

## La coautoría en derecho penal: ¿dominio funcional del hecho o acción colectiva?\*

### Coauthorship in Criminal Law: Fact or Functional Domain Collective Action?

Fecha de recepción: 20 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2010

MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA\*\*

#### Resumen

El artículo analiza los cambios ocurridos en el Código Penal Colombiano, en particular estudia el artículo 29 del nuevo código penal, que hace referencia a la autoría del delito, el objetivo es el de establecer las implicaciones conceptuales de esta nueva figura, desde la perspectiva de la teoría del delito, haciendo especial énfasis en las dos propuestas de solución dogmática más influyentes en la actualidad, la una jalónada por las ideas expuestas por el profesor Klaus Roxin y la otra a partir de las ideas de Günther Jakobs.

#### Palabras clave

Autoría, código penal, dominio del hecho, acuerdo común.

\* Artículo de reflexión que se inscribe dentro de la especialización de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

\*\* Filósofo y Abogado, profesor de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. Director de la especialización en Derecho Penal de la misma universidad.

## Abstract

The article analyzes the changes in the Colombian Penal Code, particularly Article 29 studies of the new penal code, which refers to the authorship of the crime, the goal is to establish the conceptual implications of this new figure, from the perspective of theory of crime, with particular emphasis on the two solutions most influential dogmatic current dogma, the one marked by the ideas put forward by Professor Klaus Roxin and the other from the ideas of Günther Jakobs.

## Keywords

Authorship, penal code, domain of fact, common agreement.

## INTRODUCCIÓN

Con la expedición del Código Penal del 2000 se introduce una modificación sustancial al tratamiento del fenómeno de intervención en el delito. Mientras el Código Penal de 1980 se ocupaba del tema en dos artículos, uno que se refería a la autoría en general y otro que hablaba de la complicidad, y no se distinguían con claridad algunas figuras, como los autores y partícipes y al interior de éstos, los autores de los coautores, ni el determinador del cómplice, mientras el nuevo estatuto hace una clara distinción de todos ellos, con lo cual se evidencia la preocupación del legislador penal colombiano, por delimitar claramente estas figuras que, si bien han sido tradicionalmente precisadas por la doctrina, no suelen serlo por la legislación.

El artículo 29 del nuevo Código establece quienes son autores y al hacerlo, usa la expresión en sentido amplio, incluyendo bajo este rótulo varias modalidades a saber: el autor material y el autor mediato (inciso 1º del art. 29), los coautores (inciso 3º del art. 29) y, finalmente, aquellas personas que actúan en representación de un tercero, como miembro de un ente colectivo o como representante del mismo, aún cuando el que actúa no reúna las calidades del sujeto activo pero éstas sí concurren en el representado (inciso 3º del art. 29). El artículo 30 define quienes son partícipes y

distingue entre el determinador y el cómplice. Por último, incluye un inciso final en el que le da un tratamiento punitivo atenuado a aquellos eventos en los que el interveniente en la comisión del delito no reúne las calidades especiales exigidas en el tipo penal para el sujeto activo.

Con estas diferenciaciones conceptuales, el Código Penal pone en evidencia la necesidad de elaborar criterios dogmáticos de interpretación respecto de estas figuras, cuestión ésta que ha sido siempre muy polémica. La discusión se suele polarizar en el binomio *autor-cómplice* (Gimbernat Ordeig, 1966, pp. 15 y ss), como expresión más acabada de la distinción *autor-participe* (Salazar Marín, 1992); esto sin dejar de lado las no menos importantes diferencias entre *autor-coautor* (Gutiérrez Rodríguez, 2001); *coautor-instigador* (Gómez Rivero, 1995); *instigador-autor mediato* (Roxin, 1998, pp. 257 y ss). Otros aspectos que se hacen de obligatoria discusión son los que se refieren al principio de accesoria en la participación (López Peregrin, 1997, pp. 29 y ss), en sus versiones extensa o limitada y los criterios de punición de los diferentes intervenientes en el delito, como los llamados delitos especiales (Gimbernat, 1966, pp. 251–299) y más actualmente, en los delitos de *infracción del deber* (Sánchez-Vera, Gómez-Trelles, 2002; Roxin, pp. 383-431). Todo ello pone en evidencia la necesidad de abordar la discusión

respecto de una "teoría del autor" que permita interpretar adecuadamente las nuevas normas y darles una aplicación adecuada de las normas de la parte especial, dentro del contexto de la sistemática de la parte general del Código Penal.

A pesar de lo anterior, si se examina la producción doctrinal y jurisprudencial del país, los diez años que han transcurrido desde la entrada en vigencia de la nueva normatividad, se evidencia que tal discusión no se ha llevado a cabo con la profundidad y extensión que el tema amerita. Los autores que se han ocupado del tema en los manuales, se limitan a hacer unas referencias muy puntuales de las figuras y plantear su punto de vista, sin entrar en una verdadera discusión de la cuestión. Por su parte, la jurisprudencia se ha mostrado muy erática a la hora de tomar partido respecto de la materia, asumiendo posturas muy ambiguas cuando no francamente contradictorias (Urbano Martínez, 2004, pp. 197 y ss.).

El propósito de estas líneas es hacer una aproximación a la discusión de este tema, desde la perspectiva de la teoría del delito, con especial énfasis en las dos propuestas de solución dogmática más influyentes en la dogmática actual, la una jalona da por las ideas expuestas por el profesor Klaus Roxin a partir de su idea de *dominio del hecho*, que pretende establecer un criterio diferenciador respecto de quién debe ser considerado el *protagonista central* del delito y la otra desarrollada a partir de las ideas de Günther Jakobs (1995), quién propone una solución unificadora a partir del concepto de *creación del riesgo desaprobado* como criterio rector de toda la imputación penal. Se intentará examinar también la manera como estas posturas han influido en la legislación y la jurisprudencia nacionales, a la hora de interpretar las normas que se ocupan de la regulación de la coautoría y poniendo de relieve cuáles deben ser los derroteros que deben orientar esta discusión y nuestra posición al respecto.

## Evolución doctrinal hasta la teoría del "dominio del hecho"

La regulación de la coautoría en la Ley 599 de 2000, corresponde con lo que ha sido la evolución de esta figura en el ámbito doctrinal y jurisprudencial en los últimos tiempos, que pasa de un "concepto unitario" de autor, a uno "diferenciado" en el que claramente se distingue de una parte la *autoría de la participación* (Salazar Marín, 1992); y de la otra, la *autoría de la coautoría* (Gutiérrez Rodríguez, 2001; García del Blanco, 2006). En la definición de autor y su delimitación con el partícipe se pueden distinguir dos grandes momentos de elaboración doctrinal, el primero, caracterizado por las teorías formales *objetivas* y *subjetivas* y las mixtas que conjugan aspectos de ambas (Urbano Martínez, 2004, pp. 199 y ss) y el segundo que se desarrolla a partir de la llamada *teoría del dominio del hecho* (Roxin, 1998, pp. 79-126)<sup>3</sup>, a partir de la cual se perfeccionan todos los conceptos actualmente dominantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en esta materia.

