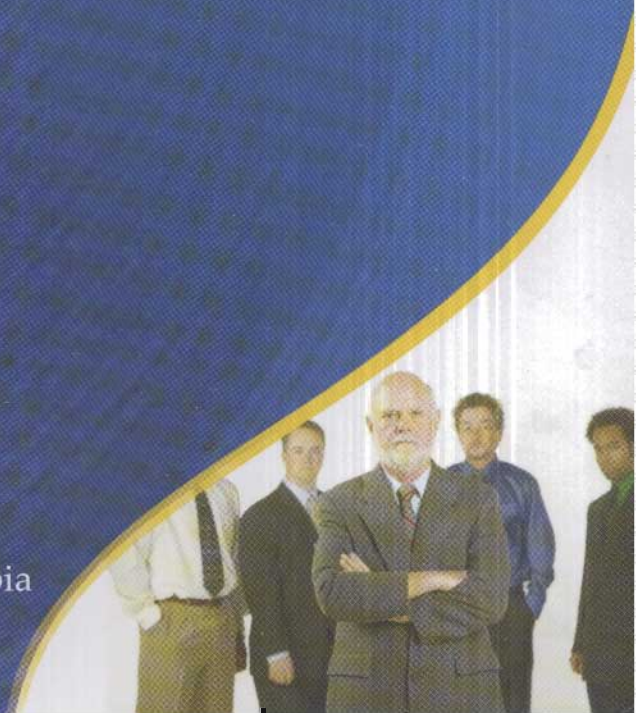




*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

DELINCUENCIA ORGANIZADA : RESPONSABILIDAD PENAL

República de Colombia



PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"



ÁLVARO ENRIQUE MÁRQUEZ CÁRDENAS

**DELINCUENCIA ORGANIZADA:
RESPONSABILIDAD**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"
2007

ISBN 978-958-8331-50-8

ÁLVARO ENRIQUE MÁRQUEZ CÁRDENAS, 2007
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007
Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: 2007

Con un tiraje de 1.000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Convenio 022 CSJ de 2006

Corrector de Estilo: Omar Cabrales Salazar

Auxiliar de Investigación: Lisbeth Yanin Gómez Amaya

Juan Pablo Cardona Chaves

Asesoría Metodológica y Pedagógica: Carmen Lucia Gordillo

Dirección General: Claudia Andrea Lineros Pantoja

Beimar Arturo Castro Peña

Diagramación electrónica e impresión: ASECUM

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
I. JUSTIFICACIÓN	25
II. RESUMEN DEL MÓDULO	26
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	29
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	29
CONVENCIONES	30
 UNIDAD PRIMERA	
RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA PENAL	
ACUSATORIO	31
 OBJETIVO GENERAL	33
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	33
1.1. NECESIDAD DE DETERMINAR LA AUTORÍA Y LA	
PARTICIPACIÓN EN LEY 906 DE 2004, NUEVO SISTEMA	
PROCESAL PENAL ACUSATORIO	33
1.1.1. DE LA EXIGENCIA DE ESTABLECER CON PRIORIDAD	
LA IMPUTACIÓN DOGMÁTICA DE AUTORÍA Y	
PARTICIPACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL	
ACUSATORIO	37
1.1.2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN	38
1.1.3. DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA DE	
ACUSACIÓN	42
1.1.4. EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA	44
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	46
AUTOEVALUACIÓN	47
BIBLIOGRAFÍA	48
JURISPRUDENCIA	48

UNIDAD SEGUNDA	
TEORÍAS SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	49
OBJETIVO GENERAL	51
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	51
2.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	51
2.2. DE LAS TEORÍA QUE BUSCAN EXPLICAR LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	52
2.2.1. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	52
2.2.2. TEORÍAS DE AUTOR QUE HACEN DISTINCIONES ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPE	56
2.2.2.1. Concepto Extensivo de Autor	56
2.2.2.2. Teorías Restrictivas de Autor	63
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	95
AUTOEVALUACIÓN	95
BIBLIOGRAFÍA	99
JURISPRUDENCIA	100
UNIDAD TERCERA	
SUPUESTOS DE AUTORÍA	101
OBJETIVO GENERAL	103
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	103
3.1. AUTORÍA DIRECTA	103
3.2. LA COAUTORÍA	106
3.2.1. COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	107
3.2.2. CONCEPTO DE COAUTORÍA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO COMPARADO	109
3.2.3. ELEMENTOS O REQUISITOS DE LA COAUTORÍA O DEL DOMINIO FUNCIONAL	112

3.2.3.1.Elemento Subjetivo	112
3.2.3.2.Elemento Objetivo	115
3.2.4. APARENTES FORMAS ESPECIALES DE COAUTORÍA	119
3.2.4.1.Autoría Accesorio	120
3.2.4.2.Coautoría sucesiva	122
3.2.4.3.La Coautoría Alternativa	123
3.2.4.4.Coautoría aditiva	124
3.2.5. COAUTORÍA PROPIA E IMPROPIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	125
3.3. CONCEPTO DE AUTOR MEDIATO	128
3.3.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN EL CONCEPTO	133
3.3.2. SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA	136
3.3.2.1.El dominio de la voluntad mediante la coacción	136
3.3.2.2.La autoría mediata y la inducción.	138
3.3.2.3.Instrumento que actúa sin dolo	141
3.3.2.4.Instrumento que obra sin Culpabilidad	146
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	155
AUTOEVALUACIÓN	157
BIBLIOGRAFÍA	158
JURISPRUDENCIA	159
UNIDAD CUARTA	
DELINCUENCIA ORGANIZADA. AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS U ORGANIZACIONES DE PODER JERARQUIZADO	161
OBJETIVOS GENERALES	163
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	163
4.1. DELINCUENCIA ORGANIZADA	163
4.2. DELINCUENCIA ORGANIZADA FRENTE A LA DELINCUENCIA COMÚN	164

4.2.1.	LA DELINCUENCIA COMÚN	164
4.2.2.	LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	165
4.3.	FUNCIONAMIENTO ESTRUCTURAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	166
4.4.	LOS APARATOS DE PODER EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	168
4.5.	PLANTEAMIENTOS TENDIENTES A SOLUCIÓN DE EXISTENCIA DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES	172
4.5.1.	TESIS DE LA COAUTORÍA	174
4.5.2.	TESIS DE LA AUTORÍA ACCESORIA	178
4.5.3.	TESIS DE LA DE LA INDUCCIÓN	179
4.5.4.	TESIS DE LA COMPLICIDAD NECESARIA	182
4.5.5.	TESIS ACEPTADA POR LA DOCTRINA. EXISTENCIA DE LA AUTORÍA MEDIATA	183
4.5.5.1.	Dominio en virtud de la organización de poder	184
4.5.5.2.	Dominio por organización en virtud de fungibilidad	185
4.6.	GRUPOS DE CASOS DONDE HA TENIDO LUGAR LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	188
4.6.1.	EICHMANN	188
4.6.2.	CASO DE LA JUNTA MILITAR ARGENTINA	190
4.6.3.	DIFERENCIAS CON LOS CASOS DE LA CRIMINA- LIDAD ORGANIZADA	191
4.7.	POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA AUTORÍA MEDIATA	194
	ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	197
	AUTOEVALUACIÓN	198
	BIBLIOGRAFÍA	199
	JURISPRUDENCIA	200

UNIDAD QUINTA	
SUPUESTOS DE PARTICIPACIÓN	201
OBJETIVO GENERAL	203
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	203
5.1. PARTÍCIPE	203
5.1.1. FUNDAMENTO DEL CASTIGO AL PARTÍCIPE	204
5.1.1.1. Teoría de la participación en el ilícito	204
5.1.1.2. Teoría pura de causación	205
5.1.2. DETERMINACIÓN O INDUCCIÓN	205
5.1.2.1. Elementos objetivos	207
5.1.2.2. Elementos subjetivos	211
5.1.2.3. Supuestos Problemáticos	213
5.1.3. COMPLICIDAD	214
5.1.3.1. Elementos Objetivos	215
5.1.3.2. Elementos Subjetivos	220
5.1.3.3. Criterio de diferenciación con la coautoría	221
5.1.3.4. Complicidad en la Determinación	222
5.1.4. EL INTERVINIENTE EN EL DERECHO PENAL	223
5.1.5. ASPECTOS DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL	224
5.1.5.1. Jurisprudencia	225
5.1.6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE SALA PENAL SOBRE EL INTERVINIENTE	237
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	242
AUTOEVALUACIÓN	243
BIBLIOGRAFÍA	245
JURISPRUDENCIA	245
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA DEL MÓDULO	247
BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO	249

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Justicia Penal Especializada, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Alvaro Enrique Márquez Cárdenas, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Justicia Penal Especializada.

El módulo “Delincuencia Organizada: Responsabilidad Penal” que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Responsabilidad en el Sistema Acusatorio Penal; (ii) Teorías sobre autoría y participación; (iii) Supuestos de autoría; (iv) Delincuencia Organizada. Autoría mediata en aparatos u organizaciones de poder jerarquizado; y (v) Supuestos de participación.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Juezas y Jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Álvaro Enrique Márquez Cárdenas complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico*, porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelanten para el progreso de las condiciones de

trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y

aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permitan calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación

de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador, implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de

Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el

desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un

resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior, se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Justicia Penal Especializada. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de

autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Justicia Penal Especializada, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Justicia Penal Especializada.

I. JUSTIFICACIÓN

Es necesario recordar que el Derecho encuentra su razón de ser en las relaciones sociales, en ese sentido su papel ha de corresponder con las circunstancias y situaciones que en este escenario se presenten. Así, es completamente pertinente analizar el contexto que la norma jurídica pretende entrar a regular.

En este orden de ideas, el Derecho Penal en Colombia debe observar uno de los grandes problemas que se presentan a nivel de criminalidad, cual es la pluralidad de personas que participan en una conducta punible y las relaciones de autoría y participación que se observan entre ellas, de igual forma, como responden ante la administración de justicia, advirtiendo el grado de responsabilidad que a cada uno le asiste cuando se trata de asociaciones eventuales para delinquir o de estructuras jerarquizadas que permanecen en el tiempo y delinquen de manera organizada y sistemática.

Al hacer referencia a este tema se precisa lo siguiente: una es la delincuencia organizada, donde dos o más personas deciden la comisión de un delito, y otra se presenta cuando la organización delictiva tiende por una estabilidad más o menos duradera para realizar varios delitos; siendo la verdadera preocupación determinar de qué manera se debe hacer la imputación de autoría o participación a quienes forman parte de una organización de poder jerarquizada, o como plantea Roxin, de quienes ostentan una maquinaria de poder para el crimen.

Ahora bien, es pertinente dar respuesta a una serie de interrogantes que surgen del problema planteado. Interrogantes como los siguientes: ¿Cómo responden los miembros dirigentes de la organización delictiva? ¿Cuál es el grado de participación de los

miembros ejecutores: militantes, combatientes, subalternos, entre otros? De esta manera se otorga a los Jueces y Juezas herramientas útiles para resolver casos en los que se discutan problemas de autoría y participación.

II. RESUMEN DEL MÓDULO

El módulo trata de las diferentes formas de autoría y participación. Esto es, se abarcan los temas de la autoría directa, la coautoría y la mediata y, las formas de participación como son la inducción y la complicidad.

De esta forma, se analiza en primer término la necesidad de fijar preceptos sobre la responsabilidad penal dentro del esquema procesal instituido a través del Acto Legislativo 03 de 2002, haciendo un análisis desde la estructura misma del proceso.

En segundo lugar, se exponen las teorías que han querido explicar los fenómenos de autoría, coautoría y participación. Abordándolas desde sus características generales para luego hacer una particularización de cada una.

Como tercer ingrediente, se desarrollan los supuestos de autoría, tema en el que se encuentran inmersos asuntos como la coautoría, que permiten analizar la conducta de aquellos que actúan de forma conjunta, es decir de los coautores, donde se evidencia una división del trabajo criminal mediado por un acuerdo común y con una incidencia tal que de faltar el aporte de alguno no se hubiese consumado la conducta. En este punto hay que advertir que la importancia del aporte del autor se mide en el caso concreto, conforme a la valoración que haga el funcionario o la funcionaria judicial. Adicionalmente, se trata la figura, de novedoso tratamiento

legal, como lo es la autoría mediata, que se configura cuando el llamado “sujeto de atrás” ejecuta un hecho punible valiéndose de otro como instrumento ya sea a través de la coacción o induciéndolo a error, o valiéndose del aparato de poder organizado.

Luego se analiza la criminalidad organizada, haciendo especial énfasis en la autoría mediata dentro de los aparatos organizados de poder.

Finalmente, se desarrolla el tema correspondiente a la participación criminal, en el que se toca lo referente al inductor y el cómplice, al tiempo que se analiza la figura denominada interviniente.

O

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Establecer los criterios bajo los cuales se determina la responsabilidad de quienes participan en la comisión de delitos, haciendo parte de organizaciones criminales o delincuencia organizada, esclareciendo el nivel de participación o autoría cuando se trata de jefes o dirigentes, o de quienes están bajo sus órdenes.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Determinar la importancia de establecer la responsabilidad de las personas que participan en un hecho punible, a través de las diferentes etapas procesales que componen el Sistema Acusatorio en Colombia.
- Identificar las teorías unificadoras y diferenciadas que se han desarrollado históricamente a partir del concepto de autor.
- Establecer las diferencias entre las diversas formas de autoría que pueden presentarse en la comisión de un punible.
- Aplicar las diferentes formas de autoría y coautoría que se pueden presentar en desarrollo de la comisión de un delito.
- Definir la teoría que, tras desarrollar la figura de autoría mediata, es aplicable al caso de las organizaciones criminales jerarquizadas que existen en el país.
- Examinar los conceptos que se derivan de la figura de participación criminal, para definir los criterios que en la materia se deben adoptar en la práctica judicial.

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

Ap

Actividades Pedagógicas

Ae

Autoevaluación

B

Bibliografía

J

Jurisprudencia

Unidad **1**

**RESPONSABILIDAD EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

Og

Determinar la importancia de establecer la responsabilidad de las personas que participan en un hecho punible, a través de las diferentes etapas procesales que componen el Sistema Acusatorio en Colombia.

Oe

- Identificar la necesidad de señalar el grado o título de responsabilidad bajo el cual responden los procesados o procesadas en el Sistema adversarial colombiano.
- Individualizar el rol de los funcionarios y funcionarios judiciales respecto a la identificación del título de responsabilidad bajo el cual se encuentran llamados a responder los procesados o procesadas en el Sistema adversarial, según la instancia procesal de la cual se trate.

1.1. NECESIDAD DE DETERMINAR LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LEY 906 DE 2004, NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Cuando se analizan los tipos penales descritos en el Código Penal, se observa como norma general, que describen conductas humanas realizadas por una persona, lo cual lleva a pensar que sólo puede ser autor el agente o sujeto activo de ellas, el anónimo “el qué” o “quién”, con el cual comienza la redacción de las figuras típicas. Sin embargo, el hombre no suele actuar solo sino con la colaboración de otros, como lo muestran múltiples actividades humanas llevadas a cabo cotidianamente en la compleja gama de relaciones sociales que supone la convivencia en comunidad, lo cual no pasa inadvertido para los legisladores cuando, al redactar los tipos penales, plasman las distintas manifestaciones criminales acorde con su sentido social. El delito pues, como cualquier otra actividad humana, presenta tanto en su gestación como en su ejecución los mismos fenómenos de especialización y división del trabajo observado en la vida real.

Para realizar un análisis de las diferentes figuras o formas de autoría, es preciso partir de un concepto de autor. Básicamente son dos los modelos que se han generado para ordenar las categorías de codelinuencia: el primero es el sistema unitario y el segundo, el sistema de participación o diferenciador. El punto central de uno y otro sistema lo constituye la posibilidad o imposibilidad de distinguir diversas formas de intervención en el delito con un distinto valor, dando lugar a la posibilidad de delimitar la autoría como forma principal y la participación como forma accesoria.

Un ejemplo académico, aunque no alejado de la realidad penal, puede introducirse para señalar la importancia de establecer claramente quién es autor o partícipe de un delito. Cuando se trata de autor único que actúa sin colaboración o ayuda de otro u otros, no existe ninguna dificultad, el problema se presenta cuando el hecho punible se comete por una pluralidad de personas.

El caso es el siguiente. Juan invita a una reunión a Marcos y a Miguel. En la fiesta les propone cómo ganarse una suma de ochocientos millones de pesos en poco tiempo, realizando una gestión, que por supuesto no es legal. Teresa, funcionaria de la tesorería departamental del Chocó, le informó a Juan que por el fin de mes la entidad recibiría en efectivo una suma cercana a los ochocientos millones de pesos. La idea es la de secuestrar a la hija del tesorero. Marcos y Miguel debían colocar una suma de dinero y convencer y contratar a cuatro sujetos: Albero, Ambrosio, Alcibiades y Agustín, para que realizaran tal ilícito como efectivamente lo hicieron. Los hechos se cometieron de la siguiente manera: Marcos y Miguel reunieron la suma de diez millones pesos y cinco más que les facilitó Ruperto, quien conocía del secuestro que se planeaba y solicitaba el 10% de lo que se obtuviera con el ilícito. Con este dinero fueron contratados los cuatro sujetos para que llevaran a cabo el

secuestro. Estos sujetos compraron a José dos pistolas y munición y le alquilaron una moto para tal finalidad. En su labor de búsqueda de la mejor hora para el golpe, los cuatro personajes contaron con información de María, una de las muchachas del servicio de las casas vecinas donde vivía el tesorero con su familia. La operación se realizó el último día viernes del mes en la tarde. En el momento del secuestro la niña se encontraba con la señora que la cuidaba. Al oponer resistencia uno de los secuestradores le disparó desde la moto causándole la muerte, en la huida, el vehículo atropelló al celador causándole también la muerte. Confirmado el secuestro y comunicado el hecho a Marcos, este llamó al tesorero para exigirle la entrega de los ochocientos millones de pesos que estaban recaudados en efectivo en su despacho, pero no contaban, con que el tesorero, ese día viernes había viajado fuera del país y regresaba el próximo lunes. Los secuestradores Albero y Ambrosio, quienes tenían la niña en el vehículo, con el fin de calmarle el llanto le dieron un frasco de sedante para dormirla. Al conocer de la noticia de la postergación del asunto. Ambrosio solicitó a una familiar, Teolinda, la posibilidad de que tuviera la niña secuestrada hasta el día lunes, petición que aceptó con su esposo a cambio de una suma de dinero. El día domingo la niña se agravó en su salud por efecto del calmante, por lo cual la señora Teolinda solicitó los servicios de un médico conocido por ella. Para el momento, era de público conocimiento el secuestro de la niña por la información que en la radio, la prensa y la televisión se daba acerca del plagio. El médico manifestó la necesidad de que la niña fuera trasladada urgentemente a un hospital para salvar su vida. El médico guardó silencio ante las autoridades sobre los hechos. La señora, ante la posibilidad de que se descubriera el plagio no llevó a la niña al hospital. El día lunes el tesorero regresó, se enteró de las exigencias de los secuestradores y sin vacilación, con colaboración de sus empleados más cercanos, quienes sabían que el dinero que amontonaban en bolsas no era para

el banco sino para pagar el rescate, recogieron la suma de quinientos millones de pesos. Camino a entregar el dinero el tesorero pasó por su casa y pensó que para los plagiarios era igual cuatrocientos millones que quinientos millones y se apoderó de cien millones de pesos. Los delincuentes recibieron el dinero y entregaron a la niña pero ante la gravedad de su salud no alcanzó a llegar a la clínica y falleció.

