

LA COAUTORÍA

*Alberto Hernández Esquivel**

INTRODUCCIÓN

Los tipos penales son descripciones inequívocas de conductas que el legislador ha considerado que comprometen severamente la convivencia ciudadana. Ordinariamente estos comportamientos pueden ser realizados por una sola persona, pero bien puede, como actividad humana que es, intervenir en su realización un número plural de sujetos, cada quien encargándose de cumplir una tarea en aras de asegurar su comisión.

La ley y la doctrina conocen diversas formas de intervención en el hecho punible: las de mayor incidencia de cara al tipo penal son las diversas clases de autoría –directa, mediata y coautoría–, pero también existen otras formas de intervención dependientes de las anteriores que son la determinación y la complicidad, las que el Código vigente denomina, con acierto técnico, como participación.

En este trabajo solo nos ocuparemos de la coautoría, figura reconocida en su naturaleza y elementos por la doctrina, aunque en sus contenidos no exista total acuerdo. Esta forma de intervención delictiva se encuentra descrita en el inciso 2.º artículo 29 de la Ley 599 de 2000 en la siguiente forma: “Son coautores los que, mediando acuerdo común, actúen con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

El hombre moderno, en su vida diaria, para lograr una mayor eficacia en las tareas que le corresponde emprender, ordinariamente se vale de la actividad de pluralidad de ciudadanos para que mancomunadamente, con aportes coordinados que consulten

*. Profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

los fines individuales o colectivos, se logre realizar la tarea propuesta. A estas formas de organización no se sustrae la actividad ilícita, por el contrario, cada vez más, los actos de mayor incidencia en la criminalidad y los que atacan con mayor intensidad las formas de convivencia son llevados a cabo, no por la actividad de un solo individuo, sino por organizaciones delincuenciales donde cada quien asume un rol específico dentro del complejo mundo de la realización.

El problema de la coautoría y su diferencia con otras formas de intervención delictiva ha sido abordado de diversa manera, según la teoría bajo la cual se analice, pues en tratándose de concepto unitario de autor no habría necesidad de distinciones por el igual tratamiento de todos los intervinientes con base en la teoría de la equivalencia de las condiciones; distinta sería la consideración bajo la perspectiva de la teoría subjetiva pues en ésta se tendría que verificar el ánimo de *auctoris* o de *socii* para establecer diferencias entre autores y partícipes sin mayores consideraciones sobre lo objetivo del acontecer típico; pero hoy, bajo una teoría restrictiva de autor, no podemos menos que acudir a criterios objetivos para el tratamiento del tema, bien bajo consideraciones de la teoría formal objetiva o la del dominio del hecho las cuales tienen un evidente respaldo constitucional en cuanto la persona solo responderá por la realización de conductas y no por lo que piensa, supuesto que debe constituir la base de cualquier consideración sobre la responsabilidad penal.

I. ELEMENTOS DE LA COAUTORÍA

La parte general del Código Penal vigente hasta 2001 no se ocupaba de manera especial del fenómeno de la coautoría, circunstancia que no impidió que los operadores jurídicos, con ayuda de la doctrina, especialmente las denominadas doctrinas subjetivas y en ocasiones de la formal objetiva, trataran de establecer sus requisitos, pues sólo existía una norma, el artículo 23, donde se decía: “el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo”, por manera que las distintas forma de autoría, hoy debidamente discriminadas y sistematizadas, eran producto de consideraciones que tenían base únicamente en la parte especial del Código, sin normas específicas de la parte general a partir de las cuales pudiera deducirse sus elementos y requisitos.

En el Código vigente, a diferencia del anterior, el legislador suministró al operador jurídico los requisitos que permiten distinguir la coautoría de las demás formas de intervención en el hecho punible, criterio por el que optó con base en la mejor doctrina sobre el tema y estableció como elementos los siguientes:

1. El acuerdo común
2. La división del trajo criminal
3. La importancia del aporte

El análisis de estos tres elementos será el objetivo principal de este trabajo, pues independientemente de la doctrina sobre el tema y su importancia en la posible solu-

ción de los disímiles problemas que se puedan presentar, el tratamiento debe hacerse conforme a la ley vigente.