La teoría *objetivo-formal* elaborada por los clásicos consideraba autor, a quien realiza en forma inmediata la acción susceptible de ser subsumida, total o parcialmente en el tipo penal (Beling, 1944, pp. 60 y ss), así las cosas, sólo el agente que ejecute la acción dentro de los específicos marcos de la descripción típica sería autor, todos los demás serían, instigadores o cómplices. Este *concepto restringido* de autor, delimitaba la autoría a los eventos estrictamente típicos, dejando por fuera muchas formas de intervención criminal, que, o bien se deben tratar como formas de participación, o no es claro que se puedan tratar como instigación o como complicidad, debiendo quedar en la impunidad.

La teoría *objetivo-formal* fue ampliamente dominante en la doctrina en sus inicios, pero poco a

<sup>3</sup> El concepto se debe a Hans Welzel, no obstante esta teoría adquiere su forma más acabada en Roxin, 1998, pp. 79-126.

poco fue cediendo terreno a la teoría *objetivo-material* que pretendía extender la relevancia penal del comportamiento a partir del aporte causal que realizaba cada intervintente en la producción del resultado típico (Díaz y García Conledo, 1991, pp. 487 y ss). Así la calidad de autor, coautor, determinador o cómplice dependería del aporte causal que coloque cada uno en la producción del resultado típico (Fernández Carrasquilla, 1986, T. II, p. 393). Los neokantianos, llaman la atención sobre el hecho de que distinguir el autor de los demás intervintentes en el delito, no era algo que pudiera hacerse adecuadamente a partir de puras consideraciones causales y que era menester atender a criterios de *valoración jurídico-normativa de los aportes individuales* (Mezger, 1946; T. II; pp. 278 y ss).

Los desarrollos de la teoría de los aportes individuales, conducen a la clásica fórmula de Schmidt, según la cual “cualquiera que lleve a cabo antijurídica y culpablemente una realización de tipo y con ella una lesión de un bien jurídico, debería ser declarado autor” que culminó en la doctrina del *concepto extensivo* de autor, que prácticamente no admite distinción alguna entre autor, coautor, instigador y cómplice (Díaz y García Conledo, 1991, pp. 259 y ss), en la medida en que todos contribuyen de alguna manera a la realización del tipo penal.

A finales de los años treinta Welzel elabora un concepto ontológico de autor, a partir de su concepto final de la acción. Autor es quien tiene el “dominio final de su decisión y de la ejecución de ésta y así es señor de su hecho” (Welzel, 1973, p. 119). De esta suerte, la diferencia entre autor y partícipe reside en la dirección final de su acción, por cuanto mientras el autor tiene un dominio sobre el *hecho típico*, el instigador y el cómplice sólo lo tienen respecto de su *participación* en el mismo, es decir, que lo que los diferencia es el grado de *dominio* sobre la realización del injusto. En consecuencia, las diferencias entre autores y partícipes son ontológicas, nacen de la realidad,

más concretamente de cómo se configura el mundo a partir del obrar de cada uno de ellos.

Los límites de la concepción ontológica son evidentes. Si en el plano causal es claro que todos los intervintentes aportan a la producción del resultado, y desde la teoría de la equivalencia de las condiciones cada aporte vale igual, no hay manera de establecer a partir de un criterio *ontológico* quién tiene dominio de señor y quién dominio accesorio sobre los cursos causales, con lo cual habría que remitirse a criterios subjetivos (Jeschke, pp. 894 y ss) y de esta manera, la determinación de quién es autor o partícipe, estará dada por el contenido de la voluntad de cada uno de ellos en el caso concreto, con lo cual, no habría lugar a establecer unos criterios objetivos previos de esta delimitación.

Por su parte, la *teoría del dominio del hecho*, desarrollada en un primer momento por Welzel y acogida luego por Gallas y Maurach (Maurach/Gössel/Zipf, 1994, T. II, pp. 483-510), parte de la idea de que el hecho es realmente obra del autor, cuando éste tiene un dominio final sobre los sucesos y puede poner en marcha de manera dirigida la configuración final del mundo, según su voluntad. De tal suerte que lo que es particularmente decisivo para determinar quién debe ser considerado autor, es la decisión de la voluntad y según el último autor citado, ésta se establece por la capacidad para poner fin al acto, para interrumpir el curso causal (Maurach/Gössel/Zipf, 1994, T. II, p. 493). Este criterio es particularmente relevante a la hora de determinar quién debe considerarse o no coautor, como quiera que según este autor, no sólo el que materialmente realiza el hecho es quien puede considerarse coautor, sino también aquel que, a partir de una clara decisión de la voluntad, aún sin el control directo de los cursos causales, realiza aportes sustanciales aún en la fase preparatoria del delito.

La teoría del dominio del hecho, sufre una trascendental evolución gracias a los aportes de Klaus

Roxin (1963), quién la enriquece y le da su forma definitiva. Según este autor, el núcleo central de la responsabilidad penal reside en la ejecución fáctica de la conducta típica, en consecuencia, quién tiene el control sobre esos elementos fácticos de la descripción típica, es decir, quién tiene el *dominio del hecho*, se convierte en la *figura central* del delito y por tanto, debe responder a título de autor. Roxin reconoce sin embargo, que esta idea resulta insuficiente a la hora de fundamentar la responsabilidad penal en aquellos casos en los cuales el tipo penal exige unas características particulares del sujeto activo y el suceso se presenta de manera tal que quién tiene el dominio del hecho no reúne las características del sujeto activo, en tanto que quién sí las tiene concurre como mero partícipe. Si en estos casos se aplicara la teoría del dominio del hecho habría que concluir que quien ejecuta la conducta típica no sería responsable, porque no reúne los requisitos del sujeto activo y de la misma manera, el que sí reúne las características del sujeto activo, también tendría que quedar impune, por cuanto en virtud del principio de accesoriedad, no podría ser responsable *accesorio* de una conducta principal atípica.

Roxin alega que lo que estas situaciones límite demuestran, es que en estos y otros casos similares, en los cuales el legislador exige unas cualidades especiales del sujeto activo, el fundamento de la responsabilidad no se encuentra en la intervención fáctica del autor en el suceso sino en la infracción de unos *deberes especiales preexistentes* al hecho delictivo (p. 385). En consecuencia, prosigue Roxin, es dable distinguir con claridad dos formas distintas de fundamentar la responsabilidad penal, derivadas de la estructura de los tipos penales: la de los delitos de *dominio del hecho* en los que la responsabilidad penal se sustenta en el control de los aspectos fácticos del delito y la de los *delitos de infracción de un deber*, en los que el fundamento de la responsabilidad penal descansa en unos deberes jurídicos especiales, cuya infracción coloca al infractor, por ese sólo hecho, en el ámbito

de la responsabilidad penal, sin importar de qué manera interviene fácticamente en la ejecución de la conducta típica (p. 385).

En materia de coautoría, Roxin elabora lo que él denomina el concepto *dominio funcional del hecho*, que funda su punición, no ya en criterios objetivos o subjetivos de dominio de la acción o de la voluntad, sino a partir de la existencia de una correlación funcional entre los diferentes intervenientes y el hecho típico (pp. 303 y ss). Si autor es quién tiene el dominio o el control efectivo sobre los cursos causales del delito, se hace evidente que en los casos de intervención plural de personas en el delito, se deberían considerar coautores, a aquellos que tengan un co-dominio del hecho, esto es que tengan un papel tan significativo en la ejecución de la conducta, que su aporte sea indispensable para que la misma se lleve a cabo y de no presentarse ese aporte, la conducta no podría realizarse. Para que ello sea posible, se necesita que concurran en todos y cada uno de los intervenientes, por lo menos tres condiciones: (1) la existencia de un acuerdo común para la ejecución del delito; (2) la concurrencia de un aporte esencial a la ejecución de la conducta típica y (3) la dependencia recíproca de los aportes de unos y otros. Si falta uno de ellos, la figura se desnaturaliza y el interveniente podría responder a un título diferente pero nunca como coautor (Roxin, 1998, p. 314).