Para el caso, todos los hechos relatados fueron probados y todos los intervinientes manifestaron al fiscal su voluntad de aceptar los cargos.

Aunque el caso puede resultar muy complejo, hay que precisar que nuestra circunstancia social y delincuencial nos permite suponer que no estamos lejos de la posibilidad de que un juez se encuentre con esta realidad. Los hechos presentados ante la connotación pública exigen la actuación dinámica concreta del fiscal, de la defensa y por supuesto del Juez o la Jueza en aras de aplicar justicia penal con fundamento en el nuevo sistema procesal acusatorio.

Como se puede observar, el problema en este caso no es de índole probatoria ni procesal, sino de aplicar la dogmática penal al caso presentado, es decir, es necesario establecer quiénes son autores y partícipes precisando si se trata de formas de autoría directa, mediata o coautoría, o de formas de participación inducción y complicidad.

Pues bien, a todo ello hay que agregarle que los y las operadores y operadoras judiciales en el nuevo sistema procesal acusatorio, desde el o la Fiscal, la Defensa y el Juez o la Jueza, deberán realizar sus exposiciones en audiencia oral sobre el tema. La

preparación del caso para cada uno, empezando por el o la Fiscal es de 36 horas, la defensa tendrá tal vez menos y el Juez o la Jueza, una vez terminada la audiencia la suspenderán en un tiempo no superior a dos horas de emitir el sentido del fallo, esto es, establecer a quienes condenan, por qué delitos y por cuál de las formas de autoría y participación.

El presente Módulo servirá para buscar la solución del caso planteado y será una buena oportunidad para conocer cómo la ciencia del Derecho Penal a través de sus diferentes teorías sobre autoría y participación, ha planteado diversas soluciones para llegar a las que hoy existen en el sistema penal colombiano.

1.1.1. DE LA EXIGENCIA DE ESTABLECER CON PRIORIDAD LA IMPUTACIÓN DOGMÁTICA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

El problema dogmático de la autoría y la participación es un problema de la tipicidad del hecho punible. Uno de los elementos objetivos del tipo penal es el sujeto activo o también llamado sujeto-agente, que es quien realiza la conducta ilícita. No todo sujeto activo es autor, puede suceder que quien cometió el homicidio, por ejemplo, lo haya hecho en legítima defensa o en una de las eximentes de responsabilidad que trata el artículo 32 del Código Penal. El autor es el sujeto activo de una conducta al cual se le imputan unos cargos, lo que implica que debe existir un delito y que ese hecho se le atribuye a alguien porque fue él quien lo cometió o es el responsable de ese ilícito. En la dogmática penal cuando se trata de imputar a otro un delito como autor o partícipe, se hace referencia a lo que el Código Procesal Penal llama “hechos relevantes”.

Cuando el o la Fiscal imputa unos cargos en la respectiva audiencia, ha realizado un estudio de los hechos para adecuarlos a

algún o algunos tipos penales, para luego proceder a buscar quién los cometió o quiénes intervinieron en ellos para atribuírselo por ser copartícipes en los mismos, es decir, por ser responsables penalmente en su producción.

Son varias las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que indican la importancia que para el proceso tiene, la determinación clara de dos aspectos para llegar a un juicio oral con éxito. Primero: que los hechos que se tratan en cada caso sean constitutivos de un hecho punible, problemática de la teoría del delito y segundo: que se determine quién o quiénes son los autores y partícipes de ese delito, problema de tipicidad objetiva.

1.1.2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La Ley 906 de 2004, en su artículo 286 define la formulación de imputación como: "...el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el Juez de Control de Garantías".

Tiene la calidad de imputado el sujeto que se encuentra afectado con la pretensión jurídico penal que inicia la Fiscalía desde el momento de la comunicación de tal calidad, pero aun antes de la audiencia de formulación de imputación, cuando la persona es capturada o detenida, porque se sospecha que es copartícipe, autor o partícipe de un delito. El imputado entonces, es la persona que ha sido capturada o aprehendida en alguna de las circunstancias de flagrancia o mediante orden de autoridad competente o a quien formalmente, en audiencia de formulación de imputación se le han presentado unos cargos por los cuales está siendo investigado.

Según la corte Constitucional en Sentencia C—1260 de 2005,

con la formulación de la imputación se inicia la actuación procesal penal y en esta audiencia el hecho de determinar a una persona su calidad de imputado implica que el o la Fiscal debe proceder a la individualización concreta del imputado que incluye nombres, datos, identificación y domicilio para las citaciones y la presentación de una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

El artículo 288 de la Ley 906 de 2004, determina que el o la Fiscal en la imputación debe establecer con claridad la calidad de la persona procesada. En cuanto a los cargos, se puede inferir que, si se le atribuyen como autor o partícipe en los hechos, debe hacerse en un lenguaje comprensible. Por consiguiente, la imputación no puede ser indeterminada, imprecisa, integrada por conceptos vagos, oscuros, equívocos o confusos. En consecuencia, tampoco podrán ser imprecisos los cargos que se le comunican al imputado, pues con una imputación de esta índole, se generaría una causal de nulidad cifrada en violación al debido proceso, por imposibilitar la defensa y la contradicción.

El problema jurídico al que se enfrenta el o la Fiscal, para presentar con éxito la formulación de la imputación –aunque requerirá mayor precisión en la formulación de cargos– es establecer con las pruebas mínimas que aduce, la inferencia razonable que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, y para el Juez o la Jueza implica que si bien, esta audiencia es autónoma de la Fiscalía y aparentemente no tiene ningún control, sí debe cumplir unos requisitos mínimos para su prosperidad tales como: que se trate de hechos relevantes, que de las pruebas aportadas se pueda realizar la inferencia de que el imputado es el posible responsable de los hechos que se investigan o que ha tenido alguna participación en los mismos. De esta manera la formulación de imputación implica

un acto preparatorio que exige de una carga probatoria suficiente que permita inferir razonablemente que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga. La importancia de este acto inicial se puede entender por la transcendencia del acto de imputación para una persona, dado que con ello se está afectando su bienestar y buena reputación. El éxito del proceso penal acusatorio en buena medida depende de la inferencia lógica inicial en virtud de la cual el imputado es autor o partícipe del hecho. Una ligera y deficiente imputación conlleva a que el juez pueda rechazar en la audiencia ese acto inicial del Fiscal, o que de continuarse, posteriormente, ante el Juez de Conocimiento se termine absolviendo al acusado, cuando debería condenarse.

En consecuencia la imputación implica para el o la Fiscal el análisis de los siguientes puntos que serán en su momento valorados por el Juez o la Jueza, previa participación de la defensa, eso sí, cuando se trata de establecer cimientos suficientes que faciliten el trabajo en la futura formulación de cargos:

Que se trata de un delito. Esto implica que, para el proceso penal, resulta determinante la presentación de hechos relevantes jurídicamente. Cuando el hecho, a pesar de ser una conducta tipificada, se encuentre probatoriamente justificado o disculpado, no constituye un hecho relevante para llevar el caso a un juicio oral.

Identificación de los sujetos frente a los cuales pretende iniciar la acción penal, determinando que de los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, es posible hacer inferencias lógicas en virtud de las cuales los imputados o imputadas son autores o partícipes del hecho punible que se les imputa.

Cuando se trata de delitos de resultado, la demostración de la existencia de la relación de causalidad, para efectos de determinar la imputación objetiva de los copartícipes en el hecho que se investiga. Si son varios los intervinientes se debe proceder a establecer quiénes son los coautores, determinadores o cómplices por los delitos respectivos determinando también su grado de participación.

Indicar la modalidad de la tipicidad subjetiva de la conducta: dolo, culpa o preterintención con que actuó el presunto autor o partícipe del delito.

Determinar, aunque prescindiendo del descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física y de la información en poder de la Fiscalía; el grado de culpabilidad del autor para una posible referencia en caso de que el imputado decida allanarse a la imputación y llegar a una negociación como forma anticipada de terminar el proceso.

La importancia y trascendencia de los funcionarios y las funcionarias que ejercen las funciones de Control de Garantías en la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos para la formulación de la imputación que se haga contra una persona generará que, en caso de incumplimiento de los mismos, haya lugar al rechazo de la imputación aun cuando se trata de un acto autónomo de la Fiscalía. Según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, los errores que se presentan en la imputación son también responsabilidad de los Jueces y las Juezas quienes no son simples observadores de lo que presente el fiscal en una audiencia de imputación. Al respecto dijo la Corte a propósito de la importancia de la actividad de los Jueces y las Juezas de Control de Garantías en

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 19 de octubre del 2006, Rad. 25724. M.P.: ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

la formulación de la imputación y su implicación en la aceptación de cargos:

“(...) equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6° y 351, inciso 4°, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política, y se hace esta aseveración porque la 'justicia consensual, premial, pactada', no puede ser adoptada a cualquier precio, dejando de lado la legislación sustantiva, que en modo alguno fue derogada por la ley 906 de 2004”.

“Como es elemental, deben ser explicados con claridad los criterios que, como en este evento, conducen a tipificar la conducta (...)”

1.1.3. DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA DE ACUSACIÓN

El escrito de acusación es el documento que el fiscal presenta treinta (30) días después de la formulación de imputación ante el Juez o la Jueza de Conocimiento con el cual se inicia la etapa del juicio.

La Ley 906 de 2004 en parte de su articulado plantea las exigencias sobre las condiciones para presentar el escrito de

acusación, haciendo relevancia en la necesidad de determinar en tal documento quiénes son autores y partícipes de los hechos que se investigan, es decir, en esta instancia procesal resulta más importante tener claridad sobre dichos elementos que en la etapa anteriormente relacionada:

“Art. 336.—Presentación de la acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos

materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Art. 337.—Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.”.

En cuanto al trámite de la audiencia de acusación el artículo 339 expresa:

“Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos,

recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.

En esta etapa del proceso, en cuanto a la exigencia de los elementos sobre la existencia del delito y de la determinación de la autoría o participación del acusado, la norma exige que, de las pruebas que se descubren, se pueda establecer esta situación con probabilidad de verdad, es decir, si en la formulación de imputación se exige una inferencia lógica, acá se pide un grado mayor de conocimiento sobre la autoría del acusado con fundamento en las pruebas aportadas. El Juez o la Jueza, que no es un simple observador u observadora, verificará que se establezcan de manera clara y precisa cuáles son los delitos por los que se acusa y a quiénes se realiza esa acusación, indicando si son autores, inductores o cómplices, pues según el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación.

1.1.4. EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

En la audiencia preparatoria del juicio oral se plantarán los extremos probatorios por parte de la Fiscalía y la defensa. El primero para demostrar la existencia del delito y la autoría o participación del sujeto acusado y el segundo para desvirtuar la presencia de tales elementos en los hechos. Se puede observar que la solicitud de prueba, su rechazo, admisión e inadmisibilidad y las estipulaciones probatorias, van encauzadas a la demostración de la existencia o inexistencia de una conducta punible, y de existir esta, que el

acusado no ha coparticipado en ella, luego será el fundamento de la sentencia absolutoria o condenatoria. Si el acusado acepta los cargos indudablemente existirá la demostración de hecho punible y la calidad del copartícipe o partícipe en el delito que se investiga.

En el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal se expresa que en desarrollo de la audiencia preparatoria el Juez o la Jueza dispondrá:

- “1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.
2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
3. Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo del cual se reanudará la audiencia para que la fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.
5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario”.

Una vez terminado del debate del juicio oral el legislador estableció que para condenar al acusado se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En resumen, desde la formulación de imputación, la presentación del escrito de acusación, la audiencia de acusación, la audiencia preparatoria, el juicio oral y para poder dictar un fallo condenatorio se exige la existencia de un delito y la determinación de la autoría o participación del procesado en esos hechos ilícitos.

Ap

1. Elabore un mapa conceptual acerca de la responsabilidad penal en el marco del Sistema Pena Acusatorio.
2. Complete el siguiente cuadro de tal forma que incluya su opinión acerca de la importancia de establecer el título de la responsabilidad de los procesados o las procesadas en cada una de las etapas del proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004:

Etapas	Establecimiento de la forma de responsabilidad del procesado
Formulación de Imputación	
Formulación de Acusación	
Audiencia Preparatoria	
Juicio Oral	

3. Pedro ha sido capturado en flagrancia cuando en medio de una multitud reunida en la Plaza de Bolívar de Bogotá, con ocasión de la celebración del Día Internacional de Trabajo, se encontraba apuntando con un arma de fuego de mediano alcance al dirigente sindical que dirigía unas palabras a los congregados en el lugar. Tras su primera declaración, confesó que hacía parte del Grupo “Águilas Oscuras” y sólo cumplía órdenes sus superiores jerárquicos en la organización.

Con base en el caso planteado, conteste:

a) ¿Habría lugar a imputarle un título de responsabilidad desde la formulación de imputación? o ¿Sería necesario esperar a la formulación de cargos para establecer su forma de participación?

4. Complete el siguiente cuadro estableciendo el rol de cada funcionario respecto de la responsabilidad de los sujetos procesados.

Funcionario	Rol respecto a la responsabilidad del procesado
Fiscal	
Juez de Control de Garantías	
Juez de Conocimiento	

Ae

Tras la supuesta comisión del punible de extorsión, son capturados José Pérez, Alberto Reyes y Diego García quienes al parecer, pertenecían a una banda que se dedicaba a la comisión de diversos delitos en el barrio La Estrella de la ciudad de Medellín.

Durante la Audiencia de Formulación de Imputación, la Fiscal del caso imputa la responsabilidad a los procesados bajo el título de coautores del punible de concierto para delinquir agravado en concurso con extorsión y secuestro extorsivo. Sin embargo, dado que los imputados no aceptaron su responsabilidad a lo largo del desarrollo del proceso, en la Audiencia de Formulación de cargos, la Fiscal descubre sus elementos materiales probatorios y la evidencia física que resultan insuficientes para respaldar la imputación efectuada.

Con respecto al caso planteado conteste:

a) ¿Considera que fue acertada la actuación de la Fiscal al imputar a los supuestos responsables bajo un título específico desde la diligencia de imputación?

b) ¿Considera que es acertado señalar títulos de responsabilidad sobre los procesados desde la formulación de imputación?

Como Juez de Conocimiento en el caso ¿qué actuación sugeriría?

Ley 906 de 2004.

La siguiente sentencia se presenta como apoyo a los contenidos estudiados en la unidad:

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 19 de octubre del 2006, Rad. 25724. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

*B
J*

Unidad **2**

TEORÍAS SOBRE AUTORÍA
Y PARTICIPACIÓN

Og

- Identificar las teorías unificadoras y diferenciadas que se han desarrollado históricamente a partir del concepto de autor.
- Establecer las diferencias entre las diversas formas de autoría que pueden presentarse en la comisión de un punible.

Oe

- Interpretar de manera suficiente las diversas teorías que sobre el concepto de autor se han gestado, hasta abordar la que cobra vigencia hoy en Colombia.
- Confrontar las teorías de la autoría a partir de su exposición y su crítica con el fin de elaborar una síntesis que permita elegir la más acertada para el contexto nacional.
- Aplicar la teoría de la autoría en sus diferentes expresiones a casos concretos en los cuales haya lugar a discernir entre las diferentes figuras de participación.

2.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

La distinción entre autores y partícipes no es una diferencia propia del Derecho Penal, en la cotidianidad de las relaciones sociales es común preguntarse quién fue el autor principal de una obra y quiénes sus colaboradores, de quién fue la idea de realizar una construcción y quienes colaboraron. Los doctrinantes del derecho penal tomaron esos conceptos y los trasladaron a las soluciones del Derecho Penal, cuando varias personas realizan un delito, donde unos crean las ideas criminosas, otros controlan los proyectos, otros materializan el crimen y otros prestan una ayuda más o menos importante.

Cuando el crimen es llevado a cabo por una sola persona sin colaboración de otro no resulta problemática su solución de acuerdo a los preceptos penales. La dificultad se presenta cuando el delito es cometido con la intervención de varias personas, supuesto en el que es necesario hacer distinciones y diferenciaciones entre quienes actuaron como autores y quienes lo hicieron como partícipes, esto interesa no sólo a nivel conceptual sino por las consecuencias al momento de atribuir la pena a cada cual. Es necesario, por seguridad jurídica y legalidad de los tipos penales, que se hagan las diferenciaciones entre autor directo, mediato, coautor, inductor o cómplice.

2.2. DE LAS TEORÍAS QUE BUSCAN EXPLICAR LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Cuando se trata de establecer quién es el autor de un delito, es posible diferenciar dos posiciones: la primera, tener como autor a todos los intervinientes del crimen, la segunda, establecer diferenciaciones para determinar quiénes actuaron como autores y quiénes actuaron como partícipes del hecho punible.

2.2.1. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

El concepto unitario de autor se caracteriza porque no establece una distinción entre el autor y el partícipe. En este concepto de autor se entiende que es autor todo aquel que contribuye a la realización del hecho típico, con independencia de la mayor o menor importancia de su contribución causal y con independencia de si realiza la conducta descrita en el tipo penal o no².

Se conoce esta teoría como concepto “unitario” porque no

² GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Madrid. 1992, p. 111.

diferencia entre los autores y partícipes, pues desde una perspectiva estrictamente causal todos los intervinientes en el hecho aportan alguna condición causal al mismo. De manera que todo sujeto que interviene en el hecho debe ser estimado como autor, sin tener en cuenta la trascendencia concreta de la posible cooperación que pueda presentarse, lo que constituye aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones al concepto de autor.

La tesis de la teoría “concepto unificado de autor” postula que cada partícipe va a responder en forma exclusiva por su ilícito y su culpabilidad, para lo que carece de toda relevancia si el resultado fundamenta la responsabilidad de otras personas, todos son autores sin distinguir los autores de los cómplices. Como consecuencia de tal planteamiento en esta teoría, pierden significado los problemas relacionados con la accesoriedad de la participación, la autoría mediata, la complicidad y la inducción.

Esta tesis es objeto de reproche dado que es incapaz de captar el específico desvalor de la acción en los delitos de actividad y en los delitos de resultado que exigen modalidades determinadas de comportamiento para su producción: las descripciones legales de la conducta en tales infracciones tendrían que ser artificialmente convertidas tan solo en procesos de causación de lesiones, o puestas en peligro del bien jurídico protegido, con lo que se falsearía el auténtico sentido de los tipos de delitos en cuestión³.

Este sistema unitario de autor fracasaría, en relación con aquellos delitos que exigen la comisión de propia mano o la presencia de determinados requisitos objetivos o subjetivos en la persona de su autor. Algunos autores consideran que el castigo de los intervinientes que no ejecutan el delito de propia mano o en

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría y sus clases en Derecho penal. p. 42 y ss.

quienes no concurren esos otros requisitos personales, es incompatible con el pensamiento básico de la concepción unitaria, porque si para obtener la punición del interviniente no cualificado, que se entiende como político-criminal indicada, se califica también de autoría su actuación, dicha calificación no es más que una forma accesoria de participación que no es punible por sí misma, sino, a partir de su adhesión al hecho del verdadero autor.

El concepto unitario amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que ponga en evidencia su necesidad político-criminal. En el estadio de preparación, - el procurarse elemento para realizar la comisión del hecho- nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones preparatorias que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo, de forma tal que el primero se ocupa de la preparación, el segundo de llevar el hecho a tentativa y la consumación, según el concepto unitario de autor la acción preparatoria se convierte en una aportación causal incluida al delito, que sin exigencias de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando luego éste no se consume. Así, los actos preparatorios pasan a ser tentativas. Por otro lado, también el partícipe estaría sometido a la plena punibilidad tentativa del autor, lo que materialmente no se justifica. De esta manera con el planteamiento del autor unitario se llega cuantitativamente a punir conductas que no han entrado en la esfera del Derecho Penal y que resultan irrelevantes.

Una las críticas contundentes al sistema unitario se refiere a que no se ajusta a los presupuestos del Derecho Penal de un Estado de Derecho. Se estaría atacando el principio constitucional de

legalidad por no determinación de los tipos penales⁴. La garantía del tipo, que en Derecho Penal se refleja en el principio *nullum crimen sine lege*, pretende una primera limitación de la punibilidad cual es que el hecho cometido por un sujeto o la acción ejecutada se corresponda con la descripción legal y exacta que el legislador ha tipificado previamente. De esta manera, las personas que en un hecho delictivo no hayan actuado conforme a la descripción legal, pero que han intervenido en su ejecución, podrían ser sancionadas conforme a las medidas establecidas en disposiciones atenuantes correspondientes a modos de comportamiento no típico. Por otra parte, se señala que el hecho de dejar al juez la apreciación de la diferencia de desvalor en la conducta de los distintos intervinientes, situación que se produce en un sistema unitario de autor, provoca otro inconveniente que atenta también contra los principios del Derecho Penal del Estado de Derecho y que hacen referencia a la legalidad y a la seguridad jurídica.

La teoría del sistema unitario es insostenible en sus presupuestos teóricos, imposible de aplicar consecuentemente en la praxis y objetable en sus consecuencias político-criminales, porque se aparta del Derecho Penal de acto propio de un Estado de Derecho respetuoso del principio de legalidad. En el caso propuesto inicialmente todos serán considerados autores, todos y cada uno de los intervinientes tendrían la misma pena. Según la teoría todos son protagonistas, todos revelan peligrosidad, luego, no resulta hacer distinciones para aplicar la pena. Se sigue un derecho penal de autor, en consecuencia, es tan responsable de todos los delitos tanto el que facilita una información como quien ejecuta el homicidio, el secuestro o cualquier otro delito.

⁴ ROXIN. Homenaje a Jiménez de Asúa. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Traducción del profesor Enrique Bacigalupo. Pannedille, Buenos Aires. 1970. pp. 58 y 59.

2.2.2. TEORÍAS DE AUTOR QUE HACEN DISTINCIONES ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPE

En este planteamiento se presentan las principales teorías que aceptan que existen diferencias importantes y necesarias entre autor y partícipe. La cuestión se plantea a la hora de determinar los criterios a seguir para establecer las distinciones. Las dos grandes corrientes se dividen en; las teorías extensivas de autor: teoría objetiva y la subjetiva y las segundas; teorías restrictivas de autor: la formal objetiva y la denominada dominio del hecho.

2.2.2.1. Concepto Extensivo de Autor

Estas teorías que buscan plantear un criterio diferenciador entre autor y partícipe pueden considerarse una prolongación de las teorías unitarias, están influidas por las teorías del casualismo dentro de la dogmática penal; parten igualmente de la teoría de la equivalencia de condiciones, el aporte de cada interviniente mezclado con diferentes criterios como el de la accesoriedad. Al diferenciar al autor del cómplice, fundamenta la necesidad de una menor pena para los partícipes, por su menor contribución al hecho delictivo y su menor culpabilidad.

a) Teorías Objetivas

Pretenden hacer la diferenciación entre autores y partícipes, teniendo en cuenta el aporte, la contribución de los intervinientes en el hecho. Si la colaboración fue importante y fundamental se consideran autores y si es de poca transcendencia en la comisión del delito serán estimados partícipes.

Parte de la teoría de la equivalencia de condiciones y, por tanto, de la proposición inicial según la cual los aportes de todos los intervinientes tienen igual valor, se sigue, que todos los intervinientes son autores. Sin embargo, como la ley penal realiza distinciones entre autores y partícipes se asume este evento y se acepta la diferenciación. Las normas que imponen esta diferenciación para los instigadores y cómplices funcionan como causas de restricción de la pena.

Esta teoría fue cuestionada, porque si la diferencia se hace partiendo de los aportes o la contribución de cada interviniente, y este criterio se determina por la teoría de la equivalencia de condiciones, donde todos los aportes son iguales, no habría manera de hacer distinciones claras y precisas en los casos complejos.

b) Teorías Subjetivas

El fundamento, como se indicó, del concepto extensivo de autor desde el punto de vista objetivo, es la contribución causal: es autor el que contribuye causalmente al hecho y no será autor el que con su conducta no da lugar a la contribución del hecho delictivo. La contribución causal se examina conforme a la fórmula de las equivalencias de condiciones y, por consiguiente, todas las condiciones tienen igual valor, no hay manera de lograr diferenciar entre el autor y el partícipe⁵. Así, con la sola objetividad de la conducta se hará casi imposible encontrar los conceptos que permitan un límite⁶. De ahí que esta concepción condujo en el pasado a la afirmación de que ninguna característica objetiva del tipo podría determinar la delimitación de la autoría y la participación.

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Madrid, Akal, 1996. p. 22.

⁶ ZAFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986. p. 296.

La teoría subjetiva⁷ parte, entonces, de la imposibilidad de lograr una diferencia exterior del papel del autor y el partícipe, porque todas las condiciones del resultado son idénticas con respecto de la causalidad del mismo. La diferencia entre el autor y los partícipes sólo podrá darse o deducirse de la actitud subjetiva de cada uno de los que toman parte del hecho delictivo respecto del resultado o de la realización del tipo⁸.

Según la teoría subjetiva, será autor quien realizando una aportación causal, cualquiera que sea su contribución al hecho, lo haga con voluntad de autor, es decir, actúa con la voluntad de querer el hecho como propio. Y, será un partícipe, quien realizando una aportación causal, cualquiera que sea su entidad, lo hace con voluntad de partícipe, o sea, voluntad de participar en un hecho de otro. Por lo anterior se afirma, que el autor actúa con *animus auctoris* y el partícipe con *animus socii* por lo que se conoce también como “teoría del ánimo”.

Este planteamiento exige determinar qué se entiende por actuar con *animus auctoris* y con *animus socii*. En la doctrina se ha buscado caracterizar qué se entiende por cada uno de estos conceptos.

De acuerdo con las teorías del dolo se afirma que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a éste decidir sobre la ejecución del hecho. En las llamadas teorías del interés, el *animus auctoris* coincide con el sujeto que tiene un interés en la comisión del delito. A estas teorías se hará referencia a continuación.

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966. p. 42. Para Gimbernat el planteamiento jurídico de la teoría subjetiva es muy claro y lo indica: “Se parte de la teoría causal de la condición y, sobre la base de ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y en una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción —impuesta por la ley— ha de hallarse en el terreno subjetivo”

⁸ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. Madrid, Akal, 1994. p. 212.

c) Teoría Del Dolo

Se puede considerar en términos generales que lo característico del concepto de *animus auctoris* es una voluntad autónoma, independiente; mientras que el *animus socii* del partícipe es una voluntad no autónoma, dependiente de la del autor y en concreto subordinada al mismo.

De esta manera el cómplice quiere el resultado sólo cuando lo quiere el autor y cuando éste no lo quiere, él tampoco lo quiere. El cómplice por tanto hace su voluntad dependiente de la del autor, sólo tiene una voluntad no autónoma (intención no autónoma).

Las críticas a esta primera teoría se refieren a la consecuencia de adoptar su fundamento jurídico. Cuando la actividad externa del sujeto y su voluntad interna no coinciden, se producen dos curiosas consecuencias, que cuestiona el profesor Díaz⁹:

- Cuando dos personas llevan a cabo un hecho delictuoso, pero interiormente cada una de ellas 'deja al criterio del otro' el que se lleve a cabo la ejecución, entiende cada actor, que se somete a la voluntad del otro que realice el hecho. En puridad, según la teoría del dolo tendría que entenderse que ambos han actuado como cómplices y por tanto sería un hecho sin autor y con partícipes, lo cual no es admisible.

- Si un sujeto libre y responsable ejecuta solo y de propia mano todo el hecho, pero interiormente se siente subordinado a la voluntad de otro, habrá que considerarlo, según la teoría del dolo, como cómplice, con lo que resultaría una consecuencia que tampoco se puede admitir. Lo que el concepto de autoría se dejaría a la conciencia de cada sujeto en el momento de su actuación.

⁹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 295

d) Teoría del Interés

La teoría del interés considera que es autor, esto es *animus auctoris*, quien tiene o persigue un interés propio en el hecho, mientras que es partícipe, quien tiene *animus socii*, es decir, actúa en interés ajeno.

Al respecto, en esta teoría, hay una incompatibilidad con este carácter no autónomo del cómplice, cuando él mismo quiere perseguir, con su actividad delictiva, un fin independiente (intención material independiente) - ya sea el mismo fin que pretende el autor u otro distinto del mismo -, puesto que en este caso (el cómplice) contempla al autor como medio para su fin y de este modo no subordina su voluntad a la del autor. En este planteamiento, el interés o fin propio en el delito es una prueba material del *animus auctoris* formal, del dolo de autor, o incluso una limitación a la aparente existencia de dolo de cómplice en el sujeto. Este le da mayor valor al criterio del dolo, porque de alguna manera encuentra en él la forma de negar la consecuencia lógica a que lleva la teoría del interés, de quien realiza de propia mano todo el hecho delictivo, termina siendo considerado no autor sino cómplice, como los casos clásicos de 'la bañera' y el de 'Staschynskij'.

- Caso de la Bañera

En interés y a ruego de la madre que acaba de dar a luz a un hijo, su hermana da muerte el recién nacido ahogado por inmersión en el agua de la tina del baño, por propia mano y sin colaboración de terceros.

El tribunal falló condenando a la hermana de la madre, que había ejecutado con sus propias manos la muerte, únicamente como

cómplice de un asesinato, argumentando que no existía en la persona de la hermana *animus auctoris*, para actuar en interés propio, y en el caso había cometido el hecho en interés de la madre.

En la sentencia el tribunal juzgó el interés personal de la autora en el resultado como indicio de su voluntad de autor. Como dicho resultado (muerte del menor) supuestamente sólo le interesaba personalmente a la madre del menor y no a la hermana que ejecutó el infanticidio, entonces cabría presumir que no existía la voluntad del hecho como propio y con ella la autoría; faltó esta expectativa personal o alguna similar y ante la duda el Tribunal, aceptó una falta de voluntad de querer el hecho. Entonces, dado que el interés en el resultado representa un indicio de la voluntad de autor, tal interés sólo existía en la madre.

- Caso Staschynskij

Corresponde a una sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal Alemán. Staschynskij, agente de la KGB que recibió órdenes de la organización a la que pertenece de asesinar por encargo a dos exiliados políticos en la antigua R.F.A. Comete los asesinatos actuando solo y de propia mano y utilizando una pistola. El Tribunal lo condenó como cómplice de tales delitos, ya que el sujeto no había tenido interés propio ni poseía una voluntad propia del hecho. Los interesados eran quienes habían encargado tales muertes, por lo tanto Staschynskij actuó en interés ajeno y era sólo un cómplice.

En otro caso, una mujer que mantenía relaciones inestables y conflictivas con su marido, acuerda con un sujeto dar muerte a su cónyuge. El asesinato se acordó, se planeó en detalle entre el que ejecutó el hecho y la mujer. Aprovechando la oportunidad en que

caminan los tres hacia un pueblo vecino la mujer da la señal convenida, el autor empieza a golpear con un hacha al marido hasta causarle la muerte. De seguir la teoría del interés, el sujeto que dio los golpes mortales, siguiendo las instrucciones de la mujer debía ser sancionado como cómplice, puesto que carecía de interés personal en los hechos pues actuó por compasión y en una situación de dependencia que mantenía con la cónyuge del causante.

Para Díaz y García, el mayor rechazo que provoca la teoría del interés es la posibilidad que un sujeto que lleva a cabo de propia mano un delito pueda ser considerado como cómplice únicamente. Da por ejemplo, el caso de una persona que actúa en forma individual, en interés de otro, habría que aceptar que se trata de un delito sin autor en sentido penal¹⁰.

Una doctrina que da lugar a semejantes consecuencias, es una doctrina de salvación para el asesino a sueldo. El interesado en la comisión de la muerte siempre en forma preponderante es el que paga.

Para el profesor Bacigalupo¹¹, el fundamento de esta teoría subjetiva, resulta cuestionable porque la sola actitud interior no debe ser suficiente para sustituir la realización de una acción ejecutiva del delito. La circunstancia en la que la opinión del autor pueda convertir su hecho en realización de la acción típica, extiende el concepto de autor hasta un punto que puede atentar la función de garantía de la ley penal. En otro texto¹² del mismo autor, precisa que

¹⁰ VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y Responsabilidad Criminal. Madrid, Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1977. p. 130.

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. p. 210.

¹² BACIGALUPO, Enrique. La Noción de Autor en el Derecho Penal. Buenos Aires, Abele-Perrot, 1965. p. 22 y 23. "La famosa fórmula creada hace tanto tiempo por los tribunales alemanes, según la cual resulta decisivo para la mayoría 'querer el hecho como propio', y para la complicidad 'quererlo como ajeno' (*animus auctoris*) ha chocado frente a la imposibilidad de que el querer interno del sujeto pueda determinar realmente, por una pura volición, qué hecho es propio de él y cuáles no. Las soluciones de algunos casos han puesto fuera de competición los postulados de la teoría subjetiva, sobre todo por habérsela mantenido inclusiva en los delitos de propia mano y en los casos en que un sujeto que realiza completamente el tipo no quería el hecho sin como ajeno".

de encontrar la distinción entre autoría y complicidad en la subjetividad del agente, la ejecución se extendería hasta alcanzar a las acciones preparatorias y de ayuda.

Bustos Ramírez¹³, en el ejemplo del cajero que hurta dinero que maneja para dárselo a su hijo que lo necesita para realizar un viaje de estudios, deja ver las contradicciones de las cuales adolece esta teoría. Porque según el ejemplo, podría plantearse que el padre hurtara el dinero en interés de su hijo, es decir realizó el hecho sin ánimo de autor, sólo su intención era la de contribuir o ayudar. Luego no sería autor y menos su hijo que no sustrajo el dinero, aunque lo haya solicitado nada tuvo que ver en el hecho de su padre. En resumen, se tiene un hecho típico sin autor, y si no hay un autor no podría castigarse al padre como partícipe.

Esta teoría subjetiva es incompatible con el principio de legalidad, estima López Barja¹⁴, desde el punto según el cual su criterio gira en torno al ánimo e intención con base en la culpabilidad fundada en el sentimiento del agente que intervine, lo que no permite deslindar sobre bases éticas de merecimiento de la pena de manera precisa y objetiva la diferenciación entre autores y partícipes.

2.2.2.2. Teorías Restrictivas de Autor

La diferencia que presenta el concepto restrictivo de autor frente al concepto unitario y al extensivo, es que mientras estos últimos parten de la idea de que, en principio, todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea imputable el resultado del mismo en sentido amplio, son autores, el restrictivo parte de una idea en sentido contrario: no todos los que participan en

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. Barcelona, Ariel, 1989. p. 2

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Madrid, Akal, 1996. p. 24

un hecho delictivo son autores, sino solamente algunos de ellos. Pero, los que no quedan indicados como autores, habiendo participado en los hechos pueden ser sancionados, con fundamento en la existencia de normas que castigan expresamente otras formas de intervención que no son autoría.

Las normas sobre participación en sentido estricto son causas de extensión de la punibilidad, en sentido amplio. Son causas de extensión de la tipicidad, pero que tienen unas características especiales frente a las figuras de autoría que se derivan de los tipos penales de la parte especial: la sumisión al principio de accesoriedad que es la pieza clave del sistema de autoría restrictiva y lo que lo hace preferible a otros sistemas, pues produce una limitación de lo típico bastante precisa, que hace que el concepto restrictivo de autor se conforme mejor que ningún otro a las exigencias del Derecho Penal de un Estado de Derecho¹⁵.

Para el concepto restrictivo no basta para ser autor la aportación o contribución causal al hecho, sino que esa intervención debe corresponder con la descripción típica. Es autor entonces, el que realiza por sí mismo la acción típica¹⁶.

Se les ha dado a estas teorías la denominación de “restrictivo” porque seleccionan de entre las contribuciones causales aquellas que se corresponden con la descripción típica (autores), y permite diferenciar los autores de los partícipes que son los que contribuyen causalmente a la realización del hecho, pero de una forma que no está contemplada en el tipo penal. De esta manera la sanción a los partícipes se produce aun cuando no hayan realizado el tipo penal correspondiente. En este sentido se afirma¹⁷, que las figuras de la

¹⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*. Barcelona, Ppu, 1991. p. 432.

¹⁶ GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Civitas, 1984. p. 122. Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. *La Autoría Conforme al Código Penal*. En: *Revista La Ley*, marzo de 2000. pp. 1721-1728

¹⁷ *Ibidem*. p. 123.

participación criminal son supuestos de extensión de la pena a la realización de acciones causales, pero atípicas. Así, la complicidad constituye según la teoría restrictiva, una punible contribución causal, pero atípica.

a. Teoría Formal-Objetiva

En este planteamiento teórico la autoría depende de que el sujeto ejecute la acción que describe el tipo penal, de manera que no todos los intervinientes en el delito realizan dicha ejecución, por lo que no puede considerarse a todos ellos autores¹⁸. Los que cooperan a la perpetración del delito sin llegar a ejecutar la acción serán castigados como partícipes, esto es, como inductores o cómplices.

En términos generales la teoría formal-objetiva se caracteriza porque considera como autor a aquel sujeto que ejecuta total o parcialmente la acción descrita en los tipos de la parte especial.

Beling, gran defensor de la moderna teoría objetiva en la dogmática alemana, alude a la teoría cuando expresa que “el problema jurídico-penal que aquí se trata no es en modo alguno el problema de la causalidad como tal, sino la comprensión del contenido de los delitos-tipo en particular, de una particular causalidad típica. Las cuestiones prácticas a resolver son: Si A ha matado a un hombre, si ha sustraído una cosa ajena, etc.”¹⁹. Indicando que si bien debe existir una relación causal entre el hacer y el resultado, los delitos “no se remiten por sí a la fijación científica del

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de Julio de 2002. Rad. 11862, M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Teoría formal objetiva. Su limitación. Teoría dominante. El dominio del hecho. 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 con 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.

¹⁹ BELING, Ernst. Esquema del Derecho penal. Doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires. Delphina. 1944. p. 395.

concepto de causa (ni dicen ni piensan, el que pone la causa para la muerte de un hombre, para la sustracción de una cosa...), sino que se atiende simplemente al sentido de la expresión usual y viviente, a la imagen que representa cuando se oye hablar de acción de matar, acción de sustraer”²⁰.

Para Beling, la diferencia entre autor y cómplice incide en que el primero realiza actos especificados en la descripción legal que conforma el delito, mientras que el cómplice ejecuta acciones anteriores o accesorias a las comprendidas por la figura delictual. Con fundamento en la distinción entre tipicidad estricta y amplia, estima Gimbernat que Beling, define al coautor y al cómplice: “a) coautoría es conjunta ejecución, igual, realización de acciones que pertenecen al verbo rector del tipo penal. b) Complicidad es la realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto: sujetar a la víctima durante la agresión de muerte, vigilar mientras otro hurta no son por sí mismas desarrollo del núcleo del tipo penal, sino colocación de una concausa”²¹. Al respecto Beling precisa “Todo delito-tipo, comprende sólo aquellas personas que han hecho precisamente aquello que corresponde justamente al tipo. A aquel de quien no puede decirse que ha matado a un hombre, no puede aplicársele una pena...”²² más adelante “pero las acciones preparatorias y secundarias... con las que un sujeto ha contribuido para que otro realice el delito tipo no podían lisa y llanamente descuidarse desde el punto de vista de la política penal”²³, y por ello se sancionan a título de inducción o complicidad.

De esta manera, la corriente objetivo formal parte de la tesis

²⁰ Ibidem. p. 397.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966.

²² BELING, Ernst. Esquema del Derecho penal. Doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires. Delpalma. 1944. p. 394.

²³ Ibidem. p. 402

que existe responsabilidad cuando hay vinculación causal entre el comportamiento y el resultado, pero estima que el problema no se agota allí, porque hay conductas que a pesar de ser causas del delito, no quedan comprendidas en el tipo respectivo y, por ello, no dejan de ser punibles.

En consecuencia, traslada el análisis de la autoría, del ángulo naturalista de la causalidad del efecto desde donde se había considerado por los causalistas, a una noción fundamentada en el acto realizado. Es autor quien lleva a cabo la acción ejecutiva legalmente tipificada, o sea, quien realiza las características del tipo²⁴.

No siempre, entonces, es autor aquel que causa el resultado, o que pone una condición para que sobrevenga; lo es aquel que, habiéndolo causado, además realiza una acción que está comprendida por la figura delictiva. El que no ha realizado un acto abarcado por esa descripción, queda definitivamente marginado de la autoría. Con esta tesis el tipo penal adquiere su máximo grado como garantía legal: así, nadie puede ser condenado por una conducta que no está comprendida en el pertinente tipo penal.

Otro aspecto de la tesis formal-objetiva es su radical cambio de posición en cuanto a la mantenida por las corrientes causalistas; la autoría deja de ser una noción extensiva que el legislador limita con la inducción y la complicidad, y pasa a constituirse en un concepto restrictivo: sólo es autor aquel cuyo comportamiento está comprendido en el tipo penal²⁵. La inducción y la complicidad no son limitaciones, sino extensiones de la penalidad, de carácter excepcional. La figura delictual no comprende al cómplice ni al inductor, sólo al autor; si aquellos también son castigados, lo son

²⁴ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por Córdoba Roda. Barcelona, 1962. p. 305.

²⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Chile, 1975. p. 219.

porque la ley extendió la responsabilidad a esos comportamientos no comprendidos por el tipo. De manera que la complicidad es accesoria siempre; si no hay autoría no hay complicidad. Bettiol afirma que "...sólo es autor de hurto el que se apodera de una cosa mueble ajena sustrayéndola a quien la tiene, con fines de provecho para sí o para otros... y no quien sólo ha instigado a otros a hurtar o ha actuado como vigilante o campañero"²⁶. Aquí la noción ya no es típica en relación con la norma incriminatoria principal.

- Fundamentos de la Teoría Formal-Objetiva

El fundamento de la teoría formal-objetiva parte del principio según el cual autor es quien realiza el tipo descrito en la ley. Los defensores de esta teoría siempre han buscado otras explicaciones y argumentos para razonar por qué es autor el que ejecuta y cómplice el que o bien sólo prepara o bien ayuda a llevar a cabo el delito sin realizar un acto ejecutivo²⁷. Para lo que la doctrina ha respondido con dos argumentos a) por la mayor reprochabilidad de quien ejecuta el acto y b) por la adaptabilidad de la teoría formal-objetiva al tipo y al lenguaje corriente²⁸.

· Mayor Reprochabilidad.

Quien lleva a cabo la acción de ejecución merece más castigo, pues revela más peligrosidad, más desprecio a la sociedad e indica un mayor grado de criminalidad que el partícipe que comete actos preparatorios y coetáneos al hecho como auxiliador.

En cuanto a los coautores, su actuación en el delito representa

²⁶ BETTIOL, Giuseppe. Diritto penale. 12ª ed., 1986. p. 492.

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 22

²⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 444.

mayor reacción social, pues es más grave el homicidio cometido por varias personas que el llevado a cabo por una sola persona desde el punto de vista de la sensibilidad social y, menor alarma social ocasiona aquel cuya participación en el hecho se reduce a facilitar o auxiliar a los autores del delito.

Para Gimbernát detrás del fundamento de mayor reprochabilidad "...se esconde el siguiente principio: la ley, al regular la participación, ha buscado cuál es el comportamiento de los distintos codelincuentes que revela una mayor maldad; la definición de la coautoría es entonces bien sencilla: coautor es el que realiza dicho comportamiento"²⁹.

Teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal en un Estado de Derecho, que busca la delimitación de lo típico como una garantía de la seguridad jurídica, habrá que tener en cuenta los conceptos de merecimiento y necesidad de la pena en las formas de intervención en el delito, principalmente en dos aspectos.

- a. La intervención del agente, su culpabilidad, el grado de injusto podrá designar la imposición de una pena típica y también determinar que la responsabilidad del sujeto es autónoma y no dependiente de otro interviniente.
- b. Toda forma de intervención se someterá al marco legal, independientemente que se trate de un autor o un partícipe. Es claro que la autoría por ser la forma más directa de violación y desconocimiento del mandato que prohíbe conductas contrarias al orden jurídico establecido, tendrá siempre el máximo de la pena.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 25.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que si una conducta es grave, contiene un mayor designio criminal, merece y necesita más pena para quien lo haya realizado. En el sentido de la teoría formal-objetiva es el autor quien ejecuta el tipo penal, al que se le irroga mayor reprochabilidad. Porque la conducta que es más merecedora y necesita más sanción penal es la que contraviene el mandato que prohíbe el legislador en los respectivos tipos.

Quien realiza la acción ejecutiva en un delito merece mayor reproche puesto que tiene menos sensibilidad frente a la sociedad. Quien realiza la acción ejecutiva se enfrenta a su víctima y no sólo tiene que vencer los frenos e inhibiciones de la conciencia de causar un daño a un semejante sino los propios frenos que la ley penal le impone, esto representa en el sujeto una mayor energía criminal³⁰. El desvalor ético social de la conducta justifica un merecimiento de pena muy grande para el ejecutor del hecho, esto es, el autor de la conducta, pero en la medida que su actuación sólo llegue a una tentativa justifica desde un punto de vista de prevención general, por el peligro corrido a los bienes jurídicos protegidos, una necesidad de pena también alta.

Cabe preguntarse, si todos los que realizan acciones ejecutivas, que ya se ha demostrado que fundamentan un merecimiento y necesidad de pena por su intervención en el hecho son igualmente merecedores de la pena frente a la norma típica o, unos requieren más directamente que otros, porque aquí empieza el cuestionamiento al fundamento que se está analizando, si todos participan en la realización del hecho delictivo –unos como coautores y otros como auxiliadores- no estarían sometidos al mismo marco penal típico, se buscará entonces al máximo merecedor del reproche, al infractor más directo del tipo penal, para

³⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 449

imponerle la responsabilidad autónoma y ese tiene que ser el que ha ejecutado o llevado a cabo las acciones descritas en el tipo. Para ejemplificar la situación Díaz y García proponen el caso del sujeto que clava un cuchillo en el pecho de una víctima y junto al agresor otra persona que si bien, no realiza un comportamiento típico, se suele considerar ejecutiva su actuación como es la de sujetar a la víctima mientras el homicida lo apuñala³¹.

De otra parte, Roxin³² es muy preciso al rechazar la teoría que pretende distinguir al autor del cómplice con base a criterios de reprochabilidad. Esta situación, puede dar lugar a situaciones no deseadas en donde el partícipe a pesar de que no ejecuta el hecho y por lo tanto según el principio de reprochabilidad merezca menos pena, sea realmente el sujeto más digno de un castigo mayor. Así, en el ejemplo del que manda a matar a su padre para heredarlo, con ser sólo un inductor, demuestra más designio criminal que quien ejecuta el homicidio. De esta manera puede formar un criterio importante de reprochabilidad que no constituye un factor fundamental para diferenciar el autor del cómplice, “es perfectamente imaginable que el autor actúa desinteresadamente y el cómplice por motivos crematísticos”³³. Sin embargo, no se puede desconocer al criterio de reprochabilidad del comportamiento su valor interpretativo como instancia de control³⁴.

En síntesis, se puede indicar que las formas ejecutivas de la conducta no son siempre las que merezcan mayor reprochabilidad,

³¹ Ibidem. p. 459. En este caso estima el profesor Díaz “creo que no es verdad que ambas estén en el mismo nivel de merecimiento y necesidad de pena; será cierto que ambas demuestran un alto merecimiento y necesidad de pena, pero no el mismo: la cercanía a la infracción de la norma, el peligro que para la lesión del bien jurídico muestran ambas acciones es grande, es similar, pero no idéntico: la de sujetar hace efectivamente que la posibilidad de impedir la infracción de la norma directa del tipo sea mucho menor que en los casos de conducta preparatorias o más laterales, pero es que la apuñalar hace imposible tal evitación de la infracción; por tanto, el legislador tendrá un punto más de interés en evitar la conducta de apuñalar que la de sujetar”

³² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. 6ª Edc. Traducción: Joaquín Cuervo y José Serrano. Barcelona, 1998. p. 30.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 27.

³⁴ Ibidem. p. 28.

ni constituyen las situaciones más graves, no indican mayor grado de energía criminal, pues como quedó dicho el partícipe en situaciones de los ejemplos, permaneciendo en un segundo plano durante el desarrollo del hecho, sin llevar a cabo acción ejecutiva alguna, merece mayor pena por su intervención en el delito.

· Lenguaje corriente

El argumento afirma que el tenor literal de los tipos penales coincide con el lenguaje ordinario o corriente y éste indica que cuando se hace referencia por ejemplo, a las acciones de matar, hurtar, incendiar, son precisamente las de ejecución³⁵. Según este argumento la teoría formal-objetiva no desconoce el contenido literal de la descripción de la conducta establecida en el tipo penal, ni el sentido que las palabras en el lenguaje corriente³⁶.

El lenguaje de la vida divide rigurosamente, dar 'muerte a una persona', de aquel comportamiento que, a pesar de hallarse internamente vinculado a aquélla, se encuentra antes o junto a...la muerte. Si A ha tomado una cosa ajena del lugar donde estaba, B le ha descubierto donde se hallaba la cosa o le ha inducido a su comportamiento y C, mientras A actuaba, ha distraído la atención de los peatones de la actuación de A; si ahora se compara todo ello con el tipo legal 'sustracción de una cosa mueble ajena', no habrá nadie que llame al comportamiento de B o C 'sustracción de la cosa'.

De esta manera y según el argumento, en el tipo penal del incendio, la descripción sólo abarcaría al que incendia, esto es, el que ha realizado la acción de encender la cerilla y la acerca el objeto para prenderlo. La circunstancia de quienes le prestaron ayuda,

³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 461.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966 p. 29

facilitando los elementos para incendiar, quien colaboró como compañero, estaría fuera del tipo penal y sería impune si no fuese por la causa de extensión de la pena que es la complicidad. Sería violentar el lenguaje calificar de 'matar' a la entrega de un arma destinada a cometer un homicidio.

Se considera que la ventaja de la teoría formal-objetiva, es la de haber puesto de relieve que el que realiza uno de los elementos del tipo es siempre autor y nunca cómplice. Para otros a la tesis le asiste razón cuando sostiene que el que realiza la acción principal, el que lleva a cabo el delito es siempre autor y nunca cómplice³⁷. De esta manera para unos autores el concepto formal-objetivo de autor cobija a todo aquel que realiza tan sólo un elemento del tipo, y, para otro sector de la doctrina se requiere que el interviniente realice todos los elementos del tipo.

Se cuestiona el fundamento en comento, toda vez que el lenguaje común carece de la precisión suficiente para delimitar formalmente los distintas figuras de intervención en un hecho, y desde luego los criterios valorativos populares o sociales no coinciden con los conceptos técnico-jurídicos empleados por el Derecho Penal, donde toman importancia los principios de garantía, delimitación de la tipicidad por ejemplo y que, son ajenos a las simples valoraciones sociales.

Sin embargo, esas concepciones sociales sirven más como criterio valorativo de orientación sobre consideración como autor o partícipe en un sistema de autoría restrictiva³⁸. No obstante el

³⁷ ROXIN, Claus. Ob. cit. p. 35. La teoría formal-objetiva sigue tendiendo todavía ventajas considerables "el asesino que clava el cuchillo en el pecho de la víctima; el ladrón que recoge las joyas del cofre violentado y sale huyendo; el testigo que jura en falso con la mano levantada; todos éstos son personajes plásticos que se hallan en el punto central del acontecimiento y cuya actividad destaca sensiblemente, para el observador imparcial, de la de los partícipes... pues el que las descripciones típicas quieren abarcar, en primer término, y calificar con el predicado valorativo 'autor' a aquel que ejecuta por sí mismo las acciones específicas en aquellas descripciones es una idea de evidencia casi forzosa que tienen en cuenta todas las teorías que en la actualidad siguen teniendo defensores"

³⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 467.

legislador, al describir la conducta que pretende recoger en los tipos penales sobre intervención en los hechos, no desconoce el lenguaje común, las concepciones del hablar corriente de la sociedad para la cual legisla y hacer más comprensible sus prohibiciones que recoge en normas de carácter sancionatorio.

Tienen razón Gimbernat y Díaz y García cuando estiman que el recurso de la tipicidad y el lenguaje corriente por parte de quienes defienden la teoría formal-objetiva carece de base. En el lenguaje común y corriente es autor quien realiza todo el hecho de propia mano o al menos, realiza de propia mano la acción consumativa. Por ejemplo en el caso de delito de acceso carnal violento, para el lenguaje corriente y ordinario el autor será quien yace con la mujer, el que realiza la cópula, el que tiene el acceso carnal, pero para ese hablar común no sería autor la persona que sujeta a la víctima o la amenaza con un arma en el cuello mientras el otro la accede sexualmente.

- Crítica a la Teoría Formal-Objetiva

En general en contra de la teoría objetivo formal se han presentado las siguientes objeciones: por su indefinición o imprecisión; porque no puede explicar la autoría mediata ni la coautoría.

· Su indefinición o imprecisión.

Esta objeción hace referencia a las dificultades para la distinción entre acción ejecutiva del autor, y la acción preparatoria del cómplice. Si se tiene, según se ha dicho, de acuerdo a la teoría formal-objetiva, que autor es el que realiza por sí mismo la acción típica, es necesario precisar en qué consiste esa 'realización de la acción típica'.

La jurisprudencia viene reiterando con frecuencia la tesis de que 'realizar la acción típica' es ejecutar por sí mismo toda o parte de la acción (y en su caso el resultado) descrita en el tipo³⁹. El autor, entonces, es el que realiza personalmente actos ejecutivos de la acción descrita en el tipo penal. Y por actos ejecutivos se entiende el llevar a cabo actos objetiva y formalmente coincidentes con el verbo rector que indica la acción del tipo penal.

De otra parte, la ejecución de esa acción (y de su resultado, en su caso) no siempre es instantánea, sino que suele admitir un proceso o *iter criminis* desde que se da comienzo a la ejecución de la misma hasta que se concluye, en tal caso la autoría puede empezar a afirmarse precisamente desde el momento en que alguien da comienzo objetivamente a la ejecución de la acción típica. Si todavía no pudiera afirmarse que objetiva y formalmente el sujeto ha dado comienzo a dicha ejecución, entonces el sujeto sólo estaría realizando impunes actos preparatorios de la acción, pero no actos ejecutivos, y por lo tanto no sería todavía autor. Aquí se cuestiona la manera de determinar la frontera para distinguir la acción ejecutiva (de autor) de la acción preparatoria (de cómplice).

La dificultad se presenta en el momento de establecer cuándo empieza la ejecución en los denominados delitos resultativos. En efecto, en estos delitos no puede deducirse formal-objetivamente, el comienzo de la ejecución de la acción porque en la acción no está descrito específicamente de forma diferenciada el resultado, esto es, el tipo penal no describe en forma típica específica el resultado, como en el caso del delito de homicidio "el que matare".

En estos casos dice Gómez Benítez⁴⁰, el criterio formal-objetivo conduciría, en los delitos de resultado, al criterio extensivo,

³⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1984. p. 122.

⁴⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Ob. Cit. p. 116.

donde es autor todo el que contribuye de cualquier manera a causar el resultado. De esta manera, se llegaría a declarar como autor a toda persona que haya contribuido causalmente al resultado con algún acto ejecutivo aunque el mismo no sea típico⁴¹.

No obstante, para Gimbernat⁴², esta objeción sobre la indeterminación del concepto de acción ejecutiva carece de convicción. De la misma opinión Díaz y García⁴³, cuando afirma que por mucho que sea difícil determinar qué es acción ejecutiva, sobre todo en los tipos penales resultativos, ello por sí solo no quiere decir que el criterio sea incorrecto para determinar cuándo hay autoría. No obstante, la doctrina mayoritaria es contraria a estas opiniones porque, entre otras razones, la teoría objetivo formal no puede establecer en forma satisfactoria la concreción de cuándo empieza la ejecución en los delitos resultativos.

· La ausencia de explicación de la autoría mediata.

Esta es una de las críticas más frecuentes que se hacen a la teoría formal-objetiva: su incapacidad para explicar la autoría mediata.

Y no puede explicar la autoría mediata porque, según la teoría, si el autor del delito es el que personalmente ejecuta alguno o todos los elementos del tipo el autor mediato quedaría fuera de esa conceptualización, ya que precisamente esa clase de autoría se caracteriza, porque el autor no realiza de propia mano la ejecución de la acción típica, sino a través de otro, y además muchas veces el instrumento tampoco realiza la conducta típica puesto que no actúa dolosamente⁴⁴.

⁴¹ DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, Emilio y HUERTAS TOCILDO, Susana. Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, 1986. p. 467.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 35.

⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 460.

⁴⁴ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio. Ob. Cit. p. 39; GIMBERNAT, Ordeig. Ob. Cit., pp. 35-40.

Sin embargo, algunos defensores⁴⁵ de la teoría formal-objetiva consideran que el autor mediato ejecuta también la acción descrita en el tipo penal⁴⁶. Para Beling⁴⁷, la exigencia de la ejecución de propia mano no vale para la autoría, ya que la autoría mediata no presenta dificultades, pues, según el sentido de las palabras en el lenguaje ordinario, la actividad del autor mediato cabe en la acción que se indica en el tipo penal.

Helger, sostiene que el autor mediato a pesar de no ser ejecutor de la acción típica por sí mismo, sí tiene la 'preponderancia'⁴⁸ en la acción, que consiste en una característica frente a los solos intervinientes, que por este motivo aun cuando no ejecuten personalmente la acción, merecen la pena del autor. En el fondo lo que pretende este tratadista es una ampliación del concepto de autor y una equiparación de la pena por ser el comportamiento del autor mediato más reprochable que el de los partícipes.

Algún sector de la doctrina va más lejos y llega a sostener la conveniencia de excluir totalmente de la autoría a la mediata y dejar a esta figura incluida en la inducción. Gimbernát rechaza esta posición, establece que hay supuestos que de incluir la actividad del autor mediato en inducción conllevarían a una interpretación analógica, a la que no hay lugar en Derecho Penal. Hay casos dice Gimbernát, en que no es posible acudir a la figura de inducción y si se niega la autoría mediata se llega a la situación de "dejar sin castigar conductas cuya punición parece que está fuera de duda"⁴⁹ y por lo tanto no pueden quedar impunes.

⁴⁵ BELING. *Methodik der Gesetzgebung*. 1922. p. 65; LISZT, *Lehrbuch*. Ob. cit. p. 210.

⁴⁶ GIMBERNAT. *Ordeig. Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. pp. 35.

⁴⁷ BELING. *Methodik der Gesetzgebung*. Ob. Cit., p. 67.

⁴⁸ HELGER, *Mittelbare Täterschaft*. Ob. Cit. 1932. p. 28.

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 38. Para corroborar su argumento trae dos ejemplos muy claros para rechazar esta posición. El primero, hacer deferencia a que A elabora un sistema de conexión a la puerta de la vivienda de B con una bomba, de tal forma que cualquier persona que timbre a la puerta hará estallar el explosivo matando a B. 'Es insostenible decir que A ha inducido al visitante a cometer el delito'. El segundo, el demente A está decidido a matar a su enemigo mortal B, y C enterado de esta situación aprovecha la situación avisando a A la presencia de B y le causa la muerte. 'No es posible afirmar que el comportamiento de C es inducción', sobre todo cuando A ya estaba convencido de realizar el homicidio.

Si bien, para Gimbernat la teoría formal-objetiva no resuelve el problema de la autoría mediata dado que el autor mediato no ejecuta, plantea la posibilidad de resolver la situación subsumiendo directamente la conducta en el tipo penal⁵⁰. Para Hernández⁵¹, este planteamiento es correcto, en tanto que es imposible considerar a un sujeto autor de un delito si su conducta no es subsumible en un tipo penal. Pero el fundamento de Gimbernat no dice de qué manera se ha de subsumir directamente en el tipo una conducta. Entonces, propone la tarea que debe realizarse pero no cómo hay que realizarla, además agrega que no es problema de la parte general del Derecho Penal al depender la subsunción en el tipo de la concreta conducta que se haya descrita como delictiva.

Para Rodríguez Mourullo, el concepto restrictivo de autor debe fundamentarse en la realización del tipo y no en la ejecución física del hecho. "La pretendida incompatibilidad –dice este autor– entre concepción restrictiva de autor y autoría mediata sólo puede surgir para quienes identifiquen incorrectamente realización del tipo con ejecución (directo-corporal) del mismo. La base del concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de realización –y no la de ejecución física– de la correspondiente figura delictiva"⁵².

El concepto autor así definido permite cobijar al autor mediato dado que éste no es el ejecutor directo, pero realiza el tipo penal a través de otra persona que obra como instrumento. Esta argumentación tampoco convence, puesto que cambiar el concepto de ejecutar por el de realizar no es suficiente. En un hecho punible tanto los partícipes como los autores realizan o llevan a cabo la conducta prohibida.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 249. Refiriéndose a la teoría formal-objetiva la considera la a solución correcta, por cuanto la definición de autor es la que está más cerca de la conducta descrita en el tipo, pero estima que esta teoría ignora que no todo el que contribuye al hecho con actos ejecutivos es el autor al que se refiere el tipo y no percibe que en algunos supuestos de delitos de resultado, y aunque el autor mediato no ejecute, su conducta es directamente subsumible en el tipo.

⁵¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La autoría mediata en Derecho Penal. Comares, 1996. p. 47.

⁵² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo y CÓRDOBA RODA, Juan. Comentarios al Código Penal. Tomo I. p. 811.

· No explicación de la coautoría

Para la teoría formal-objetiva lo decisivo es sólo la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el correspondiente tipo penal⁵³. En consecuencia esta teoría no puede explicar satisfactoriamente muchos casos de coautoría, en los cuales el coautor no realiza actos de ejecución en el sentido formal-objetivo⁵⁴.

Un ejemplo de esta crítica es el caso del organizador del plan delictivo o el del “jefe de la banda”, que no realiza ningún acto ejecutivo, en el sentido formal-objetivo, para el momento de llevar a cabo el atraco en un banco. No hay duda que la intervención del jefe de la banda es fundamental en la realización del reato, pero su actuación no es ejecutiva para efectos de la teoría formal-objetiva⁵⁵.

Para Gómez Benítez, la teoría tampoco puede explicar con coherencia los casos de coautoría “directa parcial, pues desde su punto de vista quien sólo realiza una parte de la acción típica no realiza la acción típica”⁵⁶.

Roxin⁵⁷, a través de ejemplos cuestiona la teoría formal-objetiva para demostrar que la coautoría resulta inexplicable por este criterio. En el primer ejemplo, A y B quieren envenenar a C, para lo cual A vierte la dosis de veneno en la comida de C y B a su vez distrae a C de manera que no note el sabor de la sustancia tóxica; en el

⁵³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU, 1995. p. 390. La teoría no explica la coautoría cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto, 'por ejemplo: para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no 'toma' la fruta. En suma: la teoría formal-objetiva resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada en cambio, en los delitos de medios determinados'.

⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 894.

⁵⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Ob. Cit., p. 120. Para este autor esta fue una de las razones para que el Tribunal Supremo en España consintiera de la insuficiencia de esta doctrina abarcara estos casos, elaboró la teoría del 'acuerdo previo' según el cual también es autor el que se ha puesto previamente de acuerdo con los ejecutores del delitos, aunque dicha persona no haya ejecutado, en sentido formal-objetiva actos típicos en la realización de los hechos.

⁵⁶ Ibidem. Ob. Cit., p. 131.

⁵⁷ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Barcelona. 1998. Ob. Cit. p. 138.

segundo caso, A alcanza un puñal a B, que lo utiliza para matar a X, quien está siendo inmovilizado por C. Para los defensores de la teoría formal-objetiva en el primer caso sólo A podría ser condenado como autor, que es quien realiza la acción típica, otro tanto ocurre con quien clava el puñal en X y le da muerte, sólo si este personalmente ha realizado la conducta tipificada de homicidio, los demás intervinientes de los ejemplos serían cómplices a pesar de su colaboración en los hechos punibles. Esta solución no resulta conveniente⁵⁸.

Roxin, sobre los casos propuestos explica que “cuando en el caso del veneno A y B cooperan en grado de igualdad y complementan sus contribuciones al hecho de modo tal que sólo juntos pueden producir el resultado, su comportamiento constituye una unidad de sentido respecto del fin perseguido, que no puede ser desdoblado en distintas figuras jurídicas sin arbitrariedad. Precisamente el uso del lenguaje, al que tan a menudo apelan los partidarios de la teoría formal-objetiva, no vacilaría en decir que A y B han asesinado conjuntamente a C.”⁵⁹

De esta manera se tiene, que si para la teoría formal-objetiva coautor es “quien realiza una característica del tipo, con independencia de cuál sea la actitud interna del sujeto”⁶⁰ es claro, que la teoría fracasa también, en los casos de coautoría cuando alguno de los sujetos desarrolla una actividad exclusivamente intelectual, de planificación y dirección, pero que no participa en su materialización, lo que hace decir a Maurach que “esta doctrina significó, pues, un absurdo privilegio del autor más peligroso”⁶¹.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit., p. 211.

⁵⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Ob. Cit. p. 138 y ss.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. t. I. Artículos 1-22. Barcelona, 1972. p. 822.

b) Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho fue enunciada por Welzel en un trabajo del año 1939⁶² donde sienta las bases de lo que sería su teoría derivada de un concepto final de acción. Para este autor lo decisivo es la realidad objetiva que el hecho es realmente la obra del autor. “Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad, le pertenece específicamente como obra propia. En ello es indiferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si éste es la realización, con conciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho”⁶³. Así, el criterio esencial del dominio del hecho para Welzel no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho.

Para Welzel, autor es sólo aquél que, mediante la dirección consciente y final del curso causal se dirige hacia el resultado típico, es el señor sobre la realización del tipo⁶⁴. En otras palabras, “autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución, y por ello señor sobre 'su' hecho”⁶⁵. Sin embargo en el caso de la participación “el inductor sugiere el hecho ajeno y el cómplice lo apoya, pero el dominio final sobre él, el dominio sobre la decisión y su ejecución real, sólo lo tiene el autor”⁶⁶, basado en un concepto personal del

⁶² Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por Córdoba Roda. Barcelona. 1962. p. 335.

⁶³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª. ed. 1969. 1939. p. 491 y ss.

⁶⁴ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Cit. p. 538 y ss.

⁶⁵ Ibidem. p. 99.

⁶⁶ Ibidem. p. 98.

⁶⁷ Welzel. Hans. Ibidem. p. 100.

injusto. La complicidad consiste en la “ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho”⁶⁷.

De diversas maneras los autores han venido configurando la teoría del dominio del hecho: Maurach⁶⁸ “dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico. El dominio del hecho lo tiene el cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar, correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”. Córdoba Roa, que sigue de cerca a Maurach y es defensor de la teoría del dominio del hecho como derivada del concepto finalista de acción, destaca la necesidad de circunscribir el ámbito de quienes son realmente autores del ámbito de los que la ley considera tales. Tal circunscripción del ámbito de la autoría tiene lugar en un plano “óntico, prejurídico”, mediante una “averiguación del ámbito del concepto material de autor, derivado directamente del de acción”⁶⁹. En consecuencia sostiene: “si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho son autores, los que fuerzan o inducen tan sólo serán cuando la fuerza o la inducción alcance el grado de la autoría mediata”.

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

⁶⁷ Weizel. Hans. *Ibidem*. p. 90.

⁶⁸ MAURACH, R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7a edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, 1995. P.

⁶⁹ CORDOBA ROA. *Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach*. Tomo I y II, 1962. p. 315.

criterio delimitador de la autoría. Y parece claro que el tipo y su realización no pueden entenderse en dos sentidos, uno formal y otro material⁷⁰.

Para Gallas⁷¹ “la autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer al acontecimiento total como su hecho y el resultado como su obra”. Esta relación se presenta cuando el sujeto, mediante la colocación de los medios apropiados tiene el hecho “en sus manos, domina el proceso hasta el resultado, tanto si el mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento”.

Jakobs⁷² distingue entre el dominio del hecho formal (realización de la acción típica), el dominio del hecho material como dominio de la decisión (dominado el hecho mediante la decisión de si se realiza o no) y dominio del hecho material como dominio de la configuración. El dominio del hecho hace referencia al momento de la ejecución, pues, si la aportación se produce mientras se prepara el hecho se estaría ante la participación.

Para Benítez⁷³, teoría del dominio del hecho comprende el tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica; para López Barja⁷⁴, es autor quien domina finalmente la realización del delito, esto es quien decide el sí y el cómo de su realización. Uno de los primeros defensores de esta teoría, primero en Argentina⁷⁵, luego en España⁷⁶, es el profesor Bacigalupo para

⁷⁰ VIVES ANTÓN, T.- Libertad de prensa y Responsabilidad Criminal. Madrid, Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1977. p. 147

⁷¹ GALLAS. *Deutsche Beiträge*, 1957.. p. 65.

⁷² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Traducción por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995. p. 605.

⁷³ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del delito*. Ob. Cit., 1984. p. 420.

⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid, Akal, 1996. p. 30 y ss.

⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. *La Noción de Autor en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Abello-Perrot, 1965. 45 y ss. 'El concepto de dominio del acto, en efecto, ha sido expresado por autores que han partido de distintos conceptos de acción y en consecuencia no hay completa coincidencia en las determinaciones de aquél. Mientras los autores finalistas conciben el dominio del acto como una característica objetiva para los representantes de la teoría causal, ésta debe ser una característica subjetiva que a al vez permita ceñir el concepto de autor y separarlo del de partícipes'

⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. p. 215.

quien “autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de tal dominio”⁷⁷. Aclarando que junto al dominio del hecho entran en consideración como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría y los elementos objetivos (por ejemplo la calidad de funcionario).

- Naturaleza jurídica de la Teoría del Dominio del hecho

La relación que se da entre el autor y el dominio puede definirse como subjetiva, si se precisa una conciencia o voluntad de dominio en el sujeto con respecto al hecho que realiza; puede ser objetiva, si el dominio del hecho deriva directamente de lo que hace el sujeto con independencia de que sea consciente o no de su dominio sobre el hecho típico o de su voluntad de determinarlo.

En la actualidad, un sector mayoritario⁷⁸ de la doctrina le atribuye a la teoría del dominio del hecho un carácter objetivo-subjetivo, donde se combinan tanto elementos objetivos como subjetivos.

Para Jescheck⁷⁹, ni una teoría objetiva ni subjetiva pura son suficientes para fundamentar de forma precisa la esencia de la autoría y que al mismo tiempo permita delimitar la autoría de la participación. Para este autor la teoría del dominio del hecho logra sintetizar ambas tesis doctrinales (objetiva-subjetiva) ya que cada una caracteriza correctamente un lado del problema, pero si se estudian de forma aislada desvirtúan el sentido en su totalidad. De

⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. Ibidem. p. 211.

⁷⁸ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Ob. Cit. p. 317; Otto. Grundkurs. p. 260; Hegler. Mittelbare Täterschaft. p. 172; Cerezo Mir, J La Polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal Español. Anuario, tomo 28, # 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975. p. 167; Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU, 1995. p. 394.

⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones al derecho español por Mir Puig y Muñoz C., Volumen segundo. Barcelona, Bosch. p. 905.

esta manera, la voluntad de condición resulta no sólo decisiva para determinar la autoría, sino también la importancia material del aporte que cada interviniente asume en el hecho. Por lo anterior afirma Jescheck “sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho”⁸⁰.

En efecto, el dominio del hecho cobra relieve cuando al control material de la situación típica se le añade el conocimiento sobre esa situación de control. No basta únicamente con controlar objetivamente el hecho para afirmar que existe dominio del hecho ni, por supuesto, la creencia de que se domina un hecho como criterio de autoría, se necesita un elemento que identifique el proceso causal externo con la voluntad consciente del sujeto que lo impulsa, y ese elemento no lo cubre totalmente el dolo.

- Teoría de dominio del hecho según planteamiento de Roxin

Claus Roxin es el autor alemán que ha dado una exposición más concreta de la teoría del dominio del hecho. Su obra fundamental es *Täterschaft und Tatherrschaft*⁸¹, obra traducida al castellano con el título: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” que estudia la autoría en toda clase de delitos bajo dos principios:

· El autor como figura central

Roxin en su búsqueda por sintetizar los aspectos ontológicos y teleológicos en una fórmula concreta, llega a la conclusión de que “el autor es la figura central del proceso de actuación”⁸², y esto es un

⁸⁰ Ibidem. Ob. Cit., p. 906.

⁸¹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. traducida por Joaquín Cuello y Luis Serrano. Marcial Pons, Madrid, 1998.. Quien mejor a desarrollado el concepto finalista de autor, logrando ofrecer una fuerte crítica a las teorías subjetivas de la autoría que durante muchos años venía manteniéndose en Alemania.

⁸² ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Ob. Cit. p. 25.

principio rector que no constituye una descripción de la autoría en su contenido, sino sólo es un criterio formal de un punto de partida metodológico.

Desde un punto de vista prejurídico, el concepto de figura central significa acudir a una representación plástica existente en la conciencia colectiva, en donde el autor directo, autor mediató y el coautor son la figura central del acontecimiento; el inductor y cómplice están al margen de los principales. "...si es que se puede hablar de algún modo de una esencia de la participación preexistente, ésta consiste en este apoyo de partícipe en la figura central del autor"⁸³.

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

En consecuencia, dada la instrumentalización que vincula al sujeto de atrás con el instrumento, no puede atribuirle a ambos la condición de figuras centrales de los delitos si se parte del criterio material del dominio del hecho, porque aunque los dos sujetos dominen el hecho, un dominio posibilita el otro. Por tanto, la idea de la figura central del acontecimiento típico juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe⁸⁴.

⁸³ *Ibidem*. p. 26.

⁸⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Ob. Cit.*, p. 36.

· El dominio del hecho como concepto abierto.

Como indica Roxin⁸⁵, el concepto que determina quién es autor en este caso, es el dominio del hecho y no puede ser un criterio indeterminado que no dé al menos ciertas pautas para la solución de casos dudosos, tampoco un concepto fijo, en el sentido que se trate de una definición que por un acto de subsunción objetiva pueda extraerse deductivamente la solución de todos los casos concretos. Lo que debe buscarse es un punto medio, dotando al concepto de dominio del hecho de un contenido material, que tenga en cuenta los diferentes fenómenos de participación que se presentan en la vida real, pero a su vez encontrando un hilo conductor común, un principio general que permita juzgar la corrección de la solución al caso concreto.

Lo anterior se consigue, no con una definición exacta o un concepto indeterminado, sino con una 'descripción' que delimite claramente constelaciones típicas de casos y permita con ello un enjuiciamiento general, que, sin llegar a una precisión total, deje al encargado de aplicar el Derecho un cierto margen de maniobra en la solución del caso concreto, pero teniendo un principio regulativo o indicador de la dirección a seguir. Esto es lo que Roxin denomina 'concepto abierto'⁸⁶.

Así mismo, comenta el profesor Bacigalupo⁸⁷ que el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos sino que admite ser descrito. El concepto abierto es un principio regulativo. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente a causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece⁸⁸.

⁸⁵ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Ob. Cit. p. 108-126.

⁸⁶ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Ob. Cit. p. 122. Este autor ha demostrado que el dominio del hecho no puede caracterizarse a través de conceptos totalmente definidos, ni mediante una definición rígida, pertenece por el contrario a los conceptos abiertos, en los que en lugar de una concreción de conceptos da lugar a una descripción.

⁸⁷ BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 215.

⁸⁸ BACIGALUPO. Ibidem. p. 216.

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

- Formas del dominio del Hecho

En los delitos del dominio del hecho, estima Roxin⁸⁹, se dan de tres formas: como dominio de la acción, como dominio de la voluntad y como dominio funcional.

El dominio de la acción

El dominio de la acción comprende a la realización directa, de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. Roxin, precisando su planteamiento afirma: “quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo, es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central. ... No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano”⁹⁰. El legislador, al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de esta

⁸⁹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Ob. Cit. p. 127

⁹⁰ ROXIN, Claus. Ibidem. p. 127; Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Traducción de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, 1970. p. 61.

manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y “lo es sin excepciones, cuando los realiza”.

Roxin considera que no es necesario realizar todos los elementos del tipo para determinar la autoría directa a la que se está haciendo referencia, sino que donde la ley requiere varias acciones basta con realizar una de ellas; así en el delito de hurto es autor inmediato el que realiza el apoderamiento o el que aplica la fuerza. En este ejemplo, la realización parcial fundamentaría una coautoría, pero que el apoderamiento o la fuerza constituyan autoría no proviene sólo de la realización de propia mano del tipo sino también del acuerdo de voluntades y daría lugar a la determinación mejor de coautoría que una autoría directa⁹¹.

En relación con el instrumento en la autoría mediata, cuando por ejemplo, por falta de dolo, actúa atípicamente, o a veces los elementos típicos son realizados por la propia víctima del delito, en los casos de participación necesaria, no hay lugar a la autoría inmediata. Estos cuestionamientos al concepto de dominio de la acción dan lugar a algunos problemas⁹². Así algunos autores deducen que de la teoría del dominio del hecho, por el carácter material de la misma que no siempre quien de modo inmediato, de propia mano, realiza la acción típica y cumple los restantes requisitos objetivos y subjetivos del tipo tiene el dominio del hecho; el caso del agente que dolosamente realiza la acción típica actuando, sin embargo, sin culpabilidad y es utilizado por un sujeto que actúa detrás quien tiene realmente del dominio el hecho. Estos autores no niegan que ejecutor inmediato sea autor, sino que dicen que lo es, porque la ley obliga a que lo sea, en la posición del criterio material

⁹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., 1984. p. 98. La coautoría sólo existe cuando varios realizan el hecho conjuntamente y de común acuerdo, pero ninguno de ellos realiza por sí solo todos los elementos del tipo. Pero, cuando varios intervinientes realizan todos los elementos del tipo, sería conveniente aludir a una co-ejecución o a un co-dominio de la acción, pero no a una coautoría.

⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991. p. 633. Plantea dos situaciones referentes a la realización inmediata de todos los elementos del tipo por un sujeto como dominio del hecho y la situación del dominio del hecho, autoría y actuación de propia mano.

del dominio del hecho que debe combinar con aspectos formales o que es autor quien realiza la acción típica, aunque no domine el hecho.

Otra situación cuestionable, en la posición según la cual se considera fundamento de la autoría el dominio del hecho, la actuación de propia mano de un sujeto que es el único interviniente, deduciendo que ese sujeto, aunque intervengan otros seguirá siendo el autor, dando a entender que en la actuación individual de propia mano es obviamente autoría (supone dominio del hecho) porque el legislador, en sus tipos, al que más directamente se refiere es precisamente a este interviniente. Desde este punto de vista, Luzón Peña sostiene “que en los delitos puramente resultativos el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo. Decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo, pero cuando existe la misma es precisamente la cuestión crítica, que hay que solucionar, y para ello no sirve de ayuda la característica de propia mano”⁹³. Se plantean algunos ejemplos, en que la intervención de propia mano en el curso del suceso y sin embargo, no hay autoría: a) el sujeto que actúa solo y de propia mano y sin embargo no es autor. El sujeto que contempla el inicio de un incendio causado por un fenómeno natural (rayo, un corto circuito eléctrico) y en vez de apagarlo abre las puertas para que el fuego se propague rápidamente. Es dudoso en el ejemplo la autoría del único actuante, pues la determinación objetiva y positiva del hecho correspondió a un fenómeno natural. b) el sujeto que interviene de propia mano, junto a otro y sin embargo, no es autor, en los casos de complicidad.

Dominio Funcional

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados

⁹³ LUZÓN PEÑA. Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales. ADP. 1989, pp. 911 y ss.

autores, puede ocurrir que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá la denominada autoría plural o autoría concomitante⁹⁴, cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular⁹⁵.

La autoría concomitante para Welzel⁹⁶ se da cuando obran en conjunto dos o más sujetos sin acuerdo previo para la producción del resultado, destacando que es propio de su problemática –cuando se da en la tipicidad dolosa- el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios.

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

La importancia dogmática que tiene la autoría paralela está en que es un supuesto de pluralidad de autores y sin embargo no lo es de coautoría. Por lo que suele decirse que la autoría concomitante o paralela se presenta cuando no hay una decisión común al hecho, que es una característica esencial de la coautoría.

No habrá de ser, el caso de la autoría concomitante la que ofrezca dificultades, sino aquella situación en que la pluralidad de autores se presente en la forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho, esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una división de la tarea, pero ninguno

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas. 1986. p. 305 y ss.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de septiembre de 1995, Rad. 9240, MP. JORGE ENRIQUE VALENCIA. Coautor es el integrante de la banda. Dominio funcional. El procesado al estar dentro de la banda como parte integrante en la ejecución del injusto, (dominio funcional del hecho) adquiere con su participación la calidad de coautor.

⁹⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12a ed. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Chile. 1969. p. 111.

de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. De esta manera, si en el robo a un banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos comenten el robo.

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

· Domino de la Voluntad

La autoría mediata se caracteriza, según Roxin⁹⁷, como dominio de la voluntad. Es la posibilidad de que alguien realice el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra interpuesta persona que le sirve de instrumento para sus fines y que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, que es el autor mediato.

El autor mediato es el que realiza el tipo penal, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para la ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. “El término instrumento de su voluntad, hay que entenderlo –indica Gómez

⁹⁷ ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Ob. Cit., 1970, p. 62.

Benítez- en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato”⁹⁸.

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

Para Roxin, el dominio de la acción estará siempre en el que realice los elementos del tipo, a pesar de que otra persona ostente un dominio superior sobre el acontecimiento que aquél mismo realiza de propia mano. La superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio. Esto ocurre, según Roxin, aunque no siempre, en la autoría mediata, en la que el instrumento tiene el dominio de la acción pero es el sujeto de atrás quien tiene el dominio de la voluntad. En efecto “mientras allí –la autoría directa- la realización de propia mano de la acción típica fundamenta la autoría, aquí –la autoría mediata- tiene lugar respecto a los supuestos en los que justamente falta una acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho sólo puede afirmarse sobre el poder de la voluntad conductora”⁹⁹. Esta segunda forma de dominar un hecho punible, que da lugar a una nueva forma de autoría –la mediata- no es incompatible con la directa, es decir, que sobre un mismo acontecimiento típico pueden presentarse

⁹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Ob. Cit., p. 135.

⁹⁹ ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Cit., 1970, p. 142.

simultáneamente un dominio de la acción y un dominio de la voluntad. No obstante parece cuestionable que exista dominio de la voluntad cuando el instrumento actúa completamente libre, es decir, cuando el sujeto de atrás no domina al que actúa por delante porque está sometido a un error.

Existen diversas formas según la doctrina planteada por Roxin¹⁰⁰, para realizar mediatamente un hecho:

- a. Utilizando en el plan delictivo a una persona que obra por error, que no comprende lo que en verdad está haciendo, debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; es el caso del ladrón que le pide a un tercero que le pase la cartera que dice pertenecerle, en circunstancias en la que es ajena, o cuando se recurre a un inimputable; en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines.
- b. Cuando emplea la coacción presionando la voluntad de un tercero, sea mediante la amenaza de hacerle sufrir un mal, como presionándolo con un atentado a su vida si se niega a la realización del hecho que se le pide, o mediante apremios semejantes.
- c. A través del dominio de la voluntad como sucede con un aparato organizado de poder, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, ideológica, o una banda delictual, el Estado mismo, etc. Son los jefes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que ellas le confieren, dando las órdenes y pudiéndolas hacer cumplir, intercambiando los ejecutores según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquél que imparte la orden es el autor mediato.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 62 y ss.

Ap

1. Realice un mapa conceptual en el que se expongan las características de la teoría unitaria de autor y las teorías que hacen distinción entre autoría y participación.
2. Realice un cuadro comparativo en el que se expongan las diferencias, semejanzas, ventajas y desventajas de las diferentes teorías que explican el concepto de autor y de participación.
3. Si Juan, queriendo que su vecino Ramón muera, le dice a Pedro que es un hombre obsesivamente celoso, que Ramón tiene encuentros clandestinos con su esposa, y logra que Pedro en un momento de ira agrede de tal forma a Ramón dejándolo gravemente herido.
 - a. ¿Cómo responde Juan?
 - b. ¿Cómo responde Pedro?
 - c. ¿Se adecua este presupuesto fáctico a la figura de autoría mediata? Justifique su respuesta.
4. Teniendo en cuenta las características de la criminalidad colombiana y las formas como recurrentemente se cometen delitos con la participación de varias personas, establezca y argumente, según su criterio, cuál es la teoría que se debería adoptar de manera unificada en el país.

Ae

1. En la madrugada del 17 de julio de 2003, Humberto Sánchez, Fidel Acuña y Alberto Páez, transitaban en el furgón Chevrolet de matrícula DCE-562, cargado con productos veterinarios, por la carretera que del municipio huilense de Altamira conduce al departamento de Caquetá. En el sitio La Balastrea, cerca de Guadalupe, los interceptó un vehículo cuyos cinco ocupantes, que llevaban armas de fuego, los despojaron del camión y de la

mercancía, dispararon contra Acuña - propietario del rodante-, quien falleció, y Sánchez -dueño de la mercancía-. El conductor, Páez, pudo huir y dar noticia de lo ocurrido a las autoridades.

Como resultado del operativo desplegado, hacia las cinco de la mañana fueron capturados, en Pitalito, Carlos Rodríguez y Enrique Jiménez, cuando iban en el furgón, quienes informaron que la mercancía se encontraba en la casa de Juan Molina Murcia, en donde en efecto fue hallada, y que en el suceso habían participado cinco individuos. Casi de manera simultánea, en el municipio de Acevedo fueron aprehendidas tres personas que se movilizaban en un Chevrolet Monza azul, quienes poco después fueron liberadas; se trataba de Eisenhower Suárez, Gloria Fajardo y Jaime Pinzón, alias 'Collares'.

De acuerdo a los hechos narrados, responda:

- a. Determinar los tipos penales que fueron infringidos.
- b. Aplicar tres de las teorías expuestas sobre autoría y participación a los hechos narrados y exponer la solución desde cada una de ellas al caso planteado con sus respectivos argumentos.
- c. Desde la tesis objetiva determinar la responsabilidad de cada uno de los sujetos.
- d. Exponga según su criterio cuál es la teoría que mejor resuelve este caso y argumente.

2. A eso de las diez y treinta de la noche del día 27 de septiembre de 2004, Jorge Pérez se dirigía a su residencia en la camioneta de su propiedad, marca Nissan Pathfinder, de placas DSF 345, cuando sorpresivamente fue

interceptado a la altura de la carrera 73 con calle 74 de esta ciudad por cinco personas que se movilizaban en un automóvil marca HYUNDAI, quienes tras intimidarlo con armas de fuego lo despojaron de su vehículo, joyas y dinero en efectivo.

En seguida lo introdujeron en el baúl del automóvil, y después de recorrer varias veces algunos sectores de la ciudad, con amenazas de muerte lograron que les informara las claves de las tarjetas de sus cuentas personales (Davivienda y Colmena), con las que hicieron varios retiros en diversos cajeros automáticos de distintas corporaciones bancarias, hasta cuando ya satisfechos decidieron dejarlo, a las tres de la mañana, en un sector del Barrio Las Ferias de esta ciudad.

Luego de 37 días, Jorge Pérez, casualmente y sin proponérselo, reconoció su camioneta cuando la parqueaban en un monta llantas de la calle 96 con carrera 40 de esta ciudad; por lo mismo, decidió, sin pérdida de tiempo, solicitar la colaboración de la Fuerza Pública, logrando retener el vehículo que era conducido por CARLOS MARIO CAMARGO, a quien reconoció e identificó como uno de los principales artífices del delito de hurto del cual fue víctima.

CAMARGO intentó justificar la tenencia exhibiendo una falsa tarjeta de propiedad a nombre de Carlos Torres, lo cual se verificó suficientemente cuando además se logró establecer que la camioneta tenía unas placas distintas a las originales, y los documentos de importación y números de motor y serie adulterados.

Tan pronto se enteró de la captura de CARLOS MARIO CAMARGO, JOSÉ LUIS MARTÍNEZ se hizo presente en la estación de Policía de San Fernando, para manifestar que era familiar del capturado (cuñado), dueño del vehículo y a la vez el funcionario de tránsito que había elaborado, suscrito y firmado la tarjeta de propiedad a nombre de Carlos Torres, dando por tanto fe de su "legítima" tenencia y propiedad.

En el afán de mostrar la aparente legalidad de la tenencia del vehículo, previamente se falsificaron los documentos de importación y de impuestos para apoyarse en ellos con el fin de expedir la tarjeta de propiedad del vehículo a favor del imaginario Carlos Torres.

Al intentar comprobar esta última situación, también se pudo establecer que al menos en diez oportunidades se había utilizado el mismo procedimiento para legalizar ventas y traspasos ficticios de varios automotores.

De acuerdo a los hechos narrados, responda:

- a. Determinar los tipos penales que fueron infringidos.
- b. Aplicar tres de las teorías expuestas sobre autoría y participación a los hechos narrados y exponer la solución desde cada una de ellas al caso planteado con sus respectivos argumentos.
- c. Desde la tesis subjetiva determinar la responsabilidad de cada uno de los sujetos.
- d. Exponga según su criterio cuál es la teoría que mejor resuelve este caso y argumente.

B

- BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Tercera edición. Akal. Madrid. 1994.
- BELING, Ernst. Esquema del Derecho penal. Doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires. Delpalma. 1944.
- BETTIOL, Guuseppe. Diritto penale. 12ª ed., 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. Barcelona, Ariel, 1989.
- DÍAZ y GARCÍA, Conlledo Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Barcelona, Ppu, 1991.
- GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Chile, 1975.
- GIMBERNAT, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Universidad de Madrid. 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Teoría Jurídica del delito. Parte general". Civitas. Madrid. 1992.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La autoría mediata en Derecho Penal". Granada, Comares, 1996.
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Autoría y Participación". Madrid, Akal, 1996.
- MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona. 1962.
- ROXIN, Claus. "Sobre la Autoría y la

Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Buenos Aires. 1970.

VIVES ANTÓN. Libertad de prensa y Responsabilidad Criminal. Madrid, Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1977.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires. 1956.

ZAFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986.

J

Se presentan las siguientes Sentencias como apoyo para el estudio y análisis de las temáticas desarrolladas en la unidad.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Autoría Mediata.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23825. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ. Autoría Mediata.

Unidad **3**

SUPUESTOS DE AUTORÍA

Og

Aplicar las diferentes formas de autoría y coautoría que se pueden presentar en desarrollo de la comisión de un delito.

Oe

- Establecer las diferencias entre las diversas formas de autoría que pueden presentarse en la comisión de un punible.
- Identificar las tesis que, respecto al concurso de personas en la comisión de un delito, ha adoptado la jurisprudencia en Colombia.
- Confrontar las teorías de la autoría a partir de su exposición y su crítica con el fin de elaborar una síntesis que permita elegir la más acertada para el contexto nacional.
- Definir una posición pertinente con la normatividad

3.1. AUTORÍA DIRECTA

Autor directo, inmediato o material es el que realiza el tipo penal ejecutando por sí mismo la acción típica con sus propias manos¹⁰¹. El artículo 29 del Código Penal expresa que es autor "el que realiza la conducta punible por sí mismo"¹⁰². Es forma de autoría la que denomina el profesor Roxin como dominio de la acción. Autor es quien mantiene el dominio del hecho punible y que puede, de acuerdo a su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de la comisión del ilícito¹⁰³.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28780, M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS. En concordancias con la sentencia de la Sala de Casación Penal, Sent, abril 21 de 2004, rad. 18656. De las diferentes formas de autoría y participación. Es autor quien ejecuta directamente y por propia mano la conducta, conservando las riendas del acontecer típico. Ahora, no siempre la conducta se ejecuta de esa manera, pues se suele obrar o bien con otros (coautoría), o recurriendo a la acción de otro a quien se utiliza como instrumento (autoría mediata), o reforzando la vocación de otros (determinación), o con ayuda de otros (complicidad). Estas formas de intervención en la ejecución de la conducta punible se manifiesta en los conceptos de autoría (autor directo, autor mediato y coautor), y en los de la participación (determinación y complicidad).

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de Julio de 2005. Rad. 19695, M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA. Autor es quien ejecuta directamente el hecho, por lo que resulta indispensable que, como aquí acontece, posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de Octubre de 2003. Rad. 19114, M.P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ. Concepto de quien es autor y coautor. Resulta apenas lógico que la realización mancomunada de un hecho delictivo compromete la responsabilidad de los partícipes como si cada uno hubiese realizado la totalidad del hecho.

A la par con este concepto de autor directo han surgido otros enfoques, propios de la teoría de la imputación objetiva, según la cual:

"(...) desde un punto de vista normativo y no naturalístico, puede considerarse autor aquel que con su acción u omisión ha desequilibrado el riesgo permitido y, por tanto, ha determinado que se convierta en riesgo jurídicamente desaprobado (...) Tal es así que solo la creación de un riesgo ya sea de forma inmediata, mediata o conjunta, o una omisión equivalente a esa creación de riesgo fundamentaría la autoría. Por otra parte, los demás intervinientes en la obra delictiva -partícipe- solo responderían de forma accesorio con su favorecimiento o ayuda a la aparición de dicho riesgo"¹⁰⁴

En el autor deben concurrir tanto las características generales como las especiales: los elementos personales y subjetivos de la autoría individual.

La característica general de la autoría material es la de tener el dominio del hecho, y lo tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado¹⁰⁵. Pero también, es necesaria para imputar la autoría de un hecho punible a una persona, que concurren en ella unas características especiales, esto es, los elementos personales y subjetivos de la autoría.

En cuanto a los elementos personales, se precisa que hay conductas típicas que no pueden ser realizadas por cualquier persona, sino que serán autores quienes reúnan ciertas calidades especiales, como sucede en los siguientes delitos:

¹⁰⁴ GÓMEZ, Orlando. Coautoría y autoría en los delitos de agresiones sexuales y en los de conducción en el Código penal español. En *derecho penal Contemporáneo*. Revista Internacional, Bogotá, Legis Editores, num. 8, julio-septiembre, 2004, p. 18.

¹⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios del Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 255.

En el aborto, se requiere que la mujer se encuentre embarazada (art. 122 y 123 C.P.), aun cuando en la disposición expresamente no se diga se entiende por supuesto. En el delito de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, del artículo 128 C.P., sólo la madre puede ser autora, pues es ella la que realiza el abandono dentro de los ocho días siguientes al nacimiento. En los delitos contra la administración pública, como los delitos de peculado, concusión, prevaricato, tráfico de influencias, contemplados en los artículos 397 a 434 del Código Penal, se exige la calidad especial de ser servidor público, es decir, personas investidas de un deber especial. En los delitos de comisión por omisión se exige para la autoría tener la posición de garante en las situaciones que se relacionan en el artículo 25 del Estatuto Penal. En el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, se requiere que el agente tenga esas funciones, conforme el artículo 402 del Código Penal. En otras situaciones la norma penal exige una relación de parentesco, como en el delito de incesto relacionado en el artículo 237 Penal, y en otros casos se exige estar en una situación jurídica determinada como estar privado de la libertad en el delito de fuga (C.P., art. 448).

Existen otras circunstancias especiales que caracterizan la autoría, elementos subjetivos que suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suman al conocimiento y voluntad de la realización del tipo.

Por ejemplo, en los siguientes delitos relacionados en el Código Penal se exige para la autoría que el sujeto tenga en mente los siguientes propósitos o finalidades: En el delito de hurto, art. 239, "El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro (...)"; en la extorsión (C.P., art.

244), "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito (...)" en el artículo 472 Penal, seducción, usurpación y retención ilegal de mando: "El que, con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición (...)" en el concierto para delinquir, artículo 340 Penal, "Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos (...)"; en el delito de genocidio (C.P., art. 101), "El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional (...)"; en el delito de Manipulación genética (C.P., art. 132), "El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento (...)"; en el punible de Fecundación y tráfico de embriones humanos previsto en el artículo 134 del Código Penal, "El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana (...)", entre otros.

3.2. LA COAUTORÍA

La importancia del tema está dada en cuanto se pretende que los Jueces y las Juezas, abogados y abogadas y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas que procedan fundamentándolas con un criterio dogmático suficiente, evitando de esta manera la impunidad que generan los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos y que frente a una falta de precisión de concepto, los más responsables, los jefes de bandas delincuenciales terminan siendo sancionados sólo como simples cómplices con penas irrisorias, o al contrario, con una simple participación convertida en coautoría aplicando penas desproporcionadas con respecto a lo que en efecto, realizó como partícipe¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de Julio de 1993. Rad. 7446. M.P.: RICARDO CALVETE RANGEL. Coautoría por hecho conjunto sin determinar el ejecutor individual. Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos.

3.2.1. COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las formas de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídico-penal para responder al concepto de autor, no se agotan con la realización de la conducta típica de forma individual y de propia mano (autoría inmediata como dominio de la acción), ni con la realización del tipo penal a través de otra persona que actúa como instrumento, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del sujeto de atrás (autoría mediata como dominio de la voluntad)¹⁰⁷. En el campo empírico de las formas de intervención criminal se sitúa un amplio ámbito de actuación delictiva, donde el comportamiento humano se estructura de forma diferente para cometer el hecho forma de coautoría: cuando la conducta típica se realiza conjuntamente por varias personas, ya sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio funcional del hecho)¹⁰⁸.

En esta última forma de estructurar el comportamiento humano, cuando intervienen varias personas en el proceso de actuación delictiva, se plantea el problema de dilucidar si todos los participantes en dicho proceso deben responder criminalmente de forma independiente por la realización de un hecho injusto propio (coautoría) o bien de forma dependiente por la contribución a un hecho injusto ajeno (participación)¹⁰⁹. La diferencia entre ambas formas de intervención criminal no es cuantitativa, sino cualitativa, en cuanto que la autoría supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación

¹⁰⁷ MÁRQUEZ, Alvaro E. *Autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización*. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2003. p. 56.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de abril de 2004. Rad. 18656, M.P.: MAURO SOLARTE. En concordancia con Casación penal. Auto de marzo 1097. Radicación 9047. M.P. Rangel y la Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000. Proceso 15610. M.P., Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Formas de autoría y participación. 3. Para lo que ahora importa, se debe señalar que es "autor quien ejecuta directamente y por propia mano la conducta, conservando las riendas del acontecer típico".

¹⁰⁹ Se hace referencia a las formas de participación criminal que trae el Código Penal. Inducción y complicidad en sus dos grados primaria y secundaria. El primero de los grados es lo que se conoce en el Código Penal español, como "la cooperación necesaria".

accesoria para que otro (autor) realice el tipo penal (hecho injusto ajeno).

Hay que establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la coautoría y la participación, siendo conscientes de que sus límites no son precisos, ya que este campo empírico está demasiado abierto y por ello, se producen constantes y fluidas transiciones entre ambos tipos de intervención criminal. A diferencia de la autoría mediata, en donde es posible operar con grupos de casos bastante definidos y en donde, por regla general, sólo intervienen dos personas, en el ámbito de la coautoría y la participación la dificultad es mayor por la propia naturaleza de las cosas, es decir, porque no se parte de un campo suficientemente estructurado y delimitado. Aquí, donde pueden actuar un número indeterminado de personas, el número de constelaciones imaginables es bastante inabarcable por la variedad de las propias situaciones vitales jurídico-penalmente relevantes. No es posible, por ello, pensar en un análisis de esta materia a superar mediante la orientación en grupos de casos, ni establecer presupuestos demasiado rígidos, pues, al carecer de una estructuración nítidamente preestablecida, se violaría la variedad de la realidad. Pero, la inexistencia de unos límites precisos dados de antemano no es ningún impedimento para establecer las principales directrices, dado que la materia obliga a la inclusión de regulativos, a partir de los cuales se pueda llevar a cabo una delimitación correcta de los casos individuales. Por todo ello, no cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye el principal y más complejo problema en la teoría de la codeinfluencia¹¹⁰.

El Código Penal, ley 599 de 2000, contiene una referencia expresa a la coautoría. En efecto, el artículo 29 señala que "son

¹¹⁰ GIMBERNATORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1966. p. 45.

coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte". Esta es una de las formas de coautoría que la doctrina conoce como coautoría indirecta o impropia y es en la que intervienen personas en la fase de la ejecución de la acción típica, pero cooperando en la misma con conductas no incluibles en la concreta actividad descrita por el verbo rector: v. gr. quien sujeta a la víctima, mientras el otro la accede carnalmente o la apuñala y la asesina¹¹¹. La otra forma de coautoría es la conocida como directa y se presenta en quienes realizan coetáneamente todos los elementos del tipo penal, por ejemplo, todos los ejecutores golpean conjuntamente a un hombre hasta darle muerte. Este es el supuesto más claro de coautoría, que si bien, no está expresamente señalado en el Código Penal no presenta duda de su admisión en la dogmática penal colombiana. Es decir, la coautoría es autoría, en una tercera forma junto a la directa y la autoría mediata. La legislación española expresa mejor esta forma de autoría, sin entrar en definiciones y requisitos que puedan crear confusiones innecesarias, en el artículo 28 numeral 1º del Código Penal, informa que "son autores quienes realizan el hecho (...) conjuntamente".

3.2.2. CONCEPTO DE COAUTORÍA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO COMPARADO

El profesor Jacobo López Barja de Quiroga¹¹² explica que la coautoría es el dominio funcional del hecho, y se presenta cuando varias personas, de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos. La coautoría estará delimitada en función de la concepción que se mantenga sobre la autoría. Será distinta desde una óptica subjetiva

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de Febrero de 1996. Rad. 9457, M.P.: NILSON PINILLA PINILLA. Coautoría impropia. Así su conducta de cada interviniente vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo.

¹¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Autoría y Participación. Madrid. Ed. Akal. 1996. sp.

que desde una óptica objetiva (formal o material).- Es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les dé un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Ejemplo: A apunta con la pistola mientras B toma el dinero de la caja. El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado "antes" de la ejecución o "durante" la ejecución (que se denomina "coautoría sucesiva"). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder con ocasión de lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en "escena".

Santiago Mir Puig¹¹³ define que los coautores son los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro.

El profesor Gonzalo Quintero Olivares, en atención a la coautoría asigna la terminología de "Coejecución", en la cual es posible que más de una persona pueda intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho que se describe como realización conjunta, que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho y así lo recoge y declara el artículo 28 del Código Penal español.

Hans Welzel¹¹⁴ dice que la coautoría es autoría, su

¹¹³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General.%%.

¹¹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª. ed. 1969. 1939. sp.

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

La coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, es necesario que sea además, esencial, de lo contrario, estaríamos frente a la complicidad como forma de participación. Así, de forma genérica y como punto de referencia, podría decirse que "coautor es el que, como autor inmediato o mediato, realiza el hecho punible conjuntamente con otros autores"¹¹⁵. A diferencia de la participación que supone la cooperación en un hecho ajeno, cuando varias personas intervienen en la realización del tipo en concepto de coautores, llevan a cabo un hecho propio (común) del que responderán de forma independiente. Por ello, en la coautoría no rige el principio de accesoriedad, básico en la participación, sino el principio de imputación recíproca de esfuerzos y contribuciones. Con ello se

¹¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El autor mediato en Derecho Penal español. Revista ADPCP, Madrid, 1969. p. 12

quiere indicar que cada intervención se hace extensiva a los demás para que todos puedan ser considerados como autores del hecho colectivo, es decir, porque sólo de esta forma se puede alcanzar el plan delictivo común del que cada uno responde de forma independiente¹¹⁶.

El concepto restrictivo de coautoría se define comúnmente como la realización conjunta del tipo penal en virtud a una decisión común, mediante la cual se vinculan los aportes de varias personas que actúan con división del trabajo conforme a un plan global. Si el concepto restrictivo de autor está vinculado al tipo, la coautoría como forma de autoría también se define por el principio de referencia al tipo: como coautores sólo pueden responder quienes hayan co-realizado el tipo penal, como viene a reconocer el propio artículo 29 inciso segundo del Código Penal colombiano. En este principio reside el fundamento del castigo de los coautores, con la particularidad de que la conducta típica, que ha sido prohibida o mandada por considerarse peligrosa o lesiva para un bien jurídico, se realiza de forma conjunta y consciente por varias personas, a las que les pertenece y comparten la realización del tipo. Todo ello supone que los elementos configuradores de la coautoría, como la autoría en general, pertenecen al tipo, de tal forma que la coautoría se muestra como una síntesis indisoluble de momentos objetivos y subjetivos, que no aparecen yuxtapuestos, sino integrados en el tipo penal, otorgándole su verdadera dimensión¹¹⁷.

3.2.3. ELEMENTOS O REQUISITOS DE LA COAUTORÍA O DEL DOMINIO FUNCIONAL

3.2.3.1. Elemento Subjetivo

En la coautoría todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas

¹¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Autoría y Participación*. Madrid. Ed. Akal. 1996. p. 33

¹¹⁷ PÉREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho Penal*. Ed. Comares. Madrid, 1998, p. 118.

exigidas para ser autor¹¹⁸. Habrán de estar presentes los elementos subjetivos y objetivos de la autoría cuando el tipo delictivo del cual se trate lo prevea. En otras palabras, cada coautor ha de ser autor idóneo, no sólo en cuanto a su aportación sino también en referencia a las aportaciones de los demás intervinientes¹¹⁹.

a) El plan común o la decisión conjunta o acuerdo común.

Para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, es decir, un dolo común.

El acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás, por ello supone que la imputación, que en el caso de la participación es sólo unilateral, de autor a partícipe, pero no viceversa, en la coautoría es recíproca, de cada autor a los demás¹²⁰.

El acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción.

Para Jakobs¹²¹, que el acuerdo sea común, en el sentido que todos sepan y acepten lo que hacen los otros, sólo es necesario en los

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de Agosto de 2002. Rad. 13391, MP. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ. Tesis: Existe coautoría reuniéndose los requisitos de ley, no obstante que unos de los tres intervinientes en el homicidio no hay disparado contra la víctima.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de Septiembre de 2003. Rad. 19712, MP. MARINA PULIDO DE BARÓN. En concordancia con las sentencias junio 26/2002, rad. 11.451, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll y Sent. Cas. marzo 10 de 1993, rad. 6996, M. P. Ricardo Calvete Rangel. Tesis: La coautoría de los intervinientes y de su responsabilidad hasta por el dolo eventual en la comisión del delito de hurto agravado por el uso de arma de juego por algunos de los coparticipes del hecho. En este caso no estamos frente a situaciones del exceso de uno de los intervinientes.

¹²⁰ DÍAZ Y GARCÍA, Miguel. La autoría en Derecho Penal. PPu, p. 642

¹²¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid. Marcial Pons. 1955. p. 392.

casos en que la ejecución se divide en partes y cada parte se realiza por uno de los intervinientes.

El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho¹²². Mediante la decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores intimida a la víctima y el otro le quita el dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

Para Jescheck¹²³, el acuerdo común es el componente subjetivo necesario de la coautoría. Lo que constituye la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho. No basta un consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida. El acuerdo puede producirse tácitamente o mediante actos concluyentes. No es preciso que los coautores se conozcan entre sí, sino que responden en la medida en la que cada uno de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar otro u otros, y éstos se hallan imbuidos de la misma conciencia.

El elemento subjetivo de coautoría exige, simultáneamente con la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, la voluntad del dominio común del hecho por la comunidad de personas¹²⁴. Lo que requiere entonces, en principio un plan y una

¹²² BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 228.

¹²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. parte General. Barcelona, 1981. p. 936.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 512. Sin embargo este autor contempla como caso de auténtica coautoría, en que no es necesario el acuerdo común "cuando un delito sólo exige una acción ejecución o cuando, en caso de que sean necesarias varias acciones, todas las acciones ejecutivas son llevadas a cabo por una única persona, también, un interviniente, de cuya contribución no sabe nada el ejecutor, puede colaborar de un modo tan intensivo que codetermine esencialmente la configuración de las ejecuciones, según lugar, tiempo y modalidades. Ejemplo: alguien da a la víctima, a la que se va a dar muerte durante el sueño, un somnífero, sin estar de acuerdo con el ejecutor, abre además la puerta al autor, deja preparado incluso un instrumento adecuado y luego también utilizado para realizar el hecho, y finalmente impide, antes de la ejecución, que se acerquen terceras personas perturbadores de la realización del hecho. La autoría individual (autoría accesoria) del interviniente no existe por falta de acción ejecutiva de propia mano, la autoría mediata, por falta de inferioridad del ejecutor, finalmente la coautoría, según la doctrina mayoritaria, por falta del plan conjunto, así que sólo debe quedar la complicidad que resulta dudosa. Debería ser por tanto más correcto considerar suficiente en estos casos, en vez de una resolución conjunta del hecho en el sentido de un acuerdo recíproco, una resolución de adaptación, con la que el interviniente que colabora, no ejecutando inmediatamente, pero sí configurando el hecho, concreta su contribución con la acción del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta contribución, a él no se le habrá de imputar su contenido delictivo, ello se deduce de las reglas generales".

resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo.

La conexión de voluntades atañe al carácter común de la lesión a un bien jurídico que deberá ser provocada por la vía de la división del trabajo, es decir, el carácter común del hecho¹²⁵.

3.2.3.2. Elemento Objetivo

a) La esencialidad de la contribución

Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho¹²⁶. La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse lo que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario.

El problema es delimitar concretamente lo que se entiende por necesaria o esencial en la realización del hecho. Para el efecto se deberá tener en cuenta como indica Gómez Benítez¹²⁷, que una aportación esencial o necesaria no equivale a una aportación causal del resultado, sino por el contrario, debe entenderse por necesario o esencial aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización.

¹²⁵ MAURACH, R. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 375. Por lo tanto están fuera de la coautoría aquellos casos en los cuales la colaboración, con carácter de autoría por parte de varios sujetos se halla prevista por el propio tipo penal y no depende de la arbitrariedad de quienes actúan. La doctrina dominante considera estos casos, junto con otros, mayoritariamente bajo la descripción de participación necesaria.

¹²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Cit., p. 940.

¹²⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Cit., 1984. p. 126.

La doctrina científica y la jurisprudencia han aportado distintas fórmulas para definir el aspecto esencial o necesario de la función desarrollada, que da lugar a que se considere que el sujeto domina el hecho: 1) la que alude a que el sujeto domina funcionalmente el hecho si puede interrumpir la realización del mismo¹²⁸ y 2) la propuesta por Roxin, que estima que lo que confiere tal dominio es el que "puede producir el desbaratamiento del plan total" si no realiza su función o su aporte al hecho. Este autor se refiere al presente elemento de la coautoría cuando indica que "alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito"¹²⁹.

A estos planteamientos se les ha criticado por su generalidad o inconcreción y por la utilización soterrada de juicios hipotéticos de causalidad. 'interrumpir el hecho', 'desbaratamiento del plan' resultan términos escasamente útiles, pero no se puede deducir de ellos claramente cuándo una aportación ha sido efectivamente necesaria, esencial para dar lugar a desbaratar el plan o interrumpir el hecho, pero sí se puede llegar a establecer una hipótesis causal: si el interviniente no hubiese actuado como lo hizo, el hecho tal, en concreto o en abstracto, no se habría realizado (juicio hipotético de necesidad, en abstracto o en concreto). La realidad es que el interviniente actuó y que, por tanto, no es válido preguntarse qué habría pasado si no hubiese actuado. Frente a esa imposibilidad de acceder a lo que efectivamente fue 'necesario' para la realización del hecho, Gimbernat propone acudir al criterio objetivo de la escasez¹³⁰. Según ésta, sería necesaria la aportación de un bien o una conducta, escasos. Sería necesaria por escasa la entrega de una pistola a quien

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963.

¹²⁹ ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. 1970. p. 67.

¹³⁰ GIMBERNAT. Ob. Cit., p. 154. Estima que para considerar 'si una cosa es escasa (esto es: si su aportación al delito es necesaria) el mejor camino a seguir es... pronunciar primero un juicio general y provisional. Este juicio provisional se convierte en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares'.

va a ejecutar un homicidio, si existiesen serias dificultades para que dicho sujeto consiguiera el arma. Este juicio se considera no depende de juicios hipotéticos, porque la entrega de la pistola es escasa en el caso concreto, con independencia de si el sujeto podría haberla conseguido de otra manera.

Para el profesor Bacigalupo, en la determinación de la coautoría es importante el aporte objetivo al hecho por parte del coautor. Sólo mediante este aporte puede determinarse si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia si es o no coautor. Propone el profesor la siguiente fórmula para determinar la existencia del codominio del hecho: "habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse"¹³¹.

b) El codominio del hecho.

En la coautoría es preciso que exista un co-dominio del hecho, esto es, que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho¹³². Como señala Roxin¹³³, "el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo", pues, "Cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo".

El dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también

¹³¹ BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 229. El 'no se hubiera podido cometerse' implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. El sujeto que presta una colaboración sin la cual al hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación.

¹³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de Febrero de 2001. Rad. 13736. M.P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ. Coautoría. Dominio del hecho. Los dos acusados exteriorizaron con creces el dominio del hecho, porque tenían el control y la dirección sobre el curso de los acontecimientos, además hicieron un aporte funcional y objetivo sin cuya presencia no se habría podido consumir el delito. He ahí la relevancia del aporte de los acusados y el dominio del desarrollo causal de los hechos, que da lugar a la coautoría y no una mera complicidad.

¹³³ ROXIN, «Sobre la autoría y la participación en el derecho penal», [trad. E. Bacigalupo], Problemas actuales de la ciencias penales y la filosofía del derecho (Homenaje al profesor Jiménez de Asua), Buenos Aires, 1970, p. 67.

existe aunque cada persona que interviene no realice por sí sólo y enteramente el tipo pues, es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes¹³⁴. De ahí que se hable del dominio funcional del hecho.

Ahora bien, la distribución de funciones no sólo se presenta entre coautores sino también entre el autor y el cómplice, por lo que es indispensable contar con algún criterio que permita establecer la distinción. Como señala Bacigalupo¹³⁵, el criterio correcto "debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito".

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

También debe tenerse presente que el aporte ha de ser "esencial" y, con esta expresión, en modo alguno se quiere decir que sea "causal". Aporte esencial y aporte causal no son sinónimos¹³⁶.

c) Aportación en fase ejecutiva

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento

¹³⁴ Campanero. Coautoría propia e impropia. Cómplice. En vigencia del código penal de 1980, la Corte Suprema seguía, un criterio extensivo para determinar quienes eran coautores de un ilícito, reduciendo el problema de autoría en el hecho que si todos los intervinientes se habían puesto de acuerdo eran coautores. Una providencia donde se recoge esta posición, que no era mayoritaria en la Sala penal, se encuentra en Sentencia 4392 del 10 de mayo de 1991, donde se plantea la situación del llamado "campanero" en un delito de hurto a un joyería.

¹³⁵ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 3ª Ed. Madrid. 1994, p. 67.

¹³⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Autoría y Participación. Madrid Ed Akal. 1996. p. 73

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

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

Por ello, Roxin¹³⁷ afirma que "lo importante es saber si la correalización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el ultimo caso puede existir una coautoría (...) mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice".

3.2.4. APARENTES FORMAS ESPECIALES DE COAUTORÍA

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

¹³⁷ ROXIN, C. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal. En, Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. (Homenaje al profesor Jiménez de Asua), Buenos Aires, 1970, p. 67.

3.2.4.1. Autoría Accesoría

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

En la coautoría accesoría no procede el principio de imputación recíproca de las contribuciones propio de la coautoría, sino que la aportación de cada autor accesorio debe considerarse por sí mismo con independencia de las aportaciones de los otros autores, lo que implica que cada autor accesorio responde únicamente por lo realizado por sí mismo, a diferencia de lo que sucede con la coautoría en la que el coautor responde por el conjunto y por lo realizado por los otros coautores.

En la autoría accesoría, cada contribución debe ser reconocida autónomamente, por lo mismo, junto a un autor directo puede existir un autor accesorio o cómplice accesorio. Equivalentemente, junto al autor doloso puede existir un autor accesorio imprudente, etc. Como afirma el profesor español Jacobo López, precisamente donde se dan con mayor frecuencia los supuestos de la autoría accesoría es en el ámbito de los delitos imprudentes. El ejemplo de la autoría accesoría imprudente sería el

incitar a una persona a conducir en forma imprudente y como consecuencia se produce un resultado lesivo. Otro ejemplo, cuando A con la intención de cobrar venganza con contra B, su enemigo le dispara en la cabeza, coincidentalmente Z también le dispara pero este con la intención de despojarle de sus pertenencias, le dispara en la humanidad de B. Un ejemplo sobre autoría accesoria y que presenta discusión sobre la problemática de la imputación objetiva es el siguiente: María y Carmen se enteran que el don Juan, es amante de las dos a las cuales les prometió matrimonio. María, con intención de matar a Juan, aprovecha que está tomando un café y le pone una cucharadita de cianuro sin que este se entere. Carmen, que sin ponerse de acuerdo con María y desconociendo lo que hizo ésta, aprovecha la situación que Juan va iniciar a beber el mismo café y en un descuido le coloca una cucharadita de otro veneno con la intención también de matarlo. Juan, ya solo, se bebe el café y muere. En el caso se comprobó que la dosis que cada cucharadita de veneno por sí mismas no eran suficientes para matar, pero sumadas las de las dos dosis lograron el resultado de muerte de Juan. En estos casos el hecho de cada una de las intervinientes se aprecia y juzga independientemente. En este caso estaríamos ante la forma de autoría accesoria de María y Carmen y bajo la imputación de tentativa de homicidio, otros autores agregan a la imputación el delito de homicidio culposo cada autora.

Welsel incluye en la autoría accesoria los supuestos de aprovechamiento del plan delictivo ajeno para lograr un fin propio. Como el caso en el que Narciso se entera de que en el avión que va a Cali un terrorista ha colocado una bomba. Narciso que quiere deshacerse de su suegra le facilita el pasaje para que viaje a Cali en ese aeroplano y efectivamente se produce su muerte como consecuencia del estallido de la bomba. Para el autor alemán Narciso es autor accesorio junto con los terroristas en la muerte de la suegra.

La coautoría queda excluida por falta del acuerdo común, otros autores resuelven el caso acudiendo a la forma de autoría mediata, por dominio de la voluntad de Narciso aprovechando la información y utilizándola para su propósito.

3.2.4.2. Coautoría sucesiva

Se presenta cuando una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, pero al fin, acoplando su actuación con la de éste, logra la consumación. No se requiere un acuerdo expreso. Es decir, alguien participa codominando el hecho en un delito que otro ya ha comenzado a ejecutar.

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

Uno de los requisitos de la coautoría es el acuerdo común, por lo que si el o los que iniciaron dicha ejecución no tenían conocimiento de esa otra aportación, no hay lugar al supuesto de coautoría. Por

tanto el coautor sucesivo únicamente responderá a partir de lo que suceda a partir de su intervención y no entra en su ámbito de competencia lo sucedido con anterioridad. Como en el caso del sujeto que participa en el hurto de los muebles de una bodega cuando ya otros inicialmente habían penetrado en el lugar dando muerte a los celadores¹³⁸.

3.2.4.3. La Coautoría Alternativa

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

El problema sería configurar el aporte de A, que no mató, surgiendo la pregunta si se trata de una coautoría, o de complicidad necesaria o incluso de actos preparatorios. Roxin¹³⁹ considera que se trata de un caso de coautoría, pues ambas contribuciones son necesarias y esenciales para la realización del hecho.

¹³⁸ La Coautoría sucesiva es posible en tanto y en cuanto el delito no esté consumado, pues si el primer autor ya ha concluido la realización del tipo no hay espacio para la actuación del coautor sucesivo.

¹³⁹ ROXIN. Ob. Cit. Por su parte, Jacobs estima que deben aplicarse las reglas generales y por ello, que quien configura y coorganiza por igual el aporte de otro de forma unificada con su parte (o domina al otro como su instrumento), responde como autor de ambas variantes. Añade el ejemplo que si dos cazadores furtivos determinan conjuntamente la noche en la que tienen menos riesgo para disparar a una pieza, y uno prueba suerte en un lugar y otro dos kilómetros más allá, solo son coautores si conjuntamente han preparado sus armas, buscado sus posiciones entre otras cosas.

3.2.4.4. Coautoría aditiva

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

Se produce cuando ocurre una agresión en grupo en la cual varios sujetos con la decisión compartida realizan al mismo tiempo la acción, pero se desconoce cuál de las aportaciones producirá el resultado. Un ejemplo sería cuando varios delincuentes con la intención de causar la muerte a varias personas que se encuentran reunidas disparan indiscriminadamente contra todas ellas o los casos de los ajusticiamientos donde la víctima es ejecutada por un pelotón de fusilamiento¹⁴⁰.

En los supuestos citados anteriormente cada autor pretendió por sí mismo realizar por completo el tipo, y el hecho de que actúen conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de funciones entre ellas, sino obtener el aseguramiento del resultado. Estos supuestos deberán resolverse de la misma forma

¹⁴⁰ El Tribunal Supremo Español, mantiene esta solución y considera que los casos de coautoría aditiva son supuestos que deben solucionarse como coautoría. Así, en STS, 21-12-92 se afirma que el dominio conjunto del hecho no se determina de la misma manera que el dominio del autor individual y del autor mediato. En esta sentencia que todo el que con su aporte lleva la probabilidad de éxito del plan delictivo "tiene una función relevante en la ejecución y deviene, por ello, cotitular del dominio del hecho". En la sentencia se expresa: "En el presente caso no es discutible que los procesados obraron sobre la base de una decisión común (concluyentemente aceptada) y que con su aporte aumentaron la probabilidad de producción de la muerte de la víctima, pues las lesiones menos exitosas contribuían a disminuir sus posibilidades de defensa e, inclusive, de huida. Es claro que todos actuaron con conciencia de que si su puñalada no servía para matar, serviría, por lo menos, para que otros tuvieran la posibilidad de continuar con la agresión si ello resultaba necesario para el plan o para que los otros tuvieran una mayor facilidad para alcanzar a la víctima. Desde este punto de vista, por lo tanto, cabe inclusive sostener que todos los procesados tuvieron una función decisiva en la configuración del hecho que fundamenta un dominio común del mismo».

que los casos de coautoría alternativa, es decir admitiendo que se trata de un caso de autoría, pues ante las diferentes contribuciones, cada una de ellas sería esencial y necesaria para la consecución del resultado.

3.2.5. COAUTORÍA PROPIA E IMPROPIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Luego del breve estudio acerca a las teorías que sustentan la figura de la coautoría en sus diferentes vertientes, en este acápite se hace una breve reseña de lo que la Corte Suprema de Justicia considera como coautoría y coautoría impropia.

La Corte Suprema, desde la expedición del Código Penal de 1980 ha venido expresando su tesis frente a la coautoría, entendiéndola como la figura que nace cuando varias personas mancomunadamente ejecutan un hecho punible y añadiendo, en providencia del 9 de septiembre de 1980 con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, que la coautoría se configura cuando el sujeto a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuran el delito, ha actuado como copartícipe de una empresa común, resultando que a todos les pertenece conjuntamente el delito, al tiempo que expone en paralelo la complicidad como figura que se verifica cuando uno o varios sujetos sin haber acción u omisión por sí misma constitutiva de delito o delitos en que participan, prestan colaboración o ayuda en lo que consideran como un hecho punible ajeno.

Luego, en providencia del 10 de mayo de 1991, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, la Corte hizo énfasis en que la tesis restrictiva de la autoría no ha tenido respaldo en la doctrina y jurisprudencia nacionales, al tiempo que manifiesta que la teoría extensiva es la que impera, procurando, como su nombre lo indica, aumentar el número de autores, y como consecuencia desde

entonces se encuentra la tendencia de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan, que genera una responsabilidad 'in solidum' de todos los partícipes, cualquiera que fuese el acto de su intervención¹⁴¹.

Ha resultado problemático determinar o diferenciar en supuestos fácticos concretos cuándo se trata de coautoría y cuando de complicidad, problema para el cual la Corte ha determinado como criterio de distinción la existencia o no de un vínculo finalístico con la realización de la conducta¹⁴². De tal forma que será coautor quien, ligado finalísticamente a la realización de la conducta, brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible¹⁴³.

La Corte ha reiterado su posición al exponer que para que una persona pueda ser considerada coautora de un delito, no sólo se exige su voluntad incondicional de realizarlo, sino también su contribución objetiva, es decir, la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues ello es lo que en últimas determina el llamado "codominio del hecho", entendiendo como "hecho" el proceso causal que con la conducta se pone en marcha.

Así, de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, es autor aquel que se encuentra en capacidad de continuar, detener o

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de diciembre de 2000. Rad. 11471, M.P. CARLOS AUGUSTO GALVEZ. **Coautoría impropia.** Resulta característico de la denominada coautoría impropia que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible realicen la conducta típica de manera conjunta pero con división de trabajo, por ello es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos que típicamente se configuren.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 05 de Octubre de 2006. Proceso No. 22358, M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Concordancia con: Sents. de casación del 26 de junio de 2002, rad. 11.451 y 10 de noviembre de 2005, rad. 23451, entre otras. Elementos subjetivos y objetivos de la complicidad y la coautoría. 3. "Para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo¹⁴⁴. Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que preacordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho¹⁴⁵. Ya se ha dicho que en el evento en el que varios sujetos actúan como autores en la realización de un mismo hecho típico, surge el fenómeno de la coautoría. En este punto se debe entrar a determinar, dependiendo la naturaleza intrínseca de la participación individual, si se trata de coautoría propia o si es impropia.

Existe coautoría propia cuando cada uno de los copartícipes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos, mientras que se configura la coautoría impropia cuando un mismo hecho típico es realizado comunitariamente y con división del trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo¹⁴⁶.

Se reconocen como característica de la denominada coautoría impropia¹⁴⁷, 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

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 06 de Abril 04 de 1995. Proceso No. 8951. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA. Dominio del hecho. Coautoría. El fenómeno jurídico de la coparticipación criminal entendida como la realización conjunta de un hecho punible, comprende la intervención de dos o más personas, ya como autores, coautores, cómplices o determinadores, siendo autor material la persona que realiza la conducta típica descrita en el verbo rector como delito. Son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de Marzo de 2006. Rad. 22327. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLADO PÉREZ PINZÓN.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de mayo de 1994. Rad. 8513, MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. Coautoría impropia. Coautoría impropia quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero todos colaborando con los demás en el propósito común, razón por la cual se refiere la doctrina a una "división de trabajo".

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 con 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 común¹⁴⁸.

3.3. CONCEPTO DE AUTOR MEDIATO

La autoría mediata surge cuando un sujeto realiza la conducta punible usando o utilizando a otro como instrumento que será quien la ejecute directamente. En estos casos, el autor mediato domina el hecho a través de otra persona. En estos casos el autor mediato dominