

LA AUTORÍA EN DERECHO PENAL. CARACTERIZACIÓN GENERAL Y ESPECIAL ATENCIÓN AL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO*

Miguel Díaz y García Conlledo

I. INTRODUCCIÓN

Resulta imposible en una exposición como ésta abordar en profundidad los problemas que la autoría y su distinción de la participación plantean. Por ello, voy a intentar trazar un panorama general, sin pretensiones de precisión o detalle¹, para posteriormente

* El presente trabajo parte, ampliándola, de la ponencia presentada en las *xxvi Jornadas Internacionales de Derecho Penal: autoría y participación*, organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y celebradas en dicha Universidad en Bogotá del 18 al 20 de agosto de 2004 (20). Agradezco sinceramente a los organizadores la invitación a participar y a los asistentes sus preguntas y observaciones. He de excusarme por no haber podido manejar exhaustivamente, como habría sido mi deseo, doctrina y jurisprudencia colombianas, pues no están a mi alcance en España. El trabajo se ha beneficiado de diferentes proyectos de investigación de los que soy investigador principal, especialmente de BTU2001-0121 (Ministerio de Ciencia y Tecnología, España) y LE 55/02 (Junta de Castilla y León, España).

1. Tampoco voy a pretender una mínima exhaustividad en las citas. Mis trabajos sobre diferentes aspectos de la codelinuencia son bastantes (uno ya publicado en Colombia) y en ellos se pueden encontrar exposiciones más detalladas, referencias a veces exhaustivas, y opiniones más fundamentadas sobre diversos problemas de la autoría y la participación. Ver los más directamente relacionados con la autoría y la participación: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "Inducción o autoría mediata en malversación impropia", en *La Ley* 1986-4, pp. 521 a 531; íd. *La autoría y sus clases en Derecho Penal. (Especial consideración del concepto de autor en la autoría directa y la coautoría)*, León, Universidad de León, 1989 (resumen en papel y texto completo en microficha); íd. *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991; íd. "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión.

valorar la regulación de la autoría (con alguna referencia también a la participación) en el Código Penal colombiano.

La teoría de la autoría y la participación ha constituido tradicionalmente uno de los campos más plagados de problemas de difícil solución de la ciencia penal, si bien es cierto que poco a poco se han producido avances importantes en el tratamiento de esos problemas y, en determinadas cuestiones, las diferencias de opinión son simplemente de matiz. Hoy, se defiende el concepto de autor que se defiende, hay

¿Un caso de dolo alternativo?”, en *P. J.* n.º 24, 1991, pp. 203 a 220; íd. “Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de la Parte General de un nuevo Código Penal de 1990. íd. “Algunas observaciones”, en *La Ley* 1992-2, pp. 1029 a 1035; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL (junto al comentario de otros autores). “Autoría o participación en un supuesto especial de vigilancia en robo”, (comentario a la STS, Sala 2.ª, del 21 de febrero de 1989, A 1619), en *Poder Judicial (P. J.)* n.º 27, 1992, pp. 189 a 216 (203-212); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Autoría”, en *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB)* I, Madrid, Civitas, 1995, pp. 693 a 699; íd. “Autoría en delitos de imprenta”, en *EJB* I, 1995, pp. 699 a 702; íd. “Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria”, en *EJB* I, 1995, pp. 702 a 709; íd. “Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad”, en *EJB* I, 1995, pp. 1711 a 1715; íd. “Inducción”, en *EJB* III, 1995, pp. 3534 a 3536; íd. “Participación”, en *EJB* III, 1995, pp. 4778 a 4785; íd. “Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría”, en J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed. española), B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Libro-Homenaje a CLAUS ROXIN con ocasión de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Coimbra (LH-Roxin Coimbra), Barcelona, J. M. Bosch, 1995, pp. 305 a 307; íd. “Autoría y participación (en el nuevo Código Penal de 1995)”, en *La Ley* 1996-2, pp. 1283 a 1293; íd. “Delincuencia organizada”, en *Harlex* 16-17, 1996, pp. 259 a 279; íd. “‘Coautoría alternativa’ y ‘Coautoría aditiva’: ¿autoría o participación? Observaciones sobre el concepto de coautoría”, en J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN (LH-Roxin Barcelona), Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pp. 295 a 330; LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, número extraordinario en Homenaje al profesor DON LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, vol. VIII, curso 1998-1999, 2000, pp. 53 a 87; “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale”, en *Festschrift für Claus Roxin (FS-Roxin)*, Berlín y New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 575 a 608; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “La autoría mediata. Con una espeñal referenña a los delitos soñeconómicos y contra el medio ambiente”, en *Documentos Penales y Criminológicos* 1, 2001, Nicaragua, pp. 29 a 60; íd. “¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (a la vez, un comentario crítico al libro de ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad [necesaria] en derecho penal*, Granada, Comares, 1998. [I, II y III]”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.ºs 8, 2001, pp. 357 a 402; 9, 2002, pp. 303 a 358, y 10, 2002, pp. 403 a 449; íd. “Autoría”, en *Enciclopedia Penal Básica (EPB)*, Granada, Comares, 2002, pp. 139 a 153; íd. “Autoría en delitos de imprenta”, en *EPB*, 2002, pp. 154 a 160; íd. “Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria”, en *EPB*, 2002, pp. 160 a 177; íd. “Cooperación necesaria y complicidad”, en *EPB*, 2002, pp. 311 a 318; íd. “Inducción”, en *EPB*, 2002, pp. 826 a 831; íd. “Partiapañón”, en *EPB*, 2002, pp. 977 a 987; íd. “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en *Libro-Homenaje al profesor José Cerezo Mir (LH-Cerezo)*, Granada, Comares, 2002, pp. 645 a 669; LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Derecho Penal Contemporáneo (DPC)*, Revista internacional, Bogotá, n.º 2, 2003, pp. 89 a 128; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN (coords.). “Segundo comentario”, en *Relevancia de la conducta de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, Universidad de León, 2004, pp. 45 a 85; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Autoría”, [www.iustel.com/cursos.asp?Id=2349776 (Iustel, Portal de Derecho en Internet); íd. “Participación”, [www.iustel.com/cursos.asp?Id=2350021 (Iustel, Portal de Derecho en Internet).

práctica unanimidad al afirmar que los problemas de la autoría (y también los de la participación) se encuadran dentro de los del tipo (penal); en concreto, la autoría es un elemento del tipo objetivo (prescindo ahora de la posible distinción entre tipos de autoría y de participación, y de la cuestión de si es un elemento previo a otros de esa parte del tipo). Una gran parte del desarrollo posterior de la teoría de la autoría y la participación viene condicionada por el concepto de autor que se maneje. Por tanto, conviene empezar refiriéndonos a los distintos conceptos de autor.

II. LOS CONCEPTOS DE AUTOR

Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: concepto unitario, concepto extensivo y concepto restrictivo de autor.

A. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

El concepto unitario de autor² (aunque también se podría hablar de concepto unitario de intervención o participación) renuncia a la distinción entre autores y partícipes, de modo que todo el que interviene en un delito es autor del mismo. Dentro de este concepto se pueden distinguir básicamente dos versiones: el concepto unitario clásico, causal o formal, según el cual todo el que aporta una contribución causal al delito (y causales lo son todas las condiciones, pues se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad) es autor del mismo (este concepto se restringe en algunos casos exigiendo además imputación objetiva del resultado); y el más moderno concepto unitario material o funcional, que a menudo parte de fundamentos no causales y que distingue entre diversas formas de autoría (inmediata, mediata –ambas formas con un alcance distinto al que tienen en el concepto restrictivo de autor–, por incitación o determinación, por apoyo o por colaboración), si bien las mismas no guardan entre sí relaciones de accesoriedad cualitativa o interna (o accesoriedad sin más), es decir la que se refiere, en los sistemas de autoría restrictiva, a cuáles de los elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él (siendo hoy en día muy mayoritaria la defensa de la accesoriedad limitada, que exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico)³. Este concepto ha sido plasmado en diversos Códigos Penales (C. P.) y proyectos de tales, algunos

2. Ver por todos, y con ulteriores referencias, PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 259 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 43 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 43 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Lección 16: Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 265.

3. Aunque sí está presente en el sistema mencionado la accesoriedad cuantitativa o externa, en el sentido de exigir un determinado grado de desarrollo del *iter criminis* de algún interviniente para poder imputar responsabilidad a los otros (requisito que en los conceptos restrictivos o diferenciadores se traduce en la exigencia de que el hecho del autor alcance un cierto grado de desarrollo para que puedan responder los partícipes), hay acuerdo en que ese grado es el propio de la fase ejecutiva, es decir, el comienzo de la tentativa.

vigentes, y ha sido defendido por autores de diversos países, incluida España (aunque de forma minoritaria –hoy nadie lo defiende– y sin ese nombre).

La crítica acérrima que el concepto unitario de autor ha recibido, durante mucho tiempo (hoy surgen algunas voces –no muchas, pero algunas sí relevantes– que se aproximan a una especie de concepto unitario), de prácticamente toda la doctrina alemana (para los hechos dolosos, pues curiosamente la inmensa mayoría de la doctrina defiende ese concepto de autor para los hechos imprudentes) y, en parte por mimetismo, de la española, resulta exagerada, pues dicho concepto –especialmente en su versión moderna, funcional o material–, en sí o mediante reglas de corrección introducidas en los C. P. que lo mantienen, no es muy diferente en sus consecuencias concretas del concepto restrictivo generalmente defendido, aunque tampoco aporta la simplicidad y mayor corrección en la solución de problemas respecto del restrictivo que pretenden sus defensores. No obstante, el concepto unitario presenta alguna desventaja frente al restrictivo: permite una menor precisión o concreción en la delimitación de las fronteras de lo típico, dada la ausencia de accesoriadad y, además, supone que un olvido del legislador en la corrección de las consecuencias indeseadas del concepto unitario significa un exceso en la punición de conductas, mientras que un olvido del legislador que parte de un concepto restrictivo implica una laguna de punición, lo que normalmente es más tolerable desde el punto de vista de los principios del Derecho penal que actualmente se defienden. En definitiva, el concepto unitario se adapta peor a los principios del Derecho penal del Estado de Derecho.

B. EL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

El concepto extensivo de autor⁴, normalmente identificado con las teorías subjetivas, pero también defendido desde perspectivas objetivas, parte de la misma idea que el unitario: todo interviniente en un delito es autor del mismo (a veces ello se fundamenta en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero también se ofrecen otros fundamentos). Sin embargo, como muchos C. P. (en concreto el StGB, C. P. alemán, al que se refieren la mayoría de los defensores de este concepto) contienen preceptos específicos sobre inducción y complicidad (formas de participación), se reconoce que hay que distinguir estas figuras de la autoría. Se suele afirmar que los preceptos sobre formas de participación son causas de restricción de la tipicidad o la punibilidad (pues, si no, serían formas de autoría), aunque tal aseveración no es exacta para todas las versiones del concepto extensivo.

Los partidarios del concepto extensivo admiten en ocasiones la accesoriadad de las formas de participación (inducción y complicidad), con lo que hacen compatible este concepto con el Derecho positivo al que pretenden aplicarlo (básicamente el StGB),

4. Ver por todos, y con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, pp. 91 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 265 y ss.

pero traicionan los presupuestos del propio concepto. Otros defensores del concepto extensivo rechazan la accesoriedad de las formas de participación, por lo que, en definitiva, tratan la inducción y la complicidad como modalidades de autoría, por lo que el concepto extensivo, que así sí es desarrollado en coherencia con sus premisas, no es más que un concepto unitario funcional de autor, que sin embargo contradice el Derecho positivo al que pretende aplicarse (normalmente el StGB) y que resulta menos conveniente que el concepto restrictivo de autor, por las razones antes aducidas. Un concepto extensivo de autor en el sentido mencionado está hoy prácticamente abandonado, aunque afloran nuevos conceptos amplios de autoría y, en mi opinión, algunos defensores en principio del concepto restrictivo extienden excesivamente el concepto de autor (especialmente en la coautoría).

