cualquier causación del resultado que no es directa. Por lo tanto, el concepto de autor mediato (en sentido amplio) en el sentido del sistema unitario abarca también la inducción y la complicidad, *supra* nota 6, p. 2.

⁹ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 25; KIENAPFEL, *Der Einheitsäter im Strafrecht*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1971, p. 55; RENZIOWSKI, *supra* nota 1, p. 377.

Sin embargo, “un único marco penal no significa una pena única”.¹⁰ Pues en la etapa de determinación de la pena, esta se concreta mediante circunstancias atenuantes y agravantes específicas.¹¹ Esta es la principal ventaja de un sistema unitario de autor, porque la pena se corresponde específicamente con el injusto de la acción.¹² En cierto sentido, en un sistema como el unitario de autor, el comportamiento del agente no se tiene que adecuar a las categorías fijas del sistema penal, sino que el sistema tiene que adecuarse a la conducta específica.

Por el contrario, un sistema diferenciado primeramente tiene que determinar las categorías de la intervención, lo cual puede implicar grandes dificultades de delimitación, y solamente después viene en consideración la determinación específica de la pena. Así, primero hay que determinar si el sujeto, p. ej., responderá como coautor o cómplice, lo cual tiene gran relevancia a efectos de la pena posible a imponer. De tal forma, la decisión relevante ya se toma en el ámbito de la comprobación del delito.

Una muestra paradigmática de la divergencia entre ambos sistemas se puede observar en el famoso caso de la bañera.¹³ Aquí el Tribunal Supremo alemán condenó, por un lado, como autora de infanticidio a una mujer que simplemente solicitó la muerte de su hijo a otra debido a su especial interés en el delito y, por otro, como cómplice de homicidio a quien de propia mano causó la muerte del niño siguiendo la petición de la madre, porque carecía de interés en el hecho y el tribunal pretendía impedir la imposición de la pena de muerte. Dentro de un sistema diferenciado de participación —según una teoría objetiva o al menos subjetiva-limitada de participación— una decisión tal es contradictoria: independiente del injusto del comportamiento, una persona que comete por sí misma un delito debe ser considerada como autora. En cambio, para un sistema unitario de autor, el problema no aparece: cada interviniente es autor y, por tanto, debe imponérsele en principio la misma pena. Solo en el ámbito de determinación se valora el injusto y culpabilidad específico y se determina la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes. De ahí que las dificultades de delimitación de una teoría de intervención son simplificadas considerablemente en un sistema unitario.¹⁴

¹⁰ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 31.

¹¹ KIENAPFEL, *supra* nota 9, p. 31 s.; KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 28.

¹² BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

¹³ Tribunal Supremo del Reich, “Caso de la Bañera”, 19/02/1940, disponible en <https://openjur.de/u/59846.html> [enlace verificado el día 31 de mayo de 2020].

¹⁴ KIENAPFEL, *supra* nota 9, p. 36.

c. El principio de accesoriedad muestra la dependencia conceptual de las acciones de participación respecto de la acción principal: no se puede entender la participación correctamente sin considerar la acción del autor. Este principio es la base de un sistema diferenciado de participación. Obviamente, respecto de la accesoriedad, aún existe una gran diferencia de opiniones en la doctrina sobre su alcance y calidad. Actualmente la doctrina dominante sostiene una accesoriedad cualitativamente restringida¹⁵ y cuantitativamente principiante en el estadio de la tentativa.¹⁶

Sin embargo, el principio de accesoriedad es obviamente rechazado por un sistema unitario de autor. Si todo aporte causal al resultado fundamenta autoría, entonces no es necesario considerar la conducta de otros agentes, ya que no existen categorías de intervención de mayor o menor relevancia.¹⁷ Todas se corresponden sin diferenciación con la misma categoría de la autoría.

El fundamento de este rechazo yace en que *cada interviniente responde exclusivamente por injusto propio y por culpabilidad propia*.¹⁸ El sistema unitario de autor se independiza del tipo como criterio básico de valoración del comportamiento.

Por ende, las particularidades específicas de la acción principal no vienen en consideración para concebir las conductas de apoyo o determinación. Si algún otro interviniente actuó dolosa, imprudente, antijurídicamente o con culpabilidad es completamente irrelevante.¹⁹ Mientras para un sistema diferenciado la punibilidad del partícipe depende necesariamente de la conducta del autor, un sistema unitario no le concede importancia alguna a que otro haya o no actuado.²⁰ Las tradicionales discusiones sobre el grado de la accesoriedad y el comienzo de la punibilidad del partícipe aquí simplemente no se presentan.²¹

Naturalmente la máxima de “injusto propio y culpabilidad propia” lleva a una clara simplificación de la aplicación del derecho, pues el juez solo debe concentrarse en un único hecho

¹⁵ Véase SCHÜNEMMANN, “Vor § 26”, en *LK-StGB*, 12.ª ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007, n.º m. 18 ss. A favor de un principio de accesoriedad estricta, JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 42 ss.

¹⁶ Véase SCHÜNEMMANN, “§ 30” en *LK-StGB*, n.º m. 1 ss.

¹⁷ TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 387; KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6.

¹⁸ BOCK, *supra* nota 2, p. 6; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 377; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 160.

¹⁹ KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6 s.

²⁰ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 53.

²¹ Al respecto véase, KÜHL, *Strafrecht – AT*, 8.ª ed., Múnich, Franz Vahlen, 2017, pp. 824 ss.

para fundar la punibilidad del agente.²² La realización de todos los elementos típicos, la atribución mediante dolo o imprudencia y el inicio de la tentativa²³ son problemas que deben ser resueltos sin recurrir a la conducta de otros.

Por el otro lado, esta máxima constituye al mismo tiempo un impedimento, porque una consideración global del transcurso de los hechos está bloqueada desde el principio. Si una persona actúa juntamente con otra, la valoración de solo uno de los comportamientos no mostrará adecuadamente cómo se ha realizado el tipo correspondiente.²⁴ P. ej., la coautoría se basa en la conformación de una colectividad por el aporte de todos los involucrados, lo cual permite una imputación recíproca de las acciones de cada uno a todos los coautores. Esta particularidad es pasada por alto en un sistema unitario, lo cual impide reconocer sutilezas conceptuales relevantes de tomar en consideración.

2. Formas de aparición del sistema unitario de autor

A pesar de todo, no existe una única forma de entender un sistema unitario de autor. Bajo el seguimiento de los principios mencionados es posible encontrar diversas manifestaciones de un concepto unitario de autor, las cuales han alcanzado reconocimiento legal en algunos ordenamientos jurídicos. Tradicionalmente se diferencia entre un sistema unitario formal y uno funcional.²⁵

a. Un *sistema unitario formal* se caracteriza por la renuncia a cualquier diferenciación conceptual, de valoración o de responsabilidad entre diversas formas de comisión de un delito. En otras palabras,

²² Al respecto, BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, CF Müller, 1992, p. 19, quien también alude a las dificultades de demarcación entre las categorías de intervención.

²³ En lo sucesivo, tomando como base la definición que hace el § 22, StGB, se entenderá por tentativa disponerse inmediatamente a la realización de un hecho determinado. Esta definición, por un lado, no depende del sistema de intervención elegido y, por otro, no prejuzga sobre si ese hecho es ya típico.

²⁴ Al respecto, VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 120 s.

²⁵ Igualmente existe una propuesta moderna de sistema unitario. Véase, en detalle, HAMDORF, *supra* nota 7, pp. 25 ss. Según esta propuesta, que el agente haya proveído un aporte causal no puede explicar correctamente su responsabilidad penal, porque es necesario recurrir a ámbitos de responsabilidad, roles y deberes especiales. La teoría de la imputación objetiva es entonces un presupuesto necesario de fundamentación de la responsabilidad en cualquier sistema (pp. 403 ss.). Asimismo, HAMDORF diferencia entre tres modelos o niveles: el modelo de la ley se orienta a los presupuestos típicos de la ley y a las consecuencias jurídicas de las formas de intervención; el modelo de la responsabilidad diferencia los conceptos de intervención independientemente de la regulación legal; y el modelo del injusto alude a la diferenciación de injustos entre diferentes aportes (pp. 25 ss.). Sin embargo, esta propuesta no se ha visto reflejada en la discusión tradicional y, por tanto, la clasificación entre sistema unitario formal y funcional sigue siendo preponderante. Véase, también al respecto, ROTSCH, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 145 ss.

es un “sistema de un único autor”.²⁶ Toda persona que pone una condición para el resultado típico es —sin diferencia conceptual o clasificatoria— autor en sentido amplio, por lo cual este sistema uniforme de manera absoluta todas las formas de intervención.²⁷

Un efecto importantísimo de este sistema es, por un lado, el cierre de cualquier laguna de punibilidad que se pudiera derivar de la regulación legal de la intervención. A modo de ejemplo, la participación imprudente en delito doloso o la participación dolosa en delito imprudente (exceptuando los casos de autoría mediata) quedan sin sanción de acuerdo con el Código Penal alemán (§§ 26-27, StGB), pues o bien no hay partícipe doloso o bien no hay acción principal dolosa, los cuales son requisitos de la participación. Ya que cualquier forma de intervención debe ser entendida como autoría, una participación en otra acción no puede ser concebida en un sistema unitario: se debe considerar al hecho con completa independencia.

