



**APROXIMACIÓN COMPARATIVA A LAS FIGURAS DE LA
“COAUTORÍA IMPROPIA” EN COLOMBIA Y EL COOPERADOR
NECESARIO EN ESPAÑA**

ALEJANDRO RUIZ PINEDA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2018

ÍNDICE

Introducción.....	3
Capítulo I.....	6
1. Concepto de autor.....	6
1.1 Concepto unitario de autor.....	6
1.2 Concepto extensivo de autor.....	8
1.3 Concepto restrictivo de autor.....	10
A. Teoría objetivo-formal.....	11
B. Teoría objetivo-material.....	13
C. Teoría del dominio del hecho.....	14
D. Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho.....	16
Capítulo	
II.....	19
1. Autoría y participación en el Código Penal colombiano.....	19
2. La llamada “coautoría impropia” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana.....	21
3. Autoría y participación en el Código Penal español.....	32
4. El cooperador necesario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.....	33
5. ¿Se compadecen los pronunciamientos del Tribunal Supremo español y de la Corte Suprema de Justicia colombiana con un concepto restrictivo de autor?.....	39
6. ¿Las figuras utilizadas (cooperador necesario y coautoría impropia) tienen consecuencias penológicas consecuentes con un concepto restrictivo de autor?.....	40
Conclusiones.....	46
Bibliografía.....	48

INTRODUCCIÓN

Son diversos los problemas que plantea la distinción entre autoría y participación. Lo que ZAFFARONI definió como “complejo de cuestiones especiales de la tipicidad¹”, se ha constituido en uno de los campos más complicados en el área del derecho penal. Si bien es cierto que el código penal colombiano vigente distingue entre autor y partícipe, en el campo de la doctrina y la jurisprudencia no ha habido un consenso a la hora de distinguir ambas categorías. En Colombia no son muchos los autores que han prestado especial atención a este tema (destacan SUÁREZ SÁNCHEZ², SALAZAR MARÍN³, REYES ECHANDÍA⁴, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁵, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ⁶, entre otros). En España, en comparación con Colombia, existe una mayor diversidad de autores que lo han hecho DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷, LUZÓN PEÑA⁸, MIR PUIG⁹, PÉREZ ALONSO¹⁰, GIMBERNAT¹¹, CEREZO MIR¹², DÍEZ RIPOLLÉS¹³ entre otros).

En Alemania, según un sector doctrinal, se ha llegado a hacer de la autoría un tema pacífico y resuelto, aunque muchos autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁴ discrepan de esta opinión; lo que sí resulta claro, es que allí es donde se ha estudiado el tema con más profundidad. Podría decirse que no hay autor alemán, desde hace varias décadas, que no se haya pronunciado frente a este tema. Existen referentes de obligatoria consulta como WELZEL, precursor de la teoría del dominio del hecho, o ROXIN¹⁵, quien la desarrolló y complementó.

¹ ZAFFARONI/ALAIGA/SLOKAR, *Derecho penal parte general*, 2ª ed, 2002. p. 767.

² SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007.

³ SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed., 2011.

⁴ REYES ECHANDÍA, *Derecho penal parte general*, 7ª ed., 1980.

⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., 1982.

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal*, 2002.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991.

⁸ LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Anuario de la facultad de derecho*, 8ª ed., 2000.

⁹ MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, 6ª ed., 2002.

¹⁰ PÉREZ ALONSO, *La coautoría y complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2012. (La versión original fue publicada en España, en 1966).

¹² CEREZO MIR, “Autoría y participación en el nuevo código penal español”, en *Nuevo Foro Penal*. N° 64, 2003.

¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Derecho penal español, parte general*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, 2007.

¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 31.

¹⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., 1998.

En Colombia resulta evidente la labilidad de la doctrina, y es poco lo que se ha ahondado en el tema; en lo que se refiere a la jurisprudencia, existe una disparidad de criterios, y por contera, si la dogmática europea no ha logrado resolver las problemáticas que el ámbito de la autoría y la participación han planteado, aun con todos los estudios y teorías que se han presentado a través de tantos años, se podría decir que el panorama para el caso de Colombia resulta menos reconfortante.

Frente a la discusión que se ha generado a raíz del tema de la coparticipación criminal, no se ha llegado a un consenso por parte de los diversos autores, académicos, jueces y magistrados, entre otros. Al respecto se han barajado diferentes conceptos de autor: el concepto extensivo, el concepto unitario y el concepto restrictivo, serían los más relevantes. Inicialmente se abordarán, de manera general, estos tres conceptos, haciendo especial énfasis en el concepto restrictivo de autor, que para efectos del tema objeto de análisis es el que predomina, tanto en la legislación colombiana como en la española.

Si bien los tres grandes conceptos de autor (restrictivo, extensivo y unitario) podrían ser compatibles con un Estado de derecho, será a partir del concepto restrictivo de autor que realizaré el análisis, por ser el que más acogida ha tenido, el que mejor se adecúa a la descripción que da el legislador de lo que es un autor y un partícipe y porque es, a mi juicio, el más garantista, pues permite una delimitación mucho más precisa en la adecuación de lo típico¹⁶.

Debido al frecuente uso de la figura de la coautoría impropia en Colombia y del cooperador necesario en España, a la variedad de criterios y posturas utilizados para motivar las decisiones de los tribunales de España y Colombia, las cuales no siempre se compadecen con un concepto restrictivo de autor, este trabajo presentará un análisis de ambas figuras, combinando reflexiones de dogmática penal y de política criminal.

La razón por la cual se eligieron ambas figuras (coautoría impropia y cooperador necesario) obedece a que, en Colombia, la coautoría impropia ha sido utilizada para dar la calificación de autor a quien realmente no la ostenta, mientras en España, en supuestos de hecho muy similares, se ha acudido a la figura del cooperador necesario, que es un partícipe (aunque recibe un tratamiento penológico igual al del autor). Para el caso particular de Colombia, el autor propiamente dicho es quien realiza el tipo penal (dentro de las formas contempladas en la norma) y el “coautor impropio”, según una elaboración jurisprudencial, es quien contribuye a la realización del tipo, pero sin sujeción rigurosa al verbo rector, como se mostrará más adelante.

En el caso de España, como ya se ha dicho, la figura del cooperador necesario tiene una pena igual a la del autor, pero esto no indica que el cooperador necesario sea autor

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista Huellas* 72 (2011), p. 140. [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>.

en sentido estricto. El cooperador necesario es considerado autor solo a efectos de la pena, pero sigue siendo un partícipe, con las consecuencias que de ello se derivan en virtud de la accesoriedad de la participación.

Este trabajo pretende destacar, entre otros aspectos, la importancia de la distinción entre autoría y participación, valiéndose del análisis de las dos figuras a las que se ha hecho referencia. Para ello, inicialmente abordará los tres grandes conceptos de autor (*unitario, extensivo y restrictivo*); posteriormente se presentará un panorama general de la figura de la coautoría impropia en Colombia y de la figura del cooperador necesario en España, y ambas figuras se abordarán a través de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de España, respectivamente. A partir de este análisis se plantearán algunas conclusiones sobre el tratamiento de las dos figuras y sus implicaciones dogmáticas y político-criminales.

CAPÍTULO I

1. Concepto de autor

La problemática que plantea el tema de la coparticipación criminal a la hora de determinar quién es autor, es uno de los temas de más difícil resolución. El concepto unitario, el extensivo y el restrictivo, son los tres más importantes conceptos que ha sostenido la doctrina penal.

Es importante analizar estos tres conceptos de autor, porque son los que se han mantenido vigentes y revisten mayor relevancia. Es indispensable, para abordar el tema objeto de estudio, dar a conocer los tres grandes conceptos de autor para entender el porqué de la crítica frente a las figuras del cooperador necesario y la coautoría impropia, partiendo de la generalidad (los tres grandes conceptos de autor), hasta llegar a lo específico (el cooperador necesario y la coautoría impropia), para poder entender que, en el caso de la coautoría impropia, dicha figura no encaja dentro del concepto de autor aplicado en Colombia (concepto restrictivo), y en el caso de España, con el cooperador necesario, aunque encaja en el concepto restrictivo de autor, su aplicación y la equiparación de la pena con la del autor pueden resultar criticables.

1.1. Concepto unitario de autor

Según este concepto, hay que prescindir de la distinción entre autores y partícipes; todos los sujetos que colaboran de alguna manera en la empresa criminal serían autores del delito. Dicho concepto se fundamentó en la teoría de la equivalencia de las condiciones (toda condición de un resultado es causa de ello – teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la *conditio sine qua non*), para la cual, todas las condiciones tienen la misma relevancia en la producción del resultado, cualquier perturbación o variación en las condiciones puede tener una gran influencia sobre el resultado final, por eso todo sujeto que ponga una condición para su producción causa el resultado; en este orden de ideas, la teoría no discrimina entre autores, cómplices o instigadores, pues todos son autores. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “el concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (...) y por el encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una

única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codelincuencia o expresiones similares”¹⁷.

Del mismo modo VON BURI y VON LIZST parten de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones¹⁸. Así, por ejemplo, para que una planta crezca (resultado), es necesario que se den las condiciones siguientes: buena tierra, semillas, lluvia y la acción humana de sembrar. Naturalmente, todas las condiciones de un resultado son causas de él, pero si aplicamos esta teoría al pie de la letra en el derecho penal, podríamos decir que en un delito donde A decide matar a B con su vehículo, serían responsables en ese orden, no solo A, sino quien le vendió el vehículo a A, quien lo fabricó, y yendo hacia atrás en orden cronológico, hasta los padres de A serían responsables. Como ya se dijo, es claro que todas las condiciones de un resultado son causas de él, pero no quiere decir que, para todos los efectos de valoración jurídica, vayan a ser iguales, pues no sería previsible por parte de los padres de A la decisión que tomó de matar a B, convirtiendo a todo el mundo en culpable de todo¹⁹.

La exagerada amplitud de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* llevó a la búsqueda de algunos correctivos, lo cual dio lugar a la teoría de la “causalidad adecuada” de Johannes VON KRIES (1886), apoyado a su vez en lo dicho por VON BAR en 1871, teoría según la cual es necesario hacer un cálculo de probabilidades teniendo en cuenta la situación del sujeto actor, con base en que las condiciones no son equivalentes, contrario a lo que predica la primera teoría²⁰.

Imaginemos el caso de un hombre que logra suicidarse con la ayuda de otros y analicemos las consecuencias jurídicas bajo un modelo unitario de autor y uno restrictivo. Bajo el modelo unitario de autor responderían todos como autores del delito de homicidio, a menos que mediante una previsión restrictiva del legislador se cree un precepto donde se establezca que quienes colaboren no serán castigados o que serán castigados con una pena diferente a la aplicable al autor de homicidio. Bajo el concepto restrictivo de autor, como se verá enseguida, ninguno respondería, entendiendo que el suicidio es atípico y en virtud del principio de accesoriedad de la participación, la conducta del resto resulta atípica; en caso de que el legislador considere que dicha

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 47.

¹⁸ ARBUROLA VALVERDE, *Teoría de la equivalencia de condiciones* [documento en línea], 2010 [consultado el 22 de febrero de 2017]. Disponible en: < <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-penal-teoria-imputacion-objetiva/equivalencia-condiciones>>

¹⁹ Según DÍEZ RIPOLLÉS, “para el concepto unitario de autor todos los intervinientes en el hecho deben ser considerados autores, con independencia de la importancia de su colaboración en el hecho, lo que impide diferenciar entre autores y partícipes, teniendo como fundamentos:

- La teoría de la equivalencia de las condiciones: todas las aportaciones de los intervinientes son equivalentes.

- Modernamente se entiende que, más allá de la causalidad, el hecho es obra de todos los intervinientes (frente a tesis diferenciadoras, que parten de que el hecho es obra de uno o varios, con los que colaboran otros)”. DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español, parte general*, 2007, p. 325.

²⁰ SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed., 2011, p. 102.

conducta debe ser castigada, deberá crear un nuevo tipo penal que así lo disponga (por ejemplo, el art. 107, para el caso colombiano; para el caso español, el art. 143).

Desde el punto de vista de los principios que rigen el derecho penal, una punición excesiva resulta más grave que una punición demasiado corta. Lo más grave de un olvido del legislador en el modelo unitario de autor es que desemboca en una punición excesiva; en cambio, en el modelo restrictivo, si no se prevén los casos por parte del legislador, tendríamos lagunas de punición, que en todo caso son menos graves. Este sería el motivo de preferencia del modelo restrictivo frente al unitario.