C. EL CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

El concepto restrictivo de autor⁵ es el que, al menos en las declaraciones de principios, se defiende de modo casi unánime por la doctrina alemana (con alguna quiebra reciente)⁶, española (la jurisprudencia española lo defiende a veces claramente, pero en muchas sentencias del Tribunal Supremo los indicios han apuntado más bien y, en ocasiones, todavía apuntan a un concepto unitario o extensivo, aunque sea limitado)⁷, y, por lo que alcanzo a ver, también en la colombiana reciente⁸ (si bien, al menos hasta hace poco, en la jurisprudencia de la Corte Suprema parece que sucedía algo similar a lo señalado para el Tribunal Supremo español)⁹. Y es el que hemos considerado preferible, por responder mejor a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho. Aunque se concreta de diversas maneras, en general parte de la idea de que no todo interviniente en un hecho es autor, sino sólo quien realiza el tipo (interpretado, se supone, de un modo restrictivo). Gracias a los preceptos sobre participación que incluyen los C. P. en su Parte general (que operan por tanto como causas de extensión de la tipicidad y, por ende, de la punibilidad), se puede castigar a personas distintas del autor: los partícipes, cuya responsabilidad es accesorial de la del autor, mientras que la de éste es autónoma. La accesoriedad (cualitativa) de la participación (entendida hoy de modo casi unánime como limitada) es la nota más característica del concepto restrictivo de autor y la que le dota de su principal ventaja: el mejor recorte, perfil o determinación de lo típico. La accesoriedad de la participación a veces puede llevar

5. Ver por todos, y con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 253 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 107 ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 267 y ss.
6. Ver, por ejemplo, LESCH. "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft – Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Botke –", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 118 y ss., pero también otras obras posteriores de este autor y de su maestro, JAKOBS.
7. Ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 207 y ss. (en especial pp. 211 y ss.).
8. Ver SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 206 y ss. (bajo la vigencia del anterior C. P.); íd. "El interviniente", *Revista de Derecho Penal y Criminología (drc)*, vol. XXII, n.º 72, mayo-agosto de 2001, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 15 y ss. (con referencia a la situación bajo el actual C. P.).
9. Ver al respecto, SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, entre otras pp. 188 y ss.

a consecuencias insatisfactorias, traducidas normalmente en lagunas de punición, que el legislador puede salvar con previsiones específicas, pero que son, en todo caso y desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado de Derecho, más tolerables que una punición excesiva.

Si bien el anterior C. P. colombiano no era tan claro en la recepción de un concepto restrictivo de autor, parece evidente la opción por él del vigente C. P. 2000, aunque su definición de la coautoría permite ampliaciones de este concepto que, sin embargo, creo pueden evitarse por vía interpretativa. Pero de esto me ocuparé más adelante.

Ahora bien, para mantener las ventajas del concepto restrictivo, hay que ser coherente con el mismo y no hacerle más ampliaciones que las que permita la ley y resulten materialmente convenientes; otras extensiones del concepto restrictivo resultan inconsecuentes y le hacen perder sus ventajas frente a un concepto unitario correctamente desarrollado.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Aunque no todos los criterios se han utilizado desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, citaré igualmente los más importantes.

A. LAS TEORÍAS SUBJETIVAS

Las teorías subjetivas¹⁰ fueron dominantes en Alemania a finales del siglo XIX y principios del XX; hoy son defendidas en Colombia y en España por pocos autores, pero con matices, todavía en ocasiones por la jurisprudencia. Por partir normalmente de la teoría de la equivalencia de las condiciones, estiman que en lo objetivo no se puede distinguir entre las aportaciones de los distintos intervinientes. Por ello, la distinción se hace en el plano subjetivo: autor es quien actúa con voluntad de autor (*animus auctoris*), partícipe quien lo hace con voluntad de tal (*animus socii*).

Para concretar cómo se determinan esas voluntades hay dos variantes fundamentales: a. La teoría del dolo, según la cual el *animus auctoris* consiste en una voluntad autónoma, mientras que el *animus socii* es una voluntad dependiente de la del autor y subordinada a la misma; b. La teoría del interés, que estima que actúa con *animus auctoris* quien lo hace con un interés propio en el hecho, y con *animus socii* quien obra en interés ajeno.

10. Ver por todos, y con ulteriores referencias, ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000, (1.^a ed., 1963), pp. 51 y ss. (*Autoría y dominio del hecho*, CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.], 2.^a ed., 2000, pp. 71 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 295 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, pp. 99 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 266 y ss.

Las teorías subjetivas, casi siempre unidas a conceptos extensivos de autor y que llevaron en Alemania a soluciones jurisprudenciales sorprendentes (aunque por lo general con un trasfondo político-criminal que las hace más comprensibles) de casos como el de la *bañera* (se califica de autora a la madre del recién nacido que pide a su hermana que lo ahogue y como cómplice a ésta, que es la que lo hace con sus propias manos) o el *Staschynski* (agente de una potencia extranjera que, por encargo, personalmente dispara sobre algunas personas causándoles la muerte y que es calificado de cómplice) en Alemania, son rechazables. Es prácticamente imposible saber quién actúa con voluntad autónoma y quién la subordina a otro; podría ocurrir que todos los intervinientes subordinaran a otro su voluntad o actuaran en interés ajeno, lo que supondría la existencia de hechos con partícipes, pero sin autor, cosa que es impensable (desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor); podría ocurrir que una sola persona realizara todo el hecho subordinando, sin embargo, su voluntad a otro o, sobre todo, en interés de otro, teniendo que ser calificado de partícipe, lo cual resulta incorrecto; diversos tipos describen actuaciones (del autor) en interés de otro (por ejemplo art. 405 C. P., cuando el dinero u otra utilidad en el cohecho es para otro).

En definitiva, las teorías subjetivas suponen a menudo una mezcla de criterios poco precisos que hacen difícil el control de la calificación y son incompatibles con Derechos positivos como el colombiano o el español, que, en todas sus referencias a la autoría y la participación, manejan criterios objetivos.

Además, las que parten de la equivalencia de las condiciones (teoría correcta en el plano causal) cometen el error de identificar todo lo objetivo con la causalidad.

B. LA TEORÍA DEL ACUERDO PREVIO

Alguna relación con las teorías subjetivas y el concepto extensivo de autor (aunque no es una teoría subjetiva en el sentido habitual) guarda la llamada doctrina del acuerdo previo¹¹, mantenida durante largo tiempo por el Tribunal Supremo español y, por lo que he podido ver, por la Corte Suprema colombiana, según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son autores (coautores) del mismo, con independencia de cuál sea su aportación material a él. En la mayoría de las sentencias de esta línea, en realidad del Tribunal Supremo español, cuya jurisprudencia es la que conozco a fondo, no exige que el acuerdo sea previo, sino que le basta que sea simultáneo a la ejecución, y no requiere que sea expreso. Aunque todavía hay sentencias del Tribunal Supremo que defienden esta doctrina, siquiera sea de modo suavizado, en los últimos años muchas se oponen a ella claramente y otras toman el acuerdo (en sentido amplio) como elemento necesario, pero no suficiente,

11. Por todos, críticamente, con ulteriores referencias doctrinales y amplia cita de sentencias, GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 57 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 349 ss.; PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, 1998, pp. 113 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, pp. 188 y ss.

de la coautoría, lo que resulta correcto (sin entrar aquí en la corrección o no del resto de requisitos que esas STS exigen para que se dé esa forma de autoría).

La doctrina del acuerdo previo es absolutamente criticable. Aunque el acuerdo significara disposición a realizar el tipo, no es lo mismo estar dispuesto a ello que realizarlo efectivamente. El acuerdo puede hacer más peligroso el hecho o puede ser un elemento de gran trascendencia para el mismo, pero ni la peligrosidad ni la necesidad o trascendencia de una conducta determinan la autoría. El Tribunal Supremo español, en algunas sentencias en que no la rechaza abiertamente, se “olvida” de su teoría y castiga como cómplice a un sujeto acordado, porque le parece más justa la calificación (incoherencia y dificultad de control de la decisión). Está claro que se puede ser autor sin acuerdo (pensemos en el autor que es único interviniente o, mejor aún, en el caso en que habiendo varios intervinientes no hay acuerdo, debiendo por tanto declararse que no hay autor, de ser coherentes con la teoría, lo cual es absurdo y no hace el Tribunal Supremo español). Aunque a estas críticas se podría añadir otras, creo que bastan para desautorizar la doctrina jurisprudencial, afortunadamente cada vez más arrinconada¹².

C. LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

La teoría objetivo-formal¹³ fue absolutamente dominante en Alemania durante buena parte del siglo XX, abandonándose al irse imponiendo la teoría del dominio del hecho; en España ha disputado hasta hace poco, con esta última, el carácter de doctrina dominante que tuvo durante bastante tiempo, si bien la teoría del dominio del hecho se va imponiendo paulatinamente; y se ha opinado cualificadamente que era la que mejor se adecuaba al anterior C. P. colombiano¹⁴. Según la teoría objetivo-formal es autor quien realiza (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial.

A la hora de concretar lo anterior nos encontramos, especialmente en España, con dos versiones: a. Una que podemos llamar clásica, según la cual es autor cualquiera que realice una acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa), aunque no realice toda la acción descrita en el tipo correspondiente de la parte especial; b. La otra versión, que

12. Señalaré de paso que, al margen de esta doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre autoría y participación, con honrosas excepciones, ha sido durante bastante tiempo errática y caótica, con mezcolanza de criterios o sin criterio alguno, con la consiguiente merma de garantías para los justiciables. Afortunadamente se detecta una considerable mejoría en los últimos años (se compartan o no los criterios empleados).

13. Ver por todos, y con ulteriores referencias, ROXIN. *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, 34, pp. 651 y ss. (*Autoría*, 2.ª ed., 2000, pp. 54 y ss., 697); GIMBERNAT. *Autor y cómplice*, 1966, pp. 19 y ss., pp. 215 y ss.; VIVES ANTÓN. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, 1977, pp. 148 y ss., y 151 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 411 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 110 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 267 y ss.

14. SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 137, 211 y ss., entre otras (si bien este autor la “concilia” con la de la determinación objetiva del hecho que aquí se va a defender: pp. 223 y ss.).

podemos llamar modificada o moderna (aunque es absolutamente fiel con el punto de partida de la teoría), que es la más original de un sector de la doctrina española, con influencia especialmente notable de GIMBERNAT ORDEIG¹⁵, afirma que es autor el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica (no basta cualquier acción ejecutiva) –o una de ellas si son varias– del delito de que se trate.

Es un acierto de las teorías objetivo-formales, reconocido por casi todos, el haber hecho énfasis en la conexión entre tipo y autoría. No siempre son correctas las críticas que se hacen a algunas de sus formas de fundamentación (a veces sí), ni son definitivas (especialmente frente a la versión modificada o moderna, pero en parte tampoco frente a la clásica) las críticas (a menudo consideradas insuperables) que inciden en su incapacidad para explicar la autoría mediata o la coautoría. La versión clásica, sin embargo, no convence desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor desarrollado de una forma coherente que mantenga sus ventajas, puesto que iguala las acciones ejecutivas no típicas con las claramente típicas (por ejemplo, el sujetar a la víctima de unas lesiones con el clavarle el cuchillo), cuando entre ellas se percibe una diferente forma de enfrentamiento a la norma o realización del tipo (directa en las segundas, indirecta y precisamente apoyada en éstas en las primeras), una diferencia en perentoriedad o urgencia de la norma en evitar unas y otras. La versión modificada es en principio correcta: autor, desde la perspectiva del concepto restrictivo, ha de ser quien realiza la acción típica; lo que ocurre es que en los llamados delitos puramente resultativos (como, por ejemplo, el homicidio) no se ofrece criterio material alguno para determinar quién realiza el tipo, aunque se afirma que no lo realiza cualquiera que causalmente influya en el resultado. Por lo tanto, hay que completar (pues es posible) esta teoría. Además, aunque esto es menos importante (pues depende en gran parte de la interpretación de algunos tipos de la Parte especial), considero incorrecta la idea de que es autor siempre quien realiza cualquiera de las acciones típicas de un delito, cuando la ley describe más de una: en mi opinión, hay tipos en que todas las acciones típicas son nucleares, constituyen el centro de gravedad del injusto, pero considero que no es descartable que en otros casos no sea así y la ley describa acciones nucleares (de autoría) junto a otras de apoyo (del mismo modo en que a veces incorpora otros elementos accidentales); en estos últimos sólo es autor quien realiza la acción típica nuclear. No obstante, como queda dicho, esta última opinión (que no comparte la mayoría de la doctrina, incluso quienes no defienden una teoría objetivo-formal) se refiere a un aspecto secundario, y remite a la interpretación de los tipos de la parte especial que describen más de una acción típica para saber si todas ellas o sólo alguna o algunas son nucleares.

15. GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice*, 1966, pp. 215 y ss.

D. LAS TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES (ANTERIORES A LA DEL DOMINIO DEL HECHO)

Las teorías objetivo-materiales¹⁶ (de la necesidad, de la simultaneidad, las que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad, las de la supraordinación, etc.) aportan a veces ideas interesantes, pero no pueden aceptarse para distinguir entre autor y partícipe, pues parten, bien de diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría.

E. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho¹⁷, absolutamente dominante en Alemania y defendida cada vez por un mayor número de autores españoles (hasta el punto de disputarle a la objetivo-formal la condición de doctrina dominante y, en tiempos recientes, conseguirlo) e incluso de sentencias del Tribunal Supremo español, y que parece que gana influencia en Colombia, tiene un carácter objetivo-subjetivo (esto último en cuanto que estima que la finalidad o, al menos, la consciencia es un elemento del dominio del hecho) y material. Aunque la han defendido autores muy ilustres, hay que destacar por encima de todos a ROXIN¹⁸, que le ha dado un impulso enorme en todo el mundo. Según ella (y prescindiendo aquí de las múltiples variantes y matices con que se defiende), es autor quien domina el hecho, es decir, quien con su actuación decide o tiene en sus manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito. La teoría del dominio del hecho ha desempeñado un papel importantísimo en el desarrollo reciente de la teoría de la autoría y la participación, habiendo realizado a la misma aportaciones esenciales.

16. Ver por todos y con ulteriores referencias, ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 38 y ss. (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, pp. 58 y ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 535 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, pp. 140 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 269.

17. Ver por todos y con ulteriores referencias, ROXIN. *Täterschaft*, 2000, pp. 60 y ss., 643 y ss., 658 y ss. y *passim* (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, pp. 81 ss., 688 y ss., 703 y ss. y *passim*), entre otros trabajos; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 545 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, pp. 142 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 269 y ss.

18. Aunque las obras de ROXIN sobre autoría y participación son muy numerosas y todas importantes, sobresale su monografía central *Täterschat und Tatherrschat* (existe traducción de la 7.^a ed., alemana, *Autoría y dominio del hecho*, 2.^a ed. esp., cit., 2000), cuya 1.^a ed., data de 1963 y que ya va por la 7.^a, del año 2000 (con excelentes puestas al día en cada edición), hecho insólito en lo que se refiere a monografías de contenido jurídico-penal, sólo explicable por la extraordinaria calidad de la obra. Si tuviera que recomendar a alguien una única monografía sobre un tema jurídico-penal, entre las que conozco, no dudaría en que sería ésta, pues en ella se puede aprender, con todo detalle y al margen de que se compartan o no los planteamientos, todo sobre la autoría en Derecho penal, pero, más allá de ello, se puede observar un ejemplo de buen estilo literario y científico, una inmejorable muestra de investigación jurídicopenal profunda y honrada, con un resultado a la vez riguroso y ameno, y de aguda inteligencia en el análisis de los problemas, un compendio de saberes más allá del tema de la autoría... Y todo lo que pueda decir es poco. La recomiendo a quien aún no la haya leído.

Sin embargo, me parece que la teoría, incluso en sus versiones más perfeccionadas, puede ser objeto de algunas críticas, entre las que citaré de forma resumida las siguientes: parte, en ocasiones, de figuras extrajurídicas de las que extrae consecuencias demasiado importantes, no teniendo un fundamento normativo jurídico (así, a veces, de la idea de que el autor es la figura central del hecho, imagen que resulta valiosa si de ella no se pretendieran extraer consecuencias que dan la espalda a la norma penal); al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con enormes dificultades para distinguir entre autoría y participación en los hechos imprudentes, derivando casi siempre en un concepto unitario de autor para tales hechos, y, por fin, en algunos puntos conduce a una extensión del concepto de autor, incoherente con el concepto restrictivo que dice defender, de modo que éste pierde sus ventajas; esta extensión es especialmente notoria en el concepto de coautoría, incluso cuando el mismo se basa, como ocurre en las versiones más depuradas de la teoría, en el criterio del dominio funcional (que es un dominio negativo –y no positivo– y por tanto insuficiente para fundamentar la autoría) del hecho (más aún cuando se basa en otros criterios más vagos y ampliatorios). Al dominio del hecho en la coautoría volveré posteriormente, al hilo de la descripción de la coautoría que ofrece el artículo 29 C. P. colombiano¹⁹.

En España, MIR PUIG²⁰, al que se han adherido otros, defiende una teoría cercana, pero no idéntica, a la del dominio del hecho: la de la pertenencia del hecho, según la cual es autor aquel sujeto a quien le pertenece el hecho, el sujeto que está en una posición tal que ningún otro le puede disputar esa pertenencia. La crítica más global a esa teoría puede centrarse en que parte de la idea errónea de que todo hecho ha de pertenecer a alguien (a efectos penales), siendo por el contrario lo cierto que puede haber hechos sin autor (en sentido penal), en los que, por tanto, no cabrá a su vez participación punible.

F. OTRAS TEORÍAS

Existen otros intentos de diferenciar autoría y participación²¹ que, o bien pecan de los efectos señalados a los anteriores (así las teorías mixtas) o son excesivamente

19. Conscientemente no incluyo como teoría separada la que, partiendo de bases normativas (y criticando las bases fácticas o psicológicas de otras posturas) sostienen autores como JAKOBS o LESCH, a los que se hace alguna referencia en estas páginas. La razón es que, aunque parten de fundamentos diferentes, en los que llaman delitos de organización, no se separan demasiado de la teoría del dominio del hecho. Como expongo a continuación, no puedo entrar aquí en la autoría en grupos especiales de delitos, como los de infracción de deber, categoría que, como es lógico, tienen muy presente y extienden cada vez más los citados autores (y alguno de sus seguidores españoles). Su posición es también peculiar en cuanto a la participación en los delitos imprudentes (se hará alguna referencia; muy resumidamente, ver LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC* n.º 2, 2003, p. 117). La evolución de la concepción citada va conduciendo a un concepto extensivo o unitario de autor, en el que las distinciones cobran relevancia en sede de determinación de la pena. Un resumen de esa posición puede verse en Colombia en HERNÁNDEZ ESQUIVEL, *Lecciones PG*, 2002, pp. 271 y ss. Sobre otros planteamientos, ver ROXIN, *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 649 y ss. (*Autoría*, 2.ª, 2000, pp. 694 y ss.).

20. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., 2002, pp. 365 y ss.

21. Ver por todos, ROXIN, *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 57 y ss. y 646 y ss. (*Autoría*, 2.ª ed., 2000, pp. 77 y ss., 691 y ss. y 697 y ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit.

imprecisos y vagos (muchas de las teorías mixtas o la llamada teoría de la totalidad o de la contemplación global de SCHMIDHÄUSER)²² o, pese a partir de premisas muy interesantes, realizan desarrollos que acaban incurriendo en los defectos propios de otras teorías (así la concepción normativa defendida por STEIN²³, que se fija en el diferente grado de perentoriedad de las normas de conducta de las diferentes formas de autoría y participación), o recalcan en conceptos extensivos o prácticamente unitarios de autor, directamente, o llevando a otras categorías penales algunas cuestiones relacionadas con la autoría y la participación²⁴.

G. LA TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN OBJETIVA Y POSITIVA DEL HECHO

La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, formulada primero por mi maestro, LUZÓN PEÑA²⁵ y desarrollada por mí²⁶ (y, naturalmente, por LUZÓN, y, a menudo, conjuntamente²⁷, y también posteriormente por otros autores, algunos de nuestra escuela, cuya cita omitiré aquí), es la que me parece más convincente.

En mi opinión, autoría y realización del tipo (entendiendo por tal el de cada delito de la parte especial, dejando de lado la cuestión de si existen tipos de participación), en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, han de estar estrechamente ligados: autor ha de ser quien realice la conducta que más directamente realice el tipo correspondiente de la parte especial, que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, que esa norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (fundamento normativo jurídico de la autoría). Esa conducta no puede ser otra que la que realiza la acción típica nuclear, que, en los tipos puramente resultativos (aunque la idea es válida para otros tipos),

22. SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1975, en especial pp. 500 y ss., y 572 y ss.; *Strafrecht. Studienbuch. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1984, pp. 283 y ss., 288 y ss., y 330 y ss.

23. STEIN. *Die strafrechtliche Beteiligungsfornenlehre*, 1988, *passim*.

24. Ver, por ejemplo, las referencias a las tesis de JAKOBS o LESCH, por un lado, o de SPENDEL, por otro, que, a raíz de la autoría en delitos imprudentes, realizamos LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *DPC* n.º 2, 2003, pp. 117 y ss.

25. LUZÓN PEÑA insinuó lo que sería el germen de la teoría en “Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las sentencias TS del 28 de abril de 1978 y 3 de mayo de 1978)”, en *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo) (DPCirc)*, 2.^a ed., 1990, pp. 73 y ss., en especial p. 80 (publicado por vez primera en *Revista de Derecho de la Circulación –RDCirc–* 1978, pp. 387 y ss.), la perfiló más en “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia TS del 27 de enero de 1984)”, en *DPCirc*, 2.^a ed., 1990, pp. 81 y ss., en especial pp. 92 y 99 (publicado originalmente en *RDCirc* 1984, pp. 275 y ss.) y le dio una formulación mucho más precisa y completa en “La ‘determinación objetiva del hecho’. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, 1989, pp. 889 y ss. (publicado también en *Estudios Penales*, 1991, pp. 197 y ss., y *DPCirc*, 2.^a ed., 1990, pp. 105 y ss.).

26. Ver los trabajos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO citados supra n. 1.

27. Aunque LUZÓN PEÑA y yo hemos ido elaborando conjuntamente durante bastantes años nuestra construcción, no la habíamos expuesto por escrito hasta nuestro trabajo en *DPC* n.º 2, 2003, pp. 89 y ss. (versión colombiana del publicado en alemán en *FS-Roxin*, pp. 575 y ss.).

se concreta mediante el criterio siguiente: autor es quien con su conducta determina (o domina, si es que al dominio se le puede privar del carácter subjetivo) objetiva y positivamente el hecho.

Especialmente en Colombia, país en que un partícipe, el instigador o inductor, recibe la denominación de determinador (art. 30 C. P.), conviene realizar una precisión terminológica: la expresión “determinación objetiva del hecho” o “del curso del hecho” debe entenderse precisamente en el mismo sentido en que por ejemplo WELZEL²⁸ hablaba de “supradeterminación” (*Überdetermination*) (final) del acontecer del hecho, pero prescindiendo en la determinación objetiva del hecho precisamente de la voluntad y, por tanto, del prefijo “supra” (*über*). Pero, en todo caso, ha de subrayarse que no se trata aquí de ninguna manera de una *determinación al hecho* como en la inducción, instigación o determinación²⁹.

El que se trate de una determinación o dominio objetivos hace que el criterio sirva también para los delitos imprudentes; el que se exija que sea positivo (es decir que decida realmente el sí y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor que harían perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo, extensiones especialmente innecesarias dada la regulación de las formas de participación en el C. P. español (cuestión más problemática en el StGB y en el C. P. colombiano).

Prescindiendo de matices, considero cercana, en su punto de partida y en algunos (no en todos, especialmente en lo relativo a la autoría mediata) de sus desarrollos, a la tesis aquí defendida otra más reciente de DÍEZ RIPOLLÉS³⁰, que, partiendo de la definición de la autoría en el vigente C. P. español, considera elementos materiales claves de la misma el “acceso al tipo” y el “control del suceso típico”, aspecto éste último que se concretaría “en el dominio objetivo del suceso”, común (al igual que el acceso) a los delitos dolosos e imprudentes (si bien se destaca la presencia añadida de un dominio subjetivo en los delitos dolosos).

Esta concepción de la realización del núcleo del tipo y de la determinación positiva y objetiva del hecho ha ganado adeptos³¹, pero también ha sido objeto de crítica por diversos autores, sobre la base principalmente de dos argumentos (aunque no sólo: por ejemplo, se critica la estancamiento a que lleva a la autoría respecto de otros elementos del tipo objetivo, señaladamente respecto de la imputación objetiva en los delitos de

28. WELZEL. *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 33 y ss.

29. Así lo advertimos expresamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *LH-Roxin*, Coimbra, 1995, pp. 305 y ss.; más resumidamente en *LH-Roxin*, Barcelona, 1997, p. 322; LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC* n.º 2, 2003, p. 106.

30. DÍEZ RIPOLLÉS. “Una interpretación provisional del concepto de autor”, en *RDPCR* n.º 1, 1998, pp. 25 y ss.

31. En Colombia parece que la admite al menos SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, especialmente pp. 223 y ss., si bien “conciliándola” con la teoría objetivo-formal, que es la que estimaba más acorde con las disposiciones del anterior C. P. colombiano.

resultado, crítica que quizá sea comprensible dado el trabajo de “disección” que hemos pretendido algunos defensores de esta concepción para resaltar lo estrictamente propio de la autoría; sin embargo, no ignoro las relaciones recíprocas entre estas categorías –y otras del delito–, que impiden ciertamente un análisis absolutamente aislado de cada una de ellas).

Por un lado, se dice que en los delitos con más de una acción típica no cabe distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares, sino que toda acción descrita en un tipo es de autoría³². Esta crítica, que se dirige a una idea mía y no de LUZÓN PEÑA (quien alberga dudas al respecto) se basa en un aspecto secundario de la opinión expuesta y olvida, en cierta medida, que no se afirma que en todas las ocasiones en que un tipo describe más de una acción haya acciones típicas nucleares, sino que simplemente se admite la posibilidad que los criterios de interpretación generales, aplicados a los tipos de la Parte especial, hagan constatar que, en algún caso, la ley puede configurar una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella³³ (o sea, si los realiza una persona distinta al que realiza el núcleo de la conducta, como actos de participación en sentido estricto, cuya importancia –carácter esencial para el curso del acontecer típico– es destacada expresamente por la ley, lo que va a conducir a que a tal conducta de participación se le conmine, en el Derecho penal español, con la misma pena que corresponde a la autoría, por la vía de la cooperación necesaria, figura de la que carecen los actuales ordenamientos colombiano y alemán)³⁴.

Por otro lado, se reprocha a esta concepción su olvido del componente subjetivo, que para muchos es indispensable en el dominio del hecho³⁵. Sin embargo, la crítica me parece exagerada (en lo terminológico, desde luego, pues precisamente para soslayar la posible –que no segura– contradicción que implicaría la expresión dominio objetivo, empleamos la de determinación objetiva), pues los partidarios de esta concepción no ignoramos que los elementos subjetivos de la conducta de los intervinientes puedan tener influencia en la apreciación de un dominio o determinación, sino que simplemente tratamos de resaltar (dando quizá por ello otra vez una imagen de estanqueidad de las categorías que no responde a la realidad) lo que es propio, característico o exclusivo de la autoría (en delitos dolosos e imprudentes)³⁶.

32. A modo de ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN. *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 399 y ss., n. 72; PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, 1998, pp. 271 y ss.

33. Alguno de mis críticos ha señalado que mi propuesta peca de formalismo. Sin embargo, creo que es más bien al contrario: formalista es la idea (propia de la teoría objetivo-formal, que, por cierto, rechazan algunos de mis críticos) de que necesariamente la realización de cualquier acción descrita en el tipo fundamente la autoría, como ya lo pusiera de manifiesto ROXIN. *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, (1.ª ed., 1963), p. 37 (*Autoría*, 2.ª ed., 2000, p. 57).

34. Una respuesta más amplia a la crítica puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *RDPCr* n.º 9, 2002, pp. 334 y ss.

35. Ha insistido especialmente en este aspecto CEREZO MIR. *Curso de Derecho penal español, Parte general III*, 2001, p. 212 y n.º 28, por citar uno solo de sus trabajos.

36. Sobre el carácter objetivo del dominio o determinación, contestando más detenidamente a la crítica, ver, entre otros trabajos, LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC* n.º 2, 2003, pp. 101 y ss.

H. ADVERTENCIA

Con lo anterior, queda concluida la sintética caracterización de la autoría que me había propuesto. Creo que la concepción defendida, con las concreciones que de manera indispensable han de hacerse respecto de cada una de las formas de autoría y de las figuras de participación (que aquí no son posibles), es válida no sólo para determinar la autoría y distinguirla de la participación en los casos de la delincuencia que podríamos llamar clásica, sino también respecto de fenómenos más recientes y que preocupan especialmente, como los de la responsabilidad penal por conductas que se realizan en el seno de organizaciones complejas (como las empresas, los entramados de producción y comercialización de productos, etc.), o la cuestión (relacionada en parte con la anterior) de la responsabilidad por la adopción de decisiones en órganos colegiados. Naturalmente, los principios de división del trabajo, jerarquía, etc., que rigen esas estructuras, así como los ámbitos de responsabilidad que cada sujeto ocupa en ellas serán datos importantísimos en la determinación de quién o quiénes determinan el acontecer típico (autores) y quiénes son partícipes (de mayor o menor importancia). No cabe olvidar tampoco que en la determinación de la responsabilidad penal en esos supuestos están implicadas, con problemas también de gran complejidad (y que repercuten unos en otros), cuestiones centrales de la teoría del delito, como la causalidad y la imputación objetiva, la omisión, la imprudencia o el *iter criminis*, entre otras.

La caracterización es general y, por lo tanto, no puedo matizar aquí las peculiaridades de las diversas formas de autoría³⁷ (aunque a la coautoría haré referencia más adelante), ni de la autoría en los delitos especiales (ni, en su caso, en los de infracción de deber), de propia mano y con modalidades limitadas o tasadas de acción³⁸, ni en relación con el delito imprudente (en el que considero posible, gracias al criterio señalado, distinguir entre autoría y participación, entendiendo que es impune la participación imprudente, como mencionaré más adelante, y que caben todas las formas de autoría)³⁹, o con la omisión⁴⁰, ni otros extremos sin duda interesantes, pues conviene ya examinar el Derecho colombiano.

37. Aunque a cada una de ellas me refiero en diversos trabajos, puede verse un resumen de mis opiniones en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, p. 147, pp. 160 y ss. Por lo demás, sobre la autoría mediata y la coautoría son bastantes los estudios en español aparecidos en los últimos tiempos; por citar sólo monografías muy recientes, sobre la autoría mediata, ver HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996; BOLEA BARDON. *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000; y, sobre la coautoría, ver LÓPEZ PEREGRÍN. *La complicidad*, 1997; PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, 1998; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, 2001; DURÁN SECO. *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, 2003.

38. Ver un resumen de mi opinión respecto de la autoría y la participación en esos delitos en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2000, pp. 167 y ss., 175 y ss., y 984 y ss.

39. Respecto de la concepción que considero correcta de la autoría y la participación en hechos imprudentes, ver entre otros trabajos, LUZÓN PEÑA. *ADPCP*, 1989, pp. 889 y ss. (*Estudios Penales*, 1991, pp. 197 y ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 149 y ss.; LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC* n.º 2, 2003, pp. 115 y ss. Sobre este tema también han proliferado los trabajos publicados en España

IV. LA AUTORÍA (Y LA PARTICIPACIÓN) EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

En lo que sigue, me centraré en la regulación de la autoría, pero también haré referencia a algunas cuestiones relacionadas con la participación⁴¹.

A. CLARA ACOGIDA DE UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Todo indica que el vigente C. P. colombiano consagra un concepto restrictivo de autor, en que se diferencian claramente los autores de los partícipes y se acoge la accesorieidad limitada de la participación⁴². Desde luego, lo hace de forma mucho más clara que en el C. P. anterior, en el que bajo la rúbrica “autores” se incluía, además de a quien realice el hecho punible, a quien determine a otro a realizarlo, y también más clara que en el vigente C. P. español, que mejora el anterior, pero recoge (eso sí, de manera separada) en un mismo artículo a los que “son autores” y a los inductores y cooperadores necesarios, de los que proclama que “también serán considerados autores”, abarcando a todos en el término “autores” a la hora de establecer quiénes son responsables criminalmente de los delitos y faltas (“los autores y los cómplices”), a la de especificar la pena que les corresponde y en otros preceptos (como los relativos a la receptación y al encubrimiento, que exigen que el sujeto no haya intervenido en el delito previo “ni como autor ni como cómplice”).

Para empezar, el artículo 28 C. P. señala claramente que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”, no dejando lugar a duda de que se trata de dos formas diferentes de intervención en el delito. También es acertado no haber incluido además a los encubridores, pues el encubrimiento no es, contra lo que daba a entender el artículo 12 del anterior C. P. español, felizmente superado ya en este punto en el vigente, una forma de participación en el delito, básicamente

en los últimos años. Ciñéndome a las monografías más recientes dedicadas al tema, citaré las de PÉREZ MANZANO. *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, 1999; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS. *La “codelinuencia” en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, 2001; ROSO CAÑADILLAS. *Autoría y participación imprudente*, 2002.

40. Ver un resumen de mi punto de vista en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 986 y ss. No son muchos los estudios sobre esta materia en la doctrina española. Ver entre otros, LUZÓN PEÑA. “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del T. S.”, en *Estudios penales*, 1991, pp. 225 y ss. (publicado por primera vez en *P. J.* n.º 2, 1986, pp. 73 y ss. y *La Ley* 1986-3, pp. 535 y ss., con algunas variaciones y bajo otro título); CUERDA RIEZU. “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español”, en *LH-Roxin*, Coimbra, 1995 (también publicado en *ADPCP*, 1992, pp. 491 y ss. y, en alemán, bajo el título, “Struktur der Täterschaft bei Begehung und Unterlassung im spanischen Strafrecht”, en SCHÜNEMANN Y FIGUEIREDO DIAS. *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra, Symposium für Claus Roxin, 1995, pp. 259 y ss.), pp. 297 y ss.
41. Mi opinión sobre la regulación de la codelinuencia en el C. P. español puede verse, entre otros lugares, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La Ley* 1996-2, pp. 1283 y ss.; *EPB*, 2002, pp. 148 y ss. Sobre el anterior C. P. colombiano, SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 175 y ss.
42. De la misma opinión, SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC* XXII, n.º 72, 2001, pp. 15 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 281.

porque no se puede participar en (o sea, facilitar, fomentar, quitar obstáculos a) un hecho que ya está acabado, sea porque ha quedado en grado de tentativa, sea porque se ha consumado –aquí habría que tener en cuenta las peculiaridades de los delitos permanentes– (con otras palabras, no se puede participar en un hecho cuya realización típica ya está cerrada). El encubrimiento o favorecimiento es por tanto un tipo (o varios) de delito con autonomía propia, como más correctamente viene a reconocer su ubicación y regulación en el C. P. colombiano (arts. 446 y ss., componentes del capítulo VI del título XVI: “Delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia”, del libro II C. P.)⁴³.

La autoría y la participación se regulan en dos artículos diferentes, el 29 y el 30, respectivamente, señalándose en cada uno de ellos quiénes son autores y quiénes partícipes y definiendo las distintas modalidades de una y otra categoría, con la única sombra quizá del “interviniente” del último párrafo del artículo 30 C. P., cuya naturaleza no queda tan clara, por el término genérico empleado (aunque más bien por la interpretación que de él han realizado las importantes y discutibles sentencias de la Corte Suprema del 25 de abril de 2002 y 8 de julio de 2003), y estableciendo separadamente las penas correspondientes.

Y, desde luego, al igual que en el StGB, y de manera diferente a lo que sucede en el C. P. español que sólo habla del “hecho”, los párrafos del artículo 30 C. P. que definen las dos categorías de partícipes, el determinador y el cómplice, exigen que el

43. Sin negar con ello una cierta dependencia entre el encubrimiento y el delito encubierto, pues la existencia de éste es un presupuesto (un elemento del tipo) de aquél (lógicamente no puede haber encubrimiento si no hay nada que encubrir). Pero quizá la relación entre el delito de encubrimiento y el delito encubierto posea un significado material, en el sentido de que, más allá de la prevención del genérico ataque a la Administración de Justicia, con el castigo del encubrimiento se pretenda también (sancionando la obstaculización de su persecución) la prevención de la comisión de concretos delitos de la clase de los encubiertos y así (también de modo indirecto) se protejan (para el futuro y no respecto del concreto bien jurídico afectado por el concreto delito encubierto, pues la afectación ya se habrá producido con anterioridad al encubrimiento –ya que, si el sujeto ha contribuido a esa afectación, aunque sea, en los términos en que veremos, con una promesa o pacto previo de encubrir el hecho una vez que se cometa, ya no será encubridor, sino partícipe o, según alguna opinión, incluso coautor–) los bienes jurídicos afectados por los delitos susceptibles de ser encubiertos (e incluso cuando sea reparable civilmente la afectación del concreto bien jurídico por un delito encubierto para el presente, pues, al fomentarse su descubrimiento mediante el castigo del encubrimiento, tal reparación será más fácil; o, dicho de otra manera, el encubrimiento en ocasiones afecta de alguna manera al mismo y concreto bien jurídico afectado por el delito previo por hacer más difícil la recuperación y restitución del objeto del delito previo o la reparación civil en un sentido más amplio). Es cierto que tal vez lo que se acaba de decir ocurra con todos o algunos de los delitos contra la Administración de Justicia, pero parece que la relación en el caso del encubrimiento es más directa. Ver sobre todo lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Encubrimiento o favorecimiento”, en *Enciclopedia Penal Básica (EPB)*, 2002, pp. 640 y ss. Bastante más lejos llegan algunos autores en la relación del encubrimiento con el delito previo. Ver por ejemplo, el excelente trabajo, que completa otros anteriores del mismo autor e informa ampliamente sobre las diversas posiciones, de SÁNCHEZ OSTIZ. *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, muchas de cuyas concepciones no comparto, a pesar de considerarlas muy dignas de ser tenidas en cuenta; obviamente, no es éste el lugar adecuado para valorarlas.

primero determine y el segundo contribuya o preste ayuda posterior, anteriormente concertada, “a realizar (o a la realización de) la *conducta antijurídica*”, con lo que acoge claramente el principio de accesoriedad limitada de la participación.

Por cierto que, cuando el artículo 29 C. P. se refiere a la conducta del autor, no habla de realización de la conducta antijurídica, sino de la “conducta punible”, en cuya realización concurren autores y cómplices. No me queda clara la razón de la distinción, como el empleo de “conducta punible” no sea un mero arrastre histórico (“hecho punible” era la única expresión que empleaba el C. P. anterior en todas las formas de intervención) o, como parece más probable, se haya pretendido que la autoría requiera, en consonancia con la definición de la conducta punible del artículo 9.º C. P., tipicidad, antijuridicidad y también culpabilidad. El exigir culpabilidad para la autoría es discutible, pues no habría problema de hablar de autor inculpable de un hecho (como lo son los sometidos a medidas de seguridad en el Derecho penal colombiano), pero, al fin y al cabo, no es en sí mismo de vital trascendencia. Sin embargo, si no fueran tan claros los preceptos relativos a la participación al exigir sólo “conducta antijurídica”, la exigencia en el autor de culpabilidad podría llevar a una interpretación de que, al no haber autor sin culpabilidad, no cabe participación en el hecho típicamente antijurídico e inculpable (teoría de la accesoriedad máxima), lo que, en mi opinión, sería poco adecuado y produciría importantes problemas. Pero, dado la clara referencia a la “conducta antijurídica” en el artículo 30, la cuestión no se plantea.

También en relación con la accesoriedad cabe señalar que el C. P. colombiano (coincidiendo en esto con el español) no exige expresamente dolo en la participación ni en el hecho antijurídico del autor en que se participa, al contrario de lo que sucede en el StGB (§§ 26 y 27). La doctrina alemana ha interpretado, hasta hace poco de manera casi unánime (pues últimamente surgen algunas voces discrepantes), que esta exigencia supone que no es posible la participación imprudente en hecho imprudente (ni la dolosa en hecho imprudente), sino que en materia de imprudencia rige un concepto unitario de autor. En mi opinión, de la exigencia de dolo se podría derivar precisamente lo contrario: que la participación imprudente es impune (lo cual me parece acertado).

Pero, para ello, habría que partir de un criterio que permitiera distinguir entre autoría y participación también en los hechos imprudentes y, como hemos visto, el dominio del hecho, en las concepciones al uso, es inidóneo para ese fin. Sin embargo, el criterio de la determinación objetiva del hecho sí permite esa diferenciación, siendo discutible si es punible la participación imprudente o no; en mi opinión, no lo es, básicamente (aunque no descarto otros) por argumentos de política criminal: dado que la participación en los sistemas restrictivos de autoría supone una extensión de la tipicidad, que el castigo de la imprudencia es excepcional y que la gravedad de los hechos imprudentes es (a igualdad de injusto objetivo) menor que la de los dolosos, conviene realizar una interpretación restrictiva, sustentada en el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, excluyendo de la tipicidad y, por tanto, de la

punición las formas de mero favorecimiento imprudente (que no reúna las características de la autoría) –y más aún las de favorecimiento meramente objetivo– de hechos imprudentes o dolosos, sin perjuicio de que las de favorecimiento imprudente puedan constituir un ilícito extrapenal.

Es posible que esta solución conduzca a resultados insatisfactorios en algún caso particular, cuyas peculiaridades hagan más peligrosa la participación imprudente; no obstante, para tales casos puede recurrirse a la tipificación como delito autónomo de esa figura de favorecimiento o participación imprudente.

Como puede apreciarse, de ser correcta esta opinión, la misma encajaría perfectamente en la regulación del StGB, pues, como hemos visto, sus §§ 26 y 27 excluyen expresamente de las formas de participación en sentido estricto las conductas imprudentes⁴⁴.

Pero lo que más interesa destacar aquí es que el C. P. colombiano deja la cuestión abierta, lo cual es, en mi opinión, un acierto.

No hace falta que insista en que considero muy positiva la adopción de un concepto restrictivo de autor en el C. P. colombiano, pues es el que considero preferible, por las razones vistas en su lugar.

B. LAS FORMAS DE LA AUTORÍA

El artículo 29 C. P. se refiere a la autoría inmediata (directa), mediata (a estas dos sin darles nombre) y a la coautoría (aquí sí habla de coautores), además de incluir, en apariencia como una forma más de autoría, la figura del actuar por otro. Realizaré algunas reflexiones sobre esta regulación, deteniéndome especialmente en el párrafo dedicado a la coautoría, pues me parece el más discutible.

1. ¿Necesidad de mencionar la autoría en la Parte general de un Código Penal?

Antes que nada, podemos preguntarnos si es preciso que la autoría y sus formas se mencionen y definan expresamente en un precepto general de la Parte general del C. P., como hacen actualmente tanto el C. P. colombiano como el C. P. español y el StGB. La cuestión no se plantea en relación con las formas de participación, pues, partiendo de un concepto restrictivo de autor, su mención en la Parte general del C. P. (otra técnica en la Parte especial sería muy engorrosa y reiterativa) resulta imprescindible para que resulten típicas y, en consecuencia, punibles.

Dada la estrecha conexión entre la autoría y el tipo en la concepción que aquí se defiende, me parece que la autoría (en cualquiera de sus clases) se contiene en cada uno

44. Sobre todo lo anterior, ver las obras citadas supra n.º 39.

de los tipos de la Parte especial, como opina (o al menos opinaba bajo la vigencia del C. P. español anterior, en el que no era evidente la existencia de una definición de la autoría) un sector de la doctrina española. Personalmente creo innecesaria la definición de la autoría y sus formas en el C. P., pues, si la autoría (cualquier forma de autoría) es estricta realización del tipo (de cada uno de los tipos de la Parte especial), la misma (en cualquiera de sus formas), se deriva directamente de los tipos de la Parte especial. Sin embargo, otro sector doctrinal ha alegado en España en defensa de una mención expresa de las formas de autoría en un precepto de la Parte general, en especial de la autoría mediata, el que de ese modo se salvan los problemas que *de lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento de la autoría mediata. Prescindiendo de la corrección de este argumento, al que volveré al hilo de la autoría mediata, y, pese a que, en mi opinión, la mención de las formas de autoría resulte estrictamente innecesaria (y posea, por así decirlo, una naturaleza meramente declarativa y no constitutiva), quizá sí sea conveniente por otra razón: fundamentalmente para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (menos dudas han existido respecto de las otras formas de autoría, aunque alguna quizá en relación con la coautoría) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales que al respecto se han producido en España (aunque muchas sentencias del Tribunal Supremo manejan correctísimamente la figura de la autoría mediata) y puedo imaginar que también en Colombia (aunque no puedo asegurarlo) y quizá con cierto entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata (y tal vez de la coautoría) como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto⁴⁵.

2. La autoría inmediata unipersonal

Poco tengo que decir en relación con la autoría inmediata (directa)⁴⁶. El C. P. colombiano ha seguido, al parecer, el modelo alemán, y define a este autor como “quien realice la conducta punible por sí mismo” (*selbst* en el § 25 StGB). Parece evidente que el “por sí mismo” supone una oposición al “utilizando a otro como instrumento”, esto es, a la autoría mediata. La fórmula colombiana (y la alemana) dejan fácil paso en esta definición (y en la de la autoría mediata) a la posibilidad de pluriautoría (varios autores, inmediatos o mediatos, que realizan por completo la conducta punible cada uno de ellos) e incluso a la coautoría, pues, como autor que es, el coautor también realiza el hecho por sí mismo (o utilizando a otro como instrumento), aunque sea conjuntamente.

Pese a todo, los legisladores colombiano y alemán han preferido definir de manera separada la coautoría, aunque no resultaba, por lo dicho, estrictamente necesario.

El legislador español define de manera distinta (y creo que menos afortunada) al autor inmediato: “quienes realizan el hecho por sí solos” (art. 25 C. P. español), con lo que

45. Respecto a toda esta cuestión, ver mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 708 y ss.; *La Ley* 1996-2, pp. 1.284 y ss.; *EPB*, 2002, pp. 148 y ss., entre otros trabajos.

46. Al respecto, en relación con el C. P. colombiano, ver entre otros, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 273 y ss.

la oposición no es sólo a la autoría mediata (oposición menos evidente que en los otros ordenamientos citados), sino también a la coautoría, por lo que, con ese tenor, no quedaba más remedio que referirse expresamente a la coautoría (a las tres formas de autoría se refiere en el primer apartado del citado artículo), pues, desde luego, el coautor no realiza por sí solo el hecho (aunque podría plantearse alguna duda, sí encajan en la fórmula citada los supuestos de pluriautoría, pues no suponen más que varias autorías individuales yuxtapuestas, de modo que cada autor realiza el hecho por sí solo o, en su caso, al modo de la autoría mediata).

3. La autoría mediata

Aparte de las referencias ya realizadas a esta figura, deseo poner de relieve simplemente dos cuestiones⁴⁷. En primer lugar, dejaba anteriormente planteado el argumento que algunos autores esgrimían a favor de una mención expresa de la formas de autoría y, en concreto, de la autoría mediata, en el C. P.: con ella se salvan los problemas que *de lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento esta forma de autoría.

Efectivamente, tales problemas se producen en algunos tipos (no en muchos otros), en los que el tenor literal posible impide encajar en él la realización de acciones a través de otra persona instrumental (así, en los delitos de propia mano o en algunos delitos con modalidades limitadas o tasadas de acción o, en casos de “autoría mediata” de *extranei*, en los delitos especiales propios). A menudo (aunque no siempre) ello se debe a una defectuosa redacción de los tipos de la Parte especial. Pero creo que tales problemas se seguirán produciendo por mucho que un precepto de la Parte general declare que es autor el que realiza el hecho a través de otro del que se sirve como instrumento, pues, por ejemplo, el *extraneus* que se sirva de un juez para que este dicte una sentencia injusta seguirá sin realizar un prevaricato y, como es lógico, el artículo 29 C. P. lo primero que exige también del autor mediato es la realización de la conducta punible, de modo que otra interpretación de la mención de la autoría mediata como extensión de la autoría o precepto para cubrir posibles lagunas de punición sería incorrecta⁴⁸.

En segundo lugar, deseo poner de manifiesto que la fórmula con que el artículo 29 C. P. se refiere a la autoría mediata (“utilizando a otro como instrumento”) podría plantear algún problema respecto de algunos supuestos de autoría mediata imprudente por la connotación de intencionalidad que puede extraerse del verbo utilizar. En todo caso, los problemas son menores que los que plantea la fórmula utilizada en el artículo 28 C. P. español (“por medio de otro del que se sirven como instrumento”), en que los tintes finalísticos parecen aún mayores. No obstante, he defendido para el C. P.

47. Sobre la autoría mediata en el C. P. colombiano ver entre otros, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 274 y ss.

48. Insisto en ello en el contexto de la regulación española en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La Ley 1996-2*, p. 1285; *EPB*, 2002, p. 148, entre otros lugares.

español y, por tanto, creo que con mayor razón se puede sostener para el colombiano, que esas dificultades son superables por vía interpretativa (objetivando los términos) o acudiendo en esos casos a los tipos de la Parte especial o incluso a la coautoría⁴⁹.

4. La coautoría

La fórmula que emplea el segundo párrafo del artículo 29 C. P. para referirse a la coautoría⁵⁰ es la siguiente: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”. En mi opinión, ésta es una definición muy poco afortunada.

De entrada, en la definición citada caben literalmente cómplices, pues, desde luego, éstos pueden actuar en acuerdo común y con división de trabajo con el autor o autores y otros cómplices⁵¹, y el párrafo del artículo 30 C. P. que a los cómplices se refiere no exige en su literalidad una menor importancia de su aportación. Y el artículo 29 no exige expresamente de los coautores que realicen la conducta punible. Obviamente, sin embargo, la conexión de ambos preceptos indica que el acuerdo (con división del trabajo) es requisito imprescindible de la coautoría y no de la complicidad (aunque más adelante aludiré a una posible, aunque rechazable, interpretación distinta en relación con el acuerdo y la complicidad) y que un dato clave que diferencia la coautoría y la complicidad es la importancia del aporte, mayor, aunque no se indica siquiera cuánto mayor, en la coautoría.

Da la impresión de que el legislador colombiano ha optado por plasmar (o, mejor, intentar plasmar) una concepción de la coautoría coincidente con la que sustenta un sector, no el más exigente por cierto, de los defensores de la teoría del dominio del hecho⁵². Pues parece conformarse con el acuerdo con división del trabajo y una cierta importancia en la contribución (no se señala cuál, ni siquiera por aproximación o a modo de ejemplo), lo que los defensores del dominio del hecho (o, al menos, los más precisos de ellos) suelen caracterizar como esencialidad de la contribución. Desde una perspectiva algo más restrictiva, que, en principio, no parece haber adoptado el legislador colombiano, ROXIN⁵³ y quienes le han seguido (por cierto, todos los

49. Sobre lo anterior, ver entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La Ley 1996-2*, n.º 22, p. 1291 y *EPB*, 2002, p. 150.

50. Ver sobre la coautoría en el C. P. colombiano, entre otros, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 277 y ss.

51. Manifiesta igualmente que el acuerdo común y la división del trabajo criminal no son requisitos suficientes (aunque sí necesarios) de la coautoría y pueden darse en la complicidad, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 278.

52. De acuerdo en ello HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 278. Para completar lo que sigue (exposición, crítica y postura personal), ver entre otros diversos trabajos, con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 651 y ss.; *LH-Cerezo*, 2002, pp. 649 y ss.; *EPB*, 2002, pp. 173 y ss.; *DPC* n.º 2, 2003, pp. 107 y ss. En la exposición que sigue no realizaré citas exhaustivas ni muy numerosas, pero, como se ha indicado, pueden encontrarse con abundancia en aquellas obras más que acabo de citar (y en otras).

53. Ver ROXIN. *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 275 y ss., y 684 y ss. (*Autoría*, 2.ª ed., 2000, pp. 305 ss., y

defensores españoles de la teoría del dominio del hecho) exigen para la coautoría un *dominio funcional del hecho*, que añade a los requisitos señalados uno más: que la aportación del coautor se realice en fase ejecutiva. Pues bien, ni siquiera en esta versión más estricta (menos aún en la amplia) me convence la caracterización de la coautoría por la teoría del dominio del hecho, pues considero que viene a extender en exceso el concepto de autor en esta figura, que es auténtica autoría y no participación (reconociendo que posee algún parecido en ciertos puntos con ésta). En esta medida, tampoco me satisfaría la regulación del C. P. colombiano.

Veamos mi opinión sobre los distintos elementos al hilo de la exposición de la construcción de ROXIN. Para éste, “es coautor [...] todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa”⁵⁴. La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no sólo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho⁵⁵. Los concretos elementos del dominio funcional del hecho son el plan común, que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo expreso y previo⁵⁶, la esencialidad de la contribución del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía)⁵⁷, y, por fin, que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva⁵⁸.

1. El primer elemento, el plan o acuerdo común entre los sujetos⁵⁹ se concibe de distintas maneras, pero la mayoría de los autores se conforma con una especie de “dolo común”, es decir, con que cada sujeto sepa que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. En mi opinión, tal acuerdo mínimo (que, como se deriva de lo señalado, no requiere ser expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo,

731 y ss.); “Die Mitäterschaft im Strafrecht”, en *Juristische Arbeitsblätter (J. A.)* 1979, pp. 519 y ss.; *Leipziger Kommentar. Großkommentar (L. K.)*, 11.^a ed., 1993, § 25 nm. pp. 153 y ss.

54. ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, p. 280 (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, pp. 310 y ss., aunque ofrezco mi propia trad. del pasaje citado).

55. Ver por ejemplo, ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 278 y ss. (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, pp. 308 y ss.).

56. Así, ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, p. 285 (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, p. 316); J. A. 1979, p. 519; L. K., 11.^a ed., 1993, § 25 nm. pp. 173 y ss.

57. ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 278 y ss. y p. 283 (*Autoría*, 2.^a ed., 2000, pp. 309 y ss. y 313 y ss.); “Sobre la autoría y la participación en el derecho penal” (trad. de BACIGALUPO), en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa (LH-J. Asúa), 1970, pp. 67 y ss.; J. A., 1979, pp. 523 y ss.; L. K., 11.^a ed., 1993, § 25 nm. pp. 189 y ss.

58. ROXIN. *Täterschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 294 y ss. (*Autoría*, 2000, pp. 325 y ss.); LH-J. Asúa, 1970, pp. 67 y ss.; J. A., 1979, pp. 522 y ss.; L. K., 11.^a ed., 1993, § 25 nm. pp. 179 y ss.

59. Este acuerdo y la concurrencia de diversos coautores no debe confundirse con el delito de “concierto de personas para delinquir” tipificado en el artículo 340 C. P., que aquí no podemos analizar.

y que estimo que habría que concebir como acuerdo sobre la realización de la acción descuidada en la coautoría imprudente) es efectivamente un requisito de la coautoría, por lo que no veo problemas en su exigencia en el C. P. colombiano: primero, en la coautoría dolosa, porque nadie puede responder a título de dolo por lo que no conoce o no quiere (esto ocurre también en las formas de participación: un partícipe no puede responder por hechos del autor que no conoce); pero además, en la coautoría dolosa y en la imprudente, ese acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por lo que hace él, sino también por lo que hacen los otros coautores. Más concretamente, el acuerdo, unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos, es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forma una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta es básica en la coautoría, en la que se produce una imputación recíproca entre los coautores.

Pero, que el acuerdo sea necesario no significa que sea suficiente, pues de acción conjunta por el acuerdo y la división del trabajo o acumulación de esfuerzos se puede hablar también en supuestos de coparticipación (cuando lo que se realiza conjuntamente sea una acción de participación), e incluso en los supuestos en que intervienen diversos sujetos, uno o varios como autores y uno o varios como partícipes, podría hablarse de una superior acción conjunta que comprendería todo el proceso delictivo (al modo en que se habla a veces de acción conjunta en el concepto unitario de autor). Por tanto, será importante que la acción conjunta que se realice sea de autoría.

2. El segundo párrafo del C. P. colombiano se refiere a la importancia del aporte. La vaguedad del precepto en este punto es enorme⁶⁰, pues no nos dice qué grado de importancia requiere ni qué es lo que confiere importancia al aporte. Esto, que es en sí mismo criticable, va a servirnos de vía por la que introducir restricciones a la amplitud de la coautoría, como veremos, con lo cual tal vaguedad (manejada en cierta dirección restrictiva) acaba convirtiéndose en una ventaja (aunque sigue siendo un peligro por las posibilidades de interpretación extensiva que facilita).

Pero supongamos por el momento que la importancia a que se refiere el precepto equivale a la esencialidad de la contribución antes mencionada. ¿Sería entonces adecuado el requisito para caracterizar la coautoría? En mi opinión, no.

La esencialidad de la que habla ROXIN no confiere al sujeto un dominio del hecho “con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato”, en palabras de GIMBERNAT ORDEIG⁶¹, o, más concretamente, como señala LUZÓN PEÑA⁶², el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad posi-

60. En el mismo sentido HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 278 y ss.

61. GIMBERNAT ORDEIG. “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n.º 80, 1968, pp. 933 y ss.

62. LUZÓN PEÑA. *ADPCP*, n.º 23, 1989, pp. 895 y ss. y p. 896 (*Estudios Penales*, n.º 23, 1991, pp. 205 y ss. y 206).

tiva)⁶³. El que realiza una aportación esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el “si” del hecho, detenta un poder sobre el “no”, sobre la “no producción” del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. Entre ellos hay por tanto una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por mí adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta pretertoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, ésa será la conducta de autoría⁶⁴.

63. A la crítica de que el dominio funcional del hecho (tal y como se entiende a partir de ROXIN) constituye un dominio meramente negativo incapaz de fundamentar la coautoría se han adherido diversos autores; así, por citar a tres monografistas, LÓPEZ PEREGRÍN. *La complicidad*, 1997, pp. 397 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 402 y ss. (en este último caso, sin compartir nuestra tesis de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero desde una postura que considero no demasiado alejada de ella); DURÁN SECO. *La coautoría*, 2003, pp. 196 y ss.

64. Diversos autores se han opuesto a esta crítica. Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER. “Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal”, en *P. J.* n.º 31, 1993, pp. 37 y ss. Estas observaciones las hace BACIGALUPO ZAPATER en contestación a otras contenidas en el comentario crítico que, junto a otros autores, realizamos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y DE VICENTE REMESAL. “Autoría o participación en determinados supuestos de ‘vigilancia’ (comentarios a la STS del 21 de febrero de 1989, M. P.: BACIGALUPO ZAPATER)”, en *P. J.* n.º 27, 1992, 208, señala que “la teoría del dominio del hecho no conduce a un dominio negativo [...] pues lo que configura la realización concreta del hecho es el aporte positivo del partícipe y no la omisión de su retirada. En este sentido, es evidente que el que sujeta a la víctima del homicidio o la lesiona, domina positivamente el hecho, pues hace algo que configura el hecho en su realización [...] De todos modos, no se comprende qué importancia tiene que el dominio del hecho sea ‘negativo’ o ‘positivo’, ni en qué sentido ello puede afectar a la corrección de los resultados a los que se llega con la teoría del dominio del hecho. En realidad, la suposición de un dominio del hecho ‘negativo’ es sólo una ilusión, pues el dominio del hecho no surge de la posibilidad de retirar el aporte, sino de participar contribuyendo con un aporte”. Enlazando con esta última idea y argumentando de modo muy amplio e interesante, PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, 1998, pp. 247 y ss., y 263 y ss., entre otras, cree que “la coautoría como dominio funcional del hecho supone un dominio positivo en sentido material, es decir, que el sujeto (coautor) ha de *prestar* una contribución independiente y esencial, funcionalmente adecuada en el marco del plan global, para la realización conjunta del hecho (art. 28, 1.º C. P.) (poder sobre el “si”). Ahora bien, este dominio se puede corroborar de forma negativa valorando si la *omisión* de esa contribución hace fracasar el hecho. Pero la idea del desbaratamiento del plan es sólo un medio auxiliar (negativo) para confirmar el dominio positivo, pues éste lleva implícito un dominio negativo. Por tanto, el desbaratamiento del plan no es el factor determinante del dominio funcional del hecho, sino la relevancia objetivo-material del aporte prestado que cumple una función independiente y esencial” (263). Y el mismo ROXIN. *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, p. 686 (*Autoría*, 2.ª ed., 2000, p. 732) discrepa de mí en cuanto a que el dominio que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho sea meramente negativo, aduciendo que, en el ejemplo que yo también manejo de quien sujeta a la víctima (para mí partícipe, para él coautor) mientras otro le clava el cuchillo, “el que sujeta realiza mediante la ‘preparación’ o ‘puesta a disposición’ de la víctima una aportación a la realización del tipo tan ‘positiva’ como la del que clava el cuchillo”, siendo el fracaso del plan, en caso de que desista de su aportación, tan sólo el reverso ‘negativo’ de ese co-dominio positivo”. Por

Conviene hacer dos precisiones, que expondré de un modo sucinto. En primer lugar, determinar a qué se llama positivo y a qué negativo es siempre discutible, pues depende del contenido que se quiera dar a esos términos. Por ello, es comprensible que los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho⁶⁵ consideren que el dominio negativo del que hablamos es el reverso de un dominio positivo (y, desde luego, lo que jamás hemos querido señalar LUZÓN PEÑA y yo es que el dominio funcional del hecho no requiera una aportación positiva del sujeto). Pero aclarado que lo que queremos significar es que existen diferencias de dominio (quien sujeta a la víctima o vigila en el robo no puede producir la muerte o lesiones o el robo –no mata ni lesiona ni sustrae–, mientras que el que clava el cuchillo o sustrae, decide –determina positivamente– la muerte, lesiones o robo –mata, lesiona o sustrae–), los términos son lo de menos, y lo importante es que existe una diferencia que a su vez puede (no necesariamente debe, aunque yo creo que sí) fundamentar una diferente valoración jurídica de las conductas.

Pero, en segundo lugar (aunque en conexión con lo anterior) y muy importante: la determinación de los límites de la (co)autoría es una cuestión que no viene expresa y definitivamente resuelta por la ley, sino que en buena medida depende de consideraciones e interpretaciones valorativas. Por tanto, podría decidirse que las diferencias de dominio entre los sujetos antes citados no han de tenerse en cuenta (por ejemplo, por no ser tan grandes como las que existen entre otros intervinientes) y considerarlos a todos coautores. Esta decisión puede verse favorecida por las consecuencias penológicas a que lleve una u otra calificación; precisamente por ello es comprensible (aunque no necesariamente correcto) que a todos los sujetos citados se les considere coautores en el Derecho penal alemán, pues, de no considerar tales al que sujeta o al que vigila (de modo esencial), habría que calificarlos de cómplices, con la rebaja obligatoria de pena que ello supone (ap. 2 del § 27 StGB). Y lo mismo sucede en el C. P. colombiano, al menos en principio, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 29 C. P. (en relación con el último del mismo artículo) y, respecto de la complicidad, en el artículo 30 C. P. Sin embargo, en el Derecho penal español

tanto, no habría diferencia con la situación del que clava el cuchillo, de modo que nuestra “pretendida diferenciación no puede fundamentar una diferente valoración de las aportaciones parciales”. Ya he intentado contestar de modo conciso a las observaciones de BACIGALUPO ZAPATER (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *LH-Roxin Barcelona*, 1997, p. 316, n.º 118) y PÉREZ ALONSO (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *RDPCR* n.º 9, 2002, especialmente pp. 317 y ss.), y LUZÓN PEÑA y yo ya hemos contestado brevemente a las de ROXIN (LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *DPC* n.º 2, 2003, p. 111, n.º 64). En realidad, el ejemplo de quien sujeta mientras otro clava el cuchillo, al que aluden algunos de estos autores, sirve también, en mi opinión, para rechazar el concepto de coautoría de la teoría objetivo-formal clásica (es coautor cada uno de los que realizan actos ejecutivos). Pero, tanto en este ejemplo como en el de quien realiza una vigilancia esencial en el robo, lo que sigue observándose es un distinto grado de dominio entre quien sujeta y quien clava el cuchillo, entre quien vigila (de modo esencial) y quien sustrae la cosa: existe una interdependencia entre ambos (como en todos los supuestos de codelinuencia, por cierto), pero, por mucho que se empeñen, los primeros no pueden determinar, por las razones vistas, positivamente el hecho (aunque sí de manera negativa).

65. No todos, pues VALDÁGUA, “Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten”, en *ZStW* n.º 98, 1986, p. 871, reconoce el carácter negativo del dominio funcional del hecho.

es perfectamente posible y conveniente traducir en diferentes valoraciones jurídicas las diferencias de dominio antes citadas: quien sujeta y quien vigila dependen en mayor medida de quien clava el cuchillo y de quien sustrae, que éstos de aquéllos; estos últimos, al decidir o determinar positivamente el hecho, se enfrentan de la manera más directa posible a la norma y, por tanto, parece lógico que sea su conducta la que la norma quiere primariamente (o con mayor perentoriedad) evitar; por tanto, la responsabilidad de éstos será autónoma (autores), mientras que la de los primeros será accesoria (partícipes)⁶⁶. Ahora bien, como el grado de dominio (negativo) de los primeros es muy importante (realizan conductas de gran relevancia para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico), conviene conminar su modo de intervención con la misma pena que la autoría, como hace el artículo 28, segunda parte b. C. P. español, a través de la figura de participación de la cooperación necesaria, inexistente en el StGB (aunque hay precedentes en el Derecho de algún territorio de lo que hoy es Alemania) y en el C. P. colombiano (aunque la figura existía en el C. P. 1936). Con ello se mantienen al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor centrado en la realización típica, sin que se produzcan consecuencias materiales gravemente insatisfactorias.

3. El C. P. colombiano no exige expresamente actuación en fase ejecutiva⁶⁷, al igual que no lo hacen los partidarios de la teoría del dominio del hecho favorables a un concepto muy amplio de coautoría. ROXIN y sus seguidores lo exigen, sin embargo, restringiendo así la amplitud de tal concepto. Pero este requisito resulta en cierta medida contradictorio con la idea de ROXIN de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria⁶⁸. Realmente creemos que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente RUDOLPHI al referirse a la “adscrición al tipo” (*Tatbestandsbezogenheit*) del concepto de dominio del hecho en la coautoría⁶⁹. Pero, en definitiva, y desde mi perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones, que la de quien clava el cuchillo para producírselas, o la de quien vigila en un robo y la de quien toma la cosa; más bien creo, como he señalado, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores.

Concluido este resumen, cabría señalar que el C. P. colombiano no convence en materia de coautoría, pues contiene un concepto muy amplio de ella, que no se corresponde

66. Sobre las consecuencias concretas de considerar a un sujeto coautor o cooperador necesario, ha llevado a cabo un interesante análisis DURÁN SECO. *La coautoría*, 2003, pp. 423 y ss.

67. También lo pone de manifiesto HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 279.

68. Así ya GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice*, 1966, pp. 149 y ss.

69. RUDOLPHI. “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 369 y ss., *passim*, entre otros trabajos.

con el que considero el mejor criterio para definirla (la determinación conjunta objetiva y positiva del hecho), sino que responde a la concepción menos restrictiva de la teoría del dominio del hecho y hace perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor en esta figura.

Sin embargo, como apunté anteriormente, quedan resquicios para poder interpretar el concepto de coautor del C. P. colombiano de otros modos. En primer lugar, dada la vaguedad de la referencia en el segundo párrafo del artículo 29 a “la importancia del aporte”, puede interpretarse sin mayores dificultades que la diferencia de relevancia del aporte la marca, no sólo la esencialidad de la contribución en el sentido señalado, sino también el que el aporte se realice en fase ejecutiva, de modo que se conseguiría así sostener un concepto de coautor acorde con la doctrina del dominio funcional del hecho de ROXIN y sus seguidores. Obviamente, esta interpretación más restrictiva, aun siendo preferible, me sigue pareciendo insatisfactoria por las razones vistas.

Pero es que se puede ir más lejos y entender, en una interpretación valorativa, no impedida por el tenor literal del precepto, y especialmente restrictiva, que la importancia del aporte que convierte al sujeto en coautor viene constituida por la capacidad del mismo de determinar positivamente (y en conjunto con las de los demás coautores) el hecho. Con ello se estarían teniendo en cuenta incluso las diferencias (la distinta importancia) de las aportaciones que suponen un mero dominio negativo (o, por supuesto, ningún dominio) del hecho, de las que suponen uno positivo. Es decir, que la caracterización de la coautoría, que considero preferible, tiene cabida, gracias eso sí a una discutible configuración legal⁷⁰, en el C. P. colombiano. Y con ello se mantendría con la máxima coherencia un concepto restrictivo de autor que conservaría las ventajas que hemos predicado de éste.

Esta interpretación, con la que naturalmente simpatizo, presentaría, a primera vista, sin embargo, el inconveniente antes mencionado de que impediría castigar con la pena del autor a partícipes, en sentido estricto, que realizan aportaciones muy importantes, esenciales en el sentido anteriormente visto, pero que suponen un mero dominio negativo y no positivo del hecho, o sea, a los cooperadores necesarios. Pues bien, si se quisiera, creo que no es imposible superar este obstáculo, ni siquiera de *lege lata*. Porque el segundo párrafo del artículo 29, al contrario que en los demás supuestos de autoría, no exige expresamente, como se dijo, que los coautores realicen “la conducta punible”. Este requisito podría considerarse implícito como exigencia ineludible de toda forma de autoría, pero también se podría interpretar el diferente tenor legal del párrafo respecto de los otros dedicados a la autoría, para sostener que en él se recogen figuras de coautoría en sentido estricto, es decir, de auténtica autoría (las que suponen determinación positiva conjunta del hecho) junto a otras de participación

70. Que permitiría incluso, contra lo que parece ser la voluntad del legislador, mantener la teoría objetivo-formal en este punto, entendiendo que los aportes más importantes y constitutivos de coautoría son los que consisten en acciones ejecutivas o típicas.

asimilada en pena a la coautoría o de “coautor-partícipe” (las que suponen un dominio meramente negativo del hecho, o sea las propias de la cooperación necesaria o, al menos, de la cooperación necesaria con acuerdo común). Con ello se satisfacerían también las necesidades materiales de castigo proporcionado a la importancia de la intervención. Reconozco, naturalmente, que esta interpretación es más forzada que otras, pero posible, si bien rompe en cierta medida el esquema bien distribuido de concepto restrictivo de autor, con clara distinción en artículos de las formas de autoría y las de participación (aunque menos –sin duda menos que en el segundo caso– que lo rompería la interpretación, gramaticalmente posible, de que en el “interviniente” a que se refiere el artículo 30 C. P. en su párrafo final puede ser un autor o incluso sólo puede ser un coautor, como sostienen respectivamente las sentencias de la Corte Suprema a que enseguida me referiré, que, en todo caso y especialmente en el de la segunda, presentan inconvenientes añadidos).

Por ello, de *lege ferenda* considero muy recomendable modificar la definición de la coautoría recogida en el artículo 29 C. P. En primer lugar, para evitar tomar partido claro en un asunto todavía polémico (que, de todas formas, tampoco zanja, como hemos visto, la fórmula actual), sería mejor no especificar los requisitos de la coautoría, sino limitarse a mencionar lo que es su nota definidora como forma de auténtica autoría: la realización conjunta del hecho (si se quiere, por coherencia con las otras descripciones, de la conducta punible). En este sentido, son más correctos el modelo alemán del § 25 ap. 2 StGB (“Cuando varios cometen conjuntamente el hecho delictivo –el delito–, se castiga a cada uno de ellos como autor [coautor]”) y el inciso relativo a la coautoría en la primera parte del artículo 28 C. P. español (“Son autores quienes realizan el hecho [...] conjuntamente”), que refieren respectivamente la coautoría a la comisión y a la realización conjunta del hecho, pero dejan abierta por lo demás la cuestión de su caracterización.

Ello debería completarse con la introducción entre las formas de participación en sentido estricto de una de complicidad o cooperación necesaria o esencial conminada con la misma pena que la autoría, igual que sucede con el determinador (creo preferible esta opción a la de establecer una atenuación facultativa para el cómplice). Su configuración no debe ser hipotética o negativa, como sucede en la muy polémica y difícil de concretar fórmula tradicional y de la actual letra b de la segunda parte del artículo 28 C. P. español (“También serán considerados autores [fórmula tampoco afortunada, como ya señalamos anteriormente] [...] b. Los que cooperan a su ejecución (*sic.* del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado”), sino de manera positiva y no hipotética, bastante en la línea (aunque no sólo) de la idea de la esencialidad en la teoría del dominio funcional del hecho, pero fuera del ámbito de la autoría, expresando que serán cooperadores necesarios (o como quiera que se les denomine, mientras quede claro que se trata de partícipes conminados con la misma pena del autor) quienes contribuyan al hecho, sin ser autores, con aportes de especial relevancia o trascendencia, entre los que, en mi opinión, deberían incluirse los actos ejecutivos no típicos, que quizá fuera preferible mencionar expresamente, y apuntando,

aunque no de forma cerrada, algunos criterios que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la esencialidad de la contribución, como, por ejemplo, la escasez de la contribución⁷¹ y algún otro⁷².