Por otro lado, un sistema unitario formal va de la mano con una significativa extensión de la noción de tentativa, pues *a priori* cada tentativa de una acción de apoyo o determinación debe ser sancionada. Por esta razón, quien entrega un arma a otro para que cometa de propia mano un delito no solo responde —como autor— por tal entrega, sino también por la tentativa de esa entrega.²⁸

Para ponderar las particularidades de las diversas formas de autoría en la determinación de la pena, el marco penal debe alcanzar una extensión considerable porque la misma pena, en principio, debe imponerse tanto al injusto de una mera acción de apoyo como al injusto de la acción que por sí misma realiza el tipo. Por lo tanto, el juez debe contar con un margen de maniobra gigantesco para definir una pena que se corresponda adecuadamente al injusto realizado. Por supuesto, esta apertura extrema del marco penal conlleva un conflicto con el mandato de determinación judicial, pues no es posible prever razonablemente la pena que tendrá un determinado comportamiento.

Un sistema unitario formal subyace a la Ley alemana de Sanciones Administrativas de 1968 (en adelante, OWiG) y al Código Penal italiano de 1938.²⁹

²⁶ KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 5; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 377; BLOY, *supra* nota 18, p. 150.

²⁷ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 26; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 133 s.

²⁸ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 27.

²⁹ Art. 110, Código Penal italiano: “Si varias personas toman parte en la misma acción delictiva, entonces cada uno de ellos se ve sometido a la pena señalada, sin perjuicio de las determinaciones del siguiente artículo”.

b. Por otro lado, un *sistema unitario funcional* plantea una clasificación entre diversas formas de comisión de un hecho como tipos de autoría, aunque estas se mantienen equivalentes valorativa y punitivamente y sujetas al mismo marco penal.³⁰ De ahí que los intervinientes no sean sin más autores, sino que se pueden observar tipos de autores con el objetivo de particularizar de mejor forma su comportamiento y, por lo tanto, aminorar algunos de los problemas de un sistema unitario formal, p. ej. la extrema apertura del marco penal.

En general, estos tipos de autores se relacionan con las figuras tradicionales de un sistema diferenciado de intervención: quien realiza el tipo por sí mismo es autor directo; quien participa en la realización típica de otra forma es autor mediato (en sentido amplio), lo cual abarcaría las figuras tradicionales de autoría mediata (en sentido estricto) y de participación. Según la forma de su aporte al hecho, el autor mediato (en sentido amplio) puede ser autor motivante o autor ayudante.³¹ Por esta razón, y en oposición a un sistema unitario formal, un sistema unitario funcional configura un “sistema de varios autores”. Ya en el ámbito de la revisión del delito existe una posible clasificación entre autores, la cual no obstante carece de relevancia respecto del marco penal.

En comparación con un sistema formal, uno funcional ostenta importantes ventajas. En primer lugar, la tripartición de la autoría se corresponde con la tripartición tradicional de un sistema diferenciado (autor-inductor-cómplice), pues el punto de partida está en la figura del autor directo, esto es, en la comisión de propia mano del delito. Esto permite una mejor comunicación con ordenamientos jurídicos que no comparten el sistema unitario. Asimismo, la interpretación de los tipos se hace más sencilla, ya que normalmente los tipos se orientan a una comisión de propia mano, lo que evita dificultades en la aplicación de la ley que usualmente un concepto demasiado amplio de autor lleva consigo.³²

En segundo lugar, la clasificación entre diversas formas de autoría permite adaptar la regulación específica a solo algunas figuras para evitar problemas de punibilidad. P. ej., en el derecho penal

³⁰ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 5; ROXIN, “§25”, en *LK-StGB*, 11.ª ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2005, p. 5; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138.

³¹ KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 35; TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 388; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138.

³² KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 5 explica que el concepto de “sustracción” de la descripción del delito de hurto supone la comisión inmediata, o sea, la autoría directa.

austriaco, la tentativa de complicidad,³³ que según un sistema formal es sancionable, no es castigable debido a su reducido injusto de acción y a la excesiva anticipación del principio de ejecución.

Y, en tercer lugar, la crítica de falta de determinación de la pena en un sistema formal se ve resuelto o, al menos, atenuado. La tripartición de la autoría entrega un apoyo legal para interpretar el marco penal,³⁴ lo cual restringe el margen de maniobra del juez al introducir criterios objetivos de determinación.

Según la doctrina dominante, los códigos penales de Noruega, Dinamarca y Austria asumen un sistema unitario funcional.³⁵ P. ej., en Austria, el § 12 del Código Penal (StGB-Aus, en adelante) diferencia entre autor directo, autor determinador y autor aportante.

3. Casos de sistemas unitarios de autor

La consagración legal de un sistema unitario de autor supone difíciles desafíos de demarcación, en especial respecto de la punibilidad de la tentativa y el tratamiento de circunstancias personalísimas exigidas por la ley, usualmente relativas a delitos especiales³⁶ o de propia mano.³⁷

³³ KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6.

³⁴ ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138; KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 35.

³⁵ TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 388; KIENAPFEL, *supra* nota 3, 1971, pp. 36 ss.

³⁶ Una opinión minoritaria, pero dogmáticamente importante ya que se origina en la actualmente dominante teoría del dominio del hecho, considera que los delitos especiales deben ser entendidos como “delitos de infracción de deber”. Así, en este tipo de delitos, la autoría de un sujeto obligado por un determinado deber extra-penal (p. ej., un funcionario público) dependería exclusivamente de la infracción de tal deber, la cual también se produciría respecto de los tradicionales comportamientos de participación. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Navarra, Thomsom Reuters, 2014, pp. 179 ss.; de un modo más radical, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 791 ss.; JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 16 ss. y 63 ss. Sin embargo, la categoría de delitos de infracción de deber no ha tenido recepción ni en la ley ni en la jurisprudencia, ya que su fundamento es sumamente controvertido: no son las instituciones ni los roles sociales los que determinan los deberes jurídico-penales, sino solamente las normas jurídico-penales públicamente vinculantes. Por tanto, la infracción de un deber extra-penal no puede justificar, por sí misma, el injusto de un delito a título de autoría. Véase al respecto MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, pp. 357-377, pp. 359 ss.; KINDHÄUSER, “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *REJ* n.º 14, pp. 41-52, pp. 43 ss, disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552/30309> (enlace verificado el día 31 de mayo de 2020). De tal forma, en lo que sigue, se prescindirá de la categoría de “delito de infracción de deber” y se centrará la discusión en los delitos especiales, tal y como están reconocidos en los ordenamientos jurídicos bajo estudio.

³⁷ En la doctrina contemporánea, la categoría de los delitos de propia mano ha sufrido una crítica importante; véase p. ej. WALTER, “Vor § 13 ff.”, en *LK-StGB*, 12.ª ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007, n.º m. 61 con ulteriores referencias. Sin embargo, los delitos de propia mano aún forman parte de la opinión dominante (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 266; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 77), así que serán revisados en lo sucesivo.

Las críticas contra el sistema que se derivan de estos problemas serán revisadas en el siguiente apartado; aquí se mostrará la base legal de la discusión.

a. *Derecho administrativo sancionador alemán*

§ 14 I, OWiG. “Si intervienen varios en una falta administrativa, entonces cada uno de ellos actúa en infracción. Esto también vale si una circunstancia personalísima que fundamenta el castigo solo existe respecto de uno de los intervinientes”.

Según la doctrina dominante, el §14, OWiG consagra un sistema unitario formal de autor, porque la norma no establece diferenciación alguna entre los intervinientes.³⁸ Independientemente del peso de su aporte, es autor todo aquel que provea un aporte causal al resultado.

La pregunta es por qué el legislador alemán decide apartarse de la regulación del Código Penal, en donde sin lugar a dudas se adopta un sistema diferenciado de intervención (§§ 25-27, StGB). Y la respuesta parece encontrarse en la simplificación de la aplicación judicial mediante la evitación de difíciles y dispendiosos ejercicios de demarcación conceptual que exige la bipartición entre autoría y participación.³⁹ Ahora bien, pese a que el objeto del derecho penal y del derecho administrativo sancionador es claramente diferente, existe una conexión estrecha entre ambos, por lo cual recurrir a sistemas diversos de intervención lleva a ciertas contradicciones de valoración.

A modo de ejemplo: respecto del delito de conducción en estado de ebriedad (§ 316, StGB), si alguien determina a otro a la comisión de este delito, entonces es responsable como inductor. Sin embargo, si alguien determina a otro a cometer la infracción administrativa análoga a la conducción en estado de ebriedad (§ 24a II, Ley de Tráfico Vehicular), entonces debe ser entendido como autor, porque aquí entra en juego un sistema unitario de autor. La categorización conceptual diversa de la misma conducta como autoría o inducción depende solamente de la concentración de alcohol en la sangre: 1,4% significa delito, pero 0,8% significa falta administrativa.⁴⁰

³⁸ BLOY, “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich“, en *FS-Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992, p. 35; SEIER, *supra* nota 2, p. 342; HEINE, “Vor § 25”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, CH Beck, 2010, n.º m. 11.

³⁹ SEIER, *supra* nota 2, p. 343.

⁴⁰ SEIER, *supra* nota 2, p. 342.

