

LA COAUTORÍA: CONCEPTO Y REQUISITOS EN LA DOGMÁTICA PENAL*

Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D.**
Universidad Libre. Bogotá D.C.

RESUMEN

La coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, es necesario que sea además, esencial de lo contrario, estaríamos frente a la complicidad como forma de participación.

PALABRAS CLAVES

Participación. Autor. Concepto unitario. Instrumentalización. Fuerza. Coacción. Violencia física. Autoría inmediata. Punibilidad. Inducción. Autoría mediata. Intermediario.

ABSTRACT

The coautoría you pre books when you vary people of common agreement, they follow a plan, they participate in the executive phase of the realization of the type, dominating the fact among all. The coautoría supposes a division of the work, although it is not enough with which quier contributes inside that distribution of functions, it is necessary that it is also, essential otherwise, we would be in front of the complicity like participation form.

KEYWORDS

Participation. Author, Unitary concept, It forces, Coercion, physical violence, immediate responsibility, Punibilidad, Induction, Mediate responsibility, Middleman.

Fecha de recepción del artículo: 10 de mayo de 2007.

Fecha de aprobación del artículo: 24 de mayo de 2007.

* Este artículo forma parte de un avance de investigación "LA COAUTORÍA EN LA DOGMÁTICA PENAL COLOMBIANA Y SU RELACIÓN CON OTRAS FORMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN" en la Universidad Libre.

** Abogado de la Universidad Libre. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid-España. Especialista en Criminología –Instituto de Criminología U. Complutense de Madrid. Master en Estudios Políticos. Universidad Javeriana. Docente investigador Postgrados Universidad Libre. Docente investigador Universidad Militar Nueva Granada.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado “LA COAUTORÍA EN LA DOGMÁTICA PENAL COLOMBIANA Y SU RELACIÓN CON OTRAS FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN” que se adelanta en el centro de investigaciones de postgrado en la Universidad Libre.

La figura de la coautoría, no ha sido preocupación de un estudio serio en nuestro país, de hecho en nuestra literatura jurídica nacional no hay una obra de dedicación exclusiva a cerca del tema. Es decir, esta forma de coparticipación penal no ha sido objeto de divulgación ni de una investigación académica al respecto que nos permita clarificar el sentido del art. 29 del C.P., su desarrollo, alcance, regulación y sobre todo que explique qué soluciones pretendió alcanzar el legislador con tal figura.

La importancia del tema está dada en cuanto pretendemos divulgar la necesidad que los jueces, abogados y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas que procedan fundamentándola con un criterio dogmático, evitando de esta manera la impunidad que genera los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos y que frente a una falta de precisión de concepto los más responsables, los jefes de bandas delincuenciales terminan siendo sancionados apenas como simples cómplices con penas irrisorias, o al contrario una simple participación convertida en coautoría aplicando penas desproporcionadas a lo realizado por partícipe.

PROBLEMA A INVESTIGAR

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del art. 29 del Código Penal que trata la figura de la coautoría, buscando su genuino alcance de la norma, correlacionándola e integrándola a las demás disposiciones sancionatorias buscando desentrañar las valoraciones políticas y sociales en que esas normas descansan o se inspiró el legislador al regular como lo hizo las formas de autoría y participación. Por lo anterior cabe preguntar: cómo debe interpretarse la figura de la coautoría en el CP vigente? Si el CP define sólo la coautoría impropia cómo deben entenderse la demás formas de autoría? Cúal es la teoría dominante que explica la existencia dogmática de la coautoría como forma de coparticipación? Cómo ha venido la jurisprudencia de las altas corte interpretando la figura de la coautoría? Cúal es la teoría dominante en Colombia y cúal es su fundamento? Qué elementos esenciales nos permiten diferenciar la coautoría de otras formas de participación, como la complicidad necesaria donde también hay acuerdo previo? Cúal ha sido el desarrollo jurisprudencial de concepto previo para definir la coautoría en España?. La respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría con fines prácticos.

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la

legislación y doctrina española, que pretende explicar desde el punto de vista dogmático penal el origen de la necesidad que el legislador colombiano tuvo en mente para vincular al derecho positivo el inciso 2º del art. 29 CP, consultando los antecedentes doctrinarios, legislativos, el derecho positivo extranjero.

Se busca también, con el sistema metodológico adoptado el análisis de las otras formas de autoría y participación frente a la figura del coautor; el examen por grupos y casos concretos, de los tipos delictivos cuya estructura admite la figura de la coautoría en el sentido del derecho penal.

RESULTADOS

1. Coautoría y participación

Las formas de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídico-penal, para responder en concepto de autor, no se agotan con la realización de la conducta típica de forma individual y de propia mano (autoría inmediata como dominio de la acción), ni con la realización del tipo penal a través de otra persona que actúa como instrumento, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del hombre de atrás (autoría mediata como dominio de la voluntad)¹. En el campo empírico de las formas de intervención cri-

iminal se sitúa un amplio ámbito de actuación delictiva, donde el comportamiento humano se estructura de forma diferente para cometer el hecho en concepto de autor: cuando la conducta típica se realiza conjuntamente por varias personas, ya sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio funcional del hecho).

En esta última forma de estructurar el comportamiento humano, cuando intervienen varias personas en el proceso de actuación delictiva, se plantea el problema de dilucidar si todos los participantes en dicho proceso deben responder criminalmente de forma independiente por la realización de un hecho injusto propio (coautoría) o bien de forma dependiente por la contribución a un hecho injusto ajeno (participación)². La diferencia entre ambas formas de intervención criminal no es cuantitativa, sino cualitativa, en cuanto que la autoría supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación accesoria para que otro (autor) realice el tipo penal (hecho injusto ajeno).

Hay que establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la coautoría y la participación, siendo conscientes de que sus límites no

¹ Márquez, Álvaro E. *Autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización*. Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2003. pág. 56.

² Nos referimos a las formas de participación criminal que trae el CP. Inducción y complicidad en sus dos grados primaria y secundaria. El primero de los grados es lo que se conoce en CP español, como “la cooperación necesaria”.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

son precisos, ya que este campo empírico está demasiado abierto y, por ello, se producen constantes y fluidas transiciones entre ambos tipos de intervención criminal. A diferencia de la autoría mediata, en donde es posible operar con grupos de casos bastante definidos y en donde, por regla general, solo intervienen dos personas, en el ámbito de la coautoría y la participación la dificultad es mayor por la propia naturaleza de las cosas, es decir, porque no se parte de un campo suficientemente estructurado y delimitado. Aquí, donde pueden actuar un número indeterminado de personas, el número de constelaciones imaginables es bastante inabarcable por la variedad de las propias situaciones vitales jurídico-penalmente relevantes. No es posible, por ello, pensar en un análisis de esta materia a superar mediante la orientación en grupos de casos, ni establecer presupuestos demasiado rígidos, pues, al carecer de una estructuración nítidamente preestablecida, se violaría la variedad de la vida. Pero, la inexistencia de unos límites precisos dados de antemano no es ningún impedimento para establecer los principios directrices, dado que la materia obliga a la inclusión de regulativos, a partir de los cuales se pueda llevar a cabo una delimitación correcta de los casos individuales. Por todo ello, no cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye el principal y más complejo problema en la teoría de la codelincuencia³.

2. Concepto de coautoría en la doctrina del derecho comparado

El profesor Jacobo López Barja de Quiroga⁴ explica que la coautoría es el dominio funcional del hecho, y se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos.- La Coautoría estará delimitada en función de la concepción que se mantenga sobre la autoría. Será distinta desde una óptica subjetiva que desde una óptica objetiva (formal o material).- Es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente este común acuerdo será lo que engarce, unas aportaciones a otras y les de un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Ejemplo: A apunta con la pistola mientras B toma el dinero de la caja. El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado «antes» de la ejecución o «durante» la ejecución (que se denomina «coautoría sucesiva»). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en «escena».

Francisco Muñoz Conde⁵ define la coautoría como la realización conjunta de un delito por varias

³ Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. pág. 45.

⁴ López Barja de Quiroga, Jacobo. Derecho penal - parte general - Tomo II. Edición - Lima - Editorial Gaceta Jurídica. 2004. pag. 47

personas que colaboran conscientemente y voluntariamente. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que por definición, no sucede en la conspiración.

Santiago Mir Puig⁴ define que los coautores son los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho (en la doctrina alemana por todos). Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro.

El profesor Gonzalo Quintero Olivares⁵ en atención a la coautoría asigna la terminología de “Coejecución” en la cual es posible de que más de una persona puede intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho que se describe como realización conjunta, que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho y así lo recoge y declara el artículo 28 Código Penal Español. Así mismo los autores Carlos Juárez, Niza Rodríguez y Angel Jureo en su Manual de derecho penal, Parte General asumen la definición de la coautoría de con-

formidad al artículo glosado como “realización conjunta del hecho”, viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que venía incluyendo en el concepto de autoría, a través del acuerdo previo, a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas pero ajenas al núcleo del tipo.