Poner en un mismo plano a todos los intervinientes de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la importancia de su intervención, sea positiva o negativa, no permite valorar cada intervención por separado. Aquí el legislador encuadra dentro del mismo tipo penal al autor, coautor, cómplice e inductor, dejando como única opción que el juez se mueva dentro del mínimo o máximo de la pena. Para MIR PUIG este concepto de autor responde a una opción político criminal que visualiza el actuar criminal en conjunto, sin detenerse a sopesar cada conducta ni que la sanción de quienes no hicieron un aporte relevante dependa de quienes prestaron un aporte esencial²¹.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO afirma que, en la doctrina española, el concepto unitario de autor no ha tenido un campo de discusión muy amplio, pues no tuvo mayor acogida dentro de los estudiosos del derecho y por eso no es fácil encontrar muchos autores que defiendan esta tesis, y que los pocos que la han defendido, han fijado una postura muy variable y no muy clara²². Así pues, las críticas frente a este modelo son diversas, pues es menos compatible con un derecho penal garantista, es demasiado extenso y no se esfuerza por hacer la mínima diferenciación entre lo que es un autor, coautor, cómplice o inductor, terminando por simplificar mucho el proceso, dejando un escaso margen al juez para que se mueva dentro del rango de tiempo contemplado para sancionar determinada conducta.

²¹ Este autor afirma que “la concepción que examinamos responde ante todo a una opción político criminal que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos quienes contribuyen a él y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor)”. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002. p. 360.

²² “En la doctrina española nunca se ha discutido a fondo el concepto que nos ocupa. Quizá por eso se encuentran pocos autores que muestren simpatías hacia el mismo; solo tienen cierta significación JIMÉNEZ DE ASÚA, que no se expresa siempre de una forma clara y, en obras suyas más recientes, desecha el sistema; también de un modo relativo, QUINTANO RIPOLLÉS y, sobre todo, aunque con una grave contradicción, CONDE PUMPIDO. La inmensa mayoría de la doctrina sin embargo rechaza en pocas líneas el sistema del concepto unitario de autor”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991. p. 60 y ss.

1.2. Concepto extensivo de autor

Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, fue ZIMMERL quien por primera vez introdujo una terminología que da paso a lo que se conoce hoy como conceptos extensivo y restrictivo de autor. En este sentido señala que “probablemente es un artículo de ZIMMERL donde por primera vez se reflexiona de modo sistematizado, y con una terminología que dará pie a hablar de concepto extensivo y concepto restrictivo de autor, sobre dos posibles formas de interpretar los tipos penales, desde el punto de vista de la intervención del delito”²³.

Este concepto parte de la misma premisa del concepto unitario: en principio, autor es todo el que interviene en esa empresa criminal llamada delito; la diferencia radica en que sus defensores reconocen que hay legislaciones que distinguen entre autores, instigadores y cómplices, y esta distinción constituye una restricción de la tipicidad, pues de no existir, todos los intervinientes serían autores. Este concepto, aunque no esté de acuerdo con la distinción hecha en el código, termina por aplicarla, aunque no la comparta.

En definitiva, para este modelo, cualquier interviniente en el hecho tiene la categoría de autor, a menos que exista un precepto que le obligue a hacer la clasificación entre unos intervinientes y otros. Es, expresado de otra manera, el querer y no poder ser un concepto unitario de autor.

Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, las críticas al concepto unitario y el extensivo son idénticas, las soluciones planteadas a las críticas en muchas ocasiones son parecidas, al igual que sus construcciones básicas. De modo similar, para SUÁREZ SÁNCHEZ el modelo extensivo de autor, en su afán por buscar un remedio a las lagunas punitivas del modelo restrictivo, cae en los mismos errores cometidos por el concepto unitario de autor²⁴.

La razón por la que el concepto extensivo de autor toma como restricciones de la tipicidad los preceptos de complicidad, inducción, etc., es porque este concepto, al igual que el concepto unitario, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero toma en cuenta todas las previsiones legales sobre participación que, aunque no responden a su esencia, deben ser respetadas.

SUÁREZ SÁNCHEZ plantea en un ejemplo el caso de varias personas que intervienen en un homicidio; para esta teoría, inicialmente, todos los que intervienen en la muerte de la víctima son considerados autores, sin importar el aporte al hecho, a menos que existan preceptos que regulen los comportamientos de los cómplices y de los inductores. Una

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991. p. 253.

²⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007. p. 122.

vez ubicados (inductores y cómplices), aquellos que no quedan dentro de esta calificación, son considerados autores²⁵.

El carácter residual dentro del concepto extensivo de autor parece, entonces, invertirse, pues primero se verifica si la conducta punible encaja dentro de los preceptos de inducción o complicidad, y en caso de no encajar, es considerada como autoría. Esto convierte a los preceptos sobre participación en principales y autónomos y le da a la autoría un carácter residual. En suma, las críticas realizadas al concepto extensivo de autor son similares o idénticas a las realizadas al concepto unitario de autor, ambas parten de la causalidad, lo que, de entrada, resulta muy criticable, pues parten de un fundamento incorrecto.

1.3. Concepto restrictivo de autor

En principio, como ya se ha afirmado, el concepto unitario y extensivo de autor parten de la idea de que todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores; el concepto restrictivo, por el contrario, parte de la idea de que no todo aquel que interviene en el hecho delictivo es considerado autor, solo algunos de ellos.

La consecuencia fundamental del concepto restrictivo de autor es que la responsabilidad de los autores es autónoma, mientras que la de los partícipes es accesoria de la del autor, cosa que no sucede en los demás conceptos (unitario y extensivo). El modelo dominante es la accesoriedad limitada, es decir, para que el partícipe responda, la conducta del autor tiene que ser, al menos, una conducta típicamente antijurídica.

En el concepto restrictivo de autor existen preceptos que castigan expresamente otras formas de intervención, esto se constituye en una extensión de la punibilidad, lo que, en el modelo extensivo de autor, se podría definir como una restricción a la tipicidad.

La principal ventaja del concepto restrictivo de autor es una mayor delimitación de lo típico y de lo atípico, pues la accesoriedad reduce el campo de movilización. Un dato fundamental para valorar los criterios definitorios de la autoría es la comprobación de su circunscripción a lo estrictamente típico, esto lo legitima aún más frente a un Estado de derecho.

Así, a diferencia de los conceptos unitario y extensivo, el restrictivo distingue entre la conducta desplegada por el autor y por el partícipe, lo que hace que, si bien no sea el único posible, si sea el más conveniente. Podemos concluir que la característica que más sobresale del concepto restrictivo de autor, frente a los conceptos unitario y extensivo, es que, para el restrictivo, es autor quien realiza la acción típica establecida en cada delito

²⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007. p. 107.

y, por tanto, no sería autor del delito quien contribuye a que se realice esta. La simple aportación causal no convierte al sujeto en autor, ya sea porque causación y realización del tipo no son conceptos equivalentes, o bien porque se requiere una posición protagónica sobre el hecho.

Ahora bien, dentro de las teorías que pretenden brindar criterios para distinguir entre autores y partícipes, y que, por tanto, tienen como punto de partida un concepto restrictivo de autor, se hará mención en este trabajo de las cuatro más relevantes: i) Teoría objetivo-formal; ii) Teoría objetivo-material; iii) Teoría del dominio del hecho; iv) Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho.

A continuación, se procederá a analizar las teorías mencionadas.

A. Teoría objetivo – formal

Esta teoría tiene como premisa que toda persona que realiza todos o algunos de los actos ejecutivos consagrados en el tipo penal es considerada autor. Para esto acude a la gramática, a la sintaxis y a la interpretación literal del tipo. La teoría objetivo-formal no tiene problemas para identificar al autor en la autoría inmediata, pero se ha sostenido que presenta inconvenientes frente a la coautoría o la autoría mediata. Como ha dicho ROXIN, “esta concepción considera – atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes – autor a aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial; todos los demás son sólo inductores o cómplices”²⁶. De forma similar SUÁREZ SÁNCHEZ sostiene que “esta teoría se caracteriza por definir como autor a quien ejecuta por sí mismo de manera total o parcial la acción descrita en el tipo de la parte especial; todos los demás son partícipes”²⁷.

La teoría objetivo-formal, que tuvo gran aceptación en Alemania en parte del siglo XX, fue perdiendo aceptación en la medida en que fue teniendo acogida la teoría del dominio del hecho. En España, si bien la teoría del dominio del hecho entró con fuerza, la aceptación de esta última sobre la otra no ha sido tan marcada; en Colombia, parece existir consenso en torno a la idea de que la teoría del dominio del hecho es la que mejor se acopla al código penal.

A pesar de que con el tiempo han surgido teorías que han tenido más acogida, como la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo-formal también presenta características que representan ventajas muy notables; por ejemplo, que está blindada frente a los defectos del planteamiento causal. En ese sentido, para DÍAZ Y GARCÍA

²⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., 1998. p. 52.

²⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007. p. 130.

CONLLEDO resulta muy acertado que las teorías objetivo-formales²⁸ sean tan enfáticas en hacer ese puente entre el tipo y la autoría, y aunque reconoce que son numerosas las críticas hechas, considera que no todas son verdaderas o insuperables, especialmente frente a la versión moderna. Donde se encuentran mayores falencias es en la versión clásica, a la que le cuesta más adecuarse a un concepto restrictivo de autor fiel a sus garantías, pues la versión clásica iguala las acciones ejecutivas típicas con las no típicas (quien sujeta a la víctima y quien le propina la puñalada están en igualdad de condiciones, por ejemplo)²⁹.

ROXIN advierte una peculiaridad en esta teoría, y es la denominación objetiva: “debe añadirse que esta concepción – lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad – se denomina objetiva sin razón; ¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado!”³⁰.

La denominación “objetiva” obedece a la marcada diferencia o antagonismo frente a las teorías subjetivas, que, además de la causalidad, exigen un elemento subjetivo de autor, y no a la exclusión de elementos subjetivos en su configuración típica, como muchos autores han afirmado. La teoría subjetiva reclama que se actúe con un particular ánimo y asuma una especial posición en el delito; esta actitud no juega un papel importante en la teoría objetivo formal. El término “formal” obedece a la concatenación entre la acción y el tipo, no existe en esta teoría una referencia a lo causal, sino por el contrario, al tipo con todos sus elementos, tanto materiales como formales.

Según GÓMEZ GONZÁLEZ, esta teoría fracasa ante su incapacidad de solucionar todos sus problemas por una insuficiente concepción de las formas estructurales de la conducta humana, dando por hecho que es posible, en todos los tipos, establecer cuáles son los actos ejecutivos típicos, cosa que, según este autor, no es posible en todos los casos, pues algunos tipos solo contemplan el resultado, pero no los actos o medios para conseguirlo³¹. Análogamente afirma que “esta teoría se atiene estrictamente a la literalidad de las descripciones de la acción por parte de los tipos y considera autor, sin atención al peso de su cooperación a la totalidad del proceso, a todo aquel comportamiento que entra dentro del círculo que quiere abarcar el tipo, mientras que se

²⁸ Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO existen dos versiones de la teoría objetivo-formal: la 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 modificada o moderna: especialmente influenciada por GIMBERNAT ORDEIG, 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 – o una de ellas si son varias – del delito que se trate”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *Revista Derecho Penal y Criminología* 76 (2004), p. 40 y s. [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>.

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *Revista Derecho Penal y Criminología* 76 (2004), p. 40 y s. [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>.

³⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., 1998, pág. 53.

³¹ GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2001, p. 53.

entiende que únicamente puede ser partícipe aquel que aporta cualquier contribución causal al hecho”³². MIR PUIG, por su parte, considera que “la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada en los delitos de medios determinados”³³.

Para concluir, las dos grandes críticas hechas a la teoría objetivo formal son:

- i) “Su imprecisión, pues no es exacta al momento de determinar lo que es y no es acción ejecutiva, ya que no toda acción ejecutiva en sentido estricto se puede considerar típica”³⁴.
- ii) “Su incapacidad para explicar la autoría mediata; como ya se ha mencionado, esta teoría no ofrece mayor dificultad para resolver el problema de la coautoría cuando cada uno de los coautores realiza la totalidad del hecho típico, pero resulta incapaz a la hora de identificar la autoría mediata”³⁵.

B. Teoría objetivo – material

Esta teoría busca subsanar los defectos de los que adolece la teoría objetivo-formal, yendo más allá de la descripción típica, pues lo que busca es tener en cuenta la importancia del aporte a la hora de identificar al autor, más que limitarse simplemente a considerarlo de acuerdo con la dirección de su voluntad. Según GÓMEZ GONZÁLEZ, “esta teoría trató de evitar los defectos de la objetivo-formal, destacando el criterio material por encima de la descripción típica, es decir, la importancia objetiva de la contribución. Quien aporte la contribución objetivamente más importante será el autor”³⁶.

Es decir que, para distinguir entre autoría y participación, se acude a criterios distintos a la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho, siendo por ello objetiva, con carácter material, pues no se conforma con la mera remisión al tipo penal. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que precisamente su principal desventaja es esa, esto es, “que ese criterio material se halla normalmente desvinculado del todo de la norma penal típica, lo que hace a estas teorías rechazables desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor...”³⁷.

³² GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2001, p. 53.

³³ MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 1990, p. 393.

³⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007, p. 143.

³⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007, p. 151.

³⁶ GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2001, p. 54.

³⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 536.

Cabe agregar que dicha teoría tiene como pilar la doctrina de la causalidad³⁸, la cual, en contraposición a la teoría de la equivalencia³⁹ considera que entre todos los factores que contribuyeron en la causación del resultado se puede diferenciar entre causa y condiciones, es decir, el autor es la causa y el cómplice es la condición del resultado típico. En definitiva, esta teoría tiene como inconveniente que no establece unos criterios fijos para identificar el carácter más o menos esencial de la aportación de cada interviniente.