Para evitar la contradicción, muchos autores exigen en el sistema administrativo sancionador un doble dolo para la intervención de alguien que, en el sistema diferenciado de intervención, no se entendería como autor. Así, tanto el interviniente que determina o apoya a otro, como el interviniente que es determinado o apoyado y realiza el hecho por sí mismo, deben actuar dolosamente.⁴¹ Esta exigencia es, por cierto, análoga a un principio de accesoriedad que se defiende en el sistema diferenciado. Sin embargo, esta concesión a un sistema diferenciado con la finalidad de compatibilizar ambos sistemas pone necesariamente en duda el sistema unitario de autor, lo cual puede llevar a una renuncia en la práctica de la autoría unitaria.⁴²

Y esta tensión interna a la idea de autoría unitaria se intensifica al considerar específicamente las normas en juego.

§14 II, OWiG. "La intervención solo puede ser sancionada si el tipo de una ley que permite una sanción de multa ha sido realizado antijurídicamente, o si al menos esto se ha intentado en casos en que también la tentativa es sancionable".

Por una parte, el §14 II, OWiG pretende limitar la punibilidad de la tentativa, de modo que solo la participación en una tentativa (y no la tentativa de participación) sea sancionada.⁴³ La sanción de la tentativa de participación lleva a una expansión inaceptable de la punibilidad, pues solo involucraría un desvalor de acción reducido y, por tanto, el marco penal de la autoría resultaría excesivo.

El problema es que, dentro de un sistema unitario de autor, no es posible diferenciar lógicamente entre la tentativa de participación y la participación en una tentativa, ya que toda intervención fundamenta autoría, de modo que una tentativa de participación es necesariamente una tentativa de autoría, al igual que la participación en una tentativa. Por lo tanto, para alcanzar el objetivo del § 14 II, OWiG, esta norma tiene que ser interpretada con ayuda de la accesoriedad, o sea, teniendo en mente la bipartición entre autoría y participación. De esta forma, la participación no exitosa puede eximirse de sanción, pero ello implica a todas luces recurrir a los principios de un sistema diferenciado de intervención,⁴⁴ lo cual quiebra el sistema unitario de autor.

⁴¹ BLOY, *supra* nota 38, p. 36; BLOY, *supra* nota 18, p. 151.

⁴² BLOY, *supra* nota 38, p. 36.

⁴³ BLOY, *supra* nota 18, p. 152.

⁴⁴ BLOY, *supra* nota 18, p. 155; BLOY, *supra* nota 38, p. 43.

Por otra parte, el §14 I 2.^a oración, OWiG configura una extensión de la responsabilidad en atención a las circunstancias personalísimas del agente, pues en casos con múltiples intervinientes basta que esta característica solo exista en uno de ellos.

Para mantener un concepto unitario de autor dentro de los delitos especiales, la relación entre *intraneus* y *extraneus* debe ser entendida fácticamente, o sea, desde el punto de vista del resultado.⁴⁵ Así un *extraneus* puede ser autor, porque fácticamente actúa junto al *intraneus*. Mientras el derecho administrativo sancionador apunte al combate de conductas socialmente lesivas —y no a las lesiones de bienes jurídicos, como el derecho penal— entonces el injusto definido solo por la producción de un resultado resulta aceptable.⁴⁶

Por medio del §14 I 2.^a oración, OWiG, no se le imputa el injusto típico que realiza el *intraneus* al *extraneus*, sino que se le imputa la existencia de la circunstancia personalísima que funda el delito especial. Esto significa que tal circunstancia personalísima no puede ser entendida como un elemento de autoría, sino como un elemento del tipo, lo cual puede llevar a falsear el sentido del delito (especial) expresado en la ley.⁴⁷ Por consiguiente, el concepto unitario de autor solo es aceptable si las circunstancias personalísimas no apuntan a lesiones de bien jurídico y el tipo no se concentra en el injusto de acción.

b. Derecho penal austríaco

§ 12, StGB-Aus. “Tratamiento de todos los intervinientes como autores. No solo el autor directo comete la acción punible, sino también cualquiera que determina a otro a ejecutarla o que aporta a su ejecución”.

§ 13, StGB-Aus. “Punibilidad autónoma de los intervinientes. Si interviene más de un sujeto en un hecho, cada uno debe ser penado por su propia culpabilidad”.

En relación con el derecho penal austríaco, el § 12 y § 13, StGB-Aus han sido interpretados por la literatura como la consagración de un sistema unitario funcional de autor, porque la ley, por una parte, reconoce tres formas de intervención como autoría de manera equivalente, a saber, autor directo, autor motivador y autor aportante, y, por otra, renuncia al principio de accesoriedad en

⁴⁵ BLOY, *supra* nota 18, p. 157. En el mismo sentido, HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 11.

⁴⁶ BLOY, *supra* nota 18, p. 157.

⁴⁷ BLOY, *supra* nota 18, p. 158.

atención a la punibilidad autónoma de cada interviniente.⁴⁸ Por lo tanto, en el nivel del tipo no existen diferenciaciones posibles entre las formas de autoría, las cuales solo cobran relevancia en la determinación de la pena (§§ 33-34, StGB-Aus). La idea es que ninguna de las tres formas de autoría es accesoria respecto de otra forma de autoría.⁴⁹

Sin embargo, la regulación de la tentativa constituye una importante excepción respecto de la renuncia al principio de accesoria:

§15, StGB-Aus. “Punibilidad de la tentativa. (I) La conminación penal contra una conducta dolosa no vale solo para el hecho consumado, sino también para la tentativa y para la intervención en una tentativa. (II) El hecho está tentado cuando el autor toma la decisión de ejecutarlo o de determinar a otro a ejecutarlo mediante una conducta que directamente implique su ejecución”.

Mientras el § 15 I, StGB-Aus alude a la punibilidad general de la tentativa, el § 15 II, StGB-Aus describe los presupuestos necesarios para reconocer el comienzo de dicha tentativa, excluyendo por completo de esa posibilidad al autor aportante. Esto significa que el legislador expresamente descarta la independencia de la tentativa de la autoría-aporte, pues la producción de la ayuda debe ser impune mientras el autor aportante solo haya intentado el hecho.⁵⁰ En otras palabras: *a contrario sensu* el § 15, StGB-Aus lleva a la exclusión de la participación no exitosa.⁵¹ Por esta razón, un concepto unitario de autor se ve fracturado mediante la asunción de la dependencia de una figura de autoría de otra, o sea, mediante la renuncia a la equivalencia entre todos los autores.

Además, en relación con la regulación de los delitos especiales y delitos de propia mano en casos de multiplicidad de intervinientes, el § 14, StGB-Aus⁵² encierra una dificultad importante de interpretación. El § 14 I 1.^a oración, StGB-Aus indica que, si la circunstancia personalísima alude al injusto del hecho, entonces basta que esté presente en solo uno de los intervinientes. Pero el § 14 I

⁴⁸ §13. “Si interviene más de un sujeto en un hecho, cada uno debe ser penado por su propia culpabilidad”. Al respecto, TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 390 s.; BLOY, *supra* nota 18, p. 166.

⁴⁹ TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 391.

⁵⁰ TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 393.

⁵¹ BLOY, *supra* nota 18, p. 168.

⁵² §14, StGB-Aus. “Circunstancias y relaciones del autor. (I) Si la ley hace depender la punibilidad o la cuantía de la pena de circunstancias personalísimas o relaciones del autor que conciernan al injusto del hecho, entonces la ley se aplica a todos los intervinientes aun cuando esta circunstancia o relación solo esté presente en uno de ellos. No obstante, si el injusto del hecho depende de que el portador de la circunstancia personalísima o relación ejecute directamente el hecho o participe en este de alguna forma específica, entonces este presupuesto debe ser satisfecho”.

2.ª oración, StGB-Aus realiza una inmediata excepción, pues para los delitos en que el injusto dependa de la ejecución directa o de su participación de alguna manera, entonces la circunstancia tiene que necesariamente estar presente. Naturalmente esta norma restringe el principio de completa independencia entre los agentes, porque la intervención en un delito de propia mano por parte de un *extraneus* estaría excluida desde un principio.

En relación con la tripartición de la autoría, estas normas levantan una pregunta decisiva: ¿es necesario que un *intraneus* ejecute de propia mano el delito o basta que él colabore mediante otra acción? En otras palabras: ¿pueden *intraneus* y *extraneus* participar bajo cualquier forma de autoría en delitos de propia mano o delitos especiales?⁵³ Una limitación de la punibilidad no puede derivarse de la regulación legal, pues el § 12, StGB-Aus no establece ninguna diferencia y el § 14 I, StGB-Aus se relaciona solo con el aumento del círculo de autores, no con la forma de autoría.⁵⁴ Sin embargo, los delitos especiales se caracterizan por que solo un grupo específico de personas pueden cometerlos, a lo cual subyace la idea de que es necesario distinguir entre figuras centrales y marginales, lo que hace evidente la contradicción.

En relación con la segunda alternativa del § 14 I, StGB-Aus, una parte de la doctrina exige que el portador de la calificación deba actuar dolosamente.⁵⁵ Y si se entiende la expresión “participe en este (el hecho) de alguna forma específica” como una remisión general a los delitos especiales, entonces la idea de una autoría unitaria para estos delitos prácticamente se abandona. Este requisito se basa en el peso decisivo del dolo de la lesión del deber especial para el injusto típico.⁵⁶ La intervención en delitos especiales abarcaría entonces la subordinación del autor motivador y autor apoyador al autor directo, o sea, un regreso al principio de accesoriedad. Pero, aunque la exigencia de dolo dentro de los delitos especiales tiene sentido, no es compatible con la ley pues el § 14 I, StGB-Aus rehuiría el ámbito de aplicación. La contradicción entre los fundamentos dogmáticos de los delitos especiales y la regulación legal de un sistema unitario de autor no logra ser resuelta.

c. La revisión de las reglas de estos dos sistemas unitarios de autor muestra que la finalidad principal de simplificación en la aplicación judicial es una idea abstracta muy encomiable, pero que en atención a la regulación específica se enfrenta con problemas de importancia. Resulta decisivo

⁵³ BLOY, *supra* nota 38, p. 53; BLOY, *supra* nota 18, p. 170.