Hans Welzel⁶ nos dice que la coautoría es autoría, su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito. La coautoría es una forma independiente de autoría y se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito: por eso también responde por el delito. La coautoría es, subjetivamente, comunidad de ánimo; y objetivamente, división de tareas de importancia de los aportes. En ella el dominio del hecho es, como dice Wessels, funcional, mediante la distribución de los aportes acordados. El dominio del hecho injusto no lo ejerce sólo uno, sino todos, mediante una realización mancomunada y recíproca. Entre

⁵ Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal-parte general- edición 5ta.-valencia-editorial tirant blanch. 2002.

⁶ Mir Puig.Santiago. Derecho penal-parte general- edición 5ta-Barcelona. Editorial tefoto s.l. 1998.

⁷ Gonzalo Quintero Olivares. Manual de derecho penal - parte general. Edición 3ra.--editorial arazadi s.a. 2003.

⁸ WELZEL, HANS. Derecho penal - parte general-edición1 11º-Bonn. 1969.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

ellos los coautores, por acuerdo, dominan en parte y en todo, funcional e instrumentalmente, la realización del injusto, siempre que el hecho de cada uno constituya contribución de importancia.

Enrique Bacigalupo define a los coautores a los que toman parte en la ejecución del delito codominado el hecho. Como ya se dijo, el derecho vigente argentino, colombiano, español, mexicano y venezolano no da una regla expresa sobre la coautoría. La Coautoría no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal expreso, pues está –como la autoría mediata– implícita en la noción del autor. Una disposición expresa sobre la coautoría es, desde el punto de vista de la técnica legislativa innecesaria.

La coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, es necesario que sea además, esencial de lo contrario, estaríamos frente a la complicidad como forma de participación. Así, de forma genérica y como punto de referencia, podría decirse que «coautor es el que, como autor inmediato o mediato, realiza el hecho punible conjuntamente con otros autores»⁹. A diferencia de la participación que supone la cooperación en un hecho ajeno,

cuando varias personas intervienen en la realización del tipo en concepto de coautores, llevan a cabo un hecho propio (común) del que responderán de forma independiente. Por ello, en la coautoría no rige el principio de accesoriedad, básico en la participación, sino el principio de imputación recíproca de esfuerzos y contribuciones. Con ello se quiere indicar que cada intervención se hace extensiva a los demás para que todos puedan ser considerados como autores del hecho colectivo, es decir, porque sólo de esta forma se puede alcanzar el plan delictivo común del que cada uno responde de forma independiente¹⁰.

Como explica el profesor López Barja, el concepto restrictivo de coautoría se define comúnmente como la realización conjunta del tipo penal en base a una decisión común, mediante la cual se vinculan los aportes de varias personas que actúan en división del trabajo conforme a un plan global. Si el concepto restrictivo de autor está vinculado al tipo, la coautoría como forma de autoría también se define por el principio de referencia al tipo: como coautores sólo pueden responder quienes hayan co-realizado el tipo penal, como viene a reconocer el propio art. 29 inciso segundo del CP colombiano. En este principio reside el fundamento del castigo de los coautores, con la particularidad de que la conducta típica, que ha sido prohibida o mandada por considerarse peligro-

⁹ Rodríguez Mourullo, G. El autor mediato en Derecho Penal español. Revista ADPCP, Madrid, 1969. pág. 12.

¹⁰ López Barja de Quiroga. Autoría y Participación. Madrid. Ed. Akal. 1996. pág. 33.

sa o lesiva para un bien jurídico, se realiza de forma conjunta y consciente por varias personas, a las que les pertenece y comparten la realización del tipo. Todo ello supone que los elementos configuradores de la coautoría, como la autoría en general, pertenecen al tipo, de tal forma que la coautoría se muestra como una síntesis indisoluble de momentos objetivos y subjetivos, que no aparecen yuxtapuestos, sino integrados en el tipo penal, otorgándole su verdadera dimensión¹¹.

3. La coautoría en relación con la teoría del dominio del hecho

Si hacemos un recorrido retrospectivo, observamos como la doctrina en su búsqueda por explicar fundamental y delimitar el concepto de la autoría, ha pasado por teorías subjetivas que surgen ante el fracaso de las teorías objetivas y que dentro de estas últimas, la tesis formal-objetiva fue la consecuencia del fracaso de la material-objetiva¹².

En el planteamiento general la primera dificultad surge entre la

autoría y la problemática de la causalidad, que es muy evidente y, por otra parte, absolutamente inevitable.

En primer lugar se quiso delimitar la relevancia de la causalidad en el plano físico, prescindiendo de cualquier dato subjetivo y jurídico; luego, se entendió que sólo era posible limitar la relevancia penal de la causalidad en el plano de la tipicidad y, por último, se pretendió que la culpabilidad operaba como correctivo. En la delimitación de la autoría los pasos fueron parecidos: primero se quiso delimitar el concepto de autor en un plano físico (teorías material-objetivas), luego se apeló al tipo considerada en su mera objetividad (teorías formal-objetivas) y, por último, se acudió al *ánimus*, que es una innovación de la culpabilidad en el nivel de la tipicidad. La estrechez de la objetividad típica aislada y la insuficiencia de la apelación al uso del lenguaje, hicieron naufragar la tesis formal. Ante esta situación de aparente sin salida comenzó a superarse con la aparición de la doctrina del dominio del hecho que es la que predomina en la doctrina dominante¹³ y en la jurisprudencia¹⁴.

¹¹ Pérez Alonso, Esteban. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho Penal. Ed. Comares. Madrid, 1998, pág. 118.

¹² Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986. Pág. 320.

¹³ Welzel. Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12a ed. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Chile. 1969. Pág. 125. Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por Córdoba Roda. Barcelona, 1962. Pág. 628. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones al derecho español por Mir Puig y Muñoz C., Volumen segundo. Barcelona, Bosch. Pág. 529. Roxin, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburg, 1963, y, 2a ed, Hamburg 1967. Bockelmann, Paul. Relaciones entre autoría y participación. Buenos Aires. Traducido por Carlos Fontán, 1960.

¹⁴ Resulta interesante tener en cuenta los avances de la Jurisprudencia del Tribunal supremo, en cuanto a la solución, aceptación y aplicación de la problemática de la figura de la autoría mediata, especialmente su aceptación desde la óptica de la teoría del dominio del hecho. En

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

El desarrollo de la dogmática jurídica no podía quedarse en los planteamientos de causación o de ejecución. Pero sin desconocer totalmente estas formulaciones, surge otra teoría cuyo contenido entronca con el concepto de acción. Como afirma Gallas¹⁵, la distinción entre autoría y participación no hay que partir de principios penales que describen procesos causales, donde se determina una serie de responsables en atención a una relación de causalidad, sino que debe hacerse sobre la base de una unidad de sentido final-causal.

Lo importante en la nueva doctrina no es quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, sino quién domina la ejecución de esta. Lo difícil del nuevo criterio radica precisamente en el manejo del mismo, que de no fundamentarse adecuadamente puede llevar a equívocos no deseados, de manera que lleguen a convertirse los hechos de participación en hechos de autoría o viceversa¹⁶, como era una de las objeciones de las teorías subjetivas.

La teoría del dominio del hecho fue enunciada por Welzel en un trabajo de año 1939¹⁷ donde sien-

ta las bases de lo que sería, su teoría derivada de un concepto final de acción. Para este autor lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. “Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, de que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad, le pertenece específicamente como obra propia. En ello es indiferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si éste es la realización, con conciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho”¹⁸. Así, el criterio esencial del dominio del hecho para Welzel no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho.

este Sentido la STS de 24 de febrero de 1989 (No. A. 1656) M. P. Enrique Bacigalupo. Indica que la “jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando el criterio del dominio del hecho como un elemento conceptual que permite una adecuada distinción de la autoría. ...En este sentido se ha propuesto que el dominio del hecho no es un concepto descriptivo que permite resolver la cuestión de la autoría mediata una sencilla subsunción, sino un principio rector o criterio regulador que se debe concretar a la luz de las circunstancias de cada caso especial”.

Otras sentencias del TS donde se reconoce la valía y aplicación del criterio del dominio del hecho: 25 de abril de 1988 (Nº A. 2872) M. P. Enrique Bacigalupo; 10 de octubre de 1988 (Nº A. 7721) M. P. Montero Fernández-Cid; 20 de octubre de 1988 (Nº A. 8375) M. P. Bacigalupo; 28 de Enero de 1989 (R. A. 532) M. P. Manuel García; 21 de febrero de 1989 (Nº A. 1619) M. P. Bacigalupo.

¹⁵ Gallas, Wilhelm. *Beiträge zur Verbrechenslehre*. Berlín. 1968. Pág. 85.

¹⁶ Hernández Plasencia, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. 1996. Pág. 27.

¹⁷ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12ª. ed. 1969. 1939. Pág. 491 y ss.

¹⁸ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Cit. Pág. 538 y ss.

Para Welzel autor es sólo aquél que, “mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”¹⁹. Esto es en un argumento más concreto que “autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución, y por ello señor sobre ‘su’ hecho”²⁰. Sin embargo en el caso de la participación “el inductor sugiere el hecho ajeno y el cómplice lo apoya, pero el dominio final sobre él, el dominio sobre la decisión y su ejecución real, sólo lo tiene el autor”²¹, basado en un concepto personal del injusto. La complicidad consiste en la “ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho”²².