Con la idea de *dominio funcional* se pretende establecer un criterio claro para la delimitación entre la coautoría y fenómenos que podrían serle próximos como el de autoría mediata o los de instigación y complicidad. La diferencia fundamental entre el coautor y el autor mediato es que, mientras el coautor es alguien que sólo co-domina en el hecho con otro, el autor mediato tiene un control total del hecho, mediante el dominio de la voluntad del que ejecuta la conducta típica. Por lo que respecta a la distinción del coautor con el determinador, ésta está dada porque el determinado no tendría

ningún control sobre el suceso y éste estaría por completo en manos del autor material determinado por él, limitándose su intervención en el delito a una fase previa a la realización típica, en tanto que el coautor, sí tiene dominio sobre el hecho, sólo que este dominio es un dominio compartido con otros y su intervención se da en la fase ejecutiva del delito.

Por último, la diferencia sustancial entre el coautor y el cómplice está dada por la entidad del aporte de cada uno y por la incidencia que este aporte tiene respecto de la posición de control que tiene el agente sobre el suceso. Mientras que el cómplice sólo hace un aporte que *contribuye* a la realización del delito, sin que éste sea esencial o definitivo en el mismo, el aporte del coautor es esencial, y lo es en tal medida, que sin él, la conducta se desnaturalizaría el dominio sobre el suceso por parte de los intervenientes en el mismo se perdería, de tal suerte que, tanto el aporte como el co-dominio del hecho del coautor son esenciales para que el suceso típico se produzca.

A partir de la teoría del dominio del hecho, se ha venido desarrollando en la doctrina, tanto alemana como española, una serie de variables que, más que plantear una nueva teoría, lo que en rigor hacen es corregir o perfeccionar la del dominio del hecho haciéndola más elaborada, como sucede con las propuestas de Schünemann (Schünemann, 2004, pp. 13-26) y Mir Puig (Mir Puig, 2001, pp. 530 y ss). Puede afirmarse válidamente que, la teoría del dominio del hecho tal y como la planteara Roxin, se ha convertido en la concepción mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia europea desde finales de los años ochenta del siglo XX y es hoy la que más influencia tiene también en la doctrina y la jurisprudencia nacionales. De hecho, se sostiene que la teoría del dominio del hecho ha sido determinante en la reforma introducida en el Código Penal del 2000 y su posterior desarrollo jurisprudencial. Nos ocuparemos seguidamente de estos aspectos.

## La coautoría en el Código de 2000

Como ya se destacó, la regulación jurídica de la coparticipación criminal en el Código Penal, toma partido por un criterio *diferencial* o *restrictivo* de autor, apartándose definitivamente de las concepciones unitarias. Esto se puede constatar por el hecho de que el Código regula por separado y de manera autónoma las figuras de la autoría (material, mediata, por representación y coautoría) y la participación (determinación, complicidad e intervenientes). En materia de coautoría, la norma del artículo 29 señala que son coautores quienes con división social del trabajo y mediando un acuerdo común, *actúan*, atendiendo a la *importancia del aporte*. De ello se infieren los elementos exigidos para poder configurar la figura de la coautoría: (1) el acuerdo común; (2) la división del trabajo y (3) la importancia del aporte. Examinémonos brevemente.

### El acuerdo común

Entiende la norma estudiada, que la coautoría, en cuanto intervención plural de personas en la ejecución de una conducta típica, comporta la presencia no sólo de una decisión de la voluntad por parte de cada uno de los que intervienen, de realizar el hecho típico, sino además la concurrencia de un acuerdo común entre ellos. La doctrina es unánime en esto. En lo que sí se presenta discusión es respecto de cuándo se debe producir ese acuerdo y cuál debe ser su contenido.

En cuanto lo primero, el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal, utiliza la expresión gramatical: "**mediando un acuerdo común**", con lo que claramente alude a una ubicación temporal precisa de cuándo debe producirse ese acuerdo. Según la Real Academia Española mediar es: "interponerse en el medio de dos,... existir o estar en medio de otras cosas,... ocurrir".

entre  
"med...  
fiere c...  
la acci...  
coauto...  
decir c...  
se requ...  
res, se...  
de esa...

No pu...  
si el a...  
so, me...  
posibi...  
cució...  
la mis...  
que se...  
delito,...  
crimin...  
hecho...  
quiere...  
en el a...  
de **da**...  
que cu...  
debe e...  
preser...  
podría...  
**acuer**...  
despu...  
del de...  
la fase...

En sínt...  
entre ...  
concur...  
los au...  
típica,...  
implic...  
pecto ...

4 Defini...  
espa...

5 Así I...  
Peña...  
Blanc...

entre dos momentos”<sup>4</sup>. Así las cosas, la expresión “**mediando un acuerdo común actúan**”, se refiere claramente a que antes de que se produzca la acción debe “**mediar un acuerdo**” entre los coautores y su acto mancomunado. Esto quiere decir que para que se pueda predicar la coautoría se requiere que la acción ejecutada por los coautores, sea el fruto de ese consenso, la consecuencia de esa **mediación del acuerdo**.

No puede entenderse de otra manera, por cuanto, si el actuar de los coautores tiene que ser doloso, menester es que cada uno de ellos tenga la posibilidad *ex ante* de representarse tanto la ejecución de la conducta como el resultado típico de la misma. Esto no significa, que el acuerdo tenga que ser *anterior* al inicio de la fase ejecutiva del delito, o que deba existir necesariamente un plan criminal previo, o una fase de preparación del hecho con antelación a un plan criminal. Lo que quiere decir es que los coautores deben concurrir en el acuerdo común cuando menos al momento de **dar inicio** a la fase ejecutiva del delito, es decir que cuando se habla de un acuerdo **coetáneo** se debe entender que el acuerdo común debe estar presente **ya en la fase ejecutiva**, por lo que no podría pensarse nunca, de ninguna manera en un **acuerdo posterior** esto es en un acuerdo que surja después de que se ha superado la fase ejecutiva del delito y nos encontramos ya en el estado de la fase consumativa<sup>5</sup>.

En síntesis, se trata de una cooperación recíproca entre los coautores, en la cual se produce una concurrencia simultánea de dolos de cada uno de los autores, para ejecutar determinada conducta típica, que en el caso de los delitos de resultado, implica necesariamente concurrencia de dolo respecto de la producción de ese resultado. No sería

pensable una situación en la cual no exista ese “dolo individual coincidente” de realización global y conjunta de la conducta y la producción del resultado típico (Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 159).