⁵⁴ BLOY, *supra* nota 38, p. 54.

⁵⁵ BLOY, *supra* nota 18, p. 171, con ulteriores referencias.

⁵⁶ BLOY, *supra* nota 18, p. 171.

entonces examinar con atención las eventuales críticas contra el sistema unitario de autor para valorar el rendimiento explicativo del fenómeno.

4. Objeciones en contra de un sistema unitario de autor

Mientras la simplificación de la aplicación del derecho es la ventaja más relevante de un sistema unitario, es posible identificar diversas dificultades que justifican el casi unánime rechazo del sistema por la doctrina alemana.⁵⁷ A continuación se revisarán críticas y correspondientes réplicas contra el sistema que permiten llegar a la siguiente conclusión: algunos defectos que pueden imputársele al sistema unitario de autor también pueden observarse en un sistema diferenciado de intervención, pero un sistema unitario tiene que acudir a reglas contradictorias con sus premisas y, además, no puede explicar adecuadamente la noción de acción conjunta y la diferencia, basada en el uso normal del lenguaje, entre acciones principales y auxiliares. Tales problemas justifican su rechazo.

a. El sistema unitario de autor está relacionado estrechamente con una importante expansión de la punibilidad, la cual no se observa solamente en la ampliación del marco penal, sino también en la punibilidad de la tentativa. Por supuesto esta expansión se deriva del principio de absoluta equivalencia entre todos los aportes causales, lo cual impide cualquier diferenciación entre formas de intervención. Ello conlleva dos dificultades específicas.

Para alcanzar la radical individualización de la pena en atención a la conducta específica en el nivel de determinación, en primer lugar, un sistema unitario de autor requiere un amplísimo marco penal, el cual dificulta cualquier previsibilidad de pena futura. Si el mismo marco penal se aplicará a la conducta que ejecuta por sí misma el tipo y a aquella que simplemente ayuda a ejecutarlo, entonces el juez tiene que tener un amplio margen de maniobra. La transformación en un sistema unitario funcional con clasificaciones de la autoría entrega criterios legales de delimitación, pero no resuelve el problema de fondo, ya que un marco penal muy extenso es consustancial a cualquier sistema unitario de autor.

Por otro lado, un sistema unitario de autor no puede diferenciar entre tipos de tentativa, ya que solo existe tentativa de autoría. Por lo tanto, la tentativa de inducción, que en derecho alemán solo

⁵⁷ Por todos, ROXIN, *supra* nota 30, n.º m. 3 s.; KÜHL, *supra* nota 21, p. 753; LUZÓN/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Tatbestimmung und Tatbestandverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", en *FS-Roxin*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001, p. 578, con ulteriores referencias.

es punible en delitos graves (§ 30, StGB), y la tentativa de complicidad, que nunca es sancionable, son objeto de castigo sin diferenciaciones.⁵⁸ Naturalmente esta es una decisión del legislador, pero pareciera no existir justificación política-criminal para defender tal extensión de la punibilidad.⁵⁹ El problema es que, al prescindir de la distinción entre autor y partícipe, un sistema unitario lleva una anticipación del inicio de la tentativa entendiéndose como punibles ciertas conductas que solo constituirían actos de preparación en un sistema diferenciado:⁶⁰ intentar ayudar a cometer un delito configuraría ya una tentativa punible siendo que el disvalor (de acción) observado es muy limitado. Sin una regulación específica, la complicidad sin éxito es punible, lo cual está muy cerca de la punición de declaraciones de pensamiento.⁶¹

Como muestran la regulación del Código Penal austríaco y la Ley alemana de Sanciones Administrativas, un sistema unitario de autor necesita integrar normas especiales que limiten y eviten una expansión excesiva de la punibilidad. El problema es que tales normas tienen que recurrir a la idea de accesoriedad, lo cual está en franca contradicción con el concepto de autor unitario. Pero en la práctica, estas permiten mantener bajo control la extensión de la punibilidad, especialmente de la tentativa. Por esta razón, la expansión de la punibilidad representa un problema serio, pero que mediante preceptos contradictorios con el propio sistema puede ser controlado.

b. Si nos preguntamos por la razón de la ausencia de punibilidad de la tentativa de inducción o complicidad en un sistema diferenciado, es necesario recurrir a la diferencia de injusto entre autoría y participación. Este es un tema sumamente controvertido en la doctrina moderna, pero que efectivamente puede ser planteado en un sistema diferenciado al entregar los insumos conceptuales para levantar la discusión. Por el contrario, la igual valoración de todas las formas de intervención en un sistema unitario tiene que llevar a la supresión de cualquier peso diferenciado entre los aportes de los agentes.⁶² La punibilidad de la tentativa recae naturalmente en el injusto típico de la acción, ya que por definición no existe un injusto del resultado. Por lo tanto, un partícipe en estado de tentativa no se corresponde con el cuadro de injusto tradicional,⁶³ porque él no realiza con su acción el tipo específico. O sea, el injusto de una tentativa realizada por un autor debe ser diferenciada del

⁵⁸ BOCK, *supra* nota 2, p. 680; MAIWALD, “Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung”, en *FS-Bockelman*, Múnich, Beck, 1979, p. 360; SEIER, *supra* nota 2, p. 343.

⁵⁹ JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

⁶⁰ JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

⁶¹ ROXIN, *supra* nota 30, p. 6; BOCK, *supra* nota 2, p. 680.

⁶² RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378; MAIWALD, *supra* nota 58, p. 360.

⁶³ MAIWALD, *supra* nota 58, p. 361.

injusto de una tentativa realizada por un partícipe. Pero la dificultad es que, en un sistema unitario de autor, faltan los conceptos para poder realizar tal diferenciación.

De ahí que en un sistema unitario la diferencia entre la ejecución de un hecho y la ayuda a que un hecho sea ejecutado queda totalmente ignorada.⁶⁴ No existen categorías o figuras que permitan hacer tales diferencias valorativas. Solo en el nivel de la determinación de la pena el juez puede adaptar la pena al comportamiento del sujeto.

La imposibilidad de diferenciación de injustos se observa con claridad mediante la comparación entre la participación en un suicidio y la participación en un homicidio. El injusto del homicidio radica en un ataque exterior contra el bien jurídico vida, por lo cual la participación en tal delito comparte mediatamente tal injusto.⁶⁵ Ahora bien, un suicidio no constituye injusto alguno, porque la lesión de la vida viene desde el mismo titular del bien jurídico, por lo cual una participación en un suicidio tampoco realiza injusto alguno.⁶⁶ Sin embargo, un concepto unitario de autor no puede reconocer la diferencia entre la participación en una autolesión y en una heterolesión.⁶⁷ La persona que apoya a un suicida efectivamente participa en la destrucción de una vida y, dado que debe responder por propio injusto y propia culpabilidad, merecería sanción. La conexión entre su conducta y la conducta de otro es, desde un concepto unitario, irrelevante, pero el problema es que ello pasa por alto el ejercicio de la libertad de disposición del propio titular del bien jurídico.

Para evitar un resultado contra-intuitivo al sancionar al partícipe de una autolesión, un sistema unitario de autor se ve obligado a recurrir a la causa de justificación del consentimiento. Pero esta propuesta de solución parece curiosa: quien presta a un amigo un martillo para romper su propia alcancía, habría realizado el tipo del daño y solo estaría justificado por consentimiento.⁶⁸ El contenido de injusto de los tipos que protegen bienes jurídicos individuales yace en el

⁶⁴ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 13; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378.

⁶⁵ Esto aún no significa que la participación realiza un injusto propio o ajeno. Ello es otra pregunta. Independientemente de la respuesta, uno puede sostener que el partícipe, de cierta forma, comparte el injusto del autor.

⁶⁶ En todo caso, algunos ordenamientos sancionan explícitamente la participación en un suicidio (p. ej., el Art. 393 del Código Penal chileno). La punibilidad expresa de este comportamiento pretende resolver el problema entre la ausencia de injusto del suicidio por ejercicio de libertad de disposición del titular del bien y la reprochabilidad de participar en la destrucción de la vida ajena.

⁶⁷ MAIWALD, *supra* nota 58, p. 354 y 362.

⁶⁸ MAIWALD, *supra* nota 58, p. 362 s., quien hace referencia a los ejemplos de los delitos de injurias y de allanamiento de morada.

enfrentamiento entre el interés del titular del bien jurídico y otras personas, por lo cual parece razonable entender que cualquier autolesión no implica injusto alguno. Mediante el principio de accesoriedad un sistema diferenciado de intervención entiende que la participación a una autolesión no conlleva injusto, lo cual simplemente no puede ser realizado en un sistema unitario de autor.

Las réplicas a esta crítica no son convincentes. Por un lado, el recurso a una teoría de imputación objetiva permite algunas diferenciaciones entre diversos tipos de riesgos permitidos,⁶⁹ pero ello no se relaciona con una diferencia de merecimiento, de manera que el sistema unitario tiene que plantear criterios externos al tipo para negar la punibilidad de casos problemáticos. Que el diferente contenido de injusto entre autoría y participación pueda alcanzar relevancia en el ámbito de la determinación de la pena es, por otro lado, una mera elusión del problema: la pregunta por el injusto no alude necesariamente a la pena final impuesta, sino al significado que tiene la realización del tipo, por lo cual el punto de partida tiene que estar en la descripción típica.

c. Una crítica tradicional contra el sistema unitario de autor se basa en su incompatibilidad con el mandato de determinación constitucional (recogido en el Art. 103 II de la Constitución alemana y en el § 31, StGB).⁷⁰ No solo las penas son demasiado amplias y prácticamente imprevisibles, porque estas dependen de las diferentes reglas de determinación y de la discrecionalidad del juez, sino que también el alcance de la autoría se expande sin límites. La función de garantía del tipo que asegura una descripción clara del comportamiento prohibido o mandado y de la sanción correspondiente se ve limitada mediante los vagos contornos de un concepto unitario de autor. P. ej., la provocación a que una persona injurie a otra, no es aún una “afirmación de hechos difamatorios”, la cual está prohibida por el delito de injurias (§ 187, StGB),⁷¹ pero para un sistema unitario de autor ambas conductas son equivalentes y se les debería aplicar el mismo marco penal.

Por supuesto, la disminución de determinación del tipo según los partidarios del sistema unitario se justifica por una mejor justicia del caso concreto,⁷² ya que la pena se corresponde con mayor precisión con el comportamiento ejecutado y sin consideración por las complejas categorías de intervención que habitualmente tienden a limitar la importancia del preciso acontecer de los hechos. Otra réplica acude a la utilización de conceptos abiertos también en un sistema diferenciado

⁶⁹ RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378.

⁷⁰ ROXIN, *supra* nota 30, p. 6; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 379; BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

⁷¹ JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

⁷² BLOY, *supra* nota 18, p. 160.

de intervención, en donde la judicatura también cuenta con amplios márgenes para concretar tales conceptos.⁷³ P. ej., lo que significa “prestación de ayuda”, o sea, lo que define a la complicidad, es una pregunta que ha sido respondida en muy diversas maneras.

Aunque la concretización de conceptos es una función normal de la labor judicial, es indiscutible que un sistema unitario de autor está estrechamente relacionado con una disminución de la determinación de la descripción típica, lo cual implica una importante desventaja desde el punto de vista del Estado de derecho.

d. Como el Código Penal austríaco y la Ley alemana de Sanciones Administrativas muestran, un sistema unitario de autor lleva a situaciones problemáticas con los delitos especiales y de propia mano, pues la máxima de igual tratamiento de todos los intervinientes se enfrenta directamente con la característica principal de este tipo de delitos, a saber, que solo personas con una determinada calificación pueden ser autores.

La solución a este conflicto puede darse por dos caminos y ambos son problemáticos. Por un lado, es posible extender la punibilidad y entender al *extraneus* como autor en atención a su aporte causal al resultado.⁷⁴ Por lo tanto, aunque el *extraneus* no actúe de propia mano o con la calificación requerida, realizaría el tipo. Sin embargo, en atención a la configuración específica de los delitos especiales y de propia mano, este presupuesto no puede ser correcto, ya que un *extraneus* simplemente no puede realizar —por sí mismo— estos tipos.

Por otro lado, se puede asumir que el *extraneus* simplemente no puede cometer este tipo de delitos y, por tanto, entender que su responsabilidad está excluida desde el principio. Ya que el tipo exige una circunstancia personalísima, cada autor unitario tendría que satisfacer tal elemento,⁷⁵ porque se responde por injusto propio y culpabilidad propia. P. ej., quien motiva a otro a un delito especial, pero carece de la calificación exigida, no podría ser sancionado de ninguna forma porque debe ser valorado como autor unitario, pero no forma parte de los destinatarios que pueden quebrantar la norma. Este camino es visto, por cierto, como indeseado por el sistema, pues implica

⁷³ ROTSCH, *supra* nota 25, p. 135.

⁷⁴ JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 645; BOCK, *supra* nota 2, p. 680.

⁷⁵ JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 14. Al respecto, BOTTKE, *supra* nota 22, p. 29 s.

dejar sin sanción una acción claramente reprochable. De ahí que se introduzcan normas que permiten la punibilidad del *extraneus* en este tipo de delitos.

Sin embargo, tomando en cuenta la estructura de estos delitos, resulta claro que un *extraneus* no puede por sí mismo realizar el tipo.⁷⁶ Por lo tanto, el fundamento de su punibilidad solo puede encontrarse en el principio de accesoriedad, esto es, accesoriedad por injusto ajeno.⁷⁷ Esto muestra que las normas que se ve obligado a incluir un sistema unitario de autor son contradictorias: aluden a un principio que es el opuesto directo de una idea de autor unitario.

Por ello, un sistema unitario prueba ser incapaz de tratar adecuadamente la intervención de un *extraneus* en un delito especial o de propia mano.⁷⁸ O bien se mantiene coherente con sus principios, creando una relevante laguna de punibilidad; o bien acepta la punibilidad del *extraneus* mediante la lesión de esos mismos principios.

e. Las dificultades descritas y las propuestas de solución de los defensores de un sistema unitario de autor mediante normas específicas muestran que el objetivo básico del sistema no es alcanzado. La radical simplificación de la imputación jurídico-penal es una idea interesante, pero que carece de aplicación en la práctica.⁷⁹ La punibilidad de la tentativa, la diferencia de injusto, la indeterminación del marco penal o el problemático tratamiento de los delitos especiales y de propia mano dificultan la aplicación judicial tanto como en un sistema diferenciado de intervención. Y si el problema es solucionado de alguna forma en el ámbito del tipo, entonces la adaptación de la pena en el nivel de determinación sin criterios claros también implica una dificultad adicional para el juez.⁸⁰ De tal forma, una simplificación como la pretendida simplemente no existe.

f. En rigor, ninguna de las críticas planteadas implica un rechazo definitivo del sistema unitario de autor. Por supuesto, resaltan la excesiva extensión de la punibilidad o la falsa promesa de la simplificación, pero los problemas son controlados de mejor o peor forma mediante la inclusión de normas específicas, lo que se encuentra en contradicción con los principios de la autoría unitaria y debilita el sistema en su conjunto, pero en principio este puede seguir funcionando. Sin embargo,

⁷⁶ BLOY, *supra* nota 18, p. 163.

⁷⁷ JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

⁷⁸ BLOY, *supra* nota 18, p. 165.

⁷⁹ BOCK, *supra* nota 2, p. 679; ROXIN, *supra* nota 30, p. 7.

⁸⁰ KÖHLER, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997, p. 495.

en mi opinión, existen dos objeciones que un sistema unitario de autor no puede responder y que justifican su rechazo.

Por un lado, un sistema unitario de autor contradice nuestro uso cotidiano del lenguaje, que reconoce acciones que solo cumplen un rol de apoyo a otras.⁸¹ Lingüísticamente es siempre relevante distinguir entre la persona que hace algo y la persona que ayuda a otra a hacer algo. De esa manera atribuimos responsabilidad, elogio y reproche: p. ej., un escritor merece reconocimiento por su nueva novela, pero su amigo que le regaló un bolígrafo especial o su pareja que lo apoyó emocionalmente, no serán entendidos como "autores" del libro, a pesar de que sus acciones fueron decisivas y necesarias para el resultado desde un punto de vista causal. Tal diferencia pretende ser trasladada al ámbito jurídico penal mediante la bipartición entre autoría y participación, que se basa en la experiencia de diversa ponderación de la responsabilidad por un resultado⁸² y se ajusta a nuestro sentido lingüístico y social.

La creación de un sistema unitario de autor es una facultad del legislador, pero en razón de su evidente contradicción con nuestra forma normal de comunicarnos y relacionarnos parece ser una mala decisión: si es posible organizar el sistema con la misma estructura que nuestra comprensión usual de la imputación de responsabilidad, entonces la decisión por un sistema unitario parece ser del todo menos razonable.

g. La segunda crítica está ligada a la contradicción de un sistema unitario de autor con nuestro uso cotidiano del lenguaje, pero ahora en el marco preciso de la imputación jurídico-penal. Debido al principio básico de completa independencia de todos los intervinientes, este sistema es incapaz de valorar detalladamente las conexiones y relaciones entre las conductas de los agentes. Por lo tanto, un sistema unitario de autor pasa por alto la consecución de algún objetivo común a varias personas, pues se enfoca necesariamente en el comportamiento aislado de cada una de ellas.⁸³

Pero cuando actúan varios sujetos, su obra común se compone de interconexiones y entrelazamientos entre las acciones de todos los involucrados, lo cual es "más que la suma de cada

⁸¹ MAIWALD, *supra* nota 58, p. 354; ROXIN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, t. II, Múnich, CH Beck, 2003, p. 6; en contra, SCHMOLLER, "Erhaltenswertes der Einheitstäterschaft", en *GA* 2006, p. 367; BOTTKE, *supra* nota 22, p. 20.

⁸² OTTO, "Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht", en *JuS* 1974, p. 704.

⁸³ VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 120 s.; JAKOBS, *supra* nota 3, p. 596.

una de las partes”.⁸⁴ En otras palabras, el comportamiento de los intervinientes solo puede ser entendido adecuadamente cuando se considera la acción completa o global. P. ej., el mínimo aporte del jefe de la banda en el estado de ejecución del hecho o la coautoría alternativa, en la cual un interviniente por diseño casi no actúa, están conectados con el principio de repartición del trabajo y la imputación recíproca, lo cual permite darles significado a esas conductas en la búsqueda de un objetivo común.

Por supuesto, existe una gran diversidad de opiniones respecto de los criterios específicos de una acción común dentro de un sistema diferenciado de intervención, pero lo importante es que la discusión es conceptualmente posible. Si el sistema en su conjunto está construido para que se tome en cuenta exclusivamente el injusto propio y la culpabilidad propia de cada interviniente, entonces la particularidad del actuar común es ignorada desde el principio⁸⁵ y la discusión dogmática sobre su contenido y límites resulta completamente excluida.

Un sistema unitario de autor pasa por alto que usualmente actuamos en conjunto con otros y que ello es de extrema importancia para valorar adecuadamente esos comportamientos. La concentración en una conducta aislada lleva a la pérdida de riqueza conceptual y de ámbito de discusión. Por esta razón, este sistema debe ser rechazado.

III. Concepto extensivo versus concepto restrictivo de autor

A diferencia de la contraposición entre sistema unitario y diferenciado, la pregunta por el concepto de autor no hace referencia a la construcción de un determinado sistema jurídico penal, sino a la extensión de la categoría de autoría. Mientras una pregunta apunta a si el sistema jurídico acepta la distinción entre autor y partícipe, la otra pregunta alude a los límites del concepto de autoría. Esto, empero, no impide que existan vínculos estrechos entre ambas preguntas. Según un concepto extensivo de autor, cada aporte causal al resultado fundamenta autoría, lo cual se corresponde con la base de un sistema unitario de autor, pero este concepto extensivo también puede sostenerse dentro de un sistema diferenciado de intervención. Un concepto restrictivo, por el otro lado, pretende limitar la autoría solamente a la realización directa del tipo delictivo. De ahí

⁸⁴ BLOY, *supra* nota 18, p. 160. También OTTO, “[...] en algunas situaciones muchas personas naturales construyen una unidad”, *supra* nota 82, p. 704. En el mismo sentido, a pesar de su favorecimiento de un sistema unitario, HAMDORF, *supra* nota 7, p. 60. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. XVII, 1989, p. 907 s.

⁸⁵ VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 123.

que la decisión entre un concepto extensivo y restrictivo de autor está relacionada con la primacía del tipo o de la causalidad al momento de determinar la responsabilidad penal.

1. Contra un concepto extensivo de autor

a. De acuerdo con un concepto extensivo de autor, el único presupuesto de la autoría es la causación del resultado típico. El autor debe proveer un aporte causal para el resultado, sin embargo no es necesario que realice la descripción contenida en el tipo.⁸⁶ Por lo tanto, los partícipes, quienes simplemente determinan o colaboran con el delito, son también autores, ya que su conducta ostenta una relación causal con el resultado en análisis. Por esta razón, las normas relativas a inducción y complicidad debe ser entendidas como *razones para la limitación de la responsabilidad penal*: por cuestiones de política criminal, las categorías de participación son tratadas de forma distinta, pero en el fondo aluden a la idea de autoría.

Así, un concepto extensivo de autor pretende castigar todo aporte causal contra el ordenamiento a título de autoría. El tipo delictivo abarcaría, por ende, no solo la específica conducta ejecutiva, sino también cualquier forma de causación de lesión al bien jurídico.⁸⁷ De ahí que el concepto sea *extensivo*: este enfoque asegura que cualquier interviniente que provee un aporte y que co-configura causalmente la realización del tipo sea castigado. P. ej., si el sicario A dispara contra O con un arma entregada por B y por encargo de C, entonces —según un concepto extensivo— A, B y C han matado a O y, en principio, responden como autores.

El fundamento de un concepto extensivo de autor yace en una teoría de la equivalencia de las condiciones, pues cuando todas las condiciones son equivalentes, entonces uno no podría distinguir entre los aportes de los involucrados.⁸⁸ La pregunta por la autoría se resuelve en atención a un punto de vista causal, por lo cual la conexión con el tipo pierde relevancia. En cierto sentido, todas las normas relativas a intervención (§ 25 ss., StGB) solo constituyen indicaciones de determinación de la pena, ya que el concepto de autor está desde el principio definido por la causalidad.

⁸⁶ JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 649; HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 8; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965, p. 45.

⁸⁷ RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 375 y 382; JAKOBS, *supra* nota 3, p. 596.

⁸⁸ SPENDEL, “Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung”, en *JS* 1974, p. 754; RENZIKOWSKI, “Pflichten und Rechte”, en *GA* 2007, p. 576; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 383.

Según un concepto extensivo de autor, no es necesario diferenciar entre autoría directa, mediata o coautoría, porque las tres formas implican un aporte causal al resultado típico. Por tanto, resulta completamente irrelevante si el tipo es realizado por la misma persona, mediante otra o juntamente con otros. Solo en atención a una decisión legal, las normas de la participación configuran una limitación del concepto de autor.

En una época anterior al actual Código Penal alemán, en donde no existía una regulación expresa de la autoría mediata, un concepto extensivo de autor se mostraba como sumamente útil, pues permitía evadir los problemas de legalidad referidos al reconocimiento de la autoría mediata, ya que el hombre de atrás también realiza un aporte causal al resultado.⁸⁹ Por lo tanto este concepto de autor fue preferido por razones de índole práctica. Sin embargo, tal preferencia dependía directamente de la redacción de ese Código Penal y ya en la versión actual, que reconoce explícitamente a la autoría mediata, tal justificación práctica perdió todo significado.

b. La doctrina usualmente relaciona un concepto extensivo con un sistema unitario de autor. Ambas perspectivas parten de la base de una teoría causal de la equivalencia de las condiciones, la cual equipara cualquier aporte a la causación del resultado.⁹⁰ De ahí que las categorías de inducción y complicidad sean conceptualmente superfluas porque toda causación implica, en principio, autoría; la participación solo tendría relevancia a efectos de pena. Ya que un concepto extensivo de autor toma como punto de partida una consideración causal, lógicamente tendría que terminar en un sistema unitario de autor.⁹¹

Sin embargo, la relación no es necesaria, pues se tiene que tomar en cuenta la regulación legal. Algunos autores defienden un concepto extensivo de autor dentro de un sistema diferenciado de intervención.⁹² Lo decisivo es que el legislador toma la decisión de reconocer las categorías de participación mediante ciertas normas, las cuales permiten diferenciarlas conceptualmente de la autoría. Esta decisión es incompatible con los fundamentos de un sistema unitario. En todo caso, es necesario reconocer que las máximas de un sistema unitario son incompatibles con un concepto restrictivo de autor, pues este asume la bipartición entre autoría y participación como el punto de

⁸⁹ LONY, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?*, Breslau, Schletter, 1934, p. 18; SPENDEL, *supra* nota 88, p. 754.

⁹⁰ HRUSCHKA, "Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", en *ZStW* 1998, p. 593; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 131; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 649.

⁹¹ SCHILD, "§25", en *NK-StGB*, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 1179; RENZIOWSKI, *supra* nota 1, p. 383.

⁹² P. ej., SPENDEL, *supra* nota 88, p. 754; LONY, *supra* nota 89, pp. 18 ss.

partida de la discusión, con lo cual se excluyen mutuamente.⁹³ Solo un concepto extensivo puede explicar correctamente la renuncia a la diferenciación entre autoría y participación.

Lo importante es que, a pesar de las múltiples conexiones, hay que separar la pregunta por el alcance de la autoría y la pregunta por la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación.

c. Las objeciones contra un concepto extensivo de autor apuntan a su énfasis en la consideración causal en vez de una conexión con el tipo. Por tanto, la crítica primeramente yace en su incompatibilidad con el texto de la ley. P. ej., en el ordenamiento alemán, el § 25, StGB define con claridad a la autoría: autor es quien *comete* el hecho. Si lo hace por sí mismo, por medio de otro o junto con otros es aquí aún irrelevante. El requisito es la comisión del hecho y la mera causación de un resultado es incompatible con esta definición.⁹⁴ Para identificar a la autoría no basta un sujeto que simplemente ha proveído un aporte causal al resultado, pues la misma ley exige más, a saber, la realización del tipo. Ya por su propia definición, inductor y cómplice no cometen por sí mismos el delito, es decir, no realizan el tipo. En este contexto, las definiciones de autor y partícipe son naturalmente excluyentes.

Además, existe una dificultad práctica entre las consecuencias de un concepto extensivo de autor y las normas de participación. En los §§ 26-27, StGB se exige un hecho principal doloso, por lo cual si existe simplemente una determinación o una prestación de ayuda a un hecho no doloso — más allá de los casos de autoría mediata— entonces no es posible fundar inducción o complicidad, a pesar de que exista una causación dolosa del resultado.⁹⁵ En relación con los delitos especiales y de propia mano, es posible observar un problema similar, pues el círculo de autores idóneos está desde un principio limitado por la ley.⁹⁶ Por esta razón, un *extraneus* que causa una prevaricación simplemente no puede ser autor. La mera remisión a la causalidad de su conducta para el resultado no puede justificar autoría para este tipo de delitos.

⁹³ KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 2; ROTSCH, *supra* nota 25, p. 131; HRUSCHKA, *supra* nota 90, p. 593; KÜHL, *supra* nota 21, p. 753. RENZIKOWSKI sostiene que el concepto restrictivo de autor puede conciliarse con un sistema unitario funcional, pues existiría una diferencia lógica-conceptual entre formas de intervención, *supra* nota 64, p. 12.

⁹⁴ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 15; JOECKS, “§25”, en *MK-StGB*, 2.^a ed., t. II, Múnich, CH Beck, 2011, p. 1135; ROXIN, *supra* nota 30, p. 7; HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 9.

⁹⁵ JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; ROXIN, *supra* nota 81, p. 7.

⁹⁶ RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 385; SCHILD, *supra* nota 91, p. 1179; ROXIN, *supra* nota 81, p. 7; HOYER, “Vor § 25”, en *SK-StGB*, 8.^a ed., t. I, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012, p. 4.

Sin embargo, esta contraposición con el derecho vigente no es la crítica más relevante: un concepto extensivo de autor lleva a una transformación perjudicial de la comprensión de la estructura general del delito, pues el punto de partida ya no está en la realización típica, sino en la causación de un resultado. Esto significa un cambio de la perspectiva, porque la autoría se ve reducida a una lesión causal de ciertos bienes jurídicos.⁹⁷ Es decir, el injusto del delito estaría ligado con el aporte causal del agente y no con la infracción de las normas de los tipos descritos en la ley. De ahí que no existiría suficiente fundamento para distinguir entre los injustos de autoría y de participación: ya que ambos implican una causación del resultado disvalioso, entonces ambos configuran el mismo injusto. Por ello, resultaría difícil explicar por qué la regulación diferenciada de la inducción y complicidad tendría sentido.⁹⁸ La disminución de la pena del cómplice y la diferente punibilidad de la tentativa de la inducción, p. ej., no se derivarían del concepto de autor asumido, sino solo de una decisión arbitraria del legislador.

Y si el concepto de autor se enfoca en una consideración causal, entonces la comprensión de la persona como un agente libre y auto-responsable también retrocede porque su conducta solo sería una parte de un “conjunto de relaciones sociales”.⁹⁹ Cada acción podría, por tanto, ser imputada sin límites: el disparo de A contra O puede ser imputado también a B, quien solamente le ha entregado el arma a A, por lo cual B también ha matado a O, ya que él ha proveído un aporte causal para su muerte. Por lo tanto, en cierto sentido, la conducta no solo le pertenece al agente que la realiza, sino también a cualquier sujeto, porque otros pueden utilizar esta conducta para sus fines delictivos y un concepto extensivo permite extender la punibilidad a estos comportamientos.

En definitiva, una consideración causal ligada al concepto extensivo de autor lleva a dos desventajas. Por un lado, este concepto de autor no ofrece ningún criterio de interrupción de un curso causal, por lo cual es posible un regreso infinito en la cadena.¹⁰⁰ Cada condición del resultado tiene la misma importancia, por lo cual no es posible en principio diferenciar. Si un eslabón de la cadena causal es entendido como un acto voluntario, esta persona es causante del resultado. La

⁹⁷ ROXIN, *supra* nota 30, p. 8; KÜHL, *supra* nota 21, p. 751; SCHILD, *supra* nota 91, §25, p. 1178.

⁹⁸ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 14; SCHILD, *supra* nota 91, p. 1178.

⁹⁹ RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 385; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 60.

¹⁰⁰ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 59.

teoría de la imputación objetiva pretende mediante diversos criterios limitar esta imputación infinita,¹⁰¹ pero un concepto extensivo de autor por sí mismo no puede ofrecer tal limitación.

Por otro lado, un concepto extensivo lleva a una ampliación de la punibilidad a casos en que, normalmente, quedan sin sanción. Primero, la participación tentada sería sancionada en forma más gravosa que la autoría tentada: mientras el autor principal aún no ha superado el estadio de preparación, el cómplice que lo ayuda ya alcanzó ese estadio.¹⁰² Independiente de la teoría de fundamento de la tentativa, está fuera de discusión que los actos realizados en el estadio de preparación —como regla general— deben quedar impunes ya que la (vigencia de la) norma no está aún en peligro. Pero debido a la igual valoración de todas las condiciones al resultado, cada aporte causal configura una infracción de la prohibición o mandato respectivo.

Segundo, un concepto extensivo de autor conlleva la punibilidad de la participación en una autolesión o suicidio. Si el partícipe provee un aporte causal contra la norma, entonces debe ser sancionado. Y esto es, desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos individuales, contradictorio: una autolesión no implica ningún injusto, porque el bien jurídico en disputa nunca está en peligro.¹⁰³ Un sistema que respeta la auto-responsabilidad y libertad de disposición de las personas sobre los bienes individuales está obligado a entender a las autolesiones como acciones impunes. Por lo tanto, el partícipe no puede entenderse como causante de una autolesión.¹⁰⁴ Y un concepto extensivo de autor no puede considerar adecuadamente esta importante diferenciación.

Finalmente, un concepto extensivo de autor contradice nuestra forma usual de comunicarnos.¹⁰⁵ Sin lugar a dudas, diferenciamos entre la acción que produce un resultado y la acción que ayuda a otras acciones a conseguir ese resultado. El solo punto de vista causal carece de importancia (o por lo menos es insuficiente) para imputar responsabilidad. Por supuesto que no es lo mismo pintar un cuadro que entregarle las pinturas al pintor. La diferenciación entre formas de acción es fundamental para la interacción social y no puede ser pasada por alto en el ámbito jurídico-penal.

¹⁰¹ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 60.

¹⁰² RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 384; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 62; HOYER, *supra* nota 96, p. 3.

¹⁰³ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 64.

¹⁰⁴ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 65.

¹⁰⁵ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 61; BOTTKKE, *supra* nota 22, p. 20.

d. En atención a las críticas señaladas, un concepto extensivo de autor está hoy en día casi totalmente rechazado por la doctrina alemana.¹⁰⁶ La contradicción con el derecho vigente y sus problemáticas consecuencias para la teoría del delito fundamentan tal negativa.

Sin embargo, resulta sorprendente que, a pesar de este unánime y bien justificado rechazo del concepto extensivo de autor, la doctrina modifica su decisión respecto de los delitos imprudentes.¹⁰⁷ Aquí está aceptado que cualquiera que provee una condición para el resultado incumpliendo el deber de cuidado respectivo es —sin matices— autor. Se pueden enarbolar las mismas críticas, pero la doctrina defiende un concepto de autor centrado en la causación del resultado en atención a la simplificación de la imputación jurídico-penal.

2. ¿Y un concepto restrictivo de autor?

a. Según un concepto restrictivo, por el contrario, es autor solamente quien realiza los elementos del tipo; aplicando la definición a los delitos de resultado puros, es necesario que el autor realice el resultado típico, no que simplemente cause tal resultado.^{108 109} De tal forma el concepto de autor está limitado por el tipo. P. ej., es autor de un homicidio quien ha envenenado a la víctima, pues ha realizado la descripción típica del § 212, StGB, esto es, ha matado una persona. Sin embargo, quien simplemente le ha entregado el veneno no puede ser autor, ya que él mediante su conducta —suministro de veneno a otro— no ha matado a nadie.^{110 111} Su punibilidad no se deduce

¹⁰⁶ RENZIKOWSKI, *supra* nota 88, p. 576; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 387; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 651. Según SCHÜNEMANN, la teoría normativa radical de JAKOBS llevaría a un regreso al concepto extensivo de autor, pues JAKOBS rechaza cualquier diferenciación cualitativa entre autoría y participación, lo cual solo cobraría relevancia a efectos de determinación de la pena, “§ 25”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007, p. 1851.

¹⁰⁷ P. ej., PUPPE, “Vor § 13 ss.”, en *NK-StGB*, 4.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 179; JOECKS, *supra* nota 94, n.º m. 273; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Múnich, Franz Vahlen, 2011, p. 324.

¹⁰⁸ JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 11.

¹⁰⁹ Lo que significa “realizar el tipo” es ampliamente discutido por las teorías de participación. P. ej., de ello depende si el autor mediato comete el delito directamente (o sea, de igual forma que el autor mediato) o recurriendo a criterios de imputación adicionales. Dado que el presente trabajo se enfoca solamente en la extensión del concepto de autor, las específicas teorías de participación (tradicionalmente divididas en subjetiva, objetiva-formal y objetiva-material) no serán analizadas en detalle.

¹¹⁰ JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 25 ss. (explícitamente en p. 30 s.) asume un punto de partida similar al entender que solo el autor realiza el injusto del delito, mientras que al participe se le imputa el injusto realizado por el autor.

¹¹¹ Por razones de extensión, aquí no se entra en el problema de la autoría mediata. Sin embargo, es fundamental observar que, desde una justificación normativa de la categoría, el autor mediato realiza una acción que, solo mediante la satisfacción de ciertos presupuestos específicos, cuenta como autoría. En sí misma considerada, la acción del autor mediato no realiza el tipo, sin embargo la utilización del hombre de delante lleva a que se le impute tal realización como injusto propio, o sea, a

simplemente de la prohibición del homicidio, sino de la relación entre ese delito y el § 27, StGB que prohíbe la complicidad. Por esta razón, las normas de inducción y complicidad constituyen *razones para la extensión de la responsabilidad penal*.

