

Araque, Diego, Vásquez, Esteban, “Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro”, *Nuevo Foro Penal*, 91, (2018).

Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro¹

Considerations about the delimitation between the concepts of author and participant: past, present and future.

Fecha de Recepción: 08/03/2018 - Fecha de aceptación: 29/10/2018

DIEGO ARAQUE² Y ESTEBAN VÁSQUEZ³

Resumen

La participación como dispositivo amplificador del tipo es un mecanismo para imponer la sanción penal, manteniendo indemne el principio de legalidad, el principio del acto y, a la vez, evitando la impunidad.

Su estudio fue objeto de la extensión interpretativa propia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual proveía un concepto unitario de autor, sin distinguirlo del partícipe en cuanto a la pena a imponer y, por ende, negó la existencia de la importancia del aporte; siendo superada, posteriormente, por el análisis restrictivo realizado por las teorías subjetivas, las cuales fueron desplazadas por las teorías objetivas; pero ambas, encaminadas a brindar criterios para diferenciar (delimitar) la autoría y la participación; e igualmente, ambas sometidas a críticas, de las cuales surge la imposición de la teoría del dominio del hecho; tesis que fue desarrollada por elementos como el dominio

1 El presente artículo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación “Principios y garantías penales: sectores de riesgo”, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo de la Universidad de León, España, de cuyo equipo de trabajo hago parte. El proyecto es financiado por el Ministerio de Economía y competitividad de España (MINECO, DER2016-76715-R). El artículo fue presentado en principio a un proyecto de libro conmemorativo a la memoria del Prof. Federico Estrada Vélez, a quien se dedican las presentes líneas.

2 Profesor de Derecho penal, Universidad de Medellín – Colombia.

3 Estudiante de la Universidad de Medellín – Colombia.

positivo y objetivo del hecho, y como el injusto culpable. La teoría del dominio del hecho fue retomada y criticada por Schünemann, en cuanto a los delitos de infracción de deber y en su lugar propone un concepto tipológico distinto.

De cara al futuro se vislumbra una incertidumbre encabezada por el normativismo más puro, que aunque distinto a la teoría de la equivalencia, sí coinciden en una postura unificadora de cara al autor y al partícipe; punto al que llega la teoría normativista gracias a una valoración global del conjunto de aportes que enmarcaron la conducta, olvidándose de la relevancia individual de cada uno de los intervinientes y lo que representan para la conducta misma.

Palabras clave

Autoría, participación, teoría unificadora, teoría del dominio.

Abstract

As an amplifying device of the criminal act, the participation is a mechanism to impose the penal sanction, keeping the principle of legality, the principle of the act and, at the same time, avoiding impunity.

Its study was subject to the interpretative extension of the theory of equivalence of conditions, which provided a unitary concept of author -without distinguishing it from the participant in terms of the penalty to impose- and, therefore, denied the importance of the contribution. This conception was overcome, later, by the restrictive analysis of the subjective theories, which were displaced by the objective theories; but both, aimed at providing criteria to differentiate (delimit) authorship and participation; and equally, both subjected to criticism, from which arises the theory of the domain of the fact. This last was developed by elements such as the positive and objective domain of the act, and as the unjust culprit. The thesis was retaken and criticized by Schünemann, regarding the offenses of duty infringement and instead proposes a different concept.

Looking to the future, an uncertainty is glimpsed, led by the purest normativism, which, although different from the theory of equivalence, does coincide in a unifying position facing the author and the participant; point at which normativist theory arrives thanks to a global assessment of the set of contributions that framed the behavior, forgetting the individual relevance of each of the intervening parties and what they represent for the behavior itself.

Key words

Author, participant, unifying theory, domain theory.

Sumario

1. Fundamento de la participación como dispositivo amplificador del tipo. 2. Pasado: teorías que abordaron el estudio y delimitación de la autoría y participación. 3. Presente: en cuanto a la teoría del demonio del hecho, desarrollo, críticas y posibles complementos. 4. Futuro: incertidumbre encabezada por el normativismo puro; el posible regreso de las teorías unitarias. Bibliografía.

1. Fundamento de la participación como dispositivo amplificador del tipo

Con el nombre de participación criminal, en sentido amplio, se suele hacer referencia a la concurrencia de varias personas en la realización de la conducta punible. Obviamente, se trata en estos supuestos de delitos monosubjetivos, es decir que en principio pueden ser realizados por una sola persona, independientemente de que se trate de delitos comunes –que pueden ser cometidos de forma indeterminada por cualquiera- o especiales –que exigen alguna condición cualificada en el autor como fundamento de la punibilidad-, en cuyo caso sin embargo operarán las particularidades que dependen del evento en particular.

Un injusto penal, en consecuencia, por regla general puede ser perfectamente realizado por una sola persona, caso por ejemplo del homicidio, lesiones personales, secuestro, estafa, etc., salvo que el tipo penal exija la concurrencia de una pluralidad de sujetos, como justo acontece en los llamados tipos penales plurisubjetivos, como el concierto para delinquir o la rebelión, para citar dos de los casos más paradigmáticos. Pero también puede suceder que varios sujetos confluyan en la realización de un ilícito penal en el cual el legislador no exija la participación de un número plural de personas.

Para evitar entonces que queden impunes aquellas personas que confluyen a la realización de este tipo de delitos, sin llevar a cabo de propia mano o por sí mismos la conducta descrita en el respectivo tipo penal, el legislador acude al dispositivo amplificador del tipo de la participación criminal o concurso de personas en la realización de la conducta punible, el cual se encuentra regulado en las partes generales de los códigos penales y por cuyo intermedio abarca los aportes o contribuciones de aquellos sujetos a los cuales se viene haciendo relación.

De no existir este instrumento legal, este tipo de conductas, que no ejecutan total o parcialmente el comportamiento definido en las prescripciones normativas, quedarían en la más completa impunidad. Esto sería así por virtud y como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad de las conductas punibles y de las

sanciones penales. Ciertamente, por poner un ejemplo que con meridiana claridad ilustre la situación, quien paga a otro para que se lleve a cabo un homicidio, en rigor no realiza ni de lejos la conducta típica de matar. Por ello, en principio, su contribución no queda comprendida dentro del sentido y alcance del respectivo tipo penal, encargado en este caso de otorgar protección al bien jurídico de la vida, de suerte que dicho aporte no podría ser objeto de represión penal en caso de no existir el dispositivo amplificador de la coparticipación criminal o concurrencia de personas en la realización de la conducta punible.

Definir entonces cuál es el título de responsabilidad penal que le compete a cada uno de los intervinientes en la realización de un ilícito penal y como consecuencia de ello qué tipo de pena debe soportar cada sujeto individualmente considerado, es un problema que, hoy como ayer, sigue suscitando todo tipo de discusión en la ciencia jurídico-penal.

Lo anterior quizá cobra hoy mucha más vigencia con ocasión de unas nuevas reglas metodológicas de imputación de responsabilidad penal que han venido desarrollándose durante los últimos tiempos, amén del tratamiento que se le ha dispensado por parte de la doctrina y la jurisprudencia a casos como la responsabilidad penal en los llamados aparatos organizados de poder y, finalmente, entre otros muchos más aspectos, el surgimiento de categorías autónomas e independientes como los denominados delitos de infracción de deber.

En el caso colombiano son los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal actualmente vigente los encargados de regular el tema de la participación o del concurso de personas en la realización de la conducta punible. Así, el artículo 28 señala que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. Con lo cual queda claro que la legislación colombiana diferencia entre los distintos aportes que se pueden efectuar durante la ejecución de una empresa criminal, aspecto de suma importancia si se tiene en cuenta su trascendencia en materia de punibilidad, entre otras consecuencias.

De allí que en la doctrina nacional se sostenga de forma mayoritaria que el Código Penal colombiano, consecuente con el principio del acto –Derecho penal de acto, que desplaza al Derecho penal de autor, en el cual a la persona se le sanciona no por lo que hace sino por lo que es- que se plasma en el artículo 9 del mismo estatuto punitivo, adhiere a las llamadas teorías *restrictivas* que rigen en materia de participación criminal⁴. Por lo menos así se sostiene en relación con los delitos

4 Por todos, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena. Vol. 2. Dispositivos amplificadores, concurso y pena*, Bogotá, Ibáñez, pág. 795, rechazando expresamente

de comisión dolosa, como consecuencia del principio de *convergencia* que rige en esta temática. Según éste, es indispensable que exista un acuerdo de voluntades – previo o, incluso, según algunos, de carácter concomitante a la ejecución del hecho – entre todos los que concurren en la realización de un punible, lo cual, en este orden de ideas, implica que todos ellos han debido obrar con dolo, han debido obrar con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con plena voluntad de su realización, según los precisos términos del artículo 22 del Código Penal colombiano e independientemente de su contribución al hecho⁵. Según el artículo en cuestión, “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Dicho acuerdo es el que permite sostener que los excesos no son atribuibles a la sociedad de personas como tal sino solamente a quien se excedió. Pues, en este caso, el exceso no estaba comprendido en el acuerdo inicial de voluntades. En cambio, con respecto a los delitos culposos pareciera imponerse, al igual que en el concierto alemán, un concepto unitario de autor, con arreglo al cual cualquier contribución a un injusto culposo permite sostener el título de imputación de responsabilidad penal de autoría bajo el presupuesto de que la persona de que se trate haya *per se* violado el deber de cuidado objetivo que fundamenta la tipicidad en este tipo de delitos imprudentes⁶.

las propuestas extensivas o unitarias del funcionalismo radical, a las cuales me referiré brevemente al final del presente trabajo, señalando al respecto que “De momento no consideramos viable que frente al ordenamiento colombiano pueda aplicarse el concepto extensivo (o tal vez unitario) de autor que se desprende de los planteamientos precedentes de JAKOBS y REYES ALVARADO porque estimamos que las figuras de autoría y participación se han perfilado legalmente en Colombia como modos distintos de intervención en el injusto y no como meras reglas de punibilidad (causas de extensión del injusto típico y no meramente de la pena).

- 5 Sobre este principio, sus alcances y otros que rigen en materia de coparticipación criminal, por todos, VELASQUEZ V., FERNANDO, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda – Ediciones Jurídicas Andrés Morales, págs. 601 y ss.
- 6 En sentido contrario, en nuestro país sostiene un concepto restrictivo en los delitos culposos SUÁREZ SÁNCHEZ, quien señala sobre el particular que “La ley penal colombiana exige que el hecho objetivo sea el mismo en los tipos dolosos y en los culposos; por tanto, si sólo el autor realiza el tipo, un mismo tipo objetivo requiere un mismo concepto de autor, y no es coherente exigir un concepto restrictivo de autor para los tipos dolosos y contentarse, en cambio, con un concepto unitario de autor para los tipos dolosos (sic)”. Cfr., *Autoría*, 3ª. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 255. En similar sentido, con suficiencia, SALAZAR MARÍN, MARIO, *Autor y participe en el injusto penal*, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2011, págs. 274-288. Recientemente, CHÁVEZ PEÑA, EDWIN MANUEL, “El concepto restrictivo de autor en el delito imprudente: cuestiones sobre autoría y participación”, en *Dogmática penal y sistemas acusatorios*, Bogotá, Ibáñez, 2017, págs. 137 y ss.

2. Pasado: teorías que abordaron el estudio y delimitación de la autoría y participación

En principio, desde la teoría de la equivalencia de las condiciones⁷, no existió ningún tipo de distinción entre los diferentes aportes realizados por varias personas durante la comisión de un injusto penal. Cualquier causa que, de cualquier manera, haya influido en la producción del resultado típico, era tenida en cuenta como fundamento para considerar al agente como *autor* de su realización, sin importar cuál fue en concreto su respectiva contribución. Rigieron en este caso, como es sabido, las leyes de la causalidad pura que disciplinan el mundo de lo natural. Bajo esta perspectiva, daba igual entonces pagar por la muerte de una persona que apretar el gatillo por el precio que a cambio de ello había sido percibido, para retomar nuestro ejemplo anterior. Tanto la una como la otra, en el ejemplo propuesto, fueron condiciones que de forma equivalente activaron la realización del resultado. Suprimiendo una de ellas (juicio hipotético), cualquiera, en efecto el resultado no se habría finalmente producido. En consecuencia, para esta postura, ambos debían ser tratados como autores. En palabras de Roxin, “para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir de un concepto unitario de autor”⁸. De lo anterior se siguió que cualquier aporte influía por igual en la producción del resultado típico, por lo que la pena legal era exactamente la misma en todos los casos, pudiendo los jueces graduar la sanción dentro del respectivo

7 Con suficiencia, sobre esta teoría en materia de causalidad, REYES ALVARADO, YESID, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1996, págs. 8 y ss.

8 ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, pág. 22. Obsérvese, sobre esta postura (y las que se examinarán más adelante), entre otros, JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 5ª ed. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, págs. 694-695; JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 717-718; MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Derecho penal. Parte general. 2*. Traducción de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Astrea, 1995, págs. 287-289; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Montevideo-Buenos Aires, B de F., 2004, pág. 368; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 480; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II, Madrid, Trotta, 1999, pág. 281; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRES et al, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010, pág. 382; ZAFFARONI, EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, págs. 735 y ss.; RIGHI, ESTEBAN, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pág. 374; y RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, pág. 635.

ámbito punitivo de movilidad dependiendo de cada una de las contribuciones analizadas en particular⁹.