Como presupuesto metodológico ha de partirse de que la coautoría es una forma de autoría, por lo cual para intervenir en tal calidad en la realización del delito resulta imprescindible reunir los elementos personales necesarios cuando estos se exigen en el tipo penal. Este criterio es unánime en la doctrina, pues “el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto”¹; solo la Corte Suprema de Justicia consideró, a nuestro juicio equivocadamente, que podía presentarse la coautoría en tratándose de delitos de infracción de deber: así aparece expuesto en las dos sentencias que discurrieron sobre el inciso último del artículo 30 C. P. que consagra el denominado interviniente sin calidades especiales².

A. EL ACUERDO O PLAN COMÚN

Como es obvio, la coautoría parte de la base de la intervención de pluralidad de personas en la realización del hecho punible, pero esto no es suficiente, porque a los distintos individuos los debe unir el propósito de realización del supuesto fáctico que fundamenta la conducta punible; sólo esto permite que las acciones no sean simplemente coincidentes sino debidamente coordinadas que impliquen direccionamiento a la realización del delito como objetivo común.

El acuerdo implica no solo que el coautor conozca que su conducta es un aporte a la realización de un delito, sino que debe saber de la actividad de los demás intervinientes en la conducta punible, lo que se conoce como la reciprocidad, que consiste en que “todos los sujetos deben tener conocimiento de la conformidad de los demás sobre la actuación conjunta; los demás deben ver en las aportaciones ajenas un complemento a la propia actividad”³. La falta de conocimiento de que los demás intervinientes realizarán sus tareas en la comisión del hecho punible no permite la estructuración de la coautoría, pues, tal como lo plantea ROXIN, “Si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aun cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conecedor es autor mediato”⁴.

El acuerdo no necesariamente es formal ni está referido a un tiempo determinado, bien puede uno de los coautores no estar presente en el momento en que se hace el

-
1. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 501.
 2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, rad. 12191, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR. En sentido similar en cuanto a la coautoría, cfr. auto del 8 de julio de 2003, rad. 20704, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.
 3. MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 135.
 4. CLAUD ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 314.

acuerdo pero posteriormente unirse a la tarea criminal con conocimiento del rol que cumplen los demás intervinientes, sin que esto excluya la presencia del requisito de la coautoría; sin embargo, ha de precisarse que el acuerdo debe ser, en todo caso, hasta antes de la terminación de la consumación del hecho punible; tema que permite un mejor manejo por la redacción de la norma del Código Penal colombiano, que no alude al denominado “acuerdo previo”, que, en criterio de algunos, excluiría como aporte de coautor el que se hace en el momento de la realización del delito⁵, sino que solo se refiere al “acuerdo común” que puede producirse desde los actos preparatorios hasta en los actos de consumación; pues los actos posteriores a la consumación formal del delito no pueden constituir coautoría, por cuanto se violaría el principio constitucional de legalidad⁶; por ello hay acuerdo doctrinal en que el acuerdo puede llevarse a cabo desde la tentativa hasta la terminación de la consumación⁷.

Este aspecto resulta importante en tratándose de los delitos permanentes, pues en ellos un acuerdo con persona distinta a quienes intervinieron en los actos iniciales de consumación pero que se produce cuando esta aún no ha terminado, si se dan los demás requisitos, puede constituir coautoría. Estas hipótesis no son simplemente de elaboración académica, sino que nuestra realidad las muestra constantemente con múltiples delitos de secuestro que se prolongan por más de seis años.

Tampoco se requiere para la presencia del fenómeno en cuestión que se diseñe “un plan detallado”⁸ para la ejecución del delito, sino que basta simplemente que las conductas que cada uno realiza sean convergentes para lograr el resultado que se proponen los que pretenden realizar la conducta punible; de ahí que la doctrina y la jurisprudencia no solo acepten el acuerdo expreso sino también el tácito para solucionar, entre otros problemas, los de responsabilidad por el exceso.

No es necesario para predicar la existencia del acuerdo común el conocimiento personal de todos los intervinientes, lo importante es que se sepa que el trabajo se ha repartido y que otra u otras personas se encargarán de cumplir las demás tareas; tal como lo afirma PÉREZ ALONSO, “basta con el conocimiento de que junto a uno intervienen otros con el mismo fin, es decir, siempre y cuando cada uno actúe en división de trabajo consciente y voluntariamente con otros para el logro del plan delictivo común”⁹.