5. *El actuar por otro*

El tercer párrafo del artículo 29 C. P. parece recoger la figura del actuar por otro⁷³ como si se tratara de una forma más de autoría junto con la inmediata, la mediata y la coautoría, al comenzar: “Es también autor...”. No voy a detenerme aquí en el análisis de la figura. Simplemente diré que la regla contenida en el tercer párrafo del artículo 29 C. P. (como la del art. 31 C. P. español⁷⁴ o la del § 14 StGB) no conforma en realidad una nueva forma de autoría⁷⁵, sino que impide la impunidad que se produciría cuando quien obra en nombre o representación de un persona jurídica o física es autor (sean cuales sean los requisitos de la autoría) de la conducta delictiva de un delito especial, pero no reúne personalmente la característica especial exigida por ese delito, que concurre en la persona jurídica o física en cuyo nombre o representación actúa: como la persona jurídica no comete delitos, no sería autora y el administrador, por ejemplo,

71. En línea (con las matizaciones que se quiera) con la teoría de los bienes y actividades escasos propuesta por GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice*, 1966, pp. 152 y ss.

72. Me he ocupado de la cooperación necesaria en diferentes trabajos; para un resumen de la situación en España y de mi propia posición: ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 311 y ss. Un análisis más exhaustivo de las ventajas que en mi opinión posee el mantenimiento de la figura, de cómo debe interpretarse y de cómo debería formularse en el futuro (siempre en contraste con otras opiniones) lo realizo en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, pp. 645 y ss. (*passim*).

73. Respecto de la regulación en el C. P. colombiano, ver HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 280 y ss.

74. Este precepto posee en el momento de redactarse estas líneas un único párrafo, de contenido similar a los otros preceptos colombiano y alemán que se citan. Sin embargo, la LO 15 del 25 de noviembre de 2003, que entrará en vigor el 1.º de octubre de 2004, añade un nuevo y sorprendente número 2: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. No es éste el momento para interpretar este precepto, pero, o bien se entiende que en él se consagra (contra lo que venía siendo opinión mayoritaria) una verdadera pena para una persona jurídica (a la que, sin embargo, el propio texto legal no considera autora del hecho) o se considera que en el caso de la pena de multa la responsabilidad penal ya no siempre personal (lo que también resulta insatisfactorio) o, lo que en principio considero preferible, se interpreta que, aunque se habla de pena de multa y responsabilidad de la persona jurídica en su pago, en realidad, en lo que a ésta se refiere no estamos ante una auténtica pena de multa, sino ante una especie de consecuencia accesoria como las recogidas en el artículo 129 C. P. español o una medida similar. En todo caso, no parece que la reflexión y el cuidado sea lo que más ha guiado al legislador español en cuanto a la redacción y ubicación de este precepto.

75. Ni mucho menos da cobertura a la atribución de responsabilidad a directivos o administradores de empresas, sea cual sea su actuación, en delitos cometidos en su seno, como erróneamente utilizó en ocasiones el Tribunal Supremo español la regla precedente de la actual, contenida en el anterior C. P.; afortunadamente, esta tendencia jurisprudencial ha sido corregida (ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Delincuencia organizada”, en *Harfax* 16-17, 1996, pp. 273 y ss., 275). En este sentido, señala acertadamente HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 280, que “la responsabilidad como autor no deviene simplemente por la posición que se ostenta en la empresa o en el ente colectivo, sino por realizar la conducta punible, lo cual debe demostrarse”.

tampoco podría ser autor (pese a serlo de la conducta) por faltarle la cualidad especial (p. ej., la de que los bienes sean “suyos” y se actúe para perjudicar “a su acreedor” en un delito de alzamiento de bienes del art. 253 C. P., cuando los bienes son de la empresa que administra y ésta es la deudora), ni, claro está, responder como partícipe, al no haber hecho típicamente antijurídico de la persona jurídica; e igualmente en el caso de representación de personas físicas (por ejemplo, un empresario individual), cuando actúa el representante, pudiendo suceder incluso que el representado nada sepa de esa actuación. La ley “suple” la carencia de la condición especial del autor actuante por otro (pero no los demás elementos de la autoría), evitando esa laguna que en definitiva se derivaría del principio de legalidad de no existir el precepto⁷⁶.

6. ¿Omisión de la autoría accesoria?

A veces, junto a la autoría inmediata, la mediata y la coautoría, se cita la autoría accesoria. Sin embargo, el artículo 29 no la menciona. Creo, no obstante, que no se trata de una omisión del legislador colombiano (tampoco el C. P. español o el StGB se refieren a ella). Baste aquí decir que la autoría accesoria (figura terminológicamente confusa, pues bajo ese nombre se agrupan en la doctrina a menudo supuestos muy variados) no es una forma peculiar de autoría, sino una denominación para constelaciones de casos, los más clásicos de los cuales en los delitos dolosos se resuelven en sede de imputación objetiva: el ejemplo tradicional es el de dos sobrinos que, con total independencia entre sí, sin acuerdo ni conocimiento por cada uno de la resolución y actuación del otro, deciden matar a su tío, poniendo cada uno una dosis de veneno que se demuestra insuficiente para producir la muerte, que, sin embargo, tiene lugar en virtud de la suma de ambas dosis. En los delitos imprudentes se trataría de supuestos de concurrencia de culpas o imprudencias, sin acuerdo sobre la realización de la conducta imprudente, en los que hay que dilucidar qué conductas son de autoría y cuáles de participación (en mi opinión, impune), a cuáles entre las primeras les es imputable objetivamente el hecho y si la concurrencia supone una variación en la gravedad de la imprudencia de algunos o todos los intervinientes⁷⁷.

C. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN

Seré muy breve en cuanto a mis observaciones sobre las formas de participación⁷⁸, pues éstas no constituyen el tema del presente trabajo. Ya he señalado lo positivo

76. De manera resumida, pero amplia y muy ilustrativa, con abundantes posteriores referencias, cfr. sobre estas cláusulas (centrándose, claro está en la española) en español, por todos (aunque existen otros trabajos muy interesantes), SILVA SÁNCHEZ. “Artículo 31”, en COBO DEL ROSAL (dir.). *Comentarios al Código Penal*, t. III, artículos 24 a 94, 2000, pp. 369 y ss., además de las monografías de referencia de GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I y II*, 1985 y 1986.

77. Sobre la autoría accesoria, cfr. el resumen de mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 176 y ss.; LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC* n.º 2, 2003, pp. 124 y ss. (en este último caso en relación sólo con los delitos imprudentes y con posteriores referencias).

78. Sobre la participación en el C. P. colombiano, ver entre otros, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 281 y ss.

de la clara acogida del principio de accesoriedad y de la no mención del dolo en los párrafos del artículo 30 C. P. dedicados a la determinación y a la complicidad, y de su evidente configuración como formas de participación *stricto sensu*.

En lo que se refiere a la determinación⁷⁹, la regulación me parece correcta. No se exige expresamente (coincidiendo en esto con el § 26 StGB y separándose de la letra a de la segunda parte del art. 28 C. P. español) que la inducción sea directa. No me parece éste un defecto (aunque la exigencia expresa tampoco puede tildarse de tal), pues la verdad es que, según demuestra la experiencia española, el significado de “directa” o “directamente” no asegura una interpretación, sino que permite varias. De modo que no aporta demasiado y los requisitos de la determinación, instigación e inducción se pueden establecer de igual forma sin esa exigencia expresa.

En lo que atañe a la complicidad⁸⁰, aparte de lo mencionado al tratar la coautoría, señalaré únicamente que la referencia a la ayuda posterior por concierto previo o concomitante con la conducta antijurídica no es estrictamente necesaria para el castigo como complicidad del pacto o promesa de encubrimiento, siempre que éste despliegue su eficacia en la actuación del autor. El legislador ha querido dejar claro este castigo, pero podría generar más problemas que los que soluciona si se llegara a interpretar que el acuerdo es exigible también para cualquier otra complicidad, o que lo único que constituye complicidad en los casos de acuerdo de encubrimiento es la ayuda posterior en sí y no el efecto que sobre la actuación del autor despliega el propio acuerdo. Por ello, quizá habría sido preferible no mencionar este supuesto o hacerlo con una redacción mejor.

La regla del “interviniente” *extraneus* en delitos especiales, que se contiene en el último párrafo del artículo 29 C. P., me parece, en principio, adecuada, si se lee como si sencillamente induce a hacerlo de principio, esto es, como referida a partícipes en sentido estricto (determinador o cómplice) extraños en delitos especiales, si bien hay que reconocer que esto se podía haber especificado, en lugar de utilizarse un término tan amplio como “interviniente”. Digo que me parece adecuada pues permite un mantenimiento de la accesoriedad limitada y la unidad de título de imputación en los casos de participación de *extranei* en delitos especiales, pero a la vez suaviza las consecuencias de una aplicación estricta del principio de accesoriedad, en el sentido de que permite apreciar la mayor distancia del partícipe *extraneus* respecto del injusto especial. Los problemas, probablemente fomentados por el empleo del término

79. Un resumen de mi posición sobre la inducción (determinación), fundamentalmente en referencia al C. P. español, puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 826 y ss. En Colombia, cfr. por ejemplo, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 281 y ss.

80. Un resumen de mi posición sobre la cooperación o complicidad, que en el C. P. español puede ser necesaria o no necesaria (a esta última suele dársele el nombre de complicidad sin más y su pena es atenuada respecto de la del autor), puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *EPB*, 2002, pp. 311 y ss. Sobre la complicidad en el C. P. colombiano, ver por ejemplo, HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 284 y ss.

amplio “interviniente” empleado por el precepto, han venido más bien a raíz de las interesantes pero polémicas interpretaciones que de él han realizado las sentencias de la Corte Suprema del 25 de abril de 2002 y del 8 de julio de 2003.

Pero, en todo caso, de las dos cuestiones recién mencionadas me ocupo en otro amplio trabajo que presento en este mismo marco y que también doy a la imprenta, al que, por lo tanto, me remito.

No insistiré en que el principal defecto que encuentro en materia de participación es la no inclusión de una figura de cooperación o complicidad necesaria o esencial, equiparada en pena a la autoría (como lo está el determinador), que permitiría un mantenimiento coherente y estricto del concepto restrictivo de autor que se predica y acoge el C. P. colombiano, a la par que un castigo materialmente adecuado de las diferentes formas de intervención. De ello me he ocupado al tratar de la coautoría.

Por fin, dejo conscientemente fuera de mis reflexiones las reglas de comunicabilidad de circunstancias del artículo 62 C. P., pues un pronunciamiento al respecto requeriría un análisis mucho más detenido del que aquí he podido realizar. No obstante, aventuraré que, en mi opinión y a salvo de un estudio más profundo, se refieren a circunstancias atenuantes y agravantes genéricas de los artículos 55 y ss. C. P. (con especial claridad las de los arts. 55 y 58 C. P.) y las de entidad y naturaleza semejantes a las suyas (a las que haría referencia el art. 54 C. P.)⁸¹.

D. CONCLUSIÓN

Muy resumidamente puedo concluir que, junto a importantes aciertos como la clara adopción de un concepto restrictivo de autor, en la regulación de la autoría y la participación en el C. P. colombiano aprecio algunos defectos, pareciéndome los más destacados la regulación de la coautoría que se contiene en el artículo 29 C. P. y la no inclusión de una forma de cooperación o complicidad necesaria o esencial, auténtica figura de participación accesoria, pero equiparada en pena a la autoría (igual que sucede con el determinador).

Pero, naturalmente, además de que raramente las obras humanas son perfectas, estas cuestiones son discutibles y es posible que el equivocado sea yo. Por tanto, lo que pretendo al poner respetuosamente de manifiesto lo que considero defectos no es más que contribuir a la discusión científica y práctica jurídica para que el Derecho penal, en este caso, el colombiano, sea lo más satisfactorio posible (manteniéndose o interpretándose o modificándose en el sentido que corresponda tras un estudio y un debate serios, coincida o no con lo que cada cual propone).

81. Ver las referencias al artículo 62 C. P. de SUÁREZ SÁNCHEZ. *DPC* XXII n.º 72, 2001, pp. 15 y ss., y de la sentencia de la Corte Suprema del 25 de abril de 2002, sobre las que tampoco deseo pronunciarme aquí.