Como con meridiana claridad se puede advertir, se trató en este caso de una teoría obviamente *unificadora* que en este sentido no diferenció entre autores y simples partícipes en sentido estricto. O quizá mejor: todos eran considerados autores del delito. Lo anterior, se repite, a partir de las reglas de la causalidad. Desde luego, obvio resulta decirlo, habida cuenta sus aspectos más críticos, dicha posición rápidamente fue superada por otras que sí diferenciaron entre los aportes en cuestión. Como señala Salazar Marín, en una de las obras más elaboradas sobre el tema, “El rechazo al concepto unitario de autor se considera procedente, porque su premisa de igualdad de contribuciones desconoce a la vez la diferencia de aportes en las conductas ilícitas cuando varios sujetos contribuyen en su realización, con lo cual se violaría la equidad si se les sancionara por igual. El desconocimiento flagrante de los papeles secundarios de los partícipes llevaría a esta teoría a renunciar al principio de accesoriedad, que significa negar la existencia de meras ayudas accesorias y dependientes del autor del ilícito, condiciones sin las cuales sí es posible la realización del ilícito”¹⁰.

Con el paso del tiempo se comenzaron pues a ensayar distintos criterios para establecer la diferencia entre autor y partícipe, imponiéndose así las llamadas teorías *restrictivas* en materia de participación, las cuales, importa señalar, sobrevinieron en el tiempo en todo caso a las teorías *extensivas* que consideraron, también desde las leyes de la causalidad¹¹, que todos los aportes a una empresa criminal debían ser considerados como autoría, salvo en caso de existir algún tipo de precepto que les diera otro título distinto de imputación de responsabilidad penal, v.gr., determinación o complicidad¹². El concepto de extensivo en este caso estaba relacionado con las

9 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Op. Cit.*, pág. 793.

10 SALAZAR MARÍN, MARIO, *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2011, pág. 103. Sobre las críticas —así como su alcance y sus consecuencias— a la teoría unificadora en cuestión, con más profundidad, por todos, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 55-69.

11 En contra SALAZAR MARÍN, quien señala que las tesis extensivas no parten en rigor de las leyes de la causalidad sino, antes bien, de la idea de valoración, remontándose dicha postura a E. Schmidt quien estimaba que autor era aquel que lesiona el respectivo bien jurídico. “Si de la causalidad —afirma SALAZAR MARÍN— de la teoría ontológica se pasa a los valores para que la axiología contribuya a definir quién es autor y cómo se distingue del partícipe, porque se dice que la causalidad no es idónea para ello, no se debe afirmar —como suele hacerse— que el concepto extensivo tiene su origen en el concepto unitario, pues mientras éste se origina en lo óntico, aquél se origina en lo axiológico”. Cfr., Autor y partícipe pág. 108.

12 De nuevo, sobre las tesis extensivas, SUÁREZ SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, págs. 107 y ss.

distintas figuras delictivas de la parte especial, las cuales eran interpretadas de forma amplia para comprender en ellas cualquier aporte al ilícito criminal, salvo, como ya se señaló, que el legislador *expressis verbis* le diese un trato distinto o diferente a un aporte determinado, concreto o particular.

Con todo, como se viene de manifestar, son las tesis *restrictivas* las que predominan de antaño en la doctrina especializada y la jurisprudencia de la mayoría de los países de cultura continental europea. El concepto de restrictivo dice aquí relación a que cada una de las figuras delictivas de la parte especial sólo comprende al sujeto que realiza por sí mismo o de manera inmediata la conducta que por el legislador ha sido descrita en la respectiva figura delictiva (interpretación restrictiva de las normas penales), de suerte que, por este camino, se hace necesario acudir a otras cláusulas de la parte general de los códigos penales para comprender y sancionar aquellas otras contribuciones que en principio y de entrada no quedan abarcadas dentro del alcance y el ámbito del respectivo tipo penal.

En un comienzo, la diferencia entre autores y partícipes se procuró apelando a criterios puramente subjetivos, lo que en tal orden de estimaciones dio lugar a las llamadas *teorías subjetivas*. Según algunos, estos referentes anímicos a su turno sirvieron para morigerar los resultados de las concepciones extensivas. Así las cosas, la diferencia entre autor y partícipe fue ensayada a partir de determinar si el sujeto que intervino en la realización del *reato* quiso el hecho para sí mismo o para un tercero (*teoría del interés*)¹³. En el primer caso se adujo que el sujeto que así obraba, es decir, que había querido el hecho para él mismo, desplegaba la conducta con ánimo de autor (*animus auctoris*). Por tanto, quien de esta manera había actuado era sin más considerado como autor. En el segundo evento, esto es, cuando el agente había realizado su contribución queriendo el hecho para otra persona, se afirmaba la configuración de un ánimo ajeno (*animus soccii*), siendo rotulado el sujeto en este otro supuesto como simple partícipe en sentido estricto (determinador, instigador o cómplice). Lo anterior, proyectado a nuestro ejemplo, significaría que la persona que mata a otra por precio quiere en principio el hecho para un tercero (quien le pagó), con lo cual, en sentido estricto, conforme a los postulados que se vienen de examinar, debería ser considerado como un simple partícipe del delito por él mismo cometido.

Esta postura, que como ya se señaló dio lugar a la llamada *teoría del interés* y que según se expresa complementó la teoría que del dolo le precedió (autor es quien no reconoce otro querer por encima del suyo propio), fue asimismo superada habida cuenta las inconsistencias en que incurrió al aplicar dicho criterio subjetivo para

13 Cfr., sobre las distintas teorías subjetivas, por todos, ROXIN. *Op. Cit.*, págs. 69 y ss.

diferenciar entre autores y aquellos que no lo son, incorrecciones de las cuales da múltiple cuenta la literatura jurídica especializada¹⁴. Sin embargo, algunos señalan que las posturas subjetivas todavía perduran en la jurisprudencia alemana¹⁵. Las críticas, en su generalidad, se pueden reconducir fácilmente al famosísimo caso de la bañera: una mujer le solicitó a su hermana que ahogara a la criatura que había acabado de parir, indicación, solicitud o requerimiento que efectivamente la hermana materializó. El hecho aconteció precisamente en la bañera de la residencia. Como la hermana que finalmente sumergió a la criatura quería el hecho para otro y no para sí —esto es, para la mujer que había acabado de dar a luz—, no obstante haber ahogado al recién nacido directamente, con sus propias manos, según esta postura debió ser considerada como partícipe. *Contrario sensu*, la mujer que en un principio requirió a su hermana para cometer el hecho criminal que en últimas se llevó a cabo, habría de responder como autora del ilícito penal, pues ésta era la que en realidad quería el hecho para sí misma. Sucede en este caso algo similar a lo ya dicho en relación con nuestro ejemplo del homicidio cometido por precio. En verdad resulta un auténtico despropósito calificar como partícipe a quien, como en este caso, llevó en cambio a cabo la conducta o el comportamiento definido en la figura legal de forma directa o inmediata —éste más que ningún otro fue, es y seguirá siendo en todos los tiempos el autor directo del hecho- y como autor del mismo a quien simplemente instigó o determinó su realización. Sin embargo, a este tipo de soluciones, completamente insatisfactorias, se llegó a partir del criterio subjetivo o el ánimo con el que obró la persona, analizado evento por evento y situación por situación.

Por lo anterior, por las objeciones que se le formularon a las posturas subjetivas, se elaboraron con posterioridad otros criterios, estos ya de talante objetivo. Uno de ellos de naturaleza formal —*teoría formal objetiva*¹⁶- como quiera que su punto de partida lo constituyó el verbo rector como criterio nuclear para diferenciar entre el autor del hecho y los demás que intervienen en su realización. Para esta otra postura, los primeros, es decir los autores, son todos aquellos que realizan por sí mismos, total o parcialmente, el respectivo verbo rector, o mejor todavía: actos de ejecución de la respectiva conducta punible. Los demás en cambio son considerados como

14 Sobre las críticas a la teoría subjetiva, en la doctrina nacional, véase, SALAZAR MARÍN. *Op. Cit.*, pág. 127; y SUÁREZ SÁNCHEZ. *Op. Cit.*, págs. 118-121.

15 HILGENDORF, ERIC/VALERIUS, BRIAN, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2ª ed. alemana de Leandro A. Días y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Ad-hoc, 2017, pág. 178.

16 “Es objetiva —señala SALAZAR MARÍN- porque el sujeto tiene que realizar directamente la conducta, o parte de ella, y es formal porque sólo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como tal, y porque delimita el comportamiento del autor a la descripción, prescripción y sentido del tipo, lo cual garantiza seguridad jurídica”. Cfr., *Autor y partícipe*, pág. 117.

simples partícipes (determinador o cómplice). Según Gimbernat, quien parte de esta posición, para esta postura autor “es el que realiza la acción ejecutiva y cómplice el que lleva a cabo una acción preparatoria o colabora durante la ejecución del delito, pero con una actividad meramente auxiliadora”¹⁷. Esto, desde luego, aplica para los delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor quien además tenga la calidad de *intraneus* –quien cumpla con las calidades exigidas en el correspondiente tipo penal-, de suerte que quien no cumpla con dicha exigencia no podrá ser considerado como autor del delito –*extraneus*-.

A no dudar, en nuestro sentir, es esta una de las teorías más restrictivas que se han elaborado a efectos de diferenciar entre las distintas contribuciones a la empresa criminal, considerando de esta manera a los unos como autores –quienes llevan a cabo actos de ejecución de la descripción típica- y a los otros –a los demás- como partícipes, amén que comulga plenamente con el principio de legalidad de delitos y de las penas, con lo cual, en principio, como punto de arranque, me parece una concepción perfectamente defendible sobre este específico aspecto en particular, misma que, en todo caso, deberá ser complementada con otro tipo de criterios, como precisamente tratará de desarrollarse más adelante. Es decir, en mi sentir, la teoría formal objetiva se hace necesaria pero no suficiente para efectos de delimitar entre autores y partícipes en la realización del injusto penal.

Con todo, se ha objetado –entre otras críticas- que esta postura formal no está en condiciones de explicar la figura o modalidad de la autoría mediata –ni tampoco la coautoría-, en la cual el autor –o los coautores, dependiendo del caso- no realiza la conducta por sí mismo sino a través de otra persona a la cual usa o utiliza como su instrumento –o realizan actos durante la fase de ejecución que en sentido estricto están muy lejos de comulgar con el verbo que individualiza la conducta objeto de prohibición penal, en el caso de la coautoría-¹⁸. Con lo cual la teoría formal objetiva, a partir de su fundamentación, según se dice, no comprende las distintas formas de autoría, siendo insuficiente por consiguiente al momento de explicar todas y cada una de dichas modalidades (autoría directa, mediata y coautoría, según las voces del artículo 29 en el caso del Código Penal colombiano). Al efecto, recuérdese que según esta disposición, “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”. Por lo demás,

17 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F., 2006, pág. 8.

18 Esta y otras críticas pueden verse en GIMBERNAT. *Op. Cit.*, págs. 11 y ss.; en la doctrina nacional, SALAZAR MARÍN. *Op. Cit.*, págs. 118 y ss.

se objeta asimismo que esta posición incurre de paso en la problemática en materia de tentativa de establecer la diferencia nada fácil de resolver o de determinar entre los actos de ejecución –autoría- y los actos preparatorios –participación-.

Las anteriores críticas sin embargo no me parecen tan contundentes como ciertamente se les suele presentar. Por lo menos, en el peor de los eventos, me parece que pueden ser refutadas y a partir de allí claramente superadas. Así por ejemplo, que la teoría formal objetiva no explica la modalidad de autoría mediata es algo que en mi concepto resulta verdaderamente discutible. Ello depende de cómo se entienda o se interprete esta otra modalidad de autoría. Según el artículo 29 del Código Penal, autor mediato es quien “realice la conducta punible... utilizando a otro como instrumento”. Por más que se sostenga que ello resulta “insostenible”¹⁹, en mi sentir, también el autor mediato, en *sentido amplio*, ejecuta la conducta descrita en el tipo penal. Lo que sucede es que ello lo realiza a través de un medio *sui generis* o especial, que para el caso es la persona de carne y hueso que por aquél es “cosificada” o “instrumentalizada”. A mi juicio, ejecutan por igual el médico que inyecta el veneno por sí mismo al paciente como el galeno que engaña a la enfermera haciéndole creer que se trata de un medicamento. Lo único que cambia en ambos casos son los medios, que en últimas jurídicamente resultan equiparables entre sí. En aquél el adminículo que como tal se utiliza para inyectar de propia mano el veneno. Por eso aquí se es autor directo. En éste la enfermera que es utilizada como instrumento para por su intermedio ejecutar el acto homicida. Por ello en este otro caso se es justo autor mediato. Dicha instrumentalización es la que precisamente le imprime sentido a la autoría mediata. Sin ella, *contrario sensu*, no es posible hablar de su configuración. O acaso, ¿a quién se le imputa la *ejecución* del hecho? ¿Se le atribuye al llamado sujeto de adelante? ¿Al instrumento? Si, como es lo correcto, se le atribuye al sujeto de atrás, es porque en este orden de estimaciones fue este quien efectiva y verdaderamente lo ejecutó. Sólo que, se insiste, ello lo llevó a cabo a través de otra persona que bajo este contexto no realizó el hecho como tal sino como un simple instrumento de aquél. O como lo señala un sector de doctrina extranjera, en posición que planamente comparto, “circunscribir la expresión ‘realizar’ (hacerlo real) o aun la de ejecutar que alguna vez utilizamos a la pura actuación física, el hacerlo con las propias manos, es sencillamente insostenible por cuanto quedarían descartados la gran mayoría de los supuestos en los cuales el infractor se vale de un instrumento (arma blanca, arma de fuego, escrito judicial, picana eléctrica, automóvil, etc.) para llevar a cabo la acción y, por ende, el punto de vista expuesto

19 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Op. Cit.*, pág. 25.

se limita a admitir aquellos casos en que el instrumento utilizado es otro hombre”²⁰.

De otro lado, también en la coautoría se lleva a cabo o se realiza por parte de todos los coautores una acción ejecutiva. No es en sí la realización del verbo rector o de la acción consumativa, de manera total o parcial, la que define en estos casos, pues ciertamente existen eventos en los cuales el coautor no lleva a cabo ninguno de ellos. Más bien, es la participación o el haber tomado parte en el acto ejecutivo. “Estamos aquí –señala Gimbernat- ante un equívoco que no es debido a una mala interpretación de los autores modernos, sino que tiene su origen en el confusionismo en el que incurren los representantes de la teoría objetivo-formal, al exponer su posición. La verdad es esta: para la teoría objetivo-formal, autor no es únicamente el que realiza todo el tipo, ni tampoco sólo el que realiza un elemento: su concepto de autor es mucho más amplio. Autor, en sentido objetivo-formal, es todo aquel que realiza un acto ejecutivo”²¹.

Y que existan, como en efecto han existido, dificultades para establecer diferencias entre los actos punibles de ejecución y los impunes de preparación, es algo que por sí mismo no significa que sea incorrecta la posición asumida por la teoría que se viene examinando. Esto, a no dudarlo, es un problema que nada tiene que ver con la teoría en sí misma considerada, por lo que nada hay que refutar sobre el particular, tratándose como en efecto se trata de harina de otro costal.

3. Presente: en cuanto a la teoría del dominio del hecho, desarrollo, críticas y posibles complementos

Los reparos a todas las posiciones anteriores provocaron el surgimiento de otras elaboraciones -más de contenido material- para diferenciar entre las distintas personas, sus calidades y sus aportes a la realización del injusto penal, caso por ejemplo, entre otras posturas, la del *dominio del hecho*. Según este otro enfoque, autor del delito es quien tuvo el dominio –final, según las posturas finalistas del delito, quienes con Welzel a la cabeza acuñaron y difundieron esta posición- del hecho, de quien depende o no su realización y obviamente las demás circunstancias que le rodean²². Es éste quien en verdad tiene el señorío del suceso en sus manos,

20 FIERRO, GUILLERMO JULIO, *Teoría de la participación criminal. Alcances. Modalidades. Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 319.

21 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Op. Cit.*, pág. 18.

22 Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán. Parte general*. Traducción de la 11ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 120; MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEIZ/ZIPZ, HEIZ, *Op. Cit.*, págs. 314-318; STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.

o como acostumbra decirse por los representantes de esta teoría, las riendas del acontecimiento. Y así, en sentido opuesto, quien por el contrario carece del dominio del hecho en los términos que se vienen de especificar, deberá ser estimado como partícipe en sentido estricto de la expresión (determinador o cómplice). Según Roxin, quien retomó esta postura y a su vez se encargó de imprimirle su propio sello, este concepto surge como una síntesis metodológica que permite sostener un principio que orienta el concepto de autor, a saber, “la autoría es la figura central del acontecer en forma de acción”²³.

Inhesitablemente, ha sido esta la teoría que se ha impuesto para diferenciar a los autores de los partícipes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia generalizadas²⁴. Por lo menos en los llamados por Roxin como delitos de dominio en los cuales quedan comprendidos los casos de dominio de la acción –eventos de autoría directa-, dominio de la voluntad –casos de autoría mediata que se dan por eventos de coacción, situaciones de error y aparatos organizados de poder - y funcional del hecho –casos de coautoría-. Pues también se han procurado por el mismo Roxin otros criterios aplicables a la tesis de los por él denominados como delitos de infracción de deber. Se trata en estos supuestos de casos en los cuales el autor no se determina por el dominio del hecho en sí mismo sino que el fundamento de ellos básicamente se remonta al incumplimiento de aquellos deberes especiales o específicos de tipo extrapenal, previos a la norma penal y con origen en otras ramas del orden jurídico, y que son una consecuencia de tener a su cargo una materia jurídica específica, en los cuales se espera que la persona se comporte de manera adecuada, como en el caso de delitos de funcionarios en donde sólo el *intrañeus* puede ser considerado como autor del respectivo injusto penal. Aquí quien tiene dicho deber se sobrepone entre todos los intervinientes en el ilícito por su especial relación con el injusto y porque el legislador por ello mismo, por su especial obligación, lo considera como la figura central del hecho²⁵. En este caso se habla de delitos de infracción de deber, que surgen del incumplimiento de este como

Navarra, Thomson – Civitas, 2005, págs. 314-317; JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Op. Cit.*, págs. 701-704; y, entre otros, CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 2001, págs. 210-211.

23 ROXIN. *Op. Cit.*, pág. 42.

24 Sobre sus orígenes y desarrollo, ROXIN. *Op. Cit.*, págs. 79 y ss.; sobre el estado actual de la discusión y la hegemonía de la teoría del dominio del hecho en la doctrina alemana, *el mismo*, “Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. Madrid, Civitas, 2000, págs. 157 y ss., en especial pp. 165-170.

25 ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría*, págs. 383 y ss.

consecuencia de la relación de la persona con respecto al deber propiamente dicho, independientemente de si tuvo o no el dominio del hecho, aspecto éste que en estos otros supuestos no permite delimitar el concepto de autoría.

Aunque también los delitos de infracción de deber, según otra postura como la de Jakobs –quien por cierto considera que el descubrimiento de éstos es mucho más “sensacional” que el mismo dominio del hecho²⁶-, surgen de la llamada competencia institucional –delitos por competencia institucional-, distintos en todo caso a los delitos de competencia por organización en los cuales el sujeto configura su mundo con el circundante y tiene unos deberes negativos que surgen de dicha configuración –delitos por organización-. Así, para posturas funcionalistas mucho más extremas, que en el fondo no diferencian en rigor entre acción y omisión, a partir de la figura de la “institución” y de los deberes positivos –ayuda al prójimo- y negativos –*neminem leade*- que rigen las relaciones de contacto social, se ha procurado explicarse asimismo la figura de los delitos de infracción de deber y a partir de allí el tema de la participación criminal²⁷. Es más, Jakobs, desde su normativismo puro, entiende que no es posible que coexista un concepto unitario de autor con un dominio y con un deber²⁸. Por ello estima que la atribución normativa del hecho es de superior categoría que la tesis del dominio. Por lo anterior, tanto en los delitos por organización como en los delitos de deber –competencia institucional-, la autoría está definida a partir del sinalagma de la libertad y responsabilidad por las consecuencias. Sin embargo, no todo lo causado con la conducta es imputable al sujeto. Pues se requiere por añadidura que se constante la realización de un comportamiento no permitido o, en su propia terminología, de un riesgo no permitido según el ámbito de responsabilidad que le compete al autor e independientemente de que se trate o no del que actúa en último lugar. Así, señala Jakobs, “No resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano, recurriendo exclusivamente al dominio, sin la

26 JAKOBS, GÜNTHER, “La normativación del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología. Actas y Congresos*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid, UNED, 2001, pág. 620.

27 Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002. Recientemente, BACIGALUPO, SILVINA, “Infracción de deber y participación”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2017, págs. 433-445. Un estudio bastante completo sobre el tema en el contexto nacional puede verse en SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO/ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la ‘teoría de los delitos de infracción de deber’”, en *Derecho penal contemporáneo nro. 15*, Bogotá, Legis, 2006, págs. 133-190.

28 JAKOBS. “La normativación...”, pág. 620.

atribución de la conducta y su consecuencia”²⁹.

Ahora bien, la teoría del dominio del hecho, según se dice de manera unísona, fue propuesta en su momento por la corriente finalista en materia de teoría del delito, específicamente por Welzel, a partir de la categoría lógica objetiva de la acción final y el concepto de injusto personal, aplicados ambos en este caso al dominio que según se expresa tiene el sujeto al predeterminar de esta forma el curso del acontecimiento. Es esto exactamente lo que le imprime el señorío sobre el hecho. Y ello opera solamente en los delitos dolosos, en los cuales es posible la conducción final del curso causal orientada a la producción del resultado típico por parte únicamente del autor, por manera que el partícipe solamente auxilia a aquél o lo incita en su determinación. De contera, en los delitos culposos autor es todo aquel que viole el deber objetivo de cuidado, de suerte que en éstos no hay distinción entre autores y partícipes. Según Welzel, “La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho”³⁰.

Con el paso de los años esta postura, la del dominio del hecho, ha sido desarrollada y afinada con distintos matices, como por ejemplo el del dominio positivo y objetivo del hecho de Díaz y García Conlledo en España. Para éste, autor es aquel que lleva a cabo la conducta más directa o inmediata que a su vez realiza la respectiva descripción típica, el que de manera directa o inmediata cuestiona la norma penal más perentoria que pretende evitar la realización del respectivo comportamiento, en fin, el que en últimas realiza la acción típica nuclear. Así, autor no es quien sostiene a la víctima sino quien entierra el puñal. A su juicio, es éste el que en últimas determina de forma objetiva y positiva el hecho, es decir, quien

29 JAKOBS. *Op. Cit.*, pág. 622.

30 WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, 11^a. ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 120. Con más detalle y elaboración, MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Derecho penal. Parte general*. T. 2. Traducción de Jorge Bofill Genzch, Buenos Aires, Astrea, 1995, señalando que el elemento común de la autoría “... se encuentra en la *dirección final del acontecimiento típico* por parte del autor, en el *tener en las manos el curso típico de los acontecimientos, al cual se extiende el dolo*. Usando una fórmula burda, que permite el primer acercamiento, es posible decir que se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo”. Cfr., págs. 315-316.

decide el sí y el cómo y no solamente su probable evitación³¹.

Schünemann ha retomado asimismo como fundamento de la autoría el concepto roxiniano de dominio del hecho, no así al estilo de Welzel. Con todo, le critica a Roxin su creación de los llamados delitos de infracción de deber y en su lugar propone un concepto tipológico que abarca por igual a los delitos de comisión dolosa, a los de omisión impropia y a los especiales. Su punto de partida lo constituye la autoría directa en los llamados delitos comunes, en los cuales el legislador procura proteger el bien jurídico mediante la amenaza de la pena. Por tanto, en estos casos, es el dominio sobre el movimiento corporal que tiene el autor, como base de la producción del resultado típico, lo que a su vez sirve como fundamento de la autoría. En consecuencia, el dominio ejercido sobre otros –autoría mediata- o de forma conjunta –coautoría- constituyen otras expresiones tipológicas del dominio del hecho³². En los delitos de omisión impropia, el fundamento de la autoría no se determina por la teoría de la infracción formal del deber jurídico especial de carácter extrapenal sino a partir del fundamento según el cual la equiparación entre el omitir y el hacer radica en la idea de la asunción de la custodia y a partir de allí de la relación de dominio que surge sobre el suceso en sí mismo considerado. “Por consiguiente, en los delitos de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir, -como la he denominado- de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor”³³. Finalmente, en el caso de los delitos especiales, el fundamento de la autoría radica en el análisis de la responsabilidad penal deducida a partir de la figura del actuar en lugar de otro, en el cual se evidencia un problema de equiparación o equivalencia similar a la posición de garante en los delitos de omisión impropia³⁴.

31 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *Derecho penal y criminología*, N. 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, págs. 33 y ss. En especial, págs. 44-46.

32 SCHÜNEMANN, BERND, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Traducción de Mariana Sacher, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, pág. 987.

33 *Op. Cit.*, pág. 990.

34 *Op. Cit.*, pág. 991. “De este modo, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio uniforme, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido del control sobre un ámbito social. Ambos

En nuestro país, con algunos matices, variaciones o correctivos, parecen partir de esta postura, entre otros, los conceptos del dominio del hecho final-social de Velásquez³⁵, el de la causalidad adecuada de Fernández Carrasquilla³⁶ o el del dominio normativo del hecho de Suárez Sánchez³⁷. También Salazar Marín parte de la teoría del dominio del hecho, la cual, sin embargo, considera insuficiente o incompleta, por lo que a su juicio sólo sirve como punto de partida o comienzo de solución³⁸. Según señala, autor del delito no es quien solamente domina el hecho sin más. Pues existen casos en los cuales el sujeto efectivamente domina el hecho pero sin embargo no es autor del delito. Esto, manifiesta, es lo que sucede por ejemplo en los casos de sujeto activo calificado que utiliza a otro como instrumento que no tiene la calidad exigida en el tipo penal o cuando quien realiza la conducta material no tiene el interés

son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría”, señala SCHÜNEMANN. Cfr., *Op. Cit.*, pág. 994.

- 35 VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Op. cit.*, págs. 882-883, quien señala que “... como las categorías en estudio han sido extraídas por el legislador de la vida social... donde suelen darse las mismas relaciones observadas en los fenómenos delictivos, la nota de la relevancia social de la conducta y, con ella, la de la finalidad, tienen que se (sic) tenidas en cuenta al momento de formular esta concepción: el dominio del hecho –sea de la acción, de la voluntad o funcional- debe, pues, ser final y social. Es, pues, posible formular una construcción integrada por un doble componente: uno, *objetivo*, pues desde un punto de vista fáctico el autor debe tener en sus manos el acontecimiento típico; y, otro, *subjetivo*, habida cuenta de que el agente en sus diversas modalidades debe obrar con la voluntad del dominio del hecho, lo que lo torna en la figura central del acontecimiento”.
- 36 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*, págs. 811 y ss., para el cual “... ha de adoptarse como criterio normativo rector el de la *causalidad adecuada*, criterio primerísimo de la imputación objetiva de resultados y base también de la moderna noción del riesgo... En este sentido, quien no pone una condición adecuada del resultado típico no puede ser calificado como autor del mismo porque no se puede decir que lo ha producido o realizado. Si una persona pone dolosamente una condición adecuada del resultado de daño o de peligro que integra la antijuridicidad material del injusto típico, es ya por ello y necesariamente autora del delito porque posee sin duda el control sobre su producción...”.
- 37 SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, págs. 215 y ss., señalando que “De cara a la nueva legislación penal bien puede admitirse la ‘teoría del dominio del hecho’, pero es preciso fijar si se fija (sic) una teoría ortodoxa o heterodoxa de la misma... conforme con nuestro esquema de delito hay que tener en cuenta el plano objetivo del comportamiento y el desvalor de resultado del mismo (cuyo norte es el bien jurídico penalmente tutelado), con independencia del dolo o la culpa, para constatar si se da alguna modalidad de la autoría o la participación... Para confeccionar la noción de autor no puede desconocerse su matiz normativo, sin dejar a un lado la causalidad y el elemento subjetivo (que no puede confundirse con el dolo), como lo admiten algunas concepciones de la teoría del dominio del hecho, el cual de forma indistinta puede denominarse ‘dominio normativo del hecho’ o ‘criterio fáctico-normativo del dominio’ o simplemente dominio del hecho”.
- 38 SALAZAR MARÍN, MARIO. *Op. Cit.*, pág. 131.

especial que se exige en el mismo³⁹. Por ello estima que autor del delito es quien tiene el dominio del *injusto penal*. Aquí importa recordar que para este autor, desde su postura original en el contexto nacional, la conciencia de la ilicitud conforma el injusto –culpable- en sí mismo considerado, con lo cual, de paso, se parte de una postura que entiende que las causas de justificación son elementos negativos del tipo penal (teoría de la *ratio essendi*). “Si se adopta el dolo de la tradición –señala en su obra-, que incorpora en el dolo la conciencia del injusto (teoría del dolo), bien puede seguirse la teoría del dominio del hecho, pero involucrando en ella el desvalor del injusto, lo cual conduce a que *autor no es quien domina el supuesto de hecho, sino aquel que domina el hecho injusto*”⁴⁰. Así, autor será quien ejerce el dominio sobre el daño de forma culpable, en tanto que partícipe quien contribuye a ello en un nivel inferior.

4. Futuro: incertidumbre encabezada por el normativismo puro; el posible regreso de las teorías unitarias

Lo visto hasta acá constituye un panorama general de la situación pasada y del presente en materia de delimitación entre autoría y participación. Empero, no resulta muy claro cuál será el futuro de la discusión. Rige en el horizonte una verdadera incertidumbre sobre el panorama que gobernará esta problemática en particular. Todo parece indicar que lejos se está de hallar un punto de consenso que meridianamente arroje un mínimo de certidumbre y seguridad. Las nuevas propuestas argumentativas así lo hacen pensar. Más todavía cuando ellas provienen de los aportes del normativismo más puro o radical y que permiten suponer un “retroceso” en la discusión entre las posturas que diferencian cualitativamente entre los aportes a una empresa criminal y aquellas que por el contrario no avizoran ningún tipo de distinción desde esta óptica, borrando de un plumazo el principio de accesoriidad. Tal es el caso en nuestro país de autores como Reyes Alvarado, seguido de cerca por Grosso García, quienes se apartan de la teoría del dominio y, si creo entender, parten de posturas *unitarias* al no diferenciar entre los aportes de los autores y partícipes considerados de forma o de manera individual.

Lo anterior se viene proponiendo ya no desde el enfoque de las leyes de la causalidad o de la equivalencia de las condiciones –como justo sucedió en los inicios de la discusión- sino, antes bien, como se viene de expresar, desde posturas

39 *Op. Cit.*, págs. 134-135.

40 *Op. Cit.*, págs. 141-142.

mucho más modernas que tienen en cuenta criterios puramente normativos de teoría del delito y a partir de allí la teoría de la imputación objetiva como base de explicación de todo el injusto penal, teniendo como norte de todo ello la idea de rol social y el incumplimiento del papel que le compete a la persona dentro de la respectiva relación de tráfico jurídico. Estas propuestas, como es sabido, parten de un normativismo puro, al mejor estilo jakobsiano⁴¹, seguido asimismo por otros autores como Lesch⁴² y Frister⁴³.

Con esto parece quedar claro que en materia penal posturas metodológicas completamente opuestas o antitéticas entre sí, como las de la equivalencia y las normativas, pueden coincidir en la solución de algunos aspectos (para el caso, una propuesta *unitaria* de autoría), si bien obviamente desde posiciones metodológicas y caminos completamente diferentes.

En el caso de este otro sector de la doctrina, valga precisar, el normativismo extremo, representado en nuestro país por Reyes Alvarado, a dicha conclusión unificadora en materia de coparticipación criminal se llega a partir del criterio nuclear de la *valoración social de la acción colectiva del hecho*, reemplazándose de esta forma el análisis individual realizado por cada uno de los intervinientes. No interesa pues examinar desde el punto de vista cualitativo el aporte en sí llevado a cabo por cada uno de los sujetos. Lo que verdaderamente importa y define la situación es la valoración global del hecho, visto en su totalidad o en su conjunto, al igual que su sentido o significado social. Al efecto recuérdese que para este tipo de posturas, el Derecho, en términos generales, es considerado como un subsistema que sirve para garantizar el funcionamiento social, con lo cual la materia de protección jurídico-penal viene dada por la estabilidad normativa y no por el concepto de bien jurídico. Defraudada la expectativa normativa, como respuesta contrafáctica para garantizar la vigencia de la norma, se hace necesaria la imposición de la pena⁴⁴.

A partir de este enfoque de carácter general y de la mano de la teoría de la imputación objetiva, entendida como ya se dijo -en reemplazo del injusto penal- como

41 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995.

42 LESCH, HEIKO HARTMUT, *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Traducción de Juan Carlos Gemignani. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2006.