El conocimiento que se exige por el coautor es en relación con el presupuesto fáctico de la conducta punible, no sobre su calificación jurídica, lo que no excluye, obviamente, modificaciones en cuanto a la punibilidad por error en circunstancias

5. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 188 y ss.

6. Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 168.

7. Cfr. ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad necesaria en Derecho Penal*, Granada, Edit. Comares, 1998, p. 286.

8. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *Autoría en Derecho Penal*, Barcelona, Edit. PPU, 1991, p. 653.

9. PÉREZ ALONSO. Ob. cit., p. 286.

diminuyentes, bien sea que estas aparezcan previstas en tipos subordinados y especiales, teniendo en cuenta la clasificación que por su estructura es conocida en la doctrina¹⁰, tal como lo prevé el numeral 12 artículo 32 C. P., bien en tipos más benignos, como se consagra en el inciso 2.º numeral 10 *ibídem*.

Una de las características de la coautoría es la de que cada uno de los intervinientes no realiza la totalidad del delito sino que este es una obra en la cual se integran plúrimos comportamientos funcionalmente distribuidos y se imputa la totalidad a cada uno de los coautores en virtud del acuerdo; este “elemento permite desarrollar uno de los aspectos más importantes de este fenómeno jurídico, como lo es la *imputación recíproca*, que consiste en que, como ninguno de los coautores realiza integralmente el tipo, la parte que realiza uno de los intervinientes se le imputa a él y a los demás, y la que llevan a cabo los demás coautores también se le imputa”¹¹; o, como lo destaca KINDHAUSER, en el régimen de coautoría “a cada uno de los agentes no sólo se le imputa como propio aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervinientes. Por lo tanto, en esta forma de realización del delito, las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los coautores como si lo hubiera cometido solo”¹².

La ausencia de acuerdo común, tanto para nuestra legislación como también para la mayoría de la doctrina universal, no permite el tratamiento como coautores de los distintos individuos que intervienen, sino que cada quien responderá únicamente por la conducta que realizó, lo que se ha denominado *autoría accesoria*, que se caracteriza porque “dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la o de las otras, producen el resultado típico. Estos casos no pueden tratarse como coautoría, pues falta precisamente la decisión común”¹³.

B. LA DIVISIÓN DEL TRABAJO

El segundo de los elementos de la coautoría señalado por el artículo 29 C. P. tiene que ver con la denominada “actuación con división de trabajo”, requisito que supone lógicamente que ninguno de los intervinientes realiza integralmente la conducta prevista en el tipo; sin embargo, debe hacerse una precisión indispensable: el Código Penal nuestro, en materia de coautoría, no optó por la teoría formal objetiva, como puede deducirse de los términos utilizados por la norma; por lo tanto, en nuestra legislación no es presupuesto indispensable que el coautor, dentro de la división de

10. ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Obras completas*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1998, p. 112.

11. ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Autoría y participación”, en *Manual de Derecho Penal general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 278.

12. ÜRS KINDHAUSER. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 7.

13. JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Autoría y participación*, Madrid, Edit. Akal, 1996, p. 74; en el mismo sentido, SUÁREZ SÁNCHEZ. *Ob. cit.*, p. 274.

trabajo, cumpla una conducta que por sí misma se subsuma en el tipo penal o sea elemento del tipo o acto ejecutivo que tenga su autónoma adecuación; por el contrario, se utilizó una fórmula abierta, vale decir que el aporte se mide por su importancia en la tarea criminal y no por otra clase de factores; por ello es más adecuado el manejo del instituto a través de la denominada teoría del “dominio del hecho”, para distinguirlo de las formas de participación.

El elemento materia de estudio constituye una de las características indispensables de la coautoría, así esté presente también en formas de participación como la complicidad; por eso se dice que “la estructura de la coautoría se basa en el *principio de división de trabajo*, conforme a un plan común acordado para la realización conjunta del tipo, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo”¹⁴.

Cuando la norma exige que haya división de trabajo apunta a la organización de plurales comportamientos que buscan como fin la realización de un delito, pero para llevar a cabo la conducta prevista en el tipo ordinariamente son necesarias, no sólo la de aquellas personas que ejecutan materialmente el supuesto fáctico rector contenido en la norma, sino también la de otros que lo hacen posible y sin los cuales no se podría llevar a cabo la ejecución; en últimas, la división de trabajo no está circunscrita simplemente a los actos de ejecución típica sino también a aquellos que de manera principal lo condicionan en su concreta realización.