De tal forma, el partícipe no realiza el tipo, sino que más bien determina a otro al delito (inductor) o lo ayuda a su ejecución (cómplice). Por tanto, es necesario desarrollar criterios para distinguir entre autoría y participación.¹¹² Las teorías de la intervención delictiva intentan fundamentar tal diferenciación acudiendo a diferentes elementos. Además, según la regulación legal, la participación está necesariamente relacionada con la acción del autor, lo cual es puesto de relieve por el principio de accesoriadad. Esto muestra la relación intrínseca entre un concepto restrictivo de autor y un sistema de intervención delictiva diferenciada, esto es, el rechazo a un sistema unitario de intervención.¹¹³ El concepto restrictivo de autor reconoce una diferenciación entre autoría y participación que es incompatible con un principio de unidad de la autoría.

b. A pesar de que la doctrina entiende que la autoría directa es la base de la responsabilidad jurídico-penal y que la participación es una extensión del concepto de autoría, existe una importante diferencia de opinión respecto de la calidad de la autoría mediata y coautoría. La pregunta es si las normas que regulan estas formas de autoría extienden la punibilidad o si ya se encuentran abarcadas desde el principio por el tipo penal.

Un *concepto restrictivo radical de autor* exige que el autor cometa el hecho por sí mismo, esto es, que los tipos descritos en la parte especial del código solo abarcarían la autoría directa.¹¹⁴ Por lo tanto, las normas que reconocen la autoría mediata y coautoría serían *normas constitutivas* que extenderían la calificación de autoría a figuras que, en principio, no lo serían. Esta comprensión estaría ligada a una teoría objetiva-formal de la participación, la cual basaría la diferenciación entre autoría y participación en la descripción típica.

Por el contrario, un *concepto restrictivo limitado de autor* plantea que cada tipo ya incluiría la posibilidad de cometer el delito a través de otro o en conjunto con otros. Por lo tanto, las normas

título de autor. Fundamental al respecto, MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 144 ss. Esto implica, por supuesto, diferenciar cualitativamente entre la autoría mediata y la autoría directa. JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 44 s., asume, por el contrario, que la autoría mediata es "un caso de comisión directa fenotípicamente enmascarado".

¹¹² JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135.

¹¹³ LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *supra* nota 57, pp. 578 ss.; KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 2.

¹¹⁴ HOYER, *supra* nota 96, p. 4; JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIOWSKI, *supra* nota 64, p. 70.

que reconocen autoría mediata y coautoría serían simplemente *normas declarativas*.¹¹⁵ Esta comprensión se acerca al fundamento de una teoría material-objetiva de la participación, especialmente, a la teoría de dominio del hecho. Un concepto material pretende compatibilizar una comprensión de la comisión del delito alejada del requisito de cometerlo de propia mano con la restrictividad de un concepto de autor.¹¹⁶

No es posible negar que la autoría mediata y la coautoría implican una atribución de la conducta mediante criterios específicos, que son adicionales a los que se requieren en la imputación de la autoría directa. En términos de la teoría dominante: el autor mediato y el coautor tienen necesariamente menos dominio del hecho que el autor directo porque otra persona interviene en la consecución del resultado, con lo cual el control se ve diluido.¹¹⁷ Por lo tanto, el tipo no puede abarcar por sí mismo la comisión mediante otro o en conjunto con otros, sino que es necesario acudir a las reglas de imputación que reconocen estas formas de autoría *fuera de lo común* para entender a esos agentes como autores. Por tanto, configuran efectivamente razones para la extensión de la responsabilidad.

c. En definitiva, un concepto extensivo de autor, para el cual basta la mera causación del resultado, acaba pasando por alto al principio de auto-responsabilidad como el fundamento de la punibilidad. Por el contrario, un concepto restrictivo asume a este principio como presupuesto del sistema. Si uno asume que una persona puede actuar libre y autónomamente, entonces es necesario aceptar la auto-responsabilidad por su comportamiento.¹¹⁸

De ahí que un concepto restrictivo de autor se relacione con las máximas básicas de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es predominantemente reconocido por la doctrina.¹¹⁹ Ello ha llevado al rechazo general del concepto extensivo y a la búsqueda de los criterios de diferenciación entre autoría y participación. No obstante, el concepto extensivo de autor, como ya se señaló, mantiene su presencia en el ámbito de la imprudencia, en donde la sola causación del resultado más la

¹¹⁵ JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 71.

¹¹⁶ ROXIN, *supra* nota 30, n.º m. 12.

¹¹⁷ JOECKS, *supra* nota 94, p. 1136.

¹¹⁸ RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 68.

¹¹⁹ Explícitamente en contra de un concepto restrictivo JAKOBS, quien sin embargo parece entender que tal concepto implicaría una determinada forma de diferenciar autoría y participación, *supra* nota 15, p. 30. Empero, la opinión de JAKOBS, que diferencia entre la realización del injusto por parte del autor y la imputación de ese injusto al partícipe, es también compatible con el concepto restrictivo descrito aquí.

infracción de la exigencia de cuidado fundaría autoría. No es el lugar aquí para analizar tal toma de postura, pero, en atención a las críticas contra un concepto extensivo, la decisión a favor de un concepto extensivo debe ser mirada con sospecha.

IV. Conclusión

Optar por un sistema diferenciado de intervención y por un concepto restrictivo de autor es entendido en la discusión actual, y en atención a la regulación legal, como un tema superado. La posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes, y que el ordenamiento jurídico reconozca tal bipartición mediante normas específicas está hoy fuera de discusión. Y, en atención a las razones propuestas, tal decisión está completamente justificada. Lo importante es entender que aquí existe (o existió) una decisión, o sea, que existen alternativas de comprensión del problema que han alcanzado relevancia en otras épocas u otros ordenamientos y que el debate jurídico ha llevado al rechazo de una visión uniforme de la intervención delictiva. Recordar las razones por las que se toma tal decisión es fundamental para enfrentarse a intentos de aplicar los sistemas superados a áreas específicas del derecho penal, p. ej., respecto de los delitos imprudentes. Si en estos ámbitos se mantienen las objeciones y razones expuestas a lo largo del trabajo, entonces la asunción de un sistema extensivo unitario de intervención tiene que entenderse como una mala decisión. Ya lo plantea la máxima jurídica: donde hay la misma razón, debe haber la misma decisión.

V. Bibliografía

BLOY, René, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

—, “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich“, en *FS-Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992.

BOCK, Dennis, “Beteiligungssystem und Einheitstätersystem“, en *Jura* 2005.

BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, CF Müller, 1992.

HAMDORF, Kai, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Freiburg, Iuscrim, 2002.

HEINE, Günter, “Vor § 25“, en *S/S-StGB*, 28.^a ed., Múnich, CH Beck, 2010.

- HOYER, Andreas, “Vor § 25”, en *SK-StGB*, 8.ª ed., t. I, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012.
- HRUSCHKA, Joachim, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen“, en *ZStW* 1998.
- JAKOBS, Gunther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991.
- , *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- JOECKS, Wolfgang, “§ 25”, en *MK-StGB*, 2.ª ed., t. II, Múnich, CH Beck, 2011.
- KIENAPFEL, Diethelm, “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, en *JS* 1974.
- , *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1971.
- , “Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft“, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1971.
- KINDHÄUSER, Urs, “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *REJ* n.º 14, 2011, pp. 41-52, disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552/30309> (enlace verificado el día 31 de mayo de 2020).
- KINDHÄUSER, Urs/ZIMMERMANN, Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht – AT*, 8.ª ed., Múnich, Franz Vahlen, 2017.
- LONY, Fritz, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?*, Breslau, Schletter, 1934.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. XVII, 1989.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, “Tatbestimmung und Tatbestandverwirklichung als Täterschaftsmerkmale”, en *FS-Roxin*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001.

MAIWALD, Manfred, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, en *FS-Bockelman*, München, Beck, 1979.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, 2012, pp. 357-377.

—, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

OTTO, Harro, “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht”, en *JuS* 1974.

—, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, en *Jura* 1987.

PUPPE, Ingeborg, “Vor §13 ff.”, en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

RENZIKOWSKI, Joachim, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (coord.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Heidelberg, CF Müller, 2014.

—, “Pflichten und Rechte”, en *GA* 2007.

—, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

ROTSCH, Thomas, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

ROXIN, Claus, “§ 25”, en *LK-StGB*, 11.ª ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2005.

—, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, t. II, München, CH Beck, 2003.

—, *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Navarra, Thomson Reuters, 2014.

SCHILD, Wolfgang, “§ 25”, en *NK-StGB*, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

SCHMOLLER, Kurt, “Erhaltenswertes der Einheitstäterschaft“, en *GA* 2006.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965.

SCHÜNEMANN, Bernd, “§ 25”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.

—, “Vor § 26”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.

—, “§ 30”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.

SEIER, Jürgen, “Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten“, en *JA* 1990.

SPENDEL, Günter, “Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung“, en *JS* 1974.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Múnich, Franz Vahlen, 2011.

TRIFFTERER, Otto, *Österreichisches Strafrecht, allgemeiner Teil*, Viena, Springer, 1985.

VAN WEEZEL, Alex, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.

WALTER, Tonio, “Vor § 13 ff.”, en *LK-StGB*, 12.^a ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.