Así, según ha explicado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “las teorías objetivo-materiales (distintas de la del dominio del hecho), como las denominadas de la necesidad, de la simultaneidad, de la supraordinación, las que distinguen según el carácter directo o indirecto de la causalidad, etc., aportan en ocasiones ideas interesantes, pero no pueden admitirse para distinguir entre autoría y participación, pues parten a menudo 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. Por lo demás han sido poco defendidas en España, salvo lo que se refiere a la teoría de la necesidad en materia de delimitación de la cooperación necesaria (en mi opinión, una forma de participación en sentido estricto) de la complicidad”⁴⁰.

MIR PUIG presenta una crítica sobre dos aspectos de la teoría objetivo-material que resulta muy acertada⁴¹: i) obviar la importancia de lo subjetivo para identificar la importancia de cada contribución al hecho; ii) para distinguir entre autor y partícipe no sirve remitirse al criterio de mayor importancia objetiva, la distinción precisa entre causa y condición, cosa que no es posible en el mero terreno objetivo de la causalidad. Por su parte, GIMBERNAT considera que entender al autor como la causa y al cómplice como la condición del resultado, lo que busca es aplicar criterios tomados de las ciencias naturales, para realizar la delimitación, lo que resulta imposible⁴².

³⁸ “...la causalidad es la condición mínima de la imputación objetiva del resultado; pero no la única, ya que a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado. Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, tiene un efecto limitador”. LANDAVERDE, *La causalidad en derecho penal* [en línea]. Noviembre 10 de 2015 [citado el 23 de agosto de 2017]. Disponible en: < <https://www.enfoquejuridico.org/2015/11/10/la-causalidad-en-derecho-penal/>>.

³⁹ “Para esta teoría, es causa toda condición que interviene en la producción de un resultado, siendo imposible diferencias entre causas y condiciones. Para determinar cuando estamos en presencia de una causa, hay que usar la fórmula *conditio sine qua non*, que establece que si suprimimos mentalmente determinada condición y el resultado desaparece, dicha condición es su causa”. LANDAVERDE, *La causalidad en derecho penal* [en línea]. Noviembre 10 de 2015 [citado el 23 de agosto de 2017]. Disponible en: < <https://www.enfoquejuridico.org/2015/11/10/la-causalidad-en-derecho-penal/>>.

⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista de estudios de la justicia*, 10 (2008), p. 17. [Citado el 23 de agosto de 2017]. Recuperado de http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

⁴¹ MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, 3ª ed., 1990. p. 393.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2012. p. 96.

C. Teoría del dominio del hecho

Esta teoría es la que mayor acogida ha tenido en Alemania, y ha sido ampliamente desarrollada por ROXIN. En España cada día goza de mayor aprobación y en Colombia también ha tenido una acogida mayoritaria. Para esta teoría es autor quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes carecen de esta posibilidad; en otras palabras, es autor quien decide sobre la realización de la conducta y su ejecución. Quien no tiene el dominio no ostenta la calidad de autor, es considerado instigador o cómplice. En este punto, es de reconocerle a las teorías objetivo-materiales el demostrar que no toda condición del resultado puede ser jurídicamente autoría.

Ante la pregunta ¿qué quiere decir tener el dominio del hecho?, GIMBERNAT afirma que “el dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo, con finalidad consciente, su decisión de voluntad”⁴³, y concluye que “la esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho”⁴⁴.

BERRUEZO, por su parte, considera que “el dominio del hecho, se manifiesta en el dominio de la propia acción, que no se pierde ni por la coacción ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error o incapacidad de culpabilidad, y aun en los casos de aparatos de poder organizados”⁴⁵.

Para la teoría del dominio del hecho, la realización de la acción típica no es solo la ejecución material y objetiva del mismo, el hecho contempla la integración objetivo-subjetiva. Solo quien domina el curso del hecho puede ser autor del mismo.

También surge la duda sobre si la teoría del dominio del hecho es de carácter objetivo o subjetivo. Para la gran mayoría, esta teoría obedece a elementos objetivos con un componente subjetivo, que está ligado a la finalidad, es decir, al dolo, entendido como la voluntad consciente de realizar aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho. Para LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la consecuencia fundamental de esta concepción es que se considera inaplicable el criterio del dominio del hecho a los delitos imprudentes⁴⁶, lo que trae como consecuencia que gran parte de la doctrina se incline por un concepto unitario de autor en ellos⁴⁷.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2012, p. 106.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2012, p. 107.

⁴⁵ BERRUEZO, *Autoría y participación desde una visión normativa*, 2012, p. 25.

⁴⁶ Más adelante hablaré de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, con la que LUZÓN PEÑA busca solucionar este inconveniente frente a los delitos imprudentes.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista internacional Derecho penal contemporáneo 2 (2003)*, 12. [Citado el 29 de agosto de 2017]. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8026404ce0430a010151404c

De lo antes mencionado se desprende que la teoría del dominio del hecho cuenta con elementos objetivos y subjetivos (*teoría objetivo-subjetiva*). Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la teoría del dominio del hecho no es una teoría objetivo-subjetiva, pues las teorías subjetivas exigen por parte del sujeto un *animus auctoris*, que es la disposición o ánimo respecto a su forma de intervención; sin embargo, quienes defienden la teoría del dominio del hecho, cuando hacen referencia al elemento subjetivo de la teoría, lo identifican con el dolo o finalidad⁴⁸.

Actualmente, el mayor defensor de esta teoría es ROXIN, uno de los referentes más importantes de la época. En su obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* plantea que el autor es la figura central del proceso de actuación. “Este es el punto de partida metodológico, porque esta afirmación contiene un principio rector, de donde puede partir el concepto legal, pero además de allí se extrae un concepto pre jurídico de diferenciación que no tiene objeción”⁴⁹.

Frente a ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO plantea que “el legislador valora de tal forma que caracteriza al autor a través del concepto de ejecutar, al inductor a través del determinar al hecho, y la complicidad mediante el prestar ayuda. Así, el legislador de manera concreta contempla en el centro de la actuación al ejecutor y a las otras tres figuras en torno a él. Con esto quiere significar ROXIN que la esencia de la participación consiste en el apoyo en la figura del autor. Obviamente, con la figura del autor como criterio central de la actuación no queda solucionada la definición material de autor, pues ésta dependerá, en gran medida, de las valoraciones del legislador, la estructura del comportamiento y el tipo específico de que se trate; es importante entonces dotar de contenido la figura central. ROXIN considera que ese contenido se logra mediante el dominio del hecho, de la infracción del deber especial o de la actuación de propia mano”⁵⁰.

D. Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

Diversas teorías han surgido de la teoría del dominio del hecho. La que aquí se analiza se puede considerar como una concepción heterodoxa de aquella; si bien no es la

⁴⁸ Este dolo o finalidad no debe entenderse simplemente como querer y saber, pues este tipo de dolo también aplica para los partícipes; este dolo debe entenderse como voluntad consciente de realizar aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho.

⁴⁹ SCHELLER D'ANGELO, en: *Revista de Derecho* 35 (2011), p. 249. [Citado el 03 de septiembre de 2017]. Recuperado de:

http://rcientificas.uninorte.edu.co/revistas/revista_derecho/files/revista%20de%20derecho%2035%20u-flip.pdf

⁵⁰ SCHELLER D'ANGELO, en: *Revista de Derecho* 35 (2011), p. 249. [Citado el 03 de septiembre de 2017]. Recuperado de: http://rcientificas.uninorte.edu.co/revistas/revista_derecho/files/revista%20de%20derecho%2035%20u-flip.pdf

única que encaja dentro de esta concepción de heterodoxa⁵¹, haré referencia solo a la propuesta por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y seguida y desarrollada por otros autores.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera inaceptable la concepción dominante en la doctrina alemana y en la jurisprudencia española sobre la autoría en los delitos imprudentes, la cual obedece a una teoría puramente causalista, pues “...para la realización del tipo objetivo de un delito imprudente de resultado (sin modalidades limitadas de acción, claro está) basta con infringir el cuidado debido y con condicionar causalmente el resultado, de tal modo que es autor cualquiera que haya ejercido influencia causal en la producción del resultado, y no se puede aceptar ni siquiera, aunque se añada que esa causación del resultado ha de ser tal que también haya imputación objetiva”⁵².

Al mismo tiempo, SUÁREZ SÁNCHEZ explica esta teoría señalando que “LUZÓN PEÑA antepone al concepto del dominio negativo o potencial el del dominio objetivo y positivo, pues considera que el dominio no se queda sólo en la posibilidad de impedir el hecho, de fracasar el plan, sino que va más allá, hasta llegar a un dominio que consista en decidir con el comportamiento si se ha de producir o no el resultado y las circunstancias temporo-modales (cuándo y cómo)”⁵³.

Dominio objetivo y positivo significa que, si el sujeto obrara dolosamente, podría decidir con su actuar la producción del resultado (cuándo y cómo).

“La determinación debe ser positiva, porque en la coautoría, por ejemplo, el que realiza una aportación esencial logra que el hecho no se detenga, sin que pueda decidir de manera positiva que el hecho se produzca, así, por ejemplo, en el caso del vigilante en un hurto, por mucho que vigile, si nadie toma la cosa no habrá hurto, por lo cual está en manos de otro u otros la realización del tipo y quienes toman la cosa determinan positivamente el hurto”⁵⁴.

Visto lo anterior, para esta teoría, quien determina positivamente el hecho es considerado autor, es decir quien se enfrenta directamente al tipo penal, a la norma que tiene un interés particular por evitar cierta conducta. Aquel que posee únicamente el dominio negativo, no se puede considerar autor (el vigilante que, por más que vigile, si quien está dentro de la bóveda, nunca se decide a perfeccionar el hurto, nunca se va a llevar a cabo el delito). Al aceptar esta conducta como de autoría, estaríamos ampliando el concepto de autor de una manera tal, que no obedece a un concepto restrictivo del mismo.

⁵¹ También está, solo a título de ejemplo, la teoría de “la pertenencia del hecho”, de Mir Puig, y la teoría “normativa del dominio del hecho”, de Feijóo Sánchez. Incluso la de Jakobs.

⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 626.

⁵³ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007, p. 198.

⁵⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., 2007, p. 200.

Para finalizar, considero que la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho propuesta por LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha tratado de sanear aquellas falencias que presentan las teorías antes mencionadas; aclaro que, aunque en mi concepto la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho es la más estructurada y más adecuada hasta el momento, no significa que sea esta teoría la llamada a explicar todos los problemas doctrinales, o que nunca será objeto de crítica, frente a las cambiantes formas de criminalidad en una sociedad moderna.

Una vez sentada la postura, y dejando claro la teoría a seguir (determinación objetiva y positiva del hecho), el siguiente paso será analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias y del Tribunal Supremo de España, en cuanto al tratamiento que se le ha dado a la figura de la coautoría impropia y de cooperador necesario, respectivamente, y si este tratamiento se compadece con un concepto restrictivo de autor, respeta el principio de proporcionalidad y genera unas consecuencias penológicas consecuentes con este planteamiento.

CAPÍTULO II

1. Autoría y participación en el Código Penal colombiano

Para empezar, trataré, de manera breve, la regulación de la autoría y la participación en el código penal colombiano. Actualmente, el código penal consagra un concepto restrictivo de autor, pues se marca la diferencia entre autor y partícipe (Art. 28)⁵⁵.

Cuando el código penal menciona en su artículo 28 a los autores y a los partícipes, lo hace dejando en claro que se trata de dos formas diferentes de intervención en el delito. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO hace una aclaración frente a este art. 28 que considero importante mencionar, y se trata de la no inclusión de los encubridores dentro del mencionado artículo, pues el encubrimiento no es una forma de participación en el delito. Quien se presta como encubridor, lo hace ex-post, y para ese momento el hecho ya se ha consumado y no se puede participar en un hecho que ya está consumado; le corresponde al encubrimiento o favorecimiento un tipo penal aparte (art. 446 CP)⁵⁶.

Posteriormente, el código penal colombiano regula la autoría y la participación en dos artículos diferentes (art. 29 y 30 CP). Para el caso del art. 29 CP⁵⁷, llama la atención que, en lo que a autoría se refiere, se hable de la realización de la “conducta punible” y no de “conducta antijurídica”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO lo plantea así:

“Más discutible es que el art. 29, en materia de autoría, hable de la realización de la conducta punible (no de la conducta antijurídica), lo que tal vez se deba a un arrastre histórico (el código penal anterior se refería al hecho punible en todas las formas de intervención en el delito) o, como parece más probable, se haya pretendido que la

⁵⁵ Artículo 28. “Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”.

⁵⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *Revista Derecho Penal y Criminología* 76 (2004), p. 48 y s. [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>.

⁵⁷ Artículo 29. “Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

autoría requiera, en consonancia con la definición de la conducta punible del art. 9 código penal, tipicidad, antijuridicidad y también culpabilidad...”⁵⁸.

El art. 29 contempla varias formas de autoría: la autoría inmediata y la autoría mediata (primer párrafo), y la coautoría (segundo párrafo).