Como una diferencia frente a otros planteamientos, la teoría del dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto, donde el tipo y sus límites son decisivos para la determinación del concepto de autor. Esta teoría responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las acciones tal y como configura el legislador en los tipos penales.

De diversas maneras los autores han venido configurando la teoría del dominio del hecho:

Maurach²³ “dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico. El dominio del hecho lo tiene el cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar, correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”. Córdoba Roa que sigue de cerca a Maurach y defensor de la teoría del dominio del hecho como derivada del concepto finalista de acción, destaca la necesidad de circunscribir el ámbito de quienes son realmente autores de entre los que la ley considera tales. Tal circunscripción del ámbito de la autoría tiene lugar en un plano “óptico, prejurídico”, mediante una “averiguación del ámbito del concepto material de autor, derivado directamente del de acción”²⁴. En consecuencia sostiene “que si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho son autores, los que fuerzan o inducen tan sólo serán cuando la fuerza o la inducción alcance el grado de la autoría mediata”. Sobre estas formulaciones en primer lugar, se ha dicho que el poder de interrumpir no sólo lo tiene el autor sino en ciertos casos lo puede tener un partícipe. Ejemplo, el cómplice o inductor que arrepentido da cuenta a la policía para evitar la iniciación o terminación del hecho delictivo.

¹⁹ Welzel. Hans. Derecho Penal Alemán Cit. Pág. 99

²⁰ Welzel. Hans. Derecho... Cit. Pág. 98

²¹ Welzel. Hans. Derecho... Cit. Pág. 100.

²² Welzel. Hans. Derecho... Cit. Pág. 90

²³ Maurach, R. Derecho Penal. Parte General. Vol. 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7a edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, 1995. P

²⁴ Córdoba Roa. Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach. Tomo I y II, 1962. Pág. 315.

En segundo lugar, la delimitación de la autoría recurre a un doble criterio: realización de una característica del tipo y el objetivo dominio del acto. Aparece la autoría como un problema de acción y también sigue siendo un problema de tipo. Introduciendo un dualismo difícil de resolver. De modo que para delimitar quién es autor y quién partícipe es preciso atender a la acción, pero a la acción como realización del tipo, y al tipo, pero no en su simple dimensión descriptiva, sino como tipo de injusto. Del sentido que quepa atribuir al tipo y a su realización habrá, necesariamente, de extraer el criterio delimitador de la autoría. Y parece claro que el tipo y su realización no pueden entenderse en dos sentidos, uno formal y otro material²⁵.

Para Gallas²⁶ “la autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer al acontecimiento total como su hecho y el resultado como su obra”. Esta relación se presenta cuando el sujeto, mediante la colocación de los medios apropiados tiene el hecho “en sus manos, domina el proceso hasta el resultado, tanto si

el mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento”.

Jakobs²⁷ distingue entre el dominio del hecho formal (realización de la acción típica), el dominio del hecho material como dominio de la decisión (dominado el hecho mediante la decisión de si se realiza o no) y dominio del hecho material como dominio de la configuración. El dominio del hecho hace referencia al momento de la ejecución, pues, si la aportación se produce mientras se prepara el hecho estaríamos ante la participación.

Para Córdoba²⁸, Quintano²⁹ y Gimbernat³⁰ la teoría del dominio del hecho logra explicar y fundamentar la autoría mediata; Para Mir³¹, Bustos³² autor es el que tiene el poder sobre la realización del hecho que describe el tipo penal respectivo, para Benítez³³ teoría del dominio del hecho comprende el tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica; para López Barja³⁴, Muñoz Conde³⁵ es autor quien domina finalmente la realización del delito, esto es

²⁵ Vives Antón, T.- Libertad de prensa y Responsabilidad Criminal. Madrid, Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1977. Pág. 147.

²⁶ Gallas. Deutsche Beiträge, 1957. Pág. 65.

²⁷ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995. Pág. 605.

²⁸ Córdoba Roa, Juan. Notas al Tratado de Derecho Penal. Pág. 309.

²⁹ Quintano Ripolles, Antonio. Comentarios al Código Penal, Madrid, 2ª. Ed. 1963. Pág. 235.

³⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor...Cit., 1966. Pág. 127.

³¹ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Cit., Pág. 345. Plantea una versión en la teoría del dominio del hecho, de la pertenencia del hecho.

³² Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. 1989. Pág. 331.

³³ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., 1984. Pág. 420.

³⁴ López Barja de Quiroga, Jacobo. Autoría y participación. Madrid, Akal, 1996. Pág. 30 y ss.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1995. Pág. 451.

quien decide el sí y el cómo de su realización. Uno de los primeros defensores de esta teoría, primero en Argentina³⁶ luego en España³⁷ es el profesor Bacigalupo para él “autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de tal dominio”³⁸. Aclarando que junto al dominio del hecho entran en consideración como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría y los elementos objetivos (por ejemplo la calidad de funcionario).

4. Teoría del domino del hecho según el planteamiento de Roxin

Claus Roxin es el autor alemán que ha dado una exposición más

concreta de la teoría del dominio del hecho. Su obra fundamental es *Täterschaft und Tatherrschaft*³⁹, obra traducida al castellano con el título ‘Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal’ estudia la autoría en toda clase de delitos bajo dos principios:

4.1 El autor como figura central

Según Díaz y García⁴⁰, Roxin en su búsqueda por sintetizar los aspectos ontológicos y teleológicos en una formula concreta, llega a la conclusión que “el autor es la figura central del proceso de actuación”⁴¹, y esto es un principio rector que no constituye una descripción de la autoría en su contenido, sino sólo es un criterio formal de un punto de partida metodológico.

³⁶ - Bacigalupo, Enrique. *La Noción de Autor en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Abeló-Perrot, 1965. 45 y ss. ‘El concepto de dominio del acto, en efecto, ha sido expresado por autores que han partido de distintos conceptos de acción y en consecuencia no hay completa coincidencia en las determinaciones de aquél. Mientras los autores finalistas conciben el dominio del acto como una característica objetiva para los representantes de la teoría causal, ésta debe ser una característica subjetiva que a la vez permita ceñir el concepto de autor y separarlo del de partícipes’.

³⁷ Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. Pág. 215.

³⁸ Bacigalupo, Enrique. *Principios...* Cit., Pág. 211.

³⁹ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*. traducida por Joaquín Cuello y Luis Serrano. Marcial Pons, Madrid, 1998. Quien mejor ha desarrollado el concepto finalista de autor, logrando ofrecer una fuerte crítica a las teorías subjetivas de la autoría que durante muchos años venía manteniéndose en Alemania.

⁴⁰ Díaz y García Conlledo, Miguel. *La Autoría...* Cit., Pág. 583. Criticando este principio sostiene que la idea de la ‘figura central no sirve como punto de partida, ni siquiera como punto de parte metodológico muy general que hay que concretar. Más bien me parece que el punto de partida correcto es otro: determinar qué concepto de autor recoge la ley, sino uno unitario o uno restrictivo y, cuando ello no sea claro, cuál es el más conveniente, con ello habremos descubierto por qué la ley 8 o la interpretación de la ley en este sentido, cuando quepan varias sigue un concepto restrictivo de autor; en mi opinión ello se debe a que se valora el concepto restrictivo de autor como algo que permite un mejor recorte de lo típico y produce seguridad jurídica (ventajas con carácter constitucional); desde esta premisa, que debe ser el eje central, la idea rectora, el principio general que guíe la búsqueda de criterios diferenciadores de la autoría y la participación, ya quizá sí podremos afirmar que autor es la figura central de la descripción típica, aquel a quien se dirige directamente la prohibición o mandato contenido en la norma penal primario de los tipos de la parte especial’.

⁴¹ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*. Cit. Pág. 25.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

Desde un punto de vista prejurídico, el concepto de figura central significa acudir a una representación plástica existente en la conciencia colectiva, en donde el autor directo, autor mediato y el coautor son la figura central del acontecimiento; el inductor y el cómplice están al margen de los principales. “...si es que se puede hablar de algún modo de una esencia de la participación preexistente, ésta consiste en este apoyo de partícipe en la figura central del autor”⁴².

Este principio, responde a una consideración valorativa y ontológica de las formas de intervención en el delito, que pretende delimitar el lugar del que ocupan el autor directo, mediato y el coautor en relación con los partícipes. En relación con el autor-partícipe, es claro que el autor es la figura central del acontecimiento punible. Pero con respecto de los casos del autor mediato, la situación cambia, pues este no deriva su posición como figura central del acontecimiento típico, es precisamente del instrumento de que se sirve este autor que ejecuta el hecho y frente a la conciencia colectiva es el responsable de la actuación.

En consecuencia, dada la instrumentalización que vincula al sujeto de atrás con el instrumento, no podemos atribuirle a ambos la condición de figuras centrales de los delitos, si se parte del criterio material del dominio del hecho, porque aunque los dos sujetos dominen el

hecho, un dominio posibilita el otro. Por tanto, la idea de la figura central del acontecimiento típico juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe⁴³.