Debe recordarse que cada vez con mayor frecuencia el delito no es fruto de un actividad unipersonal sino de verdaderas organizaciones criminales donde cada quien desarrolla su rol, que en la mayoría de las veces, por sí mismo, no encuentra adecuación en la descripción de conducta que hace el tipo penal; se genera con ello gran discusión en la doctrina, porque algunos consideran que “Los actos de coautoría deben mantenerse siempre dentro del marco formal que impone el tipo, pues al coautor se le imputa la realización típica, y no puede ampliarse la coautoría por encima de los límites formales que impone el tipo sin vulnerar el principio de legalidad”¹⁵, mientras que otros se apartan de la teoría formal objetiva y consideran como coautoría no simplemente los comportamientos que formalmente se enmarcan en el tipo penal sino también aquellos que son necesarios para la ejecución típica dentro del plan común.

En todo caso, el requisito de la división de trabajo por sí solo nada dice en relación con el fenómeno de la coautoría, pues partícipes como el cómplice también se encargan de una tarea concreta dentro del plan global de realización de la conducta punible, y obviamente esta tarea ha de cumplirse conforme a lo acordado para que resulte concordante y congruente con el propósito global.

14. PÉREZ ALONSO. Ob. cit., p. 204.

15. Cfr. CAROLINA BOLEA BARDÓN. “La coautoría: concepto y delimitación”, en *XIV Jornadas de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 250.

Tampoco la legislación nuestra exige un momento particular en que debe hacerse el aporte que por división de trabajo corresponde al coautor. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, como lo veremos con posterioridad, descarta cualquier forma de coautoría por aportes realizados en la fase preparatoria de la conducta punible y unánimemente, porque no puede ser de otra manera; consideran los doctrinantes que los aportes posteriores a la consumación del delito en obediencia de promesas anteriores serán, en todo caso y sin ninguna discusión, complicidad subsiguiente.

C. IMPORTANCIA DEL APORTE

Este tercer requisito enunciado en los términos anteriores por el Código Penal constituye el de mayor discusión doctrinal, sobre todo por la forma como lo estableció nuestro legislador, pues utilizó expresiones que ni cualifican ni cuantifican adecuadamente el aporte del interviniente que permita distinguir, con alguna postura igualitaria, el coautor del cómplice.

Cuando la norma establece como uno de los requisitos para fincar la coautoría: “atendiendo la importancia del aporte”, le da una orientación al operador del Derecho, pero deja sin garantía al destinatario de la norma penal, pues sólo puede entenderse de la redacción del artículo que para que la conducta del interviniente sea coautoría el aporte tiene que ser importante, mas este juicio se deja librado a la discrecionalidad judicial por ausencia de parámetros para su concreción.

Es indudable que las distintas formas de intervención en la realización del hecho punible deben constituir un aporte psicológico (determinación o complicidad por reforzamiento del dolo) o material, y de esta última especie ha de ser la que sirve de fundamento a la coautoría, pues “ni la mera intervención en el acuerdo ni la mera presencia en la ejecución (aun existiendo una predisposición en el sujeto a actuar en caso necesario) pueden ser suficientes para calificar al sujeto como coautor, ni siquiera cuando las mismas sirvan para reforzar o fortalecer la decisión delictiva previa del ejecutor [...] no resulta plausible afirmar la responsabilidad a título de coautor mediante un apoyo psíquico”¹⁶; sin embargo, si además del aporte material se brinda el psicológico y el primero es lo suficientemente importante, se calificará la conducta como coautoría y no como determinación o complicidad.

Pero tampoco cualquier aporte material sirve para fundamentar la coautoría, pues ha de tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de las formas de complicidad constituyen contribuciones materiales para lograr el buen éxito en la realización delictiva; por ello el aporte, para que pueda constituir coautoría, debe tener un *plus* para distinguirla de las demás formas de participación.