Frente a la coautoría descrita en este artículo, resulta criticable la forma como ha sido planteada, pues los cómplices también pueden actuar “mediando acuerdo común”, también pueden “actuar con división de trabajo” entre autores y cómplices; en lo que respecta a la relevancia del aporte, el art. 29 no es claro en determinar la importancia del mismo, que permita discernir el nivel de trascendencia prestado por el interviniente que lo ubique en la categoría de coautor, y no de cómplice. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO lo plantea así:

“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 hecho. Pues parece conformarse con el acuerdo con división del trabajo y una cierta importancia en la contribución (no señala cual, 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”⁵⁹.

Con esto podemos concluir que no resulta convincente la caracterización de la coautoría en el código penal, pues amplía demasiado la esfera de la autoría, teniendo en cuenta que nuestro código penal obedece a un concepto restrictivo de autor.

Analizando la importancia del aporte en términos de determinación positiva del hecho, tenemos que, según la mencionada teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, dentro del marco de un concepto restrictivo de autor fiel a sus ventajas, debe existir un estrecho lazo entre autoría y realización del tipo, siendo autor quien realice la conducta descrita en el correspondiente tipo de la parte especial. En los delitos puramente resultativos, el criterio material que concreta lo anterior es el que establece que autor es quien determina objetiva y positivamente el hecho (el coautor será, entonces, quien co-determine objetiva y positivamente el hecho). El que se hable de determinación objetiva permite, como ya se dijo, aplicar sin problemas el criterio de distinción tanto a hechos dolosos como imprudentes. Al exigirse una determinación positiva y no solo negativa, es decir, el que se exija que el autor decida el si y el cómo

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista Huellas* 72 (2011), p. 144. [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>.

⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *Revista Derecho Penal y Criminología* 76 (2004), p. 54 [Citado el 26 de septiembre de 2017]. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>.

del hecho y no solo su posible no producción, evita extensiones del concepto de autor, en especial en la coautoría, lo que haría perder en gran parte las ventajas de un concepto restrictivo de autor⁶⁰.

2. La llamada “coautoría impropia” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En el presente apartado se hará un análisis del manejo jurisprudencial que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de Colombia a la figura de la coautoría impropia. Para el caso colombiano, la figura de la coautoría impropia tiene su origen en una interpretación jurisprudencial del art. 29 del código penal. Se han elegido varias sentencias donde se hace uso de esta figura, como se relaciona a continuación.

Antes cabe señalar que, claramente, la interpretación que dan las Cortes a los preceptos legales es la puesta en práctica de estas normas y con ello la realización práctica de un Estado de Derecho. En la jurisprudencia colombiana se ha hecho uso, con mucha frecuencia, de la figura de la “coautoría impropia”, concepto que, como se verá, no encaja en la literalidad del art. 29 CP. El mero uso del término “impropia” sugiere que no es una coautoría, con lo que estoy de acuerdo, y anticipo que su aplicación me parece absolutamente criticable.

i) La primera sentencia que se pudo hallar donde se aplica esta figura, tiene por fecha el 9 de septiembre de 1980, con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía. En ella se afirma que "serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común -comprensiva de uno o varios hechos- que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya; y serán cómplices quienes, sin haber realizado acción u omisión por sí misma constitutiva de delito o delitos en que participan, prestan colaboración o ayuda en lo que consideran hecho punible ajeno".

ii) Posteriormente en sentencia Radicado No. 10.700 del 02 de agosto de 1995 M.P. Ricardo Calvete Rangel sostiene que, "...debe colegirse razonadamente que el análisis conjunto de todas estas circunstancias confluye naturalmente en señalar a los acusados como responsables de la muerte de J. G., resultado que buscaron mancomunadamente y

⁶⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista de estudios de la justicia*, 10 (2008), p. 20. [Citado el 20 de enero de 2018]. Recuperado de http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

que obtuvieron mediante la división de acciones coordinadas bajo la misma intención, pues que mientras A. H. inmovilizaba al obitado, U. M. hendía el cuchillo con suma violencia en vital zona corporal, comportamientos que se enmarcan en el concepto de coautoría impropia...".

iii) En sentencia 19213 de 2003, la Corte Suprema de Justicia (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón) no casó la sentencia donde se condenó a L. F. B. C. como autor del concurso de delitos de homicidio agravado y tentativa de hurto calificado agravado.

La mañana del 29 de junio del 2000, según los hechos relatados en la sentencia, don L. E. M. A. conducía taxi. Fue requerido por cuatro hombres que ascendieron al automóvil y, cuando transitaba por la zona boscosa de la vereda "Mundo Nuevo" de Pereira, quisieron despojarlo del dinero que portaba. Como opuso resistencia, los agresores le dispararon, ocasionando su deceso.

La inmediata presencia de miembros de la Policía y el señalamiento de residentes del sector -que vieron huir a los asaltantes-, condujo a la captura de C. A. M. M. y de L. F. B. C., quienes aceptaron que iban en el vehículo y que "optaron por atracar al taxista". El primero dijo que había hecho unos de los disparos, dirigidos contra la parte de atrás del automotor luego de que se perdiera el control del mismo y se desbordara y que no sabe si los proyectiles alcanzaron al conductor. C. A. M. M. solicitó el trámite para sentencia anticipada y aceptó los cargos formulados.

El Tribunal imputó a L. F. B. C. coautoría impropia. Para el Ad quem, hubo división de trabajo, a pesar de que el otro detenido expresó que aquél no había desplegado ningún comportamiento activo. No obstante, según el juez colegiado esa actitud era innecesaria porque el procesado tenía conocimiento de que se iba a realizar un hurto y que sus compañeros tenían armas.

Para el demandante, en cambio, si su acudido no participó positivamente en los hechos, "aunque sabía de lo que sus amigos iban a hacer..., entonces no se puede aplicar" el art. 29 del código penal, que exige que entre el acuerdo y la acción deba existir una relación concreta, que, si "no se produce, mal podemos hablar de coautoría y menos aún de coautoría impropia", fenómeno que, además, "no existe, es una figura desterrada de manera definitiva y de la cual es preciso hacer un homenaje fúnebre". Sigue: "Si hay acuerdo y hay acción, vale para todos, pero si solamente sé que ello va a ocurrir", pero no actúo, "no puede predicarse la existencia de coautoría".

Frente a la manifestación hecha por el apoderado del procesado, el Tribunal asumió la tesis de la coautoría, porque el procesado tenía conocimiento de lo que harían sus compañeros, aunque no hubiese hecho nada.

La Sala no casó la decisión, y citó en uno de los apartes de su pronunciamiento la Sentencia de Reyes Echandía, ya mencionada: “Son coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuran delito, actúan como copartícipes en una empresa común, comprensiva de uno o varios hechos (9 de septiembre de 1980, M. P. Alfonso Reyes Echandía)”.

Concluye la Sala diciendo:

“Si a una empresa criminal los intervinientes concurren armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidio, todos son coautores del hurto y de los atentados contra la vida, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado armas, pues han participado en el común designio, del cual podrían surgir esos resultados que, desde luego, han sido aceptados como probables desde el momento mismo en que se actúa en una empresa de la cual aquellos se podían derivar (ibídem)”.

Resulta claro que este pronunciamiento de la Corte no obedece a un concepto restrictivo de autor. Cita incluso sentencias de 1980 que dan paso a la figura de la coautoría impropia, tan criticada. Considero, entonces, que hubo una aplicación indebida del art. 29 CP, como lo afirma la representante del procesado L. F. B. C. Para la Sala fue suficiente con que este estuviera presente al momento de la comisión del delito, y conociera que sus compañeros portaban armas, para imputarle una coautoría en el delito de homicidio, sin que esas conductas puedan considerarse realmente como co-determinantes positivamente del hecho.

iv) Posteriormente, la sentencia de 33507, de 24 de julio de 2007 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), deja en firme la sentencia donde se condenó a R. T. C. M. como coautora de secuestro extorsivo agravado, al argumentar que “...la producción del resultado típico es producto de la voluntad común, en forma tal que si bien en principio podría afirmarse que cada conducta aisladamente valorada no posibilita su directa adecuación, el común designio que ata a la totalidad de cuantos intervienen con actos orientados a su ejecución, rechaza un análisis sectorizado de cada facción e impone por la realización mancomunada que desarrolla el plan urdido, que sólo pueda explicarse bajo la tesis de la coautoría, generalmente criticada por su denominación de ‘impropia’, pues compromete a todos los copartícipes como si cada uno hubiere realizado la totalidad del hecho típico y no, desde luego, por la porción que le fue asignada”.

Para ubicarnos en contexto, se hará un resumen del acontecer fáctico. Según lo narrado en dicha sentencia, las órdenes fueron dadas por alias “Mocho” quien se las dio a “Humberto Valbuena” y este a “Maracaballo”, “Poloncho” y “Santomalo”, todos miembros de la subversión, logrando conocerse que la imputada no estuvo en el momento del secuestro del sacerdote C. O., ni con posterioridad. Según se narra en el

escrito, el aporte de R. T. C. M. fue dar la descripción morfológica del sacerdote, aun cuando también informara a los miembros de las FARC sobre la capacidad económica de aquel, el sitio de su ubicación, los condujera hasta la finca y recibiera, una vez obtenido el pago, cinco millones de pesos.

Al analizar el caso en cuestión, se puede advertir una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art 29 CP, como lo afirma el defensor, y no aplicar el art. 30 de la misma normatividad, bajo el entendido que la participación de la inculpada, solo podría ser adecuada a título de cómplice y no de coautor.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia parece asumir, con ello, una tesis similar a la llamada “teoría del acuerdo previo” (en una época, muy utilizada por el Tribunal Supremo español) que, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “consiste básicamente en afirmar que, cuando entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo, todas ellas son autores (coautores) del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado”⁶¹.

v) En sentencia 36299 de 2012, la Corte Suprema de Justicia (M.P. María Del Rosario González Muñoz) casó la sentencia impugnada, condenando a J. K. F. V. como cómplice del delito de hurto agravado.

Según los hechos relatados en la sentencia, en el mes de marzo de 2008 varios sujetos, aprovechando la ausencia de sus moradores, irrumpieron en la casa de habitación de propiedad del señor J. M. M., de la cual sustrajeron dos televisores, un DVD, una cámara de video, un oftalmoscopio, un otoscopio, una plancha, zapatos y otras pertenencias, valuadas todas en la suma de \$8.500.000.

Una vez sustraídos los bienes de la mencionada residencia, los autores del ilícito, entre quienes se encontraba D. Z. N., los trasladaron en un vehículo automotor a la residencia de J. C. F. V., donde los ocultaron conforme lo habían acordado previamente a la ejecución del delito.

La impugnante formula un único cargo, por violación directa de la ley sustancial, merced a la aplicación indebida del artículo 29 CP y a la consecuencial falta de aplicación del inciso tercero del artículo 30 de la misma codificación, que trata de la complicidad.

Anunciando sujetarse a los hechos declarados probados por el Tribunal, el cual halló acreditado que la procesada J. C. F. V. se limitó a recibir en su residencia los elementos hurtados sin participar en la sustracción de los mismos, la demandante estima errada la

⁶¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 349.

postura del juzgador de atribuirle la condición de coautora cuando su intervención se redujo a una ayuda posterior a la consumación del ilícito con concierto previo, situación que la torna en cómplice.

La Defensa de la acusada hace énfasis en la accesoriedad de su contribución, en cuanto de suprimirse el comportamiento por ella realizado, esto es, el ocultamiento de los bienes producto del latrocinio, previo acuerdo con los autores del mismo, el hurto se mantendría indemne, máxime cuando la consumación ocurrió antes de producirse la intervención de la acusada.

Claramente la procesada sí tuvo una participación en el ilícito, pero el aporte realizado por esta no amerita una condena en calidad de coautora. Considero acertada la postura de la defensa, pues si bien no desconoce la participación de su prohijada, sí es clara en afirmar que el aporte encaja en la definición de cómplice.

De los hechos narrados en la Sentencia se desprende que la procesada se limitó a ocultar en la vivienda los bienes hurtados, hecho que se consumó con posterioridad al hurto.

Considero en este caso acertado el pronunciamiento de la Corte, pues la intervención de la acusada, además de que ocurrió con posterioridad a la ejecución del punible (aunque con acuerdo previo), no resulta co-determinante del hecho, por lo que no es adecuado considerarla coautora del delito. En vista de que el aporte de la procesada se dio con posterioridad a la comisión del hecho, producto de un acuerdo previo efectuado con ese fin, considero acertado por parte de la Sala que se enmarque dicho comportamiento en la figura prevista en el inciso 3 del artículo 30 CP, esto es, complicidad.

vi) En sentencia 38172 de 2012, la Corte Suprema de Justicia (M.P. María Del Rosario González Muñoz) condenó a A. Ch. M. como coautor del delito de hurto agravado.