### La división del trabajo

En lo referente al contenido del acuerdo, de nuevo la norma en cuestión alude a que los coautores “**actúan con división del trabajo criminal**”. Esto quiere decir, que el contenido del acuerdo está directamente referido a la ejecución de la conducta típica por todos y cada uno de los coautores, de tal suerte que todos y cada uno de ellos tenga un conocimiento claro de qué es lo que van a ejecutar, pero a su vez, que también cada uno de ellos conozca con la misma precisión lo que los demás ejecutarán. En virtud de éste todos y cada uno de los coautores asume la realización de su parte del plan criminal, pero precisamente porque cada uno de ellos cuenta con que los demás ejecutarán su parte, es decir, que se debe tratar de una “**decisión mancomunada**” (Velásquez, 2007) de ejecutar la conducta típica. Lo anterior significa que, para que pueda predicarse la coautoría es necesario que cada uno de los intervenientes en el delito *cuente* con la conducta de los demás a la hora de establecer el hecho típico, a la vez que *cuente* con que los demás *cuentan* con la suya propia. De no ser así estaríamos frente a una mera concurrencia de conductas típicas y no frente a la coautoría.

Al igual que en el primer elemento ya analizado, en lo que respecta a la división del trabajo criminal, no es necesario que los coautores elaboren un detallado plan previo y que se tengan que ajustar a éste para que se pueda predicar la coautoría. Bien puede suceder que la división del trabajo surja del plan trazado con antelación o de la propia lógica de la ejecución de los hechos, también que esa división de tareas se dé y que en su realización los diferentes coautores asuman roles en los que cada uno haga una parte del trabajo criminal. No obstante, cuando en el caso concreto ese plan

<sup>4</sup> Definición Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*; Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001, tomo II, p. 1476.

<sup>5</sup> Así lo entiende también la doctrina mayoritaria, extranjera: Peñaranda Ramos, 1990; Gutiérrez Rodríguez, 2001; García del Blanco, 2006 y Velásquez V., 2007, p. 453.

criminal se da efectivamente, es decir, cuando los coautores han efectuado un acuerdo previo y han trazado unos lineamientos de acción específicos, el plan debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar la conducta de los coautores, porque bien puede ocurrir que alguno se salga del plan, desborde los límites más allá de lo planificado, caso en el cual nos encontraríamos en el ámbito del “exceso”.

### **La importancia del aporte**

La norma comentada introduce como elemento final para establecer la concurrencia de la coautoría, la expresión **“atendiendo a la importancia del aporte”**, con ello se deja claramente establecido que sólo puede ser coautor quién aporta algo concreto y efectivo a la realización de la conducta típica, es decir, que el legislador del 2000 no es claro, sin embargo, que descarte de plano la posibilidad de una coautoría ideal o meramente intelectual, que bien podría ser posible se le dé tratamiento de coautor a quién concurre en el acuerdo de voluntades previo a la ejecución de la conducta, pero no participa en ella *fácticamente* y esto porque la ley no establece cuál es el criterio para determinar esa *importancia* del aporte. No obstante, parece claro, sin embargo, que el coautor debe aportar algo más que su pura voluntad criminal. El coautor debe hacer algo, debe aportar algo concreto a la producción de la conducta típica.

Resulta lógico que el análisis respecto de la importancia del aporte, ha de hacerse desde una perspectiva *ex ante*, en la medida en que su contribución se tiene que producir con arreglo al acuerdo común que debe mediar entre quiénes bajo su dominio funcional ejecutan la conducta (del mismo criterio Hernández Esquivel, 2004, pp. 97-110). Esto por cuanto, una perspectiva *ex post* podría hacer aparecer como necesario, algo que los coautores no consideraron como tal al momento de ejecutar la conducta, o porque, a la inversa, se podría ver como no necesario algo que los coautores sí consideraron tal en ese momento.

La doble exigencia de un aporte real y concreto y de una entidad esencial de ese aporte para que se pueda predicar la coautoría, ha llevado a que algunos autores consideren que la nueva fórmula del Código excluye la coautoría impropia. Es tradicional en la doctrina nacional que se distinga la coautoría *propia* de la *impropia* (Reyes Echandía, pp. 2175-176); Fernández Carrasquilla, pp. 398-399); entendiendo por la primera, aquella en la que varias personas, que reúnen las características generales y especiales del sujeto activo, realizan el delito de manera conjunta y en forma que cada una de ellas ejecuta la acción típica en todo o en parte (Soler, 1967, pp. 300 y ss). Por el contrario se habla de coautoría impropia, cuando no todas las personas que concurren a la realización del delito, ejecutan la acción típica, pero aportan con su trabajo criminal para la realización de la misma (Maurach/Gössel/Zipf, pp. 366 y ss). En realidad el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal de 2000, no hace esta distinción, dejando el asunto en manos de la doctrina y la jurisprudencia, como es tradicional.

### **La jurisprudencia**

Varios han sido los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia al respecto, destacándose algunos recientes en los que se pretende hacer una síntesis doctrinal de lo que es su posición. Respecto de la coautoría y su regulación en la legislación penal colombiana ha señalado la Corte que:

cuando varias personas conciernen libre y voluntariamente la realización de un mismo hecho (conducta) punible, con distribución de funciones en una idéntica y compleja operación delictiva, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común, todos tienen la calidad de coautores, por ello actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable.

Empero, es preciso determinar que de ese principio de convergencia debe

distinguirse, primero si la participación no tuvo la relevancia o intensidad indispensable para estimar al partícipe como autor, sino como cómplice, dificultad que la ley actual supera y aclara "atendiendo la importancia del aporte", de tal manera que si el aporte no es importante, se debe entonces remitir a la figura de la complicidad y, segundo, si uno de los participantes actuó por fuera de lo pactado, lo cual conduce al exceso y la prohibición de regreso, pues en tal evento, la responsabilidad la asume el respectivo concurrente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Casación del 18 de febrero de 2004. M.P. Herman Galán Castellanos).

Al margen de esta discusión doctrinal, la conclusión a la que llega el fallo es que lo que se debe tener en cuenta en el caso concreto es: (1) que sólo hay coautoría cuando el interviniante hace un aporte efectivo y (2) sólo si ese aporte, resulta esencial, es decir, indispensable en la ejecución de la conducta criminal. No obstante no es nada claro, cuál debe ser el criterio aplicable para saber cuándo un determinado aporte es constitutivo de coautoría y cuándo lo es de complicidad. De hecho, en el aparte transcripto, pareciera insinuar que esta diferencia es tan sólo gradual y no cualitativa, en la medida en que se habla de *relevancia o intensidad indispensable*, conceptos estos que son claramente cuantitativos y no cualitativos.

En consecuencia no es tan cierto como parece, que la Corte se incline a favor de la teoría del dominio del hecho, y que concretamente, en materia de coautoría se pronuncie expresamente a favor de la teoría del dominio funcional del hecho como parece insinuarlo la propia Corte en una resiente jurisprudencia en la que, luego de recoger todos los criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la concurrencia o no de la coautoría, fija su posición:

...basta conjugar elementos objetivos y subjetivos en la consumación de la conducta, para diferenciar la coautoría y la complicidad, en la medida en que

para que una persona pueda ser considerada coautora de un delito, no sólo se exige su voluntad incondicional de realizarlo, sino también su contribución objetiva, es decir, la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues ello es lo que en últimas determina el llamado "codominio del hecho", entendiendo como "hecho" el proceso causal que con la conducta se pone en marcha....de allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho (Casación del 9 de marzo de 2006; M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez).