Una de las formas de la denominada teoría del dominio del hecho es la del dominio funcional, con la cual pretenden los autores dar una explicación razonable de la

16. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 300.

coautoría, pues será “coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”¹⁷; según el máximo exponente de la teoría del dominio del hecho y los autores que la comparten, se destacan como características del aporte de coautoría el que se haga en la etapa ejecutiva y sea esencial para la realización típica, requisito último que ha de mirarse desde un punto de vista *ex ante*¹⁸.

El denominado dominio funcional implica no sólo dominio sobre el aporte del coautor, porque en ese caso no habría cómo distinguirlo del partícipe que también domina su contribución, sino dominio del hecho como totalidad, vale decir que su aporte resulta de tal entidad que unido a los demás es la única posibilidad de lograr el resultado que se busca con el acuerdo; obviamente que estas valoraciones deben hacerse desde una perspectiva concreta y *ex ante*, pues si dentro de las consideraciones que se hagan se incluyen posibles modificaciones que se hubieran podido introducir al plan inicial o se analiza la conducta de cada uno de los intervinientes *ex post*, bien podría concluirse que difícilmente aparecerían comportamientos irremplazables para lograr el resultado inicialmente propuesto, o probablemente concluiríamos que sin la conducta de uno de los intervinientes también se hubiera podido llevar a cabo la conducta punible.

Un ejemplo claro de la metodología que se debe seguir para establecer si se trata de complicidad o de coautoría es el relacionado con el denominado “campanero”, pues su situación ha de analizarse de manera concreta y *ex ante* para determinar si se trata de un cómplice o de un coautor. ROXIN aconseja tal forma de operar el concepto al expresar: “así pues, que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no, depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual”¹⁹.

Siempre he discrepado de la solución dada por la Corte Suprema de Justicia en la casación del 10 de mayo de 1991, por cuanto se hicieron consideraciones que, además de no corresponder con la solución legal entonces prevista, pretendieron, con base en errónea invocación doctrinal, predicar el fin de la complicidad a favor de la “responsabilidad *in solidum*”, y en tal sentido afirmó para fundamentar el concepto extensivo de autor: “Con esta tendencia nuestro estatuto –Dcto. 100 de 1980– se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del Derecho Penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, de integrar en la autoría todas las actividades de un mutuo acuerdo o plan, que genera una responsabilidad *in solidum* de todos los partícipes cualquiera que fuese el acto de la intervención”²⁰; igualmente, descartó sin funda-

17. ROXIN. Ob. cit., p. 308.

18. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 320.

19. ROXIN. Ob. cit., p. 311.

20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de mayo de 1991, rad. 4392, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

mento razonable la teoría del dominio del hecho y predicó la coautoría de alguien que distrajo a una vendedora de frutas que no tenía posibilidad concreta de avisar a la policía ni de frustrar el proceso de ejecución típica de hurto; la Corte, en decisión mayoritaria, para fundamentar la coautoría acudió a hipótesis como la posibilidad de evitar un sorprendimiento en flagrancia o que se avisara a la policía, pero sin que las consideraciones concretas y singulares consultaran esas situaciones especiales, pues no basta afirmar que como en todo caso la vendedora de frutas observaría la ejecución del delito de ello se podía deducir la importancia de la intervención del denominado “campanero”, para condicionar la realización de la conducta de apoderamiento de bienes ajenos.

De otro lado, hay quienes consideran que la intervención del vigilante será siempre complicidad, pues, “por muy importante que sea su función para el plan delictivo, será siempre una figura marginal frente a la central del que toma la cosa”²¹.

Al contrario de esta tesis, se comparte la postura del maestro ROXIN, la que fue expuesta con antelación, porque sólo un análisis concreto de la contribución, en un proceso de confrontación con el plan y el trabajo que desarrollan los demás intervinientes, podrá establecer si en verdad con su aporte tenía el dominio funcional de la ejecución típica.

La doctrina que acoge la teoría del dominio del hecho desarrollada por ROXIN exige dos características en el aporte para que este pueda constituir coautoría: la *esenciabilidad* y el que se lleve a cabo *durante el proceso de ejecución* típica. En relación con el primero, el diccionario de MARÍA MOLINER define lo esencial así: “se aplica a lo que constituye la esencia de la cosa de que se trata, o sea que no puede faltar en ella”, o, en otra acepción de mayor aplicación para el tema que nos ocupa, “de importancia tan grande que no se puede prescindir de ello”; es indudable que la característica expresada en esos términos es de mayor precisión que la utilizada por nuestro legislador que solo se refiere a “la importancia del aporte” a pesar de que no son incompatibles, pues el operador del Derecho bien puede valerse del recurso del aporte esencial para fundamentar la coautoría.