Según los hechos relatados en la sentencia, el 13 de enero de 2009, cuando la señora S. M. V., coordinadora de precios, productos y concesionarios de la empresa A-G. S. A., abrió la caja fuerte, se percató de que el dinero en efectivo que allí se encontraba y que ascendía a \$130.000.000, había sido hurtado, por lo que se inició la investigación por parte de una de las compañías de vigilancia encargadas de la celaduría de la compañía, donde el señor S. A. aceptó que estuvo de guardia la noche de los hechos y que intervino en el ilícito a cambio de \$25.000.000, que le fueron entregados, por lo que fue judicializado y condenado anticipadamente.

Este sujeto señaló que para participar en el ilícito fue contactado por el señor A. Ch. M., quien también prestó turno como celador aquella noche, lo que motivó que la Fiscalía continuara la investigación en su contra y lo llevara a juicio. La Fiscalía le

formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado al señor A. Ch. M. También se pudo demostrar que el procesado A. Ch. M. en connivencia con S. A., vigilantes de la empresa A-G S.A., permitieron el acceso de otros sujetos a las instalaciones de la misma, quienes sustrajeron de la caja fuerte dinero en efectivo en cuantía de \$130.000.000.

“Para la Sala, en vista de que cada uno de los intervinientes en los hechos realizó la parte del plan previamente acordada, correspondiéndole a A. Ch. M. permitir el ingreso de sus compañeros al área administrativa para consumir la ilicitud, los intervinientes responden por la totalidad del quehacer delictivo, no únicamente por la parte que cada uno realiza”.

Este es el alcance que se le da a la coautoría impropia por parte de la Sala, cuando afirma que “no se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido”.

Aquí es clara la Corte cuando afirma que, si bien en la normativa vigente no se habla expresamente de la coautoría impropia, es esta la interpretación que se debe dar; también considera reprochable una teoría de naturaleza objetivo-formal excesivamente restrictiva, pues no logra explicar algunas formas de autoría, por lo que, en su criterio, resulta necesario hacer esa interpretación del art. 29 CP.

En el transcurso del proceso se pudo demostrar que la intervención del señor Ch. M. se limitó a permitir el ingreso de sus compinches, quienes finalmente perfeccionaron el hurto, sustrayendo de la caja fuerte la suma de \$130.000.000. En mi opinión, el nivel de participación del condenado no tiene un grado de reprochabilidad que se asemeje al del autor, pues como ya se ha manifestado con antelación, por más que el señor A. Ch. M.

permita el acceso al lugar donde se encuentra la caja fuerte, si sus compañeros no perfeccionan el ilícito sustrayendo el dinero, nunca se habría concretado el hurto.

vii) Dentro de este recorrido jurisprudencial, en sentencia SP8346 de 2015, la Corte Suprema de Justicia (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández) no casó la sentencia donde se condenó a E. B. B. como cómplice del delito de rebelión y a C. A. L. S. como coautor de homicidio y secuestro extorsivo.

Según los hechos descritos en la sentencia, en enero de 2002, en la vereda Peñón Alto –jurisdicción territorial del municipio de Prado–, se desplazaba en una motocicleta el señor J. E. A. M. en compañía de un empleado, cuando fueron interceptados por un vehículo del que descendieron aproximadamente tres sujetos que los amenazaron con armas de fuego, llevándose consigo en el aludido vehículo al señor J. E. A. M. con rumbo desconocido. El plagio y posterior homicidio del señor J. E. A. M. fue ordenado por la comandancia del frente 25 de las FARC–EP que operaba en esa región, orden ejecutada por quien se identificó como J. A. P. R., alias “DAIRO”, exigiendo, por la liberación del plagiado, dinero y algunos bienes muebles.

Los requerimientos ilícitos fueron satisfechos por sus familiares ese mismo día en horas de la tarde, salvo lo concerniente con el dinero porque solo fue entregada una parte de la suma exigida; sin embargo, pese al cumplimiento casi total de las pretensiones extorsivas, el señor J. E. A. M. fue asesinado minutos más tarde con arma de fuego y su cuerpo arrojado a un precipicio habiéndose recuperado sus restos mortales tiempo después, por información que suministrara J. A. P. R., quien además, de paso, sindicó también de las conductas a C. A. L. S., confeso guerrillero desmovilizado y E. B. B., ex alcalde del municipio de Prado.

C. A. L. S., apodado por el alias de “Cucalinda”, habitante de Prado (T), fue señalado de miliciano informante del grupo subversivo y como uno de los guerrilleros que no solo colaboró en el reconocimiento del secuestrado por cuanto los plagiarios no lo conocían, sino además por uno de los subversivos que segó la vida del secuestrado. Del segundo (E. B. B.), dijo ser un político que entregó información al comandante del frente 25 de las FARC –alias “BERTIL”–, que posteriormente, en conjunto con otros datos entregados por diferentes personas y milicianos, serviría para escoger a la víctima de los hechos antes narrados, por ser acaudalado y auspiciador de los grupos paramilitares en esa localidad, específicamente el bloque Tolima de las autodefensas unidas de Colombia.

En este caso, es el apoderado de la víctima quien interpone el recurso extraordinario por violación directa de la ley sustancial, porque considera que “...los falladores de instancia desconocieron la normatividad que regula la figura de la coautoría impropia en el sistema jurídico patrio (art. 29, inc. 2, código penal)”. Advierte que, debido a ese

error, se condenó a E. B. B. como cómplice de rebelión y se le absolvió por secuestro y homicidio; sostiene que E. B. B. cumplía tareas específicas en las FARC y que su labor fue esencial para secuestrar y asesinar a J. E. A. M. Se refiere a la coautoría impropia, a su consagración legal y transcribe el art. 29 CP, para concluir que se caracteriza por el acuerdo común y la división del trabajo criminal. Finalmente agrega que, a pesar de haber admitido que el aporte de E. E. B. fue relevante, lo condenaron como cómplice de rebelión y lo absolvieron por el homicidio y el secuestro, utilizando un argumento que desconoce que en Colombia no es necesaria la intervención del agente en la fase ejecutiva del delito para poder endilgarle el fenómeno de la coautoría impropia.

“Para la Sala se deben tener en cuenta dos aspectos: (i) el subjetivo, se refiere al acuerdo expreso o tácito, en razón del cual cada coautor se compromete a desarrollar la tarea que le corresponde en la ejecución del plan criminal, lo cual implica que cada uno debe ser consciente de que voluntariamente comparte la misma causa, el mismo propósito ilícito y los medios que se emplearán para alcanzar tales fines. (ii) Los objetivos, aluden a que la contribución de cada coautor debe ser esencial ‘división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte’⁶², aspecto que necesariamente remite al denominado ‘dominio funcional del hecho’, en virtud del cual cada sujeto domina el acontecer total en cooperación con los demás”.

Del acontecer fáctico contenido en la sentencia se entiende que la contribución de E. B. B. fue anterior, incluso, a la elaboración del plan criminal en cuya ejecución no tomó parte, circunstancia que descarta la posibilidad de calificar esa ayuda como un aporte esencial que constituya coautoría. Así, en este caso, considero acertada la calificación de la Corte frente a la calificación de la conducta de E. B. B., pues como ya se dijo, no quedó demostrada su intervención en la ejecución de las conductas punibles de secuestro y homicidio, así como tampoco se demostró su pertenencia al grupo criminal.

viii) La Corte Suprema de Justicia, acogiendo los fundamentos de la teoría objetivo-material (*conditio sine qua non*), en sentencia SP 136 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), condenó a cuatro soldados, un teniente, y casó la sentencia condenando a un mayor, como coautores del delito de homicidio agravado.

Según se narra en los hechos, J. A. contactó a las dos víctimas con una oferta falsa de trabajo en otra ciudad. Una vez engañados fueron trasladados a otra ciudad en un taxi que conducía M. E. (J. A. y M. E. no pertenecían a las fuerzas armadas), y al llegar a su destino fueron recibidos por otras personas quienes los llevaron a una finca y ya en horas de la noche, los dos jóvenes fueron dados de baja por personal del Ejército Nacional adscrito al GAULA, para presentarlos como falsos positivos. A los procesados se les condenó como coautores del delito de homicidio agravado, condena que no fue

⁶² Artículo 29 Inc. 2 C.P.

modificada por la Corte, mientras que el mayor quedó absuelto, decisión que sí fue modificada por la Corte condenando al oficial como coautor del delito de homicidio agravado. Afirma uno de los demandantes (defensor de uno de los soldados) que el tribunal no tuvo en cuenta cada una de las intervenciones de los condenados al considerarlos a todos autores materiales, pues según uno de los testigos, fue uno de los soldados quien disparó el arma y mató a los dos jóvenes; por su parte, el defensor del mayor afirma que el oficial no se encontraba en el lugar de los hechos al momento de llevarse a cabo el delito.

La Corte comparte el argumento del Tribunal mediante el cual se condenó a los procesados, pues considera que, “finalmente, para el despacho es claro, que en el presente caso se está frente a una coautoría impropia o funcional, donde, no todos los que planifican el crimen necesariamente vieron finalmente a las víctimas, donde cada autor responde por el acuerdo común y por lo que salga de ese plan criminal, que hay que tomar la conducta colectiva, sin necesidad que (sic) su contribución concluya en un delito típico de homicidio, tan autor es quien dispara, como aquel que se pidió que se trajera a los jóvenes asesinados, lugar donde se ejecutaría la conducta y demás datos, todos conjuntamente realizan la conducta penal, cada cual por su lado aporta a un mismo fin, pues coautores son todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que le corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible”.

Vemos como para la Corte no necesariamente quienes planifican el hecho deben estar presentes al momento de la comisión del mismo, pero sí deben responder como coautores del resultado final. No discrepo con la Corte frente a la responsabilidad que le asiste a los soldados y a los dos oficiales, así como la responsabilidad de los dos particulares que trasladaron a las víctimas al punto de encuentro, pero sí considero que no a todos les asiste el mismo nivel de responsabilidad y con ello unas consecuencias penológicas iguales.

En el caso particular del mayor del ejército que inicialmente fue absuelto, para ser luego condenado en calidad de coautor de homicidio agravado, no resulta claro cuál fue el nivel de participación en este hecho, pues según lo expuesto en la sentencia de casación, su participación se limitó a la fase preparatoria, pero no hizo un aporte material en la comisión del mismo. Es importante hacer esta aclaración, porque como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, nuestro código penal obedece a un concepto restrictivo de autor y en este caso, suponer que la cooperación del mayor del ejército en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una clara subjetivización de la responsabilidad penal, y a pesar de las diversas críticas que se han presentado frente a este modelo, parece que la jurisprudencia en Colombia lo mantiene vigente.

Concluye la Corte Suprema de Justicia afirmando que “en atención a que, tanto la imputación contenida en la resolución de acusación, como en la sentencia a quo, se atribuye a los procesados responsabilidad penal como coautores, partiendo de la base que el mayor A. A. fue quien dio las órdenes a los demás militares y siendo evidente en tales condiciones que obraron conjuntamente, en desarrollo de un plan común a todos y de mutuo acuerdo que se develó de manera concomitante a la propia ejecución de la conducta, manteniendo un codominio o interdependencia funcional del hecho; emerge indubitable que a la totalidad de actores corresponde una imputación recíproca, esto es, de la suma de todas sus contribuciones, bajo el entendido que todo cuanto fue obra de cada uno de los coautores debe imputarse a todos los demás”.

En síntesis, de lo manifestado por la Corte podemos concluir que todos los que intervinieron en este hecho interpusieron con su actuación una condición imprescindible para la elaboración del resultado, es decir que si se hiciera el ejercicio mental de suprimir la intervención de cualquiera de los que participaron en este hecho, el delito no se habría podido producir. Claramente, para hacer este ejercicio es necesario hacerlo sobre las bases de la hipótesis, yendo en contravía de las garantías mínimas, dicho razonamiento termina siendo muy similar al de un concepto unitario de autor. Si bien existe una responsabilidad por parte de los intervinientes en el hecho, claramente no es, como lo planteó la Corte, una responsabilidad igual para todos.

ix) Por último, y para finalizar este recorrido jurisprudencial, en sentencia SP12792 de 2016, la Corte Suprema de Justicia (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero) condenó a P. A. R., W. U. S. y L. F. F. como autores responsables de un concurso de delitos de lesiones personales.

Una de las víctimas, L. H., en representación de la empresa T-A, junto con otras personas, se hallaban desde las 7:30 de la mañana efectuando un cercamiento del predio San Antonio, de dominio de la citada entidad, con el fin de construir en él un relleno sanitario. A las 10 de la mañana, sin embargo, arribaron al lugar desde distintos flancos, dos grupos de personas portando armas de fuego y contundentes con el propósito de impedir la referida labor, efecto para el cual agredieron a quienes la desarrollaban, resultando de ese modo lesionados G. A. T. C., J. C. Q. y L. H. (víctimas).

El defensor alega que el Tribunal dio por acreditados dos hechos de los que no existe prueba en el proceso: el primero, es el acuerdo previo con división de trabajo; el segundo, la determinación de cuál fue el aporte realizado por los acusados. De esta manera, considera que el Tribunal afirmó la coautoría porque los coacusados eran líderes comunales, sin tener en cuenta que nadie los señaló como ejecutores de lesión alguna, ni siquiera las víctimas que por demás aseguran no saber quién específicamente los lesionó. En el caso de L. F. no está segura la presencia de este en el lugar de los hechos, en

cuanto a W. U. S., tampoco es claro que haya sido él quien ocasionó las lesiones, y por el contrario, tras advertir las lesiones de una de las víctimas, construyó una camilla para evacuarlo a un centro asistencial; frente a P. A. R., tampoco es posible afirmar que fue el quien causó las lesiones.

Una vez examinados de manera conjunta los reproches de la defensa, la Corte Suprema afirma que en este caso la defensa está confundiendo coautoría propia con impropia, y señala: “Sea lo primero en ese propósito relieves cómo el casacionista y en algunos pasajes la Delegada de la Procuraduría, confunden coautoría propia con la impropia al exigir la existencia de prueba que demuestre que fue éste o aquél procesado el que materialmente propinó el golpe o el disparo a una u otra víctima, no obstante ser claro que la primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo; que en la segunda hay división de trabajo, al punto que incluso algunos pueden realizar comportamientos objetivamente impunes, pero que por el acuerdo expreso o tácito de voluntades y la identidad en el delito se hacen responsables de todo”.

Continúa la Corte señalando que “en estos casos de coautoría impropia, la producción del resultado típico es producto de la voluntad común, en forma tal que si bien en principio podría afirmarse que cada conducta aisladamente valorada no posibilita su directa adecuación, el común designio que ata a la totalidad de cuantos intervienen con actos orientados a su ejecución, rechaza un análisis sectorizado de cada facción e impone por la realización mancomunada que desarrolla el plan urdido, que sólo pueda explicarse bajo la tesis de la coautoría impropia, en tanto compromete a todos los copartícipes como si cada uno hubiere realizado la totalidad del hecho típico y no, desde luego, por la porción que le fue asignada o finalmente ejecutó”.

En el presente caso, la Corte, en primer lugar, parece confundir a la coautoría que denomina “propia” con un supuesto de “pluriautoría”, es decir, de varias conductas de autorías individuales que, precisamente por ello, no serían una verdadera coautoría. Además, la Corte parece acoger unos planteamientos como los de la teoría del acuerdo previo, pues no toma en cuenta la aportación de cada sujeto, sino que basta con que exista acuerdo común, incluso aunque se trate de “comportamientos objetivamente impunes”.

“los resultados lesivos que perpetre cada uno de los coautores en orden a la realización del plan común son imputables a todos los demás, incluyendo aquellas contribuciones que individualmente consideradas no sean constitutivas de delito”.

Considero que dicho pronunciamiento de la Corte se aparta de un concepto restrictivo de autor, según el cual, como ya se ha dicho, “Autor es, solo, quien comete por sí mismo

*la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna*⁶³”.

En esta postura de la Corte, lo que se pretende es que cada coautor responda no solo por lo que él hace, sino por lo que hacen los otros coautores, con base, únicamente, en un acuerdo. No se desconoce que el acuerdo es un elemento importante y necesario, pero no es un elemento suficiente para determinar la coautoría.

Cuando en un hecho intervienen varios sujetos, sí se puede estar hablando de un nivel de aportación al hecho delictivo que constituya coautoría, pero para ello, esa acción conjunta realizada debe ser de autoría (si estamos hablando de un concepto restrictivo de autor), lo que nos lleva a analizar el segundo párrafo del art. 29 CP, acogiendo los planteamientos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien hace una crítica a esta fracción del artículo: “el segundo párrafo del código penal colombiano se refiere a la importancia del aporte. La vaguedad de este precepto en este punto es enorme, pues no nos dice qué grado de importancia requiere ni qué es lo que confiere importancia al aporte⁶⁴”.

En este caso puntual es difuso el nivel de participación de los condenados, solo se habla de un acuerdo previo, atendiendo a su calidad de líderes comunales. Pero sentado este precedente, parece que la Corte, a falta de un autor plenamente identificado, prefirió dar la calidad de coautor a los cuatro procesados, pues reconocerle la calidad de autor a uno de ellos y cómplices a los demás, les procuraría la rebaja obligatoria de la pena que ello supone.

3. Autoría y participación en el Código Penal español

El art. 28 del código penal español en su primer párrafo hace referencia a los autores inmediatos, coautores y autores mediatos; al literal b⁶⁵ se le ha dado la interpretación de referirse a la figura del cooperador necesario, aunque el código penal no nombra expresamente esta figura. Si bien al cooperador necesario se le castiga con la misma pena del autor, es claro que todo cooperador necesario es partícipe en sentido estricto. No obstante, en España, la jurisprudencia habla con frecuencia (no siempre) de la cooperación necesaria como una forma de autoría, por el hecho de estar conminada con la misma pena de esta, lo cual es incorrecto⁶⁶.

⁶³ JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Vol. II, Trad. De Mir Puig y Muñoz Conde, 1981. p. 892.

⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista Huellas 72 (2011)*, p. 151. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>.

⁶⁵ “b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

⁶⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista de estudios de la justicia*, 10 (2008), p. 49. [Citado el 21 de enero de 2018]. Recuperado de http://www.mpf.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

Considero que la cooperación necesaria es una figura cuya naturaleza responde a una forma de participación, basada en la idea de utilidad del aporte al plan del autor. Cuando dicha utilidad es necesaria para la ejecución del hecho, suele hablarse, entonces, de cooperación necesaria.

Así, el art. 28 CP⁶⁷ hace una distinción entre quienes son autores (*Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*) y quienes serán considerados como tales pero únicamente a afectos de imposición de la pena, esto es, los inductores y los cooperadores necesarios.

Cabe mencionar, aunque esa discusión desborda los fines de este trabajo, que frente a la figura del cooperador necesario ha sido criticada la dificultad que implica distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, pues su trascendencia radica en la pena a imponer, siendo la del cómplice menor a la del cooperador necesario; y aunque es difícil la distinción, es importante mantenerla, pues nos permite distinguir entre la cooperación que merece ser castigada con la misma pena de la autoría, de aquella que merece una pena menor. Además, sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la existencia de esta figura de participación equiparada a la autoría permite aportar una solución materialmente satisfactoria sin tener que ampliar el concepto de autor (en especial en materia de coautoría)⁶⁸.

4. El cooperador necesario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español

i) El Tribunal Supremo en la STS 4072, de 24 de septiembre 2015 (Ponente – Carlos Granados Pérez), condenó a Diego en calidad de autor del delito de asesinato y a María Esther, Fidel, Ceferino, Hermenegildo y Eugenio como responsables en concepto de cooperadores necesarios del delito de homicidio. El acusado Diego tomó la determinación de acabar con la vida de Álvaro por lo que concertó un plan con María Esther, Fidel, Ceferino, Hermenegildo, Eugenio y Rafael; Diego acordó con los demás acusados, excepto María Esther, golpear a Álvaro, y gestionó con María Esther el uso de la vivienda donde se llevaría a cabo el ilícito. María Esther y Ceferino llevaron a Álvaro al inmueble a través de engaños, y en el momento en que Álvaro ingresó al inmueble,

⁶⁷ Art. 28. “Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlos.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

⁶⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista de estudios de la justicia*, 10 (2008), p. 49. [Citado el 21 de enero de 2018]. Recuperado de http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

Hermenegildo le propinó un puñetazo y Fidel, Rafael y Eugenio lo empezaron a golpear hasta que Diego le disparó en varias ocasiones con un arma de fuego causándole la muerte a Álvaro; Ceferino no subió a la vivienda, se quedó fuera para vigilar que no viniera nadie.

En el presente caso analizaremos la justificación que tuvo el Tribunal Supremo para condenar a los intervinientes en el hecho, especialmente a Ceferino.

Para el caso de Ceferino (quien vigiló a las afueras de la vivienda) se invoca el art. 28 b) CP, pues afirma el Tribunal que es la importancia del aporte lo que nos permite diferenciar entre cooperador necesario y cómplice. Señala que solo se puede contemplar la complicidad cuando exista participación accidental, no condicionante y de carácter no necesario, mientras que el cooperador necesario supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales este no habría podido realizarse, y esto último es lo que se afirma respecto al recurrente Ceferino.

Para el Tribunal Supremo, Ceferino cumple con las exigencias del cooperador necesario porque participó en el plan previo, se reunió con el resto de los participantes y se quedó vigilando fuera de la casa mientras se cometía el ilícito. En principio el Tribunal hace una distinción entre cooperador necesario y cómplice: “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro lo tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”. Así, el Tribunal considera que la vigilancia efectuada por Ceferino, tras inducir a la víctima al engaño, constituye un aporte relevante e indudablemente necesario en la ejecución del plan del autor o autores.

Para los demás intervinientes se aplican consideraciones similares a las que se realizan con respecto a Ceferino, y se concluye que son aportes fundamentales para la comisión del delito.

Finaliza el Tribunal Supremo afirmando que “en el caso que examinamos, la vigilancia efectuada por el ahora recurrente, tras su contribución al engaño que condujo a la víctima a la vivienda, para asegurar los actos de que iba a ser víctima Álvaro y evitar que los que los iban a realizar pudieran verse sorprendidos, constituye un aporte relevante e indudablemente necesario en la ejecución del plan del autor o autores”, y confirma así la sentencia de primera instancia donde se condenó a Ceferino como cooperador necesario.

ii) También el Tribunal Supremo, en STS 3066, de 28 de junio de 2016 (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre), deja en firme la sentencia que condenó a Socorro en calidad de cooperadora necesaria por el delito de detención ilegal

(también hubo cargos por los delitos de determinación coactiva a la prostitución y otro contra la salud pública).

Para ubicarnos en contexto, los hechos tuvieron ocurrencia en Barcelona, donde dos de los acusados recogieron a una ciudadana de nacionalidad rumana, que fue engañada para que viajara a España con promesas falsas de trabajo, cuando en realidad lo que se pretendía era someterla al ejercicio ilegal de la prostitución contra su voluntad y así explotarla sexualmente. Una vez trasladada al club donde sería sometida a dicha actividad, fue en este lugar donde Socorro lleva a cabo su conducta apoderándose de la documentación de la ciudadana para evitar que pudiera escapar y obligarla a prostituirse; tiempo después Socorro fue capturada cuando entraba a dicho club con varias dosis de cocaína en su poder, por lo que se le condenó en calidad de cooperadora necesaria por el delito de detención ilegal, y como ya se mencionó, también fue condenada por los delitos de determinación coactiva a la prostitución y uno más contra la salud pública.

Para el Tribunal, aunque Socorro no fue la persona que recogió a la víctima en Barcelona y la trasladó con engaños, sí participó como encargada de la gestión de dicho club, pues despojó a la víctima de toda su documentación para evitar que huyera. El Tribunal, al considerar que Socorro contribuyó, adecuó esta conducta en la cooperación necesaria. Es importante aclarar que a Socorro solo se le condenó en calidad de cooperadora necesaria por el delito de detención ilegal, por no ser autora directa; por los demás delitos se le condenó en calidad de autora.

En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo fija una frontera entre la coautoría y la cooperación necesaria. En la coautoría, el autor encamina su actuar a la realización del tipo teniendo pleno dominio del hecho, mientras que en la cooperación necesaria se colabora con el ejecutor directo, llevando a cabo una conducta sin la cual no se “hubiere” efectuado el delito “(teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)”.

De la anterior definición dada por el Tribunal, podemos empezar por resaltar el carácter hipotético de la palabra “hubiere”. Según GIMBERNAT “los autores españoles acuden a un proceso hipotético para determinar si una condición ha sido o no condición del resultado”⁶⁹. Una teoría mantenida con mucha frecuencia por el Tribunal Supremo, como se pudo ver en la definición, es la objetivo-material (teoría de la *conditio sine qua non*), donde se tiene en cuenta la importancia objetiva de la contribución. Para esta teoría el aporte del partícipe debe ser de una relevancia tal que dicho aporte debe operar

⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2012, p. 93.

como condición necesaria⁷⁰; la discusión que surge al respecto es si esta condición se debe valorar en abstracto o en concreto.

Continúa la sentencia definiendo el concepto de complicidad: “la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria existe una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario”. La diferencia entre complicidad y cooperación necesaria para este Tribunal radica en el tipo de intervención de carácter secundario, pues para la cooperación necesaria la intervención es fundamental al punto de no poderse realizar el hecho si falta dicho aporte, mientras que para la complicidad su aporte no resulta tan relevante, entendiéndose que es posible llevar a cabo la conducta típica.