43 FRISTER, HELMUT, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 4ª ed. alemana de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

44 Cfr., por todos, JAKOBS, GÜNTHER, "Culpabilidad y prevención", en *Estudios de Derecho penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid, UAM-Civitas, 1997, págs. 73-100.

creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado típico, de suerte que este último perfectamente puede ser explicado desde un enfoque jurídico por la creación de aquél, “lo decisivo –señala Reyes Alvarado- para considerar como delictiva esa conjunción de acciones individuales es la valoración de esa actuación colectiva (que es la única que representa el hecho delictivo producido), y no el análisis de la trascendencia del aporte individual que cada partícipe hubiera realizado para la obtención del resultado”⁴⁵. Así vistas las cosas, los distintos aportes, individualmente considerados, deberán ser examinados única y exclusivamente desde un punto de vista *cuantitativo*. Ello deberá ser así sólo para efectos de determinar su importancia para la cuantificación de la pena, accediendo la responsabilidad de éstos a la acción colectiva vista o analizada en su conjunto o en su totalidad⁴⁶.

Pareciera pues que, en este orden de ideas, de una u otra forma, aunque con una fundamentación distinta como la del normativismo puro o radical y unas consecuencias jurídicas y punitivas asimismo diferentes, están de regreso las teorías unitarias en materia de concurso de personas en la realización de la conducta punible⁴⁷. Con lo cual la discusión sobre este tema durante los próximos años muy seguramente se intensificará.

Por mi parte considero que la teoría de la imputación objetiva sirve simplemente como complemento de la tesis formal objetiva para identificar al autor del hecho. Pero no entendida en los términos que se vienen de indicar, sino como elemento del tipo penal objetivo que sirve para atribuir la producción del resultado típico a la conducta efectivamente desplegada por el sujeto. Así las cosas, a quien jurídica y objetivamente se le pueda imputar como su obra la producción del resultado típico por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el respectivo bien jurídico, riesgo que, necesariamente, por virtud del principio de legalidad,

45 REYES ALVARADO, YESID, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LX, Madrid, 2007, pág. 106. Publicado también en *Derecho penal contemporáneo nro. 21*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 7 y ss.; próximo, GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR, “La coautoría en Derecho penal: ¿Dominio funcional del hecho o acción colectiva?”, en *Derecho penal contemporáneo*, N. 35, Bogotá, Legis, 2011, págs. 67-88.

46 REYES ALVARADO. *Op. Cit.*, págs. 114-115.

47 Aunque lo cierto es que en la práctica pareciera que las tesis unitarias siempre han estado de moda en nuestro país, por lo menos desde la creación jurisprudencial de la llamada figura de la coautoría impropia, la cual llegó para quedarse y para desplazar de la praxis la figura de la complicidad. Véase, al respecto, AROYAVE DÍAZ, RAFAEL, *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 2000.

debe corresponderse con la participación de una acción ejecutiva –teoría formal-, a éste, y sólo a éste, se repite, se le podrá considerar como autor del hecho, lo cual aplica por igual para las distintas formas de autoría, esto es, autoría directa, mediata y coautoría. Los demás, a quienes no se les pueda atribuir normativamente la producción del resultado en los términos antedichos, en el mejor de los casos, habrán auxiliado o incitado a la creación del riesgo propiamente dicho, por lo que a lo sumo podrán ser valorativamente hablando considerados como partícipes en sentido estricto (cómplices o determinadores). A quien disparó el arma de fuego se le podrá objetivamente atribuir, si no sucedió nada extravagante, la producción del resultado, por lo que desde luego será considerado como autor directo del homicidio. Lo propio podrá decirse en el ejemplo del médico que engaña a la enfermera. La muerte, objetivamente hablando, es atribuible como su obra a aquél y no a ésta, de suerte que el profesional de la medicina deberá responder por la producción del resultado típico, habiendo creado el riesgo jurídicamente desaprobado, como autor mediato. Aquí recuérdese que, según ya se dijo, el autor mediato, en sentido amplio, también ejecuta el hecho delictivo. Y cuando el punible se ha cometido por dos o más personas, previo acuerdo de voluntades y división del trabajo criminal, habiendo cada una de ellas realizado durante la fase de ejecución un aporte de considerable trascendencia para el éxito del plan criminal, a todas ellas se les deberá imputar objetivamente la producción del resultado (coautoría).

Bibliografía

- AROYAVE DÍAZ, RAFAEL, *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 2000.
- BACIGALUPO, SILVINA, "Infracción de deber y participación", en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRES Y OTROS, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II, Madrid, Trotta, 1999.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 2001.

- CHÁVEZ PEÑA, EDWIN MANUEL, "El concepto restrictivo de autor en el delito imprudente: cuestiones sobre autoría y participación", en *Dogmática penal y sistemas acusatorios*, Bogotá, Ibáñez, 2017.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", en *Derecho penal y criminología*, N. 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena. Vol. 2. Dispositivos amplificadores, concurso y pena*, Bogotá, Ibáñez, 2012.
- FIERRO, GUILLERMO JULIO, *Teoría de la participación criminal. Alcances. Modalidades. Autoría, causalidad y participación. Instigación. Complicidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2001.
- FRISTER, HELMUT, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 4ª ed. alemana de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F., 2006.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR, "La coautoría en Derecho penal: ¿Dominio funcional del hecho o acción colectiva", en *Derecho penal contemporáneo*, N. 35, Bogotá, Legis, 2011.
- HILGENDORF, ERIC/VALERIUS, BRIAN, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2ª ed. alemana de Leandro A. Días y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Ad-hoc, 2017.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER, "La normativación del Derecho penal en el ejemplo de la participación", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología. Actas y Congresos*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid, UNED, 2001.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Culpabilidad y prevención", en *Estudios de Derecho penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid, UAM-Civitas, 1997.

- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 5ª ed. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.
- LESCH, HEIKO HARTMUT, *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Traducción de Juan Carlos Gemignani. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2006.
- MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Derecho penal. Parte general*. 2. Traducción de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Montevideo-Buenos Aires, B de F., 2004.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- REYES ALVARADO, YESID, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1996.
- REYES ALVARADO, YESID, "Intervención delictiva e imputación objetiva", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LX, Madrid, 2007.
- RIGHI, ESTEBAN, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- ROXIN, CLAUS, *Sobre el estado de la teoría del delito*. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. Madrid, Civitas, 2000.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009.
- SALAZAR MARÍN, MARIO, *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2011.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- SCHÜNEMANN, BERND, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Traducción de Mariana Sacher, Navarra, Thomson-Civitas, 2005.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO/ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la 'teoría de los delitos de infracción de deber'", en *Derecho penal contemporáneo nro. 15*, Bogotá, Legis, 2006.

STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra, Thomson – Civitas, 2005.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, 3^a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

VELASQUEZ V., FERNANDO, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda – Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán. Parte general*. Traducción de la 11^a ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.