4.2 El dominio del hecho como concepto abierto.

Como indica Roxin⁴⁴ el concepto que determine quien es autor, es este caso el dominio del hecho, no puede ser un criterio indeterminado que no dé al menos ciertas pautas para la solución de casos dudosos, tampoco un concepto fijo, en el sentido que se trate de una definición que por un acto de subsunción objetiva, pueda extraerse deductivamente la solución de todos los casos concretos. Lo que debe buscarse un punto medio dotando al concepto de dominio del hecho de un contenido material, que tenga en cuenta los diferentes fenómenos de participación que se presenta en la vida real, pero a su vez encontrando un hilo conductor común, un principio general que permita juzgar la corrección de la solución al caso concreto.

Lo anterior se consigue, no con una definición exacta o un concepto indeterminado, sino con una ‘descripción’ que delimite claramente constelaciones típicas de casos y permita con ello un enjuiciamiento general, que, sin llegar a una precisión total, deje al encargado de aplicar el Derecho un cierto margen de maniobra

⁴² Roxin, Claus. Autoría y dominio... Cit. Pág. 26.

⁴³ Hernández Plasencia, José Ulises. La autoría... Cit., Pág. 36.

⁴⁴ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit Pág. 108-126.

en la solución del caso concreto, pero teniendo un principio regulativo o indicador de la dirección a seguir. Esto es lo que Roxin denomina 'concepto abierto'⁴⁵.

Así mismo, comenta el profesor Bacigalupo⁴⁶ que el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos sino que admite ser descrito. El concepto abierto es un principio regulativo. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente a causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece⁴⁷.

Roxin aplica el método del concepto abierto del dominio del hecho estudiando las distintas formas de autoría –directa, mediata y coautoría- para determinar en cada una de ellas como juega en el concepto de dominio del hecho, esto es, deduciendo de la forma como se produce el acontecimiento en las distintas formas de aparición del fenómeno participativo y tomando de ello a su vez los principios generales que permiten aproximarse a una solución de los casos más difíciles.

Para Hernández⁴⁸, Roxin no es rigurosamente fiel al criterio del concepto abierto con respecto a la autoría mediata, cuando adopta como criterio cerrado el principio de responsabilidad para determi-

nar la autoría mediata mediante coacción, pues no entra a valorar la instrumentalización del ejecutor, incluso en el caso de que al ejecutor le corresponda una responsabilidad atenuada, conformándose con la presunción legal; pero paradójicamente, ésta no le vale para fundamentar el dominio del hecho a través del manejo de los aparatos organizados de poder.

4.3 Formas del dominio del hecho

En los delitos del dominio del hecho, estima Roxin⁴⁹ se dan de tres formas: como dominio de la acción, como dominio de la voluntad y como dominio funcional.

4.3.1 El dominio de la acción

El dominio de la acción comprende a la realización directa, de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. Roxin precisando su planteamiento afirma: “quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la

⁴⁵ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. Pág. 122. Este autor ha demostrado que el dominio del hecho no puede caracterizarse a través de conceptos totalmente definidos, ni mediante una definición rígida, pertenece por el contrario a los conceptos abiertos, en los que en lugar de una concreción de conceptos da lugar a una descripción.

⁴⁶ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 215.

⁴⁷ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 216.

⁴⁸ Hernández Plasencia. La Autoría... Cit., Pág. 37.

⁴⁹ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. Pág. 127.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

expresión más patente de la figura central, ...No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano”⁵⁰. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de esta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y “lo es sin excepciones, cuando los realiza”.

No obstante, hay que tener en cuenta, con carácter general, que no puede afirmarse que sea autor directo todo aquel que realice algún elemento del tipo, si bien esto podría ocurrir aparentemente en la tentativa del delito; en el delito de estafa, si alguien, por virtud de un error producido por un engaño, realiza una disposición patrimonial que le perjudica a él o a un tercero, no por ello debemos considerarlo autor de una estafa, a pesar de que haya realizado un elemento del tipo; otro ejemplo, sería el caso de quien toma una cosa mueble ajena, en el hurto, aunque haya realizado uno de sus elementos típicos.

Para determinar la autoría no se puede descuidar la perspectiva del hecho típico sobre el que se debe

proyectar en los delitos dolosos el dominio. Para Hernández, la autoría no opera como centro de imputación de acciones, ni siquiera de actos ejecutivos típicos, sino de hechos típicos, integrados por el conjunto de los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica⁵¹. Roxin considera que no es necesario realizar de todos los elementos del tipo, para determinar la autoría directa que estamos haciendo referencia, sino que donde la ley requiere varias acciones basta con realizar una de ellas; así en el delito de robo es autor inmediato el que realiza el apoderamiento o el que aplica la fuerza. En este ejemplo, la realización parcial fundamentaría una coautoría, pero que el apoderamiento o la fuerza constituyan autoría no proviene sólo de la realización de propia mano del tipo, sino también del acuerdo de voluntades y daría lugar a la determinación mejor de coautoría que una autoría directa⁵².

En relación con el instrumento en la autoría mediata, cuando por ejemplo, por falta de dolo, actúa atípicamente, o a veces los elementos típicos son realizados por la propia víctima del delito, en los casos de participación necesaria, no hay lugar a la autoría inme-

⁵⁰ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. 1984. Pág. 127; Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Traducción de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, 1970. Pág. 61 el concepto de dominio de la acción así la ha llamado Roxin por corresponder con la calidad propia de la acción que determina al ejecutor como autor.

⁵¹ Hernández Plasencia. La Autoría... Cit., Pág. 35.

⁵² Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., 1984. Pág. 98. La coautoría sólo existe cuando varios realizan el hecho conjuntamente y de común acuerdo, pero ninguno de ellos realiza por sí solo todos los elementos del tipo. Pero, cuando varios intervinientes realizan todos los elementos del tipo, sería conveniente aludir a una co-ejecución o a un co-dominio de la acción, pero no a una coautoría.

diata. Estos cuestionamientos al concepto de dominio de la acción dan lugar a algunos problemas⁵³. Así algunos autores deducen que de la teoría del dominio del hecho, por el carácter material de la misma que no siempre quien de modo inmediato, de propia mano, realiza la acción típica y cumple los restantes requisitos objetivos y subjetivos del tipo, tiene el dominio del hecho; el caso del agente que dolosamente realiza la acción típica, que sin embargo, actúa sin culpabilidad y es utilizado por un sujeto que actúa detrás, es quien tiene realmente del dominio el hecho. Estos autores no niegan que ejecutor inmediato sea autor, sino que dicen que lo es, porque la ley obliga a que lo sea, en la posición del criterio material del dominio del hecho que debe combinar con aspectos formales o que es autor quien realiza la acción típica, aunque no domine el hecho.

Otra situación cuestionable, en la posición según la cual se considera fundamento del dominio del hecho y, por tanto, de la autoría, la actuación de propia mano de un sujeto que es el único interviniente, deduciendo que ese sujeto aunque intervengan otros seguirá siendo el autor, donde se da a entender que en la actuación individual de propia mano es obviamente autoría (supone dominio del hecho) porque el legislador, en sus tipos, al que más directamente se refiere es precisamente

a este interviniente. Desde este punto de vista Luzón Peña sostiene “que en los delitos puramente resultativos el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo. Decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo –pero cuando existe la misma es precisamente la cuestión crítica, que hay que solucionar, y para ello no sirve de ayuda la característica de propia mano”⁵⁴. Se plantean algunos ejemplos, en que la intervención de propia mano en el curso del suceso y sin embargo, no hay autoría: a) el sujeto que actúa solo y de propia mano y sin embargo no es autor. El sujeto que contempla el inicio de un incendio causado por un fenómeno natural (rayo, un corto circuito eléctrico) y en vez de apagarlo abre las puertas para que el fuego se propague rápidamente. Es dudoso que en el ejemplo la autoría del único actuante, pues la determinación objetiva y positiva del hecho correspondiera a un fenómeno natural. b) el sujeto que interviene de propia mano, junto a otro y sin embargo, no es autor, en los casos de complicidad.

4.3.2 Dominio de la voluntad

El tema de la autoría mediata será objeto de tratamiento en el capítulo siguiente del presente trabajo, de momento nos referiremos en términos generales para ubicar el problema en la temática de la dogmática penal.

⁵³ Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 633. Plantea dos situaciones referentes a la realización inmediata de todos los elementos del tipo por un sujeto como dominio del hecho y la situación del dominio del hecho, autoría y actuación de propia mano.

⁵⁴ Luzón Peña. Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales. ADP. 1989, Págs. 911 y ss.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

La autoría mediata se caracteriza, según Roxin⁵⁵, como dominio de la voluntad. Es la posibilidad de que alguien realice el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra interpuesta persona que le sirve de instrumento para sus fines y que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, que es el autor mediato.

El autor mediato es el que realiza el tipo penal, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para la ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. “El término instrumento de su voluntad, hay que entenderlo –indica Gómez Benítez– en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato”⁵⁶.