Considero que en este caso es acertada la clasificación que se hace por el delito llevado a cabo por Socorro, pues si bien, como ya lo dijo el Tribunal, no fue ella quien llevó a la ciudadana rumana con engaños al club, sí prestó una ayuda relevante para garantizar la continuidad de este delito, pues fue quien se apoderó de la documentación de la víctima para garantizar su permanencia en este lugar, aclarando que dicha adecuación (cooperador necesario) resulta apropiada, siempre que la misma tenga consecuencias penológicas acordes con su participación; situación que se analizará en el último punto.

iii) El Tribunal Supremo español, en STS 4773 de 2016 (M.P. Juan Saavedra Ruiz), dejó en firme el fallo de primera instancia donde se condenó a Bernardino por los delitos de falsificación de documento oficial y tarjetas de crédito y estafa. El acusado fue detenido saliendo de un local comercial donde acababa de adquirir un teléfono móvil comprado con una tarjeta de crédito a nombre de otra persona, y para identificarse exhibió un documento de identidad de la República Checa a nombre de la otra persona, pero con su foto y firma en él. Al momento de la detención, al acusado se le encontraron varias tarjetas de crédito. La defensa de Bernardino en su extracto alega que “no puede hablarse de autoría, como cooperador necesario, en el delito de falsificación de tarjeta de crédito o débito por cuanto quien simplemente utiliza la tarjeta y no participa en su confección no incurre en el tipo de falsificación de la misma”.

El Tribunal Supremo argumenta que “quien facilita tanto su foto como sus datos de filiación, tiene la consideración de cooperador necesario y se le equipara al falsificador”. El recurrente, por su parte, sostiene que la tarjeta utilizada por Bernardino no tiene

⁷⁰ Para MORENO Y BRAVO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión*, 1997, p. 113, por ejemplo, “el cooperador necesario – art. 28. Párr. 2º. b) código penal 1995 – nunca realiza una parte de la acción típica, sino que aun desarrollando actos necesarios para la realización del hecho no llegan a formar parte de la ejecución de la misma”.

fotografía y está a nombre de otra persona, que este documento le fue entregado por un tercero, que no está acreditada su participación en la elaboración de la tarjeta, por lo que no puede ser considerado cooperador necesario.

Para el Tribunal “efectivamente, esta Sala ha entendido que el delito de falsedad no lo comete como autor solamente quien procede a la confección material del elemento falsificado, en el caso presente, las tarjetas de crédito, sino que también han de ser considerados autores, al menos por cooperación necesaria, quienes facilitan los datos de identidad que se plasman en las tarjetas u otros documentos falsos para que puedan ser utilizados precisamente por quien los aporta”.

A lo anterior añade que, “sin perjuicio de la interpretación de cada uno de los términos con los que se describe la conducta típica, quien construye una tarjeta de crédito aportando a un soporte de plástico convencional los datos de una tarjeta auténtica y añadiendo una identidad diferente a la de su legítimo titular, está falsificando una tarjeta de crédito, pues quien aparece como titular carece de la autorización del emisor para anotar débitos o para comprar o pagar a crédito. Se trata, pues, de una forma de falsificación de la tarjeta”.

Siendo consecuentes con una normatividad fiel a un concepto restrictivo de autor, como es la española (art. 28 código penal), la decisión tomada por el Tribunal Supremo no obedece a un concepto restrictivo de autor; cuando en un injusto penal interviene una sola persona, la decisión sobre a quién se le debe imputar el delito, no representa mayores dificultades, pero cuando en el hecho intervienen dos o más personas, resulta más complejo determinar cuándo hablamos de un autor o un cómplice.

iv) Más recientemente, el Tribunal Supremo en STS 1484 de 2017 (M.P. Joaquín Giménez García) condenó a Cesáreo Borja como autor del delito de agresión sexual y a Marino Eusebio como cooperador necesario del mismo delito, modificando así el fallo de primera instancia, donde se había condenado a los acusados como coautores del mismo delito. A continuación, se relata el acontecer fáctico:

“Estando en un banco sentados, Felicidad Visitación en medio de los dos hermanos, ha sentido como la cogían del pelo y la arrastraban, sin que ella pudiera desasirse; los dos hermanos Cesáreo Borja y Marino Eusebio, actuando conjuntamente, la han llevado a un lugar más apartado y cubierto por setos altos, comenzando a tocarla Cesáreo Borja, diciéndole curva, (prostituta en rumano), tu eres para mí, sacando una pequeña navaja ha comenzado a tirarle de la ropa para quitársela, mientras que Marino Eusebio la sujetaba, a la vez que le hacía pequeños cortes en los brazos y en los muslos y en la cara, llegando a obligarla a beber alguna bebida alcohólica.- Felicidad Visitación, que tiene practicada una traqueotomía con especiales dificultades para la expresión verbal, y con un tono de voz apenas audible, se negaba a mantener relaciones, si bien Cesáreo Borja, y una vez

que la habían despojado de la ropa, la penetró vaginalmente mientras que Marino Eusebio hacía funciones de vigilancia. Esa penetración fue especialmente dolorosa al tener Cesáreo Borja un implante interno en el pene de dos bolas de metal o plástico duro, lugar en el que también tiene un tatuaje. Después de la primera penetración, Cesáreo Borja ha llamado a Marino Eusebio, diciéndole "fóllatela", "fóllatela maricón". Marino Eusebio, aún reticente, ha comenzado a tocarle los pechos a Felicidad Visitación, quitándose la camiseta, si bien, ante el estado lloroso y suplicante de ésta, se ha levantado, volviendo a penetrarla Cesáreo Borja, mientras que Marino Eusebio volvía a sus funciones de vigilancia”.

El *ad quem* modificó parcialmente el fallo de primera instancia, condenando a Marino Eusebio, no como coautor, sino como cooperador necesario. Según el recurrente, Marino no puede ser considerado como autor, pues el único que tenía el dominio y control de la situación era Cesáreo y quien ejercía una acción de superioridad sobre su hermano Marino. Si bien el Tribunal considera que el actuar de Marino Eusebio no fue meramente instrumental, sí reconoce que la calificación dada por el *a quo* no es exacta porque él no efectuó la acción típica, es decir que no se puede considerar autor sino cooperador necesario (art. 28 – B), pues facilitó la acción típica de agresión sexual llevada a cabo por Cesáreo, considerando que su ayuda fue fundamental para la realización del ilícito. En este caso el Tribunal Supremo, de oficio, hace una modificación a la pena impuesta a Marino, en razón a su nueva calificación jurídica.

En este supuesto no cabe duda de la responsabilidad a imponer al coacusado Cesáreo Borja, pues fue quien llevó a cabo el delito. Frente a la responsabilidad de Marino, considero acertada la modificación hecha por parte del Tribunal Supremo al considerar que no es un coautor, sino un cooperador necesario.

En este caso, si analizamos la conducta de Marino, para delimitar si se enmarca dentro del plano de la complicidad o de una cooperación necesaria, y entendiendo la problemática que representa la distinción entre una y otra, considero que el aporte de Marino sí facilitó en gran medida la ejecución de Cesáreo, y me parece acertada la decisión del Tribunal de modificar la calificación dada por el juez de primera instancia. En este sentido, el Tribunal afirmó que “frente a la calificación de autor que se le atribuye en la sentencia a Marino Eusebio, es obvio que tal calificación no es exacta porque él no efectuó la acción típica. No fue autor, sino cooperador necesario de acuerdo con el art. 28-b) del código penal. El recurrente cooperó con su acción a posibilitar la acción típica de la agresión sexual ejecutada por su hermano Cesáreo Borja sin cuya ayuda no hubiera podido realizarlo”, y como consecuencia, modificó la pena impuesta a Marino, considerando que “existe una cuestión que en este caso sí es relevante penalmente y que es abordada de oficio por esta Sala Casacional dada su incidencia en la pena impuesta a Marino Eusebio que resulta incorrecta, como incorrecta es la

calificación jurídica que respecto de él se efectúa de autor --dícese cooperador necesario de un delito de agresión sexual del art. 180.1-1^o”.

En el supuesto bajo análisis vemos como Marino, teniendo la oportunidad de llevar a cabo la conducta punible de agresión sexual, no lo hizo, a pesar de la insistencia de su hermano mayor de llevar a cabo la misma, pero lo que sí hizo fue continuar en actitud vigilante mientras Cesáreo accedía carnalmente a la víctima una vez más.

Cabe destacar, como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que las acciones conjuntas no siempre se traducen en coautoría, pues en la participación también pueden darse acciones conjuntas. A través de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho es posible identificar cuál de los varios intervinientes determinó el sí y el cómo del hecho (*co-autor de la conducta típica*). El presente caso es un claro ejemplo de lo que se ha planteado en esta teoría frente al hecho de que por más que se vigile, si el sujeto no accede a la víctima, nunca se llevaría a cabo el hecho típico, razón por la cual ha de afirmarse que solo la conducta de Cesáreo es de autoría y la de Marino solo da lugar a participación (complicidad o cooperación necesaria); en este caso estaríamos hablando de cooperación necesaria.

5. ¿Se compadecen los pronunciamientos del Tribunal Supremo español y de la Corte Suprema de Justicia colombiana con un concepto restrictivo de autor?

El encuadre de la figura del cooperador necesario (*en el caso de España*) y de la coautoría impropia (*en el caso de Colombia*), a través de la jurisprudencia de las altas cortes, ha generado una serie de críticas, en especial en el caso de la Corte Suprema de Justicia colombiana, debido a la interpretación que se le ha dado a la norma en el código penal, pues este no habla de un coautor impropio, a diferencia del caso español que sí incorpora la cooperación necesaria en el art. 28.b) CP. Como se analizó al inicio de este trabajo, tanto el código penal español como el colombiano obedecen a un concepto restrictivo de autor, pero de las diversas sentencias que se han consultado, principalmente en el caso de la mencionada Corte Suprema de Justicia (en Colombia), se advierte, en la mayoría de los casos, una imprecisión jurídica a la hora de delimitar al autor, al cómplice y al coautor, entrando en discordancia con el concepto restrictivo de autor al que se han acogido ambos códigos.

En las sentencias que son objeto de estudio en este trabajo, no se ha buscado una línea jurisprudencial específica útil a las críticas aquí expuestas; sin embargo, de lo que se ha oteado, sí se advierte una línea jurisprudencial muy fuerte, que hace uso de las figuras de cooperador necesario (España) y coautor impropio (Colombia) de forma reiterada, con algunas excepciones.

Particularmente, para el caso de Colombia, se puede ver en las sentencias cómo gran parte de la motivación está en función de justificar por qué el sujeto es un coautor impropio y no un coautor propio, para finalmente asignar la misma pena. Ser coautor impropio o ser coautor propio no representa ninguna diferencia a la hora de tasar la pena, que es finalmente lo que le interesa al directamente afectado (*el condenado*). Para el caso de España, claramente es muy importante hacer la distinción entre coautor y cooperador necesario, al ser la primera una forma de autoría, y la segunda una forma de participación en sentido estricto; frente a la pena, el legislador español ha considerado que ciertas formas de participación, dependiendo de su nivel de importancia, por ejemplo, el cooperador necesario, se deben castigar con la misma pena que la del autor, y es al juez a quien le corresponde tasar la misma dentro de ese marco punitivo. Lo que se advirtió en algunas de las sentencias analizadas y que llama la atención, es cómo el juez fijó la misma pena para el cooperador necesario como para el autor.

Considero que, frente a las decisiones tomadas por el Tribunal Supremo español, la calificación de cooperador necesario sí suele respetar los lineamientos de un concepto restrictivo de autor, pues como ya se mencionó, el cooperador necesario es un partícipe en sentido estricto; ahora bien, lo que llama la atención es, como ya se ha dicho, el manejo frente al monto de la pena, pero sobre este tema en particular se hablará más adelante.

Para el caso colombiano, en supuestos muy similares a los estudiados para el caso español -y en los que, como se ha visto, la mayoría de veces el Tribunal Supremo de este país acude a la figura del cooperador necesario (partícipe)-, encuentro desacertado el manejo jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la figura de la coautoría impropia, y más parece que obedeciera a un concepto unitario de autor, que al concepto restrictivo. Así, si se siguen los planteamientos de la Corte Suprema, frente a la coautoría podríamos decir que la “propiedad” está fundamentada en la estricta realización del verbo rector del tipo, mientras la “impropiedad” se fundamentaría en comportamientos que contribuyen a la realización del tipo, pero sin sujeción rigurosa al verbo rector. Esto es, comportamientos de participación terminan recibiendo la calificación y el tratamiento de comportamientos de autoría, con el detrimento que ello representa para un concepto restrictivo de autor.

Sumado a lo anterior, y tal como afirma ARROYAVE DÍAZ, desde el punto de vista semántico es un absurdo la utilización del término impropio, pues “cuando a alguien se le condena a título de coautor impropio se le está dando un doble mensaje que es abiertamente contradictorio; de una parte se le está diciendo que propiamente no es autor, pero de otra parte, se le está diciendo que impropriamente sí lo es”⁷¹.

⁷¹ ARROYAVE DÍAZ, *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, 2000, p. 22.

Por lo anterior, insisto, la figura del cooperador necesario para España sí se compadece con un concepto restrictivo de autor, mientras que, para el caso de Colombia, considero que la figura jurisprudencial de la coautoría impropia no se compadece con tal concepto restrictivo.

6. ¿Las figuras utilizadas (cooperador necesario y coautoría impropia) tienen consecuencias penológicas consecuentes con un concepto restrictivo de autor?

Lo primero que resulta evidente es que las penas contempladas en el código penal español resultan más bajas que las contenidas en el código penal colombiano; aquí algunos ejemplos:

En Colombia:

Homicidio (Art. 103 código penal 208 a 450 meses)

Acceso carnal violento (Art. 205 código penal 12 a 20 años)

Hurto (Art. 239 código penal 32 a 108 meses)

En España

Homicidio (Art. 138 código penal 10 a 15 años)

Agresión sexual (Art. 179 código penal 6 a 12 años)

Hurto (Art. 234 código penal 6 a 18 meses)

Se han seleccionado algunos de los supuestos de sentencias a las que me he referido anteriormente, para ejemplificar o contrastar el tratamiento penológico de los cooperadores necesarios y de los “coautores impropios”, en España y Colombia, respectivamente.

El código penal español en su artículo 242 precisa “1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”. En Sentencia STS 49 de 2017 el Tribunal Supremo condenó a Hipólito como cooperador necesario por el delito de robo con violencia, a la pena de prisión de cuatro años y dos meses.

En la misma Sentencia y por los mismos hechos, se condenó a Adolfo en calidad de cooperador necesario, a la pena de cuatro años de prisión. A Adriano, por su parte, se le condenó como autor por los mismos hechos a la pena de prisión de cuatro años y ocho meses. A Secundino se le condenó como autor del mismo delito -y en él concurrieron circunstancias de agravación-, a la pena de prisión de cinco años.

Robo con violencia 2 a 5 años	Coautor	Cooperador necesario	Pena impuesta
Hipólito		X	4 años y 2 meses
Adolfo		X	4 años
Adriano	X		4 años y 8 meses
Secundino	X		5 años

No obstante, la pena efectivamente impuesta es mayor en el caso de los autores (Adriano y Secundino).

El código penal español en su artículo 179 define el delito de agresión sexual así “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años”; en concordancia con el artículo 180 que establece que “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias: [circunstancias de agravación]”. En sentencia STS 1484 de 2017, el Tribunal Supremo condenó a Cesáreo a la pena de prisión de 13 años por el delito de agresión sexual agravada en calidad de coautor, y a Marino como cooperador necesario del mismo delito sin circunstancias de agravación, se le impuso la pena mínima contemplada para este delito en calidad de autor, esto es seis años de prisión.

Agresión sexual 6 a 12 años – con agravante de 12 a 15 años	Coautor	Cooperador necesario	Pena impuesta
Cesáreo	X		13 años
Marino		X	6 años

En el anterior recuadro vemos que a Marino se le fijó la pena mínima impuesta para este delito en calidad de coautor.

Frente al delito de homicidio el código penal español lo definió así “Artículo 138. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. La pena se incrementa de quince a veinte años cuando concurre una circunstancia de agravación, y cuando concurre más de una la pena se fija de veinte a veinticinco años. En Sentencia STS 4072 de 2015 el Tribunal Supremo condenó a quienes hicieron parte del homicidio de Álvaro así:

Asesinato 10 a 15 años / con un agravante 15 a 20 / con más de un agravante 20 a 25	Coautor	Cooperador necesario	Penas impuestas
Diego	X		Con varios agravantes 22 años
María Esther		X	Con varios agravantes 21 años
Fidel		X	Sin agravantes 10 años
Ceferino		X	Sin agravantes 10 años
Hermenegildo		X	Sin agravantes 10 años
Eugenio		X	Con atenuante 6 años
Rafael		X	Con varios atenuantes 2 años 6 meses

Aquí vemos como la disminución de la pena obedece a circunstancias de atenuación, pero, en todo caso, las penas establecidas para los cooperadores necesarios son, nuevamente, inferiores a las del autor.

En el caso de la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia colombiana en casación 33507, se condenó a Rosa Tulia a 28 años de prisión por el delito de secuestro extorsivo agravado.

Secuestro extorsivo 18 a 28 años / con agravantes aumenta de 1/3 parte a 1/2	Coautor	Coautor impropio	Penas impuestas
Rosa Tulia		X	Con agravante 28 años

En sentencia SP 136 de 2016, La Corte Suprema de Justicia condenó a los distintos intervinientes como coautores del delito de homicidio agravado, excepto a Oscar que fue condenado como “coautor impropio”. El artículo 103⁷² CP dispone que “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”, mientras que el artículo 104 CP establece las circunstancias de agravación, que implican que la pena sea de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión. En la gráfica se muestran las penas impuestas a cada uno de los intervinientes en el hecho:

Homicidio 13 a 25 años – con agravante de 25 a 40 años	Coautor	Coautor impropio	Pena impuesta
Federman	X		28 años
Ángel	X		28 años
Luis	X		28 años
Fabio	X		28 años
Álvaro	X		28 años
Oscar		X	28 años

En este fallo es claro que no existe ninguna diferencia al fijarse la pena entre un coautor y un “coautor impropio”.

En las diversas sentencias analizadas en el presente trabajo, los altos tribunales han motivado sus decisiones justificando la calificación dada a los intervinientes en el delito. En el caso de Colombia, resulta más evidente que la pena no varía si se condena como coautor impropio o como coautor, mientras que, para el caso de España, la variación en la pena obedece al rango dentro del marco penológico, fijando una pena un poco menor al cooperador necesario.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO hace una claridad sobre la justificación de la pena de la cooperación necesaria, que considero relevante exponer en este punto. Este autor afirma que “la razón de la equiparación legal en pena de la cooperación necesaria a la autoría (aunque con la diferencia del carácter accesorio de la responsabilidad del cooperador) radica en la propia importancia de la contribución para el buen fin de la empresa delictiva (para la realización del tipo por el autor o autores), hasta el punto de que dicha contribución confiere al sujeto, como hemos visto, un importante dominio negativo (inferior por tanto al positivo del autor) sobre el hecho, del que carecen los cómplices y, por supuesto, los terceros, que conlleva una elevación importante, sustancial (aunque no positivamente determinante) del riesgo de que el hecho del autor se realice (y se lesione

⁷² Para la época de comisión del delito, la pena vigente es la descrita en el párrafo (13 a 25 años). Actualmente, la pena está fijada de 208 a 450 meses de prisión.

o ponga en peligro de forma típica el bien jurídico)”⁷³. Como ya se mencionó, en España el legislador ha dispuesto que esas formas de participación que aportan en gran medida a la comisión del delito se deben castigar con una pena que oscile entre el máximo y el mínimo de la pena impuesta al autor; y en cuanto a la distinción dogmática entre coautor y cooperador necesario, también es válida, pues siempre se reconoce a dicho cooperador como un partícipe, lo que garantiza que siga fiel a un concepto restrictivo de autor, y a una de sus principales características: la accesoriedad de la participación.

Para el caso de Colombia, y como ya anticipé, la figura de la coautoría impropia sí transgrede el concepto restrictivo de autor adoptado por la legislación penal. Esta figura parece partir en gran medida de una “teoría subjetiva”, para definir quién es autor y quién es partícipe en sentido estricto. Como bien señala SALAZAR MARÍN, “no basta querer el hecho como propio o ajeno (dolo e interés) para determinar la condición de autor o partícipe. Por una parte, porque hay muchos tipos de conducta en los que la ley contempla como autor a quien ejecuta el comportamiento en interés propio o de un tercero, y hay autores que quieren el hecho como ajeno y partícipes que quieren el hecho como propio”⁷⁴. La llamada “coautoría impropia” pone al mismo nivel de participación al autor que al coautor impropio, no se hace una distinción dogmática válida, pues el coautor impropio es considerado un verdadero autor, y su tratamiento penológico es el mismo, así su calificativo de “impropio” evidencie que se trata de una intervención diferente a la del coautor.

⁷³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *Revista de estudios de la justicia*, 10 (2008), p. 51. [Citado el 18 de enero de 2018]. Recuperado de http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

⁷⁴ SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2011, p 425.

CONCLUSIONES

- En la doctrina penal se han defendido diferentes conceptos de autor. El código penal español y el colombiano parecen acoger un concepto restrictivo de autor, si bien después del análisis propuesto en este trabajo parece que las soluciones jurisprudenciales derivan, en muchos casos, en un concepto unitario, en especial en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia colombiana.
- La llamada “coautoría impropia” no es una figura prevista expresamente en la legislación penal colombiana, sino que tiene su origen en una interpretación jurisprudencial del art. 29 del código penal colombiano. Dicha interpretación no se compadece con un concepto restrictivo de autor, porque implica calificar de coautor a quien solo posee un dominio negativo y realmente no determina de manera objetiva y positiva el hecho, según el criterio que he considerado más acertado para la diferenciación entre autores y partícipes.
- El literal b del art. 28 del código penal español hace referencia al cooperador necesario, quien solo es considerado autor para efectos de la pena, aunque en sentido estricto se trata de un cómplice. Por lo anterior, sí es dable afirmar que el código penal español, según la definición que encierra frente a los autores y partícipes, obedece a un concepto restrictivo de autor.
- Al hacer la comparación frente al tratamiento jurisprudencial, pude comprobar que, en supuestos muy similares, la Corte Suprema de Justicia aplicó la figura de la “coautoría impropia”, mientras que el Tribunal Supremo hizo uso de la figura del “cooperador necesario”. Se trata de supuestos que implican un dominio negativo, mas no uno positivo, pues quien lleva a cabo la conducta típica es otra persona. Para el caso de España, a diferencia de Colombia, siempre se reconoció que quien intervenía era un cómplice, considerándosele autor solo para efectos punitivos. Dicha interpretación adoptada por el Tribunal Supremo se ajusta más a un concepto restrictivo de autor que la interpretación hecha por la Corte Suprema de Justicia, que equipara –no solo en pena– las actuaciones de los coautores y de los llamados “coautores impropios”.
- La figura del cooperador necesario podría incluirse en la legislación colombiana, pues dicha figura respeta el concepto restrictivo de autor, y

permite una valoración más adecuada de conductas que, sin ser de autoría, pueden representar una contribución más relevante que la de la mera complicidad. Como ya se dijo, el cooperador necesario es considerado autor solo a efectos de la pena, pero sigue siendo un partícipe en sentido estricto, con una responsabilidad accesoria a la del autor. Tampoco la figura de la cooperación necesaria vulnera el principio de proporcionalidad, pues el legislador ha facultado al Juez para que determinadas formas de participación –en este caso la cooperación necesaria–, se castiguen con la misma pena del autor. En ese caso el Juez tasa la pena moviéndose dentro del marco penológico fijado para el autor, esto es, dentro del máximo y el mínimo de la pena a imponer, según la importancia de la contribución del cómplice. Teniendo en cuenta que en el caso de Colombia las penas son mucho más elevadas que en España, sería más conveniente que el Juez, en el supuesto de que se llegara a implementar la figura del cooperador necesario, al momento de fijar la pena lo hiciera dentro de los dos cuartos mínimos de la pena impuesta al autor.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBUROLA VALVERDE, *Teoría de la equivalencia de condiciones* [documento en línea], 2010 [consultado el 22 de febrero de 2017]. Disponible en: < <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-penal-teoria-imputacion-objetiva/equivalencia-condiciones>>
- ARROYAVE DÍAZ, Rafael: *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, Medellín, Editorial jurídica de Colombia, 2000.
- BERRUEZO, Rafael: *Autoría y participación desde una visión normativa*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012.
- CEREZO MIR, José: *Autoría y participación en el nuevo código penal español*, en: *Nuevo Foro Penal* N° 64, 2003, 90-111.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, en: *Derecho penal y Criminología* 76 (2004), 33-65. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031/975>.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Autoría y participación*, en: *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), 13-61. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La coautoría en el Código Penal colombiano*, en: *Revista Huellas* 72 (2011), 138-160. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Derecho penal español, parte general*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, 2007.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en derecho penal*, Montevideo, Editorial BdeF, 2012 (La versión original fue publicada en España, en 1966).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando T: *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid. Dykinson, 2001.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. II, 3 ed., Trad. de Mir Puig/Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, 1981.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *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*, Vol. 8, 2000, 53-87. Publicado también en:

Revista Internacional Derecho penal contemporáneo 2 (2003), 89-129. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8026404ce0430a010151404c

- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor, 2002.
- MORENO Y BRAVO, Emilio: *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, Jacaryan, 1997.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 1998.
- REYES ECHANDIA, Alfonso: *Derecho penal, parte general*, 7ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.
- ROXIN, Claus: *Sobre la autoría y participación en derecho penal*, en: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Panedille. 1970.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 1998.
- SALAZAR MARÍN, Mario: *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- SCHELLER D'ANGELO, André: *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana*. Revista de Derecho 35 (2011), 244-263. Disponible en: http://rcientificas.uninorte.edu.co/revistas/revista_derecho/files/revista%20de%20derecho%2035%20u-flip.pdf.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *Autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar. 2002.

Jurisprudencia consultada

Corte Suprema de Justicia – Colombia

Sentencia 10.700 del 02 de agosto de 1995

Sentencia 19213 de 2003

Sentencia 33507, de 24 de julio de 2007

Sentencia 36299 de 2012

Sentencia 38172 de 2012

Sentencia SP8346 de 2015

Sentencia SP136 de 2016

Sentencia SP12792 de 2016

Tribunal Supremo – España

Sentencia STS4072, de 24 de septiembre 2015

Sentencia STS3066, de 28 de junio de 2016

Sentencia STS 4773 de 2016

Sentencia STS 1484 de 2017