Esta jurisprudencia no hace más que reiterar otras en la que la Corporación se ha ocupado del tema, enfatizando la necesidad de establecer una efectiva y eficaz aportación del interviniante y su esencialidad para la realización de la conducta típica, a efectos de que se lo pueda considerar válidamente como coautor (Casación del 18 de febrero de 2004, op. cit.). En fecha más reciente, la Corte ha vuelto sobre el tema para hacer algunas precisiones, señalando que:

para la configuración de esta forma de intervención en la conducta punible se requieren tres elementos: acuerdo común, división del trabajo criminal e importancia de los aportes..., el acuerdo común es entendido como la "...conexión subjetiva entre los intervenientes, la cual puede ser tácita o expresa. A través de aquel se genera una comunidad de ánimo dolosa entre los mismos. Dicho nexo se da alrededor de un plan común (no necesariamente detallado) y una resolución colectiva en el objetivo de lograr la materialización de una o varias conductas punibles determinadas.

La división social del trabajo según el fallo "...se consolida a través del acuerdo de voluntades. Por virtud de éste se reparte el todo en partes, en parcelas de esfuerzos que valorados ex ante y ex post permiten hablar de una acción compleja o conjunta formada por segmentos

articulados que vistos en singular y por separado no se advierten suficientes para determinar la conducta punible de que se trate, pero que unidos la explican como pluralidad de causas o condiciones..." y por importancia del aporte "Se entiende por tal, aquel sin el cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarlo se frustra o reduce de manera significativa el riesgo de su materialización, o al compartirlo se lleva a cabo. Por oposición al apoyo funcional así considerado, suelen darse los accidentales, secundarios o subsidiarios en cuyo evento no puede hablarse de coautoría sino de complicidad".

Este aporte, insiste la Corte debe ser de carácter positivo, por cuanto "La sola posibilidad de evitar la conducta punible no se erige como presupuesto fundamental de la forma de intervención tratada, pues ésta circunstancia al igual se le puede presentar al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran en el escenario a través de una voz de alerta a los vecinos o a la policía. De aceptarse el criterio en cita se corre el peligroso riesgo por demás contrario a la estricta legalidad de hacer extensiva la figura de la autoría compartida hacia personas que no cumplen con esa calidad". Finalmente reitera que "La contribución de esa calidad la que implica intervención de la persona, debe darse durante la fase ejecutiva del delito..." (Sala de Casación Penal; Proceso No 29221; Sentencia de septiembre 2 de 2009. M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

Del texto de la jurisprudencia transcrita, queda claro que, para la Corte, sólo se puede hablar de coautoría cuando en el interveniente concurren tanto los elementos objetivos como subjetivos, en la consumación de la conducta, es decir, que debe existir: una voluntad incondicional de realizar la conducta típica; una contribución objetiva; que esa contribución se dé en la fase ejecutiva del delito; que se haga el aporte con un co-dominio del hecho, y que el aporte sea esencial. La ausencia de uno cualquiera de estos requisitos, hará que en el caso concreto no sea predictable la coautoría. Pero de ello no se infiere necesariamente que se esté tomando partido por la teoría del dominio del hecho.

Que ello no es así, se demuestra con el hecho de que se mantenga el concepto de *coautor impropio* como criterio residual para la imputación de la coautoría en aquellos eventos en los cuales ciertos intervenientes, o bien ejecutan conductas no típicas, o ni siquiera participan de la conducta delictiva en la fase ejecutiva, esto ya sin tener en cuenta la relevancia típica de su comportamiento individual, desde luego estaría descartada<sup>6</sup>. El concepto de coautoría *impropia* se ha convertido en una especie de cajón de sastre al que la Corte acude cada vez que por razones de justicia material considera que se debe sancionar como autor a un interveniente que, o bien realiza una conducta que no es típica, o bien aún que no realiza conducta alguna si *interviene* de manera tan decisiva en el ilícito, que no se considera justo sancionarle como mero cómplice (Casación; Proceso No 29221; op. cit.).

El mantenimiento de esta figura evidencia hasta qué punto la Corte asume la teoría del dominio del hecho, sólo en forma retórica, pero en realidad a la hora de resolver los casos prácticos, acude indistintamente a criterios subjetivos y objetivos de toda índole que hacen que su posición frente al tema sea completamente incoherente (Urbano Martínez). No obstante, con lo que se ha visto, ello no tiene su origen exclusivamente en la posición jurisprudencial, en la medida en que la propia doctrina, en especial, los últimos desarrollos de la teoría del dominio del hecho, cae en las mismas incoherencias.

### **La propuesta normativista. Un criterio único de imputación para la autoría**

Un balance de la evolución doctrinal y jurisprudencial a partir de la teoría del dominio del hecho

<sup>6</sup> Sobre el tema de la Coautoría Impropia, la jurisprudencia es abultada, Cfr. Especialmente: procesos 4392 de mayo 10 de 1991; No 6449; de septiembre 16 de 1992; 6611 de noviembre 18 de 1992; 7699 del 10 de junio de 1993; 1147 del 15 de diciembre de 2000; 17403, del 12 de septiembre de 2002; 11885 del 26 de septiembre de 2002; 17.395 del 6 de agosto de 2003; 19.203 del 21 de agosto de 2003; 17252 del 18 de febrero de 2004; 21707 del 28 de febrero de 2006; 25222 del 7 de marzo de 2007; 26753 del 5 de diciembre de 2007 y 23033 del 10 de junio de 2008.

muestra hasta qué punto ésta no es más que el resultado de un esfuerzo por lograr una idea limitadora que pretende establecer criterios sólidos para diferenciar al autor respecto de otras formas de intervención, con lo cual podría afirmarse que la teoría del dominio del hecho lo que hace, en rigor, es retomar el viejo propósito de las teorías *objetivo-formales* de rancia estirpe liberal, que fue, sin embargo, desplazado por las visiones puramente naturalistas, primero, y las subjetivistas después, que hicieron un giro del hecho al autor y que culminaron en concepciones dogmáticas basadas en el puro disvalor de acción, entendido como disvalor de intención, que culmina con una fuerte moralización del derecho penal hasta caer en un puro derecho penal de autor<sup>7</sup>. Es por ello que luego de un largo periodo de dominio casi absoluto de las teorías unitarias y el concepto extensivo de autor, la doctrina retorna de la mano de la idea del dominio del hecho y las perspectivas valorativas del derecho penal, a las fórmulas originales de las teorías diferenciadoras y un concepto restrictivo de autor.

Esta tendencia se hace marcadamente dominante a partir de la idea de que sólo las concepciones restrictivas de autor, son consecuentes con los postulados de un derecho penal democrático y garantista, cuya finalidad fundamental es la de limitar el poder punitivo del Estado (Díaz y García Conledo, 1991). Esto se sintetiza en la fórmula según la cual, para que a un intervintente se lo pueda considerar coautor, se hace necesario que su aporte sea de tal entidad, que resulte indispensable para la realización de la conducta típica, a tal extremo que, de faltar, la misma se desnaturalizaría por completo. Según el creador de esta teoría será "coautor todo intervintente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es aquel

con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido" (Roxin, pp. 308).

La idea de "importancia del aporte", pretende establecer un criterio objetivo-material para distinguir coautor de determinador y coautor de cómplice, por cuanto, si el intervintente sólo contribuye con su voluntad, induciendo o instigando a otro al delito, será determinador y no coautor, pero, de otra parte, si su contribución fáctica a la ejecución de la conducta es de mera colaboración, ayuda o complemento, esto es si no resulta esencial para la ejecución de la misma y su ausencia no desvertebra, no "hace venir abajo" la realización de la conducta, responderá como cómplice. Otra idea que se suele invocar como criterio delimitador del dominio del hecho, es la de "*poder interrumpir los cursos causales*" (Roxin, p. 322), en la que se cree ver un criterio sólido para establecer quién es el que *domina* el suceso y en consecuencia debe ser considerado autor.

No obstante, si se miran con detenimiento estos criterios, pronto se verá que, de una parte permanecen aferrados al anclaje ontologicista que pretenden superar, toda vez que ideas como *aporte en la fase ejecutiva* o *interrupción de cursos causales* hacen referencia, necesariamente, a conceptos naturalistas, porque de lo contrario no habría manera de determinarlos en el caso concreto. Pero, de otro lado, los mismos son en realidad indemostrables en la práctica. ¿Cómo se establece cuando es *esencial* un aporte en una actuación colectiva?, si se mira esto desde la perspectiva puramente naturalista se tendría que concluir, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, que todos los aportes causales serían equivalentes (Reyes Alvarado, 2007, pp. 97-117). Pero si se mira, está de acuerdo con criterios formal-objetivos, las cosas no son mejores, ello podría conducir a que el aporte del determinador, o de cualquiera otra persona que haga un aporte en una etapa previa a la fase ejecutiva del delito, que no tendría dominio del hecho, sea en rigor,

<sup>7</sup> Paradigmáticas de esta tendencia las obras de Diethart Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo A. Sancinetti, 1990, también, Marcelo Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*. 1991.

más determinante y en consecuencia más *esencial* que el de los mismos ejecutores, pero no podría ser imputable como autoría por carecer de la relevancia típica que exigen estas teorías (Jakobs, pp. 453 y ss).

De otro lado, nada obsta para que, desde el punto de vista puramente ontológico-cuantitativo una persona ajena a la conducta delictiva coloque un aporte de mayor entidad y en consecuencia *esencial* a la realización del hecho y sin embargo no pueda ser objeto de imputación por ser ajena a la infracción de la norma penal. Igual es probable que alguien completamente ajeno a la ilicitud, sea quien en la práctica tenga bajo su control la posibilidad de interrumpir los cursos causales, con lo cual tendría *dominio del hecho* sin que igualmente por esta razón se le pueda imputar la calidad de *autor* o *coautor* del delito (Reyes Alvarado, 2007).

Así las cosas, se hace evidente que el concepto de dominio del hecho resulta bastante insuficiente a la hora de determinar el fundamento de la responsabilidad penal en fenómenos como los delitos de las organizaciones criminales, los delitos corporativos y los transnacionales (Silva Sánchez, 1991, pp. 31-80 y 1992; Schünemann, Silva Sánchez, 1992; Schünemann, 1991, pp. 31-80). Si se mira bien la idea de *dominio funcional del hecho*, se hace evidente que lo que se entiende por ella, no es en rigor un *dominio del hecho*, pues, resulta claro que lo que vincula a los distintos intervenientes que, como *coautores* ejecutan el delito no es una relación de *domino* respecto de un *hecho* constitutivo del delito, sino la mancomunada voluntad de realizar una determinada acción que al ser valorada conjuntamente infringe determinadas normas penales.

Entonces lo que resulta decisivo para la relevancia penal de la conducta de quienes intervienen conjuntamente en la realización del delito, no son, ni los aportes causales de cada uno de ellos, ni la etapa en la cual se hagan esos aportes, ni mucho

menos la relación fáctica entre éstos y el suceso causalmente considerado, sino el significado social del comportamiento conjunto de todos los intervenientes, mirado como un todo y referido igualmente en su conjunto a las normas jurídicas que lo regulan.

De todo ello pretende dar cuenta la concepción dogmática del delito elaborada por Jakobs (Grosso García, 2001, pp. 67-71), quién se propone una reconstrucción de toda la sistemática de la teoría del delito a partir del concepto de *norma penal* al cual le atribuye un contenido material y una función social específica determinada por la vigencia contrafáctica de las expectativas contenidas en ella. En este contexto, el derecho, no regula las relaciones del hombre con la realidad sino las relaciones del hombre con la sociedad, en consecuencia, el delito es concebido básicamente como una *antinormatividad*. Si la sociedad se regula a partir de la expectativa de acatamiento de las normas por parte de sus miembros, el delito es una *forma particular de defraudación de esa expectativa*, es el quebrantamiento de determinadas normas, llevado a cabo de una determinada manera, previamente definida por la ley (tipo penal), es un desconocimiento y un desafío a las expectativas contenidas en la norma quebrantada.

Desde esta perspectiva, el delito no se configura como una realidad fenomenológica en sí misma ni su existencia se define a partir de características ontológicas. El delito es ante todo una actitud del autor frente a la norma, que es desvalorada por el derecho; lo que hace que una determinada conducta se des valore como delito, es que ella constituya un desafío a los valores básicos de existencia y conservación de la sociedad, amparados por la norma quebrantada. Por tal razón, la tarea del derecho penal, no es la constatación empírica de la ocurrencia de un fenómeno dañoso para un bien jurídico, sino la *imputación jurídica* de la infracción de una norma a alguien y la *imputación* de responsabilidad por esa infracción.

La normativización del derecho penal y del delito, implica una redefinición normativa de todos y cada uno de los elementos constitutivos del mismo. Ya el concepto mismo de acción se redefine normativamente como *infracción imputable de una norma*. La relación entre la acción y la tipicidad no es de sujeto y predicado, sino de *imputación jurídica*; la acción debe ser *imputable* al tipo penal (Jakobs, pp. 199 y ss). Por su parte la antijuridicidad en cuanto expresión de la antinormatividad penal, se integra en el tipo para constituir el injusto: el delito es, primariamente, *injusto penal* y sólo puede serlo si es *injusto típico*. De esta manera, para poder predicar la existencia de un injusto típico se hace necesario que se pueda *imputar objetivamente* la realización de la acción, al tipo penal. A esta categoría se la denomina *imputación objetiva* y se integra por la constatación de la infracción objetiva de la norma por parte del autor mediante la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* (Reyes Alvarado, 1994, pp.108 y ss), que se concreta en la *realización de ese riesgo* en un resultado jurídico.

El segundo nivel del delito lo constituye la *imputación personal*, o imputación de responsabilidad penal por el hecho antijurídico<sup>8</sup>. En este nivel se agrupan los presupuestos necesarios para poder endilgarle responsabilidad al autor por el quebrantamiento de la norma. Esta categoría, si bien es esencialmente normativa como lo es la de la imputación objetiva, incorpora los aspectos subjetivos, es decir que examina las posibilidades de actuar que tuvo el autor en el caso concreto y su decisión de voluntad orientada por el conocimiento de la norma y esa libertad.

Dentro de esta visión, se hace evidente que los criterios con los que la teoría del dominio del hecho pretende delimitar la coautoría y diferenciarla de otras posibles formas de intervención delictiva son por completo inadecuados, toda vez que si es que

esta distinción es posible, se debe hacer a partir de criterios normativos y no causales. En este punto resulta trascendental la idea de *actuación conjunta*, con la que Jakobs sustenta la imputación en los eventos de intervención múltiple de personas en la creación de un riesgo desaprobado (Jakobs, pp. 745 y ss). Según este autor, en las actuaciones colectivas, lo decisivo a la hora de determinar la relevancia típica del comportamiento, es la *división del trabajo vinculante*, en virtud de la cual, quién interviene en el hecho, vinculado funcionalmente por esta "división del trabajo" con los demás intervenientes, en realidad toma parte de una actuación colectiva que, jurídicamente le compete en su totalidad a cada uno de los que intervienen, sin importar la entidad ontológica del aporte.

Y lo anterior, por cuanto, lo que resulta relevante para efectos de la imputación penal no es el aporte causal, sino el significado social de la aportación, es decir, el carácter delictivo de su intervención, en cuanto es éste el que le da sentido a la acción, en la medida en que, de mirarse en forma individual el aporte de cada uno de los intervenientes, éste podría resultar penalmente indiferente, inocuo o en todo caso no tener la entidad que adquiere al formar parte de la actuación conjunta, que, al sumarse a las demás le da el sentido de un comportamiento delictivo determinado. Con base en esta idea, recientemente el profesor Reyes Alvarado ha desarrollado el concepto de *acción colectiva* que define como la conjunción de acciones individuales que, valoradas en su conjunto comportan una sola unidad de sentido que es la que adquiere significado social (Reyes, 1994).

Según este autor, si se tiene en cuenta que lo que la sociedad valora o disvalora es la actuación en conjunto y no los aportes aislados de cada uno de los intervenientes, no hay razón para que el derecho penal no haga lo mismo, independientemente de que, ontológicamente, la acción conjunta no exista como tal y sólo existan aportes causales individuales, en la medida en que es la primera

<sup>8</sup> Jakobs distingue la imputación del tipo subjetivo de la culpabilidad como dos categorías sustancialmente distintas; Cfr., *Derecho penal...*; ed., cit., pp. 308-4126 y 565-620.

y no los segundos, la que en rigor crea el riesgo jurídicamente desaprobado con relevancia penal. Por su parte, el juicio de imputación jurídica del resultado no sería diferente, al de las acciones individuales. Lo que se debe examinar es si los aportes de los intervenientes estaban dirigidos a la producción del resultado típico que efectivamente se actualiza, es decir, si de manera previsible y evitable los que intervienen en la acción colectiva dirigieron su conducta a la infracción de una determinada norma penal y al hacerlo, produjeron efectivamente esa infracción con la afectación del bien jurídico tutelada por ella.

Esto quiere decir que, si la acción aportada por uno de los intervenientes no aporta nada a la producción del resultado típico, aún cuando se impute su contribución como creadora del riesgo, no podría serlo en cambio como realizadora del mismo, por cuanto es necesario que ambos niveles de imputación concurran en el interveniente individual de la acción colectiva. Desde luego, esto último tampoco se debe examinar en términos ontológicos sino valorativos. Esto quiere decir que para la imputación del resultado colectivo al aporte individual del interveniente, se hace necesario que el mismo tenga una relación directa con la efectiva producción del resultado, por cuanto los demás intervenientes contaban con él, independientemente de si en la práctica esa contribución se produjera o no efectivamente; "los demás deben ver en las aportaciones ajenas un complemento de la propia actividad (Gutiérrez Rodríguez, p. 135).

Con un ejemplo: si en un asalto con armas de fuego, uno de los intervenientes se limita a llevar consigo municiones de recarga para el evento de que se les acabe la munición a los asaltantes, a este interveniente se le imputará igual el resultado si efectivamente sus municiones son utilizadas como si no lo son, por cuanto, de todas maneras los demás contaron con él todo el tiempo en que se ejecutó la acción y él tuvo la munición a su

disposición hasta el estadio de la ejecución del resultado (Reyes Alvarado, 1994). Esto de la misma manera que, para usar el ejemplo del profesor Reyes Alvarado, el jugador de fútbol que permanece en la banca durante el partido, es por igual miembro del equipo y en consecuencia los goles del equipo se le imputan también como suyos haya jugado o no, igual celebra como suyos los goles anotados en el segundo tiempo, el jugador que sólo jugó durante el primer tiempo (Reyes Alvarado, 1994).

Esto no es nada distinto que lo que Roxin denomina, la "*dependencia recíproca*" que debe existir entre la conducta de cada uno de los coautores y se encuentra determinada o condicionada por la conducta de los demás, "Los coautores se encuentran en una relación de dependencia recíproca y por ello es preciso que actúen de modo acordado" (Roxin, p. 285), sólo que, fundamentado normativa y no ontológicamente. Es evidente que, aún en el evento de que existiera la sola representación mental individual de cada uno de los intervenientes, respecto de la probabilidad de que el resultado se produzca y que su no producción se libre al azar, no constituye un acuerdo común como el que exige la coautoría. Para que exista la coautoría se requiere que haya una "**voluntad incondicional de realizar la conducta típica**" y que esa voluntad incondicional, se manifieste entre los coasociados, es decir, que cada uno de ellos obre dentro de una "cooperación consciente y querida" de ejecutar mancomunadamente la conducta típica por todos y cada uno de ellos, es decir, que todos y cada uno de ellos tomen parte en la configuración de la conducta típica, contando con que todos y cada uno de los demás quieren y son conscientes de que están llevando a cabo la misma acción.

Pero esto sin que necesariamente se tenga que verificar en el plano fáctico ese aporte, ni que ese aporte se tenga que dar en una fase determinada de la organización de la conducta colectiva, por cuanto, ello no es cosa distinta que volver a caer

en el ontologicismo, sólo que disfrazándolo con un criterio normativo que a la postre no lo es. En esto es en lo que radica la diferencia esencial entre el planteamiento de la teoría del dominio del hecho, de clara estirpe ontologicista y el concepto de *acción colectiva* elaborado por el normativismo a partir de la idea de infracción del rol social. En efecto, lo que en realidad pretende Roxin, es mantener las diferencias construidas por la de la teoría formal objetiva, a las que considera políticamente criminalmente correctas, pero al hacerlo, introduce criterios puramente ontológicos que terminan por retornar a los viejos problemas de aquella teoría, por cuanto la doctrina ya ensayó y comprobó que con criterios ontológicos tiene necesariamente que llegar a un criterio unitario de autor, bien sea por la vía de los criterios objetivos, en la medida en que, causalmente todos los aportes son equivalentes, o bien sea por la vía de los criterios subjetivos, que en últimas remitirán siempre al dolo del autor<sup>9</sup>.

Más consecuente, el normativismo pretende un único criterio de imputación de responsabilidad para el autor a partir de la infracción del rol social, la cual se puede producir en organizaciones conjuntas en las cuales, con infracción del rol, cada uno de los intervenientes, aporta algo significativo y determinante para la ejecución de la conducta generadora de riesgo que se concreta en el resultado típico. Esta postura ha sido duramente criticada recientemente por Bernd Schünemann, para quién la posición de Jakobs es una franca negación de la realidad que pretende deshacerse de las categorías ontológicas, sólidamente ancladas en doctrina para suplantarlas por criterios normativos de significado que carecen por completo de anclaje con el dato de realidad (Schünemann, pp. 17 y 18).

Esta crítica no es acertada, en primer lugar porque no es cierto que la teoría normativista no tenga

anclaje en la realidad. Por el contrario, la teoría se construye desde la realidad, sólo que no la explica en términos ontológicos sino social-significativos, y ello por la elemental razón de que las realidades sociales no son *ontológicas* sino valorativas, como el propio Roxin termina por reconocer. De otra parte, la crítica de Schünemann deja de lado la consideración al segundo nivel de imputación, esto es al de la *realización del riesgo* en el cual, la determinación de la imputación del resultado, no se limita exclusivamente a los criterios normativos de infracción del rol, sino que remiten en el caso concreto al resultado efectivamente producido, que implica, necesariamente la infracción de una norma penal y que el bien jurídico tutelado se haya puesto por lo menos en un peligro concreto, con lo cual claramente se está haciendo referencia a criterios anclados en la *realidad* (Reyes Alvarado, 1994).

Finalmente, tampoco es cierto que la teoría normativista conduzca necesariamente a un concepto unitario y extensivo de autor. Lo que hace es definir un *único criterio* para delimitar las formas de intervención en el delito, pero dentro de este criterio se conserva por un lado el principio de *accesoriedad* y por el otro se puede perfectamente diferenciar el autor del partícipe, sólo que esta accesoriedad, se refiere es a la relación del acto individual frente al acto colectivo y no respecto de la conducta de un autor frente a los demás y la diferenciación entre autor y partícipe no es *cualitativa* sino *cuantitativa*, esto es que es el fruto de la eventual gradualidad que existe en las diferentes intervenciones delictivas y que le permite al juez en el caso concreto diferenciar la pena a imponer, según el *grado* de intervención en la realización delictiva.

Y esto tiene que ser así, porque de lo contrario, no estaríamos elaborando *una teoría de la autoría* como criterio general de imputación de las formas de intervención en el delito, sino un plus de tópicos aplicables a cada situación particular, que no determinaría unos criterios claros de imputación, sino que dejaría la aplicación de cada uno de ellos

<sup>9</sup> Para un examen detallado de esta problemática, Cfr. Jakobs, pp. 734 y ss.

a las necesidades prácticas que cada caso plantea, como creemos pasa con la teoría del dominio del hecho de Roxin, que termina por establecer un criterio distinto para imputar la autoría en los delitos que se ejecutan de propia mano (dominio material del hecho); otra para la autoría mediata (dominio de la voluntad); otra para la coautoría (dominio funcional); otra más para los delitos de las organizaciones criminales (dominio de un aparato de poder); una más para la participación (intervención sin dominio del hecho?) y otra para los delitos de infracción del deber (que prescinde de lo ontológico y es puramente normativa!).

## CONCLUSIONES

La breve mirada de conjunto de lo que ha sido la evolución doctrinal y jurisprudencial en materia de coautoría, pone de presente la necesidad de adoptar un sistema definido a la hora de interpretar y aplicar esta figura a la solución de los casos concretos, so pena de caer en lo que Bernd Schünemann ha denominado justicia de cadi<sup>10</sup>. Examinados los diferentes sistemas que se han ocupado de la solución de los problemas prácticos de la coautoría, se observa que aquellos intentos por establecer unas diferencias tajantes entre autores y partícipes, terminan por fracasar cuando son remitidos a criterios ontológicos, ora objetivos ora subjetivos, por cuanto es evidente que desde la primera perspectiva no hay posibilidad alguna de distinguir, en la medida en que, por tratarse justamente de fenómenos naturales, que son neutros al valor, todos tienen que ser considerados como equivalentes, con lo cual se cae en un concepto extensivo. Por su parte las teorías subjetivas, al dejar la diferenciación en manos del dolo del autor

o los elementos subjetivos del tipo, termina por conducir o bien a un nuevo concepto extensivo o a graves yerros de justicia material. Por último, la teoría del dominio del hecho, que pretende superar las deficiencias de la teoría formal objetiva, a partir de una fundamentación valorativa de autor, termina por fracasar al pretender establecer diferenciaciones a partir de criterios ontológicos, que no sólo enrarecen de tal manera el sistema hasta hacerlo saltar, sino que terminan por convertir el dominio del hecho en un concepto tautológico.

La teoría normativista elaborada a partir de la idea de infracción del rol social, como un criterio único común para determinar quién interviene en un delito y quién no y el criterio de realización del riesgo en el resultado, como segundo nivel de imputación que permite diferenciar el grado del aporte al hecho principal que se concreta en el resultado, es sin lugar a dudas más coherente y permite mayor claridad a la hora de comprender los fenómenos de la intervención criminal conduciendo a soluciones más confiables. Si se piensa como Gimbernat, que la utilidad práctica de la dogmática es dotar de seguridad jurídica y justicia material los fallos judiciales, suministrándole criterios seguros y calculables de interpretación de la ley penal (Gimbernat Ordeig, 1999, pp. 36 y ss), no cabe duda que la teoría normativista lo hace mejor que todas las que la anteceden y que establece el horizonte dentro del cual se debería orientar el desarrollo científico doctrinal y legislativo del futuro.

## REFERENCIAS

Díaz, M. & García Conledo. (1991). *La autoría en el derecho penal*. Barcelona: PPU.

Fernández Carrasquilla. (1986). *Derecho penal fundamental*, T. II. Bogotá: Temis.

García del Blanco, V. (2006). *La coautoría en el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

<sup>10</sup> "la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto, produciendo altamente tan solo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de cadi sin verdadero fundamento científico-jurídico". Cfr. Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia Jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Mellá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 52 y ss.

- Gimbernat Ordeig, E. (1966). *Autor cómplice en derecho penal*. Madrid: Editorial Universidad de Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- Gómez Rivero, M.C. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grosso García, M.S. (2001). *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Gutiérrez Rodríguez, M. (2001). *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández Esquivel, A. (2004, enero-junio) La coautoría. En *Derecho Penal y Criminología*, 75, 97-110. Memorias de las XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Autoría y Participación.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. (Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Ed. Marcial Pons.
- López Peregrin, M.C. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maurach/Gössel/Zipf. (1994). *Derecho penal, parte general*. T. II. (Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson). Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Mezger, E. (1946). Tratado de derecho penal. (Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). *Revista de Derecho Privado*. T. II, pp. 278 y ss. Madrid.
- Mir Puig, S. (2001). *Derecho penal, parte general*. (6ª ed.). Barcelona: Ed. PPU.
- Peñaranda Ramos, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Reyes Alvarado, Y. (2007). Intervención delictiva e imputación objetiva. En *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 60, 97-117. Madrid: Ministerio de Justicia y de la Presidencia de la República.
- Reyes Echandía. *Tipicidad*. pp. 2175-176.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (Trad. 6ª ed. alemana, por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Salazar Marín, M. (1992). *Autor y partícipe en el injusto penal*. Bogotá: Temis.
- Sancinetti, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial.
- Schünemann, B. (1992). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. (Trad. Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*). Barcelona: Ed. Bosch.
- Schünemann, B. (2004, enero-junio). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. En *Derecho Penal y Criminología*, 75, 13-26.
- Silva Sánchez, J.M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Soler, S. (1967). *Derecho penal argentino*. T. II. Buenos Aires: Tea.
- Urbano Martínez, J.J. (2004, enero-junio). "Autoría y participación, balance jurisprudencial". En *Derecho Penal y Criminología*, 75, 197 y ss.
- Velásquez V., F. (2007). *Manual de Derecho penal, parte general*. (3ª. ed.). Medellín: Comlibros.

Welzel. (1973). *Derecho Penal Alemán*. (Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

Zielinski, D. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. (Trad. Marcelo A. Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.