Pero el carácter esencial del aporte, a pesar de no ser un concepto aprehensible que permita la solución indiscutible para la distinción entre autores y cómplices, permite una mayor precisión y resta discrecionalidad al juzgador en pro de la garantía del imputado, pero también permite establecer relaciones de interdependencia entre los distintos intervinientes para que en su conjunto sirva para la determinación de la autoría, pues, tal como lo expresa ROXIN, “Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la

21. GIMBERNAT ORDEIG. Ob. cit., p. 147.

concreta realización del delito. Se trata de un ‘principio regulativo’: el concepto de la importancia esencial carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto”²².

La doctrina, en forma mayoritaria, ha aceptado el requisito del carácter esencial del aporte para que el interviniente que lo haga tanga el denominado dominio funcional del hecho y por tanto sea considerado como coautor; así, PÉREZ ALONSO expresa como conclusión que “el tipo de la coautoría exige que las contribuciones prestadas con relevancia objetiva y material desempeñen una función independiente y esencial (escasa, de difícil reemplazo), desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, para la realización conjunta del tipo, es decir, que las mismas deciden y configuran plena y poderosamente el si y el cómo de la co-realización del tipo: coautoría como dominio (positivo y material) funcional del hecho”²³, en sentido igual, sobre la necesidad del carácter esencial del aporte del coautor conforme al plan y de éste como criterio regulativo, se pronuncia GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ²⁴. Para otros, como GIMBERNAT y quienes comparten su punto de vista, en vez de al concepto de esencialidad acuden a la “teoría de los bienes escasos” para determinar la importancia del aporte y definir si se trata de coautoría o complicidad, obviamente dentro de la legislación española que distingue entre cómplices necesarios y no necesarios. Dice el autor español: “si el partícipe coopera en el delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor [...] prescindiendo de si, por un azar o realizando un serio esfuerzo, el autor material hubiera podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad”²⁵.

Desde el año de 1980 nuestro ordenamiento penal, a diferencia de otros como el español, no hace distinciones entre complicidad necesaria y accesoria, y, si bien es cierto la justificación histórica que se dio para acabar con la distinción fue que se trataba de una compleja e incierta tarea que no ofrecía seguridad al operador jurídico, bien pronto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió, con base en un criterio eminentemente causalista, que la que se había conocido hasta entonces como complicidad necesaria era una forma de coautoría. Así se pronunció el alto tribunal, en forma mayoritaria: “La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con un solo obrar o de manera independiente, es decir que ambos al unísono lo realizan como causas coeficientes del mismo”²⁶; y en casación

22. ROXIN. Ob. cit., p. 312.

23. PÉREZ ALONSO. Ob. cit., p. 280.

24. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 396.

25. GIMBERNAT ORDEIG. Ob. cit., p. 159.

26. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de febrero de 1983, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO.

posterior puntualizó: “Los cómplices necesarios realizan una fracción del delito tan fundamental que al ser unida al del otro ejecutor ambas conforman la totalidad del tipo penal de que se trata y que al ser separadas se desintegran”²⁷.

Si el cómplice necesario desarrolla una actividad sin la cual no se hubiera podido realizar el hecho punible, como se definía en el Código de 1936 y se hace por algunas legislaciones como la española actual, en el literal b artículo 28, en términos como “Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”, no resulta difícil concluir, a la luz de nuestra legislación, que se trata de un coautor porque el aporte es esencial para la realización de la conducta punible, pues nadie dudaría de la “importancia del aporte” para la estructuración de la forma de autoría prevista en el inciso 2.º artículo 29 C. P.; en últimas, tiene el dominio funcional del hecho porque sin su aporte éste no se llevaría a cabo.

Obviamente que de esta postura deben excepcionarse los denominados delitos de propia mano, pues en éstos, “por más que haya división de trabajo, el único autor es el que realiza personalmente la acción típica, mientras que los restantes serán cooperadores, pero nunca autores porque los aportes no son intercambiables”²⁸, y los de infracción de deber, por cuanto en éstos, por importante que sea el aporte material, si no están vinculados por el deber institucional no pueden ser coautores.

El propósito de reseñar, brevemente, los más importantes puntos de vista que se han dado sobre la “importancia del aporte”, enunciado en esos términos por nuestra legislación como requisito para la coautoría, es que el operador del Derecho no convierta cualquier intervención en coautoría, que cuente con parámetros que garanticen el principio de legalidad y no se regrese a un criterio extensivo de autor donde cualquier contribución, por insignificante que sea, se convierta en coautoría a través de la calificación discrecional de la ponderación del aporte.

La doctrina trae como segundo requisito del aporte, para que constituya coautoría, el que *la intervención sea en la etapa ejecutiva*, con lo cual excluye la posibilidad de que puedan revestir esta forma de intervención actuaciones cumplidas en la fase preparatoria; lo único que admiten es la no presencia física del coautor en la ejecución, aunque reclaman que de todas maneras en esa etapa se actúe a distancia coordinando telefónicamente o por otros mecanismos la actuación conjunta²⁹. En la doctrina nacional, SUÁREZ SÁNCHEZ también descarta la coautoría cuando el jefe de la banda se limita a organizar, planear o dirigir, así las instrucciones las imparta en el momento y lugar de la comisión del hecho³⁰.

Para la vigente legislación, de conformidad a la redacción del inciso 2.º artículo 29 C. P., no es necesario el requisito de la actuación en la fase ejecutiva como absolutamen-

27. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 1983.

28. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000, p. 757.

29. PÉREZ ALONSO. Ob. cit., p. 239.

30. SUÁREZ SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 245.

te indispensable para predicar el fenómeno de la coautoría; inclusive, esta tendencia se percibe en la jurisprudencia, pues basta señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de febrero de 2004, sin salvamento de voto alguno, sostuvo:

Es factible que la teoría objetivo-formal de la “realización” del hecho o de la conducta punible resulte adecuada para resaltar al autor unitario, no así al plural, puesto que en muchos casos de coautoría el coautor no interviene en *actos de ejecución*, en el sentido objetivo formal, como sucede, por ejemplo, con el organizador de un plan delictivo que está presente en la dirección de la ejecución, pero no materialmente en ella. Su colaboración y aporte es de vital importancia, sin duda, pero no es ejecutiva desde el punto de vista objetivo-formal. Sin embargo, es un coautor, porque dentro de la división de trabajo que complementa el concepto de autor su participación es importante porque está comprendida dentro del plan de autor, como así lo admite la doctrina tanto nacional como extranjera³¹. (Cursiva fuera de texto).

Esta postura responde a una corriente doctrinal que, compartiendo la teoría del dominio del hecho, excepciona el requisito de la necesidad del aporte en la etapa ejecutiva, pues, si bien es cierto ordinariamente el coautor actúa en la fase de ejecución, entiende que hay aportes que se hacen en la etapa preparatoria que corresponden a un verdadero reparto de funciones dentro del plan común, sin los cuales no podría realizarse la conducta punible. Esta circunstancia habilita para referirnos, brevemente, a la criminalidad organizada en que las características, en lo relacionado con el requisito materia de estudio, resultan de la mayor relevancia.

D. LOS APORTES EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Para nadie que haya administrado justicia penal resultan exóticos supuestos fácticos delictivos en los cuales una organización se encarga de la comisión de un delito de homicidio, para lo cual el instigador contrata con el jefe de la banda, y éste organiza la tarea criminal distribuyendo funciones específicas que pueden ser, p. ej., la consecución y el suministro de las armas y de las motocicletas que utilizarán los ejecutores materiales, tareas que ordinariamente cumplen las mismas personas dentro de la organización.

Esto, que apenas constituye un ejemplo que no es extraño a nuestra realidad, supone que tanto el jefe de la banda como quienes consiguen las armas y las motocicletas no están presentes en la ejecución del delito de homicidio, pues resultaría irrazonable imaginar siquiera que tanto las armas como las motos sean entregadas en el momento de ejecutar el homicidio, a quienes van a utilizarlas, o que para considerar al jefe de la banda como coautor éste deba coordinar por teléfono la actividad delictiva en el

31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2004, rad. 17252, M. P.: HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

momento que ella se lleva a cabo –según algunos doctrinantes–, y sea cómplice cuando previamente ha planificado la actividad y los intervinientes siguen estrictamente el plan trazado por él, a pesar de no estar en el lugar y momento de la ejecución.

Debe aclararse que las hipótesis a las cuales nos referimos no son aquellas que ROXIN llama “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”³², en las cuales el dominio del hecho depende de la fungibilidad del autor material, sino de organizaciones más simples donde la distribución de trabajo es menos sofisticada y el ejecutor material no se encuentra en la situación de que si no realiza el hecho otro lo reemplazará de manera inmediata.

No hay mayor razón para limitar el dominio del hecho únicamente a los aportes dados durante la fase ejecutiva, pues hay algunos que se hacen en la etapa preparatoria y que se actualizan por otros intervinientes durante la ejecución del hecho punible; por tanto, vale la pena hacer algunas consideraciones sobre el denominado “jefe de la banda” que ha ocupado la atención de los doctrinantes.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ no descarta la posibilidad de que el “jefe de la banda” sea coautor, a pesar de no intervenir en el momento de la ejecución, cuando consigna: “La figura del organizador adquiere en nuestros días una gran actualidad práctica debido al incremento de los delitos que se cometen en el seno de bandas u organizaciones criminales donde la división del trabajo se encuentra estructurada de tal manera que la separación entre los que organizan y los que ejecutan configura uno de sus pilares básicos de su funcionamiento”³³. Y la misma autora, con apoyo en algunos tratadistas alemanes, concluye que en principio las actuaciones en fase preparatoria se encuentran más cerca de una intervención delictiva como partícipe, pero si existen otros criterios que hablen a favor de la autoría, como por ejemplo la organización detallada del suceso delictivo o la existencia de una contribución en fase preparatoria que surte efectos en la ejecución, entonces será posible acudir a la coautoría³⁴.

Como conclusión, se puede afirmar que en nuestra legislación no es absolutamente necesaria la intervención del coautor en la etapa de ejecución del hecho punible, pues bien puede ocurrir que aportes indispensables para la realización de la conducta punible se hagan en la fase preparatoria y luego se actualicen en la fase de ejecución, sin que esto desvirtúe la calidad de coautor del interviniente; lo indispensable es que ese aporte no sea una simple cooperación sino que corresponda a una distribución de trabajo conforme a un plan común y que suministre el dominio funcional del hecho criminal.

Parece solución legal razonable, en el caso hipotético planteado anteriormente, que la persona encargada de organizar meticulosamente un homicidio, los integrantes de la “banda” que se encargan de conseguir las armas y las motos y demás elementos

32. ROXIN. Ob. cit., pp. 267 y ss.

33. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 341.

34. *Ibid.*, p. 345.

necesarios en una perfecta distribución de tareas para poder llevar a cabo un magnicidio, respondan como coautores del delito, pues su aporte no solo ha sido importante sino además condición necesaria para obtener el resultado, necesidad que obviamente se debe mirar, como se afirmó con antelación, desde una perspectiva *ex ante* y concreta dentro del acuerdo criminal.

No debe olvidarse que muchos de los doctrinantes extranjeros descartan esta solución para dejar a salvo la figura de la cooperación necesaria prevista en esas legislaciones y que punitivamente la tratan con igual punibilidad que al autor, supuesto normativo ausente en nuestra legislación que no prevé, específicamente, la denominada complicidad necesaria, por lo cual, como este interviniente da un aporte esencial para la realización típica, debe tratarse como coautor.

El Derecho Penal, sin renunciar a los principios de legalidad, proporcionalidad y a su carácter fragmentario, debe constituir una respuesta adecuada para el tratamiento de fenómenos de criminalidad organizada, pues solo así las normas pueden adecuarse a las cambiantes formas de criminalidad que muestran al delito como el resultado de una tarea colectiva en la que cada uno de los intervinientes se convierte en “pieza determinante” de la ejecución típica.

Las anteriores constituyen breves y parciales consideraciones sobre la coautoría, pues cada uno de los aspectos planteados presenta innumerables problemas y disímiles soluciones según el criterio del doctrinante que los aborde, pero lo más atractivo es la preocupación permanente que existe en los estudiosos del Derecho Penal para sentar las bases de un adecuado tratamiento de quienes intervienen en la realización de la conducta punible.