En los delitos dolosos comunes sólo puede ser instrumento, por tanto, quien en sí mismo no es un autor plenamente responsable, salvo los que actúan como instrumento ejecutor en el seno de aparatos organizados de poder. Como consecuencia de ese dominio de la voluntad el autor mediato realiza el tipo penal, aunque no la ejecución directa material del mismo. Lo que significa que el instrumento quede impune, porque no puede imputársele a él la realización de la conducta descrita en el tipo penal, ni tampoco puede afirmarse su participación en el mismo.

Para Roxin el dominio de la acción estará siempre en el que realice los elementos del tipo, a pesar de que otra persona ostente un dominio superior sobre el acontecimiento que aquél mismo realiza de propia mano. La superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio⁵⁷. Esto ocurre, según Roxin, aunque no siempre, en la autoría mediata, en la que el instrumento tiene el dominio de la acción pero es el sujeto de atrás quien tiene el dominio de la voluntad. En efecto “mientras allí –la autoría directa– la realización de propia mano de la acción típica fundamenta la autoría, aquí –la autoría mediata– tiene lugar respecto a los supuestos en los que justamente falta una acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho sólo puede afirmarse sobre el poder de la voluntad conductora”⁵⁸. Esta segunda forma de dominar un hecho punible, que da lugar a una nueva forma de autoría –la mediata– no es incompatible con la directa, es decir, que sobre un mismo acontecimiento típico pueden presentarse simultáneamente un dominio de la acción y un dominio de la voluntad. No obstante parece cuestionable que exista dominio de la voluntad cuando el instrumento actúa completamente libre, es decir, cuando el sujeto de atrás no domina al que actúa por

⁵⁵ Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Cit., 1970, pág. 62.

⁵⁶ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., Pág. 135.

⁵⁷ Gallas. Beiträge. Cit. Pág. 98

⁵⁸ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho... Cit. Pág. 142.

delante porque está sometido a un error.

Cerezo Mir, ha tachado de artificiosa la distinción entre dominio de la acción y dominio de la voluntad pues “la voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción”⁵⁹. Claro que, el que actúa directamente lo hace sobre un determinado ámbito, en el que se inserta otra voluntad –directamente sobre la voluntad del ejecutor o indirectamente sobre el hecho de éste-; el que actúa desde atrás lo hace sobre el sujeto de delante, justamente a través de la acción que éste realiza.

Existen diversas formas según la doctrina planteada por Roxin⁶⁰, para realizar mediatamente un hecho:

a) Utilizando en el plan delictivo a una persona que obra por error, que no comprende lo que en verdad está haciendo, debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; es el caso del ladrón que le pide a un tercero que le pase la cartera que dice pertenecerle, en circunstancias de que es ajena, o cuando

se recurre a un inimputable; en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines.

b) Cuando emplea la coacción, presionando la voluntad de un tercero, sea mediante la amenaza de hacerle sufrir un mal, como presionándolo con un atentado a su vida si se niega a la realización del hecho que se le pide, o apremios semejantes.

c) A través del dominio de la voluntad como sucede con un aparato organizado de poder, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, ideológica, o una banda delictual, el Estado mismo, etc. Son los jefes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que ellas le confieren, dando las órdenes y pudiéndolas hacerlas cumplir intercambiando los ejecutores según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquél que imparte la orden es el autor mediato.

Sobre la forma concreta de la instrumentalización de la persona de adelante nos ocuparemos en el siguiente capítulo tercero.

⁵⁹ Cerezo Mir, Juan. Problemas Fundamentales de Derecho Penal. Tecnos, 1982. Pág. 162; Jakobs. Strafrecht (AT), habla en la autoría mediata de un dominio superior de la decisión, mientras que en la autoría directa habla de dominio formal; Schild. Täterschaft als Tätherrschaft, pág. 13. También ha puesto de manifiesto lo inapropiado de la expresión ‘dominio de la voluntad’, especialmente en los casos de coacción donde el instrumento tiene el dominio de la acción. Prefiere la expresión ‘dominio de la acción del tipo’. Dado que “no domina una voluntad superior sobre una subordinada; sino que la primera voluntad se realiza en una acción de coacción, la cual convierte al ejecutor en un instrumento, por lo que esa acción puede serle imputada como propia acción”.

⁶⁰ Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Cit., 1970, pág. 62 y ss.

4.3.3 *Dominio funcional*

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ocurrir que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá la denominada autoría plural o autoría concomitante⁶¹, cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular.

La autoría concomitante para Welzel⁶² es el obrar conjunto de dos o más sujetos sin acuerdo previo para la producción del resultado, destacando que es propio de su problemática –cuando se da en la tipicidad dolosa- el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios.

El principio general de la autoría concomitante o paralela es que cada autor es sólo responsable por lo que ha querido, en tratándose en su forma dolosa.

La importancia dogmática, que tiene la autoría paralela, se presenta en que por ser una supuesto de pluralidad de autores y sin embargo, no ser un caso de coautoría. Por lo que suele decirse que la autoría concomitante o paralela se presenta cuando no hay una

decisión común al hecho, que es una característica esencial de la coautoría.

No habrá de ser, el caso de la autoría concomitante la que ofrezca dificultades, sino aquella situación en que la pluralidad de autores se presente en la forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho, esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una división de la tarea, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. De esta manera, si en el robo a un banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos cometen el robo.

Para Díaz y García, explicar la coautoría como la división funcional del trabajo, no es suficiente, estima que en la mayoría de los casos de codelinuencia, tal división funcional del trabajo se da entre los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor⁶³.

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986. Pág. 305 y ss.

⁶² Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12a ed. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Chile. 1969. Pág. 111.

⁶³ Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 596.

5. Elementos o requisitos de la coautoría o del dominio funcional

5.1 Elemento subjetivo:

En la coautoría todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor. Habrán de estar presentes los elementos subjetivos de la autoría como los elementos objetivos de la autoría cuando el tipo delictivo de que se trate lo prevea. En otras palabras, cada coautor ha de ser autor idóneo, no solo en cuanto a su aportación sino también en referencia a las aportaciones de los demás intervinientes.

El plan común o la decisión conjunta o acuerdo común

Para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, que se entiende como tal un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, es decir, un dolo común en el sentido de la teoría del acuerdo previo.

El acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores, por lo que hacen los demás por ello supone, frente a la participación, que la imputación,

que en el caso de la participación es sólo unilateral, de autor a partícipe, pero no viceversa, en la coautoría es recíproca, de cada autor a los demás⁶⁴.

La importancia esencial del acuerdo en la coautoría, lo que hace que éste sea posible pero imprescindible en la participación en sentido estricto e imprescindible en la coautoría es precisamente que el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción. Acción así, determinante es necesaria para que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones⁶⁵.

Para Jakobs⁶⁶, que el acuerdo sea común, en el sentido que todos sepan y acepten lo que hacen los otros, sólo es necesario en los casos en que la ejecución se divide en partes y cada parte se realiza por uno de los intervinientes.

El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho⁶⁷. Mediante la decisión común se vinculan funcionalmen-

⁶⁴ Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 642

⁶⁵ Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 650.

⁶⁶ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid. Marcial Pons. 1955. Pág. 392.

⁶⁷ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 228.

te los distintos aportes al mismo: uno de los autores intimida a la víctima y el otro le quita el dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Para Jescheck⁶⁸, el acuerdo común es el componente subjetivo necesario de la coautoría. Lo que constituye la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho. No basta un consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida. El acuerdo puede producirse tácitamente o mediante actos concluyentes. No es preciso que los coautores se conozcan entre sí, sino responden en la medida en la que cada uno de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar otro u otros, y éstos se hallan imbuidos de la misma conciencia.

Por su parte para Maurach, quien tome parte del dominio del hecho de una pluralidad de personas, al mismo tiempo debe querer el dominio colectivo del hecho; “no es posible querer participar de un objeto y no querer el objeto mismo”⁶⁹. El elemento subjetivo de coautoría exige, simultáneamente con la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, la voluntad del dominio común del hecho por la comunidad de personas⁷⁰. Lo que requiere entonces, en principio un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo.

La conexión de voluntades atañe al carácter común de la lesión a un bien jurídico que deberá ser provocada por la vía de la división del trabajo, es decir, el carácter común del hecho⁷¹.

⁶⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. parte General. Barcelona, 1981. Pág. 936

⁶⁹ Maurach, R. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Barcelona. 1962. Pág. 375.

⁷⁰ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Cit., Pág. 512. Sin embargo este autor contempla como caso de auténtica coautoría, en que no es necesario el acuerdo común “cuando un delito sólo exige una acción ejecución o cuando, en caso de que sean necesarias varias acciones, todas las acciones ejecutivas son llevadas a cabo por una única persona, también, un interviniente, de cuya contribución no sabe nada el ejecutor, puede colaborar de un modo tan intensivo que codetermine esencialmente la configuración de las ejecuciones, según lugar, tiempo y modalidades. Ejemplo: alguien da a la víctima, a la que se va a dar muerte durante el sueño, un somnífero, sin estar de acuerdo con el ejecutor, abre además la puerta al autor, deja preparado incluso un instrumento adecuado y luego también utilizado para realizar el hecho, y finalmente impide, antes de la ejecución, que se acerquen terceras personas perturbadores de la realización del hecho. La autoría individual (autoría accesoria) del interviniente no existe por falta de acción ejecutiva de propia mano, la autoría mediata, por falta de inferioridad de ejecutor, finalmente la coautoría, según la doctrina mayoritaria, por falta del plan conjunto, así que sólo debe quedar la complicidad que resulta dudosa. Debería ser por tanto más correcto considerar suficiente en estos casos, en vez de una resolución conjunta del hecho en el sentido de un acuerdo recíproco, una resolución de adaptación, con la que el interviniente que colabora, no ejecutando inmediatamente, pero sí configurando el hecho, concreta su contribución con la acción del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta contribución, a él no se le habrá de imputar su contenido delictivo, ello se deduce de las reglas generales”.

⁷¹ Maurach, R. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Pág. 375. Por lo tanto están fuera de la coautoría aquellos casos en los cuales la colaboración, con carácter de autoría por parte de varios sujetos se halla prevista por el propio tipo penal y no depende de la arbitrariedad de quienes actúan. La doctrina dominante considera estos casos, junto con otros, mayoritariamente bajo la descripción de participación necesaria.

Doctrina del acuerdo previo en derecho comparado

El Tribunal Supremo Español tradicionalmente venía manteniendo la teoría del “acuerdo previo”, conforme a la cual basta con el pactum scaeleris y no es necesario que el sujeto realice aportación alguna, dado que la «delincuencia no se determina por la intervención en el mal físico causado, sino por la concurrencia del elemento intencional en relación con el hecho externo que la manifiesta” (STS, 15-1-18). Sin duda con esta teoría sobra cualquier distinción entre autores, coautores, inductores, cómplices, etc.

La tesis del concierto acuerdo previo o común ha venido sufriendo ataques por parte de la doctrina española, invocando un supuesto, choque con el principio de legalidad al sentar la base de la coautoría en un elemento, subjetivo que no recogen los preceptos del Código que definen aquella. Se alega, además, que el acuerdo se da también respecto a los otros partícipes, incluidos los cómplices. Críticas que olvidan dos cosas; una, que el elemento subjetivo no suele aparecer expresado en los tipos, debiendo acudirse para integrarlo a los preceptos generales definidores del delito y la responsabilidad por el mismo, por lo que no sería contrario a la legalidad el realizar aquí la misma operación; otra, que la jurisprudencia jamás asentó la coautoría en el acuerdo previo como elemento único o exclusivo de ella sino que por el contrario, y ya desde la vieja Sentencia de 10 de febrero de 1977, exigió, junto al elemento subjetivo,

el objetivo externo representado por una actividad gravedad bastante como para operar como condición del resultado. por lo que considero insuficiente el solo acuerdo previo (pactum scaeleris) exigiendo también que se realicen hechos que estén comprendidos en los actos que configuran la infracción, cualquiera que sea la parte que accidentalmente tome cada uno de los culpables para asegurar la consumación del delito conforme al criterio del “reparto de papeles” En suma, la coautoría estaría constituida por el acuerdo previo más la recíproca colaboración a través de la realización del quehacer encomendado en el pacto previo.

Es de destacar que la doctrina del «reparto de papeles» aparece también acogida en el Derecho comparado, acomodándose a una realidad criminológica que revela que en todo proyecto criminal cada interviniente asume la tarea o “papel” más acorde con sus aptitudes: el inteligente planea; el hábil abrirá la caja de caudales, el buen conductor manejará el vehículo que conduzca a los ejecutores al lugar de delito y les facilite la huida etc. Pero todos ellos, obran con el propósito común de realizar el acto delictivo y ponen el aporte que, desde el punto de vista del plan de los autores, resulta más eficiente para el éxito del proyecto criminal común. Por lo que la doctrina jurisprudencial antes citada no contradice el concepto que debe ser propio de la coautoría.

Pese a lo que acabamos de decir, en los últimos tiempos y por

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

el embate de aquellas críticas el Tribunal Supremo español viene sustituyendo la doctrina del «previo concierto» o «acuerdo previo» por el dominio del hecho que en el terreno de la coautoría se plasma en el codominio funcional del hecho, según la cual son coautores los que conjuntamente dominan la dirección de las acciones comunes hacia el cumplimiento del tipo penal.

5.2 Elemento objetivo: la esencialidad de la contribución

Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho⁷². La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse lo que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario.

El problema es delimitar concretamente lo que se entiende por necesaria o esencial en la realización del hecho. Para el efecto

se deberá tener en cuenta como indica Gómez Benítez⁷³, que una aportación esencial o necesaria no equivale a una aportación causal del resultado, sino por el contrario, debe entenderse por necesario o esencial aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización.

La doctrina científica y la jurisprudencia han aportado distintas fórmulas para definir el aspecto esencial o necesario de la función desarrollada, que da lugar al sujeto se considere que domina el hecho: 1) la que alude a que el sujeto domina funcional el hecho si puede interrumpir la realización del hecho⁷⁴ y 2) la propuesta por Roxin, que estima que le confiere tal dominio es al que “puede producir el desbaratamiento del plan total” si no realiza su función o su aporte al hecho. Este autor se refiere al presente elemento de la coautoría cuando indica “alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito”⁷⁵.

A estos planteamientos se le ha criticado por su generalidad o inconcreción y por la utilización soterrada de juicios hipotéticos de causalidad. ‘interrumpir el hecho’, ‘desbaratamiento del plan’ resul-

⁷² Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Cit., Pág. 940.

⁷³ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., 1984. Pág. 126.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963.

⁷⁵ Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. 1970. Pág. 67.

tan términos escasamente útiles, porque no se puede deducir de ellos claramente cuándo una aportación ha sido efectivamente necesaria, esencial para dar lugar a desbaratar el plan o interrumpir el hecho, pero sí puede llegar a establecer una hipótesis causal: si el interviniente no hubiese actuado como lo hizo el hecho tal, en concreto o en abstracto, no se habría realizado (juicio hipotético de necesidad, en abstracto o en concreto). La realidad es que el interviniente actuó y que, por tanto, no es válido preguntarse qué habría pasado si no hubiese actuado. Frente a esa imposibilidad de acceder a lo que efectivamente fue ‘necesario’ para la realización del hecho, Gimbernat propone acudir al criterio objetivo de la escasez⁷⁶. Según ésta, sería necesaria la aportación de un bien o una conducta, escasos. Sería necesaria por escasa la entrega de una pistola a quien va a ejecutar un homicidio, si existiesen serias dificultades para que dicho sujeto consiguiera el arma. Este juicio se considera no depende de juicios hipotéticos, porque la entrega de la pistola es escasa en el caso concreto, con independencia de si el sujeto podría haberla conseguido de otra manera.

Para el profesor Bacigalupo, en la determinación de la coautoría es importante el aporte objetivo al hecho por parte del coautor. Sólo mediante este aporte puede determinarse si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia si es o no coautor. Propone el profesor la siguiente fórmula para determinar la existencia del codominio del hecho: “habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse”⁷⁷.

El co-dominio del hecho

En la coautoría es preciso que exista un co-dominio del hecho, esto es, que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como señala Roxin⁷⁸, “el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo», pues, “Cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo”.

El dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos

⁷⁶ Gimbernat. Autor... Cit., Pág. 154. Estima que para considerar ‘si una cosa es escasa (esto es: si su aportación al delito es necesaria) el mejor camino a seguir es,... pronunciar primero un juicio general y provisional. Este juicio provisional se convierte en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares’.

⁷⁷ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 229. El ‘no se hubiera podido cometerse’ implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. El sujeto que presta una colaboración sin la cual al hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación (Roxin. Täterschaft. Cit., 280).

⁷⁸ Roxin, «Sobre la autoría y la participación en el derecho penal», [trad. E. Bacigalupo], Problemas actuales de la ciencias penales y la filosofía del derecho (Homenaje al profesor Jiménez de Asua), Buenos Aires, 1970, p. 67.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe aunque cada persona que interviene no realice por sí sólo y enteramente el tipo, pues, es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes. De ahí que se hable del dominio funcional del hecho.

Ahora bien, la distribución de funciones no sólo se presenta entre coautores sino también entre el autor y el cómplice, por lo que es indispensable contar con algún criterio que permita establecer la distinción. Como señala Bacigalupo⁷⁹ el criterio correcto “debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito”.

Para una conceptualización correcta de la coautoría es preciso tener en cuenta las siguientes reglas: sin aporte no es posible coautoría; cualquier aporte no da lugar a coautoría; y, no todo común acuerdo configura una coautoría. Es preciso el dominio del hecho con todos los requisitos que lo conforman.

También debe tenerse presente que el aporte ha de ser «esencial»

y, con esta expresión, en modo alguno queremos decir que sea «causal». Aporte esencial y aporte causal no son sinónimos⁸⁰.

Aportación en fase ejecutiva

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento en el que se produce la aportación del interviniente: el coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, solo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca.

Así pues: un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a coautoría; el mismo aporte pero durante la preparación dará lugar, en el derecho colombiano, a la complicidad necesaria. Los demás aportes, es decir, los no esenciales, tanto tengan lugar durante la ejecución como durante la preparación, deberán considerarse complicidad secundaria.

Por ello, Roxin⁸¹ afirma que «lo importante es saber si la correalización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el último caso puede existir una coautoría,... mientras que

⁷⁹ Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 3ª Ed. Madrid. 1994, pág. 67.

⁸⁰ López Barja de Quiroga. Autoría y Participación. Madrid. Ed. Akal. 1996. pág. 73

⁸¹ Roxin, C. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal. En, Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. (Homenaje al profesor Jiménez de Asua), Buenos Aires, 1970, p. 67.

en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice”.

6. Aparentes formas especiales de coautoría

Como supuestos de coautoría la doctrina menciona: la coautoría sucesiva, alternativa y la aditiva. En estas formas aparentemente se reúnen todas las características de la coautoría pero en cada modalidad hay algunas particularidades que generan discusión entre los penalistas. Necesario antes de revisar las formas propuestas es referirnos a la autoría accesoria.

6.1 Autoría accesoria

En la forma de autoría accesoria, es claro que no puede hablarse de coautoría, sin embargo, en los hechos delictivos donde coincidentalmente confluyen los hechos de varias personas en la comisión del crimen puede suceder, que el mismo no hay convenio común para obtener el resultado. De esta manera se tiene que en la autoría accesoria dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente de la otra y desconociendo la actuación de las otras, producen un resultado típico. Al no existir el pacto entre ellos, como requisito necesario de la coautoría, estos casos no pueden tratarse como coautoría al no existir el acuerdo de voluntades. Todos se consideran autores accesorios y reapoderan como tales.

En la coautoría accesoria no procede el principio de Imputación recíproca de las contribuciones propio de la coautoría, sino que

la aportación de cada autor accesorio debe considerarse por sí mismo con independencia de las aportaciones de los otros autores, lo que implica que cada autor accesorio responde únicamente por lo realizado por sí mismo, a diferencia de lo que sucede con la coautoría en la que el coautor responde del conjunto y por tanto de lo realizado por los otros coautores.

En la autoría accesoria, cada contribución debe ser reconocida autónomamente, por lo mismo, junto a un autor directo puede existir un autor accesorio o cómplice accesorio. Equivalentemente, junto al autor doloso puede existir un autor accesorio imprudente, etcétera. Como afirma el profesor español Jacobo López, precisamente donde se dan con mayor frecuencia los supuestos de la autoría accesoria es en el ámbito de los delitos imprudentes. El ejemplo de la autoría accesoria imprudente sería el incitar a una persona a conducir en firma imprudente y como consecuencia de dicha forma de conducir se produce un resultado lesivo. Otro ejemplo, cuando A con la intención de cobrar venganza contra B, su enemigo le dispara en la cabeza, coincidentalmente Z también le dispara pero este con la intención de despojarle de sus pertenencias, le dispara en la humanidad de B. Un ejemplo sobre autoría accesoria y presenta discusión sobre la problemática sobre imputación objetiva es el siguiente: María y Carmen se enteran que el don Juan, es amante de las dos a las cuales les prometió matrimonio. María con intención

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

de matar a Juan, aprovecha que está tomando un café y le pone una cucharadita de cianuro sin que éste se entere. Carmen que sin ponerse de acuerdo con María y desconociendo lo que hizo esta, aprovecha la situación que Juan va iniciar a beber el mismo café y en un descuido le coloca una cucharadita de otro veneno con la intención también de matarlo. Juan, ya solo se bebe el café y muere. En el caso se comprobó que la dosis que cada cucharadita de veneno por sí mismas no eran suficientes para matar, pero sumadas las de las dos dosis lograron el resultado de muerte de Juan. En estos casos el hecho de cada una de las intervinientes se aprecia y juzga independientemente. En este caso estaríamos ante la forma de autoría accesoria de María y Carmen y bajo la imputación de tentativa de homicidio, otros autores agregan a la imputación el delito de homicidio culposo a cada autora.

Welsen incluye en la autoría accesoria los supuestos de aprovechamiento del plan delictivo ajeno para lograr un fin propio. Como el caso que Narciso se entera que en el avión que va a Cali unos terroristas han colocado una bomba. Gonzalo que quiere deshacerse de su suegra le facilita el pasaje para que viaje a Cali en ese aeroplano y efectivamente se produce su muerte como consecuencia del estallido de la bomba. Para el autor alemán, Narciso es autor accesorio junto con los terroristas en la muerte de la suegra. La coautoría queda excluida por falta del acuerdo común,

otros autores resuelven el caso acudiendo a la forma de autoría mediata, por dominio de la voluntad de Narciso aprovechando la información y utilizándola para su propósito.

6.2 Coautoría sucesiva

Se presenta cuando una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de, acoplando su actuación con la de este, lograr la consumación. No se requiere un acuerdo expreso. Es decir, alguien participa en co-dominando el hecho en un delito que otro ya ha comenzado a ejecutar⁸².

Como el acuerdo en la coautoría no ha de ser necesariamente previo y la autoría conjunta no implica que cada uno de los autores deba realizar la totalidad de la conducta típica sino la función acordada en el reparto de roles ejecutivos, bien puede producirse que la decisión común expresa o tácita tenga lugar durante la ejecución del hecho en la coautoría impropia donde se presenta la división de funciones. En esta forma de coautoría una persona ha iniciado la ejecución del delito; otro u otros, posteriormente enlacen su actividad a la del primero para lograr la realización del delito cuya ejecución había sido iniciada; quienes intervengan con posterioridad entiendan que dan su consentimiento en la terminación de un delito cuya ejecución otro lo inició y cuando intervengan los

⁸² Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 335

que no participaron de los actos de iniciación el delito no haya sido terminado o consumado como en los delitos de comisión permanente como en secuestro y la desaparición forzada.

Uno de los requisitos de la coautoría es el acuerdo común, por lo que si el o los que iniciaron dicha ejecución no tenían conocimiento de esa otra aportación, no nos encontramos ante un supuesto de coautoría. Por tanto el coautor sucesivo únicamente responderá a partir de lo que suceda a partir de su intervención y no entra en su ámbito de competencia lo sucedido con anterioridad. Como en el caso del sujeto que participa en el hurto de los muebles de una bodega cuando ya otros inicialmente habían penetrado en el lugar y dado muerte a los celadores⁸³.

6.3 La coautoría alternativa

El profesor Jacobo López⁸⁴ explica esta forma de coautoría alternativa, indicando que aparece cuando se trata de aportes de distintas personas, en las que cada aporte previsto realiza por

completo el tipo, pero que únicamente pueden producirse de forma alternativa, bien el aporte de una o de la otra persona. También se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución. Un caso sería, cuando dos sicarios, A y B, se ponen de acuerdo para matar a Z, éste viene por una vía que tiene dos únicas salidas, cada sicario lo espera en cada una de las salidas por donde puede pasar. Z toma la calle donde lo espera B y este le causa la muerte de varios disparos, hechos que hubiera realizado A si Z hubiera pasado por su calle donde lo esperaba.

El problema sería configurar el aporte de A, que no mató, surgiendo la pregunta si se trata de una coautoría, o de complicidad necesaria o incluso de actos preparatorios. Roxin⁸⁵ considera que nos encontramos ante un caso de coautoría, pues ambas contribuciones son necesarias y esenciales para la realización del hecho.

⁸³ Diversos autores como Roxin, Stratenwerth, Schmidhäuser, Bacigalupo, Rodríguez Morillo, taxativamente Roxin señalan que nadie puede responder como autor de lo que ya se había realizado en el momento de su entrada en el plan del hecho. Por el contrario, Jescheck considera que debe imputársele el hecho por entero. La Coautoría sucesiva es posible en tanto y en cuanto el delito no esté consumado, pues si el primer autor ya ha concluido la realización del tipo no hay espacio para la actuación del coautor sucesivo

⁸⁴ López Barja de Quiroga, Jacobo. Derecho penal - parte general - tomo II. Edición - lima - editorial gaceta jurídica. 2004...

⁸⁵ Roxin...Por su parte, Jackobs estima que deben aplicarse las reglas generales y por ello, que quien configura y co organiza por igual el aporte de otro de forma unificada con su parte (o domina al otro como su instrumento), responde como autor de ambas variantes. Añade el ejemplo que si dos cazadores furtivos determinan conjuntamente la noche en la que tienen menos riesgo para disparar a una pieza, y uno prueba suerte en un lugar y otro dos kilómetros más allá, solo son coautores si conjuntamente han preparado sus armas, buscado sus posiciones entre otras cosas.

6.4 Coautoría aditiva

La Coautoría aditiva o agregada aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico. No se trata de lo que algunos doctrinantes llaman la coautoría necesaria que es la que se produce en los casos de delitos plurisujetivos, esto es, los que exigen que la acción sea cometida necesariamente por una pluralidad de sujetos, como en los delitos de sedición y rebelión. Aquí, más que coautor, cada sujeto que forma parte de la pluralidad, es el autor de delito de sujetos plurales.

Se produce cuando ocurre una agresión en grupo en la cual varios sujetos con la decisión compartida realizan al mismo tiempo la acción, pero se desconoce cuál de las aportaciones producirá el resultado. Un ejemplo sería cuando varios delincuentes con la intención de causar la muerte a varias personas que se encuentran reunidas disparan indiscriminadamente contra todas ellas o caso de los ajusticiamientos donde la víctima es ejecutada por un pelotón de fusilamiento.

En los supuestos citados anteriormente cada autor pretendió por sí mismo realizar por completo el tipo, y el hecho de que actúen

conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de funciones entre ellas, sino obtener el aseguramiento del resultado. Estos supuestos deberán resolverse de la misma forma que los casos de coautoría alternativa, es decir admitiendo que se trata de un caso de autoría, pues ante las diferentes contribuciones, cada una de ellas sería esencial y necesaria para la consecución del resultado, conforme lo expuesto por Roxin⁸⁶.

El Tribunal Supremo Español, mantiene esta solución y considera que los casos de coautoría aditiva son supuestos que deben solucionarse como coautoría. Así, en STS, 21-12-92 se afirma que el dominio conjunto del hecho no se determina de la misma manera que el dominio del autor individual y del autor mediato. En esta sentencia que todo el que con su aporte lleva la probabilidad de éxito del plan delictivo “tiene una función relevante en la ejecución y deviene, por ello, cotitular del dominio del hecho”. En la sentencia se expresa: “En el presente caso no es discutible que los procesados obraron sobre la base de una decisión común (concluyentemente aceptada) y que con su aporte aumentaron la probabilidad de producción de la muerte de la víctima, pues las lesiones menos exitosas contribuían a disminuir sus posibilidades de defensa e, inclusive, de huida.

⁸⁶ López Barja de Quiroga, Jacobo. Derecho penal -parte general- tomo II. Edición – lima - editorial gaceta jurídica. 2004. pag. 78. López Barja de Quiroga concuerda con la posición planteada por Roxin por cuanto los casos de coautoría aditiva pueden fundamentarse en el dominio funcional del hecho. Por esta razón puede afirmarse que los casos de coautoría aditiva son casos de coautoría que no requieren ser clasificados como un supuesto especial y concreto.

La coautoría:
concepto y requisitos
en la dogmática
penal

Es claro que todos actuaron con conciencia de que si su puñalada no servía para matar, serviría, por lo menos, para que otros tuvieran la posibilidad de continuar con la agresión si ello resultaba necesario para el plan o para que los otros tuvieran una mayor facilidad para alcanzar a la víctima. Desde este punto de vista, por lo tanto, cabe inclusive sostener que todos los procesados tuvieron una función decisiva en la configuración del hecho que fundamenta un dominio común del mismo».

CONCLUSIONES

Las maneras de realización del comportamiento humano para definir el concepto de autor, no se agotan con la realización de la conducta típica de forma individual y de propia mano (autoría inmediata como dominio de la acción), ni con la realización del tipo penal a través de otra persona que actúa como instrumento, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del hombre de atrás (autoría mediata como dominio de la voluntad). En el campo empírico de las formas de intervención criminal se sitúa un amplio ámbito de actuación delictiva, donde el comportamiento humano se estructura de forma diferente para cometer el hecho en concepto de autor: cuando la conducta típica se realiza conjuntamente por varias personas, ya sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio funcional del hecho). Esta última forma de conducta humana, cuando intervienen varias personas en el proceso de actuación delictiva, se plantea el problema de dilucidar si todos los participantes en dicho

proceso deben responder criminalmente de forma independiente por la realización de un hecho injusto propio (coautoría) o bien de forma dependiente por la contribución a un hecho injusto ajeno (participación). La diferencia entre ambas formas de intervención criminal no es cuantitativa, sino cualitativa, en cuanto que la autoría supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación accesoria para que otro (autor) realice el tipo penal (hecho injusto ajeno).

El Código penal, ley 599 de 2000, contiene una referencia expresa a la coautoría. En efecto, el art. 29 señala que “son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. Esta es una de las formas de coautoría que la doctrina conoce como coautoría indirecta y son los que intervienen en la fase de la ejecución de la acción típica, pero cooperando en la misma con conductas no incluíbles en la concreta actividad descrita por el verbo rector: v. gr. Quien sujeta a la víctima, mientras el otro se le facilita apuñalarla y matarla. La otra forma de coautoría es la conocida como directa y se presenta en quienes realizan coetáneamente todos los elementos del tipo penal, por ejemplo, todos los ejecutores golpean conjuntamente a un hombre hasta darle muerte. Este es el supuesto más claro de coautoría, que si bien, no está expresamente señalado en el CP

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

no presenta duda de su admisión en la dogmática penal colombiana. Es decir, la coautoría es autoría, en una tercera forma junto a la directa y la autoría mediata. La legislación Española expresa mejor esta forma de autoría, si entrar de definiciones y requisitos que puede crear confusiones innecesarias, en su art. 28 Numeral 1º del CP informa que “son autores quienes realizan el hecho... conjuntamente”.

El dominio funcional es el criterio de imputación a los coautores y

hace referencia a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de carácter necesario, acordada en común antes o durante la realización del hecho punible. Según Roxin los elementos serían: un plan común, referido al nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, y los otros referidos al aspecto objetivo de la realización común como es la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. La Noción de Autor en el Código Penal. Buenos Aires, Abeló-Perrot, 1965.

_____, Manual de derecho penal - parte general- 4ta. Editorial Temis s.a. 1998.

BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto Bramont Arias - Torres. Código penal anotado. Edición 2da. Lima - Editorial San Marcos. 1995.

CARRANZA Y RIVAS, Raúl. La Participación Delictuosa. Doctrina y Ley Penal. México, Stylo, 1957.

CEREZO MIR, J. La Polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal Español. Anuario, tomo 28, No. 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975.

CHINCHILLA SANDI, Carlos. La coautoría en Derecho Penal. La relación entre los conceptos de autor y coautoría en la teoría del delito. San José de Costa Rica. En prensa. 1998.

CÓDIGO PENAL COMENTADO. Coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Madrid. 1990.

CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Civitas. Biblioteca de legislación. Decimoctava edición. Madrid, 1993.

CÓRDOBA RODA, Juan. Notas al Tratado de derecho penal de Maurach. II. Barcelona. 1992.

CREUS, CARLOS. 1,990- derecho penal - parte general. Edición – Buenos Aires. Editorial Astrea.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Puesto al día por César Camargo H. tomo I. Parte General. Barcelona, Bosch, 1981.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Inducción o Autoría mediata en malversación impropia. En, La Ley. Tomo IV. Madrid, 1986.

FIERRO, Guillermo. Teoría de la Participación Criminal. Buenos Aires, Ediar, 1964.

GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Chile, 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966.

GONZÁLEZ RUS, J. Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría. En, Cuadernos de Derecho Judicial. Problemas de autoría. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1985.

JAKOBS, GUNTER. Derecho penal - parte general. Edición. Madrid - Ediciones Jurídicas s.a. 2002.

JAÉN VALLEJO, Manuel. La autoría y participación en el Código Penal de 1995. En, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. No. 2º. 1997.

- La Autoría en Derecho Penal. Editorial PPU, Barcelona, 1991

- La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y en el nuevo Código Penal alemán. En, Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal - parte general - Tomo II. Edición - Lima - Editorial Gaceta Jurídica. 2004.

LÓPEZ PEREGRÍN, M.C. La complicidad en el Delito. Valencia. 1997.

MAGGIORE, GUISEPPE. Derecho penal - Volumen II - edición 5ta. Bogotá - Editorial Temis. 1,972,

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. Autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de Instrumentalización. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2003.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, T. II. Traducción a la segunda edición por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires, 1957.

MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho penal -parte general - edición 5ta- Barcelona. Editorial Tecfoto s.l. 1998

MORENO Y BRAVO, Emilio. Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión. Madrid, Dykinson, 1997.

Álvaro E.
Márquez
Cárdenas

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal-parte general- edición 5ta.-Valencia- Editorial Tirant Blanch. 2002.

MUÑOZ, R, Campo Elías. La Participación Criminal. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. En, Revista: Lex, marzo-agosto, 1975.

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de derecho penal - estudio programático de la parte general. Edición 3ra.- Editora Grijley. 1,997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el principio de accesoriedad. Madrid, Tecnos, 1990.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de derecho penal - parte general. Edición 3ra.- Editorial Arazadi S.A. 2003.

ROJAS VARGAS, Fidel. - Jurisprudencia penal. Edición. Lima - Gaceta Jurídica Editores. 1999.

SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos y otros. Manual de derecho penal - tomo I - parte general. Edición. Madrid - Ediciones S.l. 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal - parte general - edición 2da. Colombia - Editorial Temis S.A. 1995.

WELZEL, HANS. Derecho penal - parte general - edición 11° - Bonn. 1969.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Manual de derecho penal - parte general. Edición 5ta. Lima - Ediciones Jurídicas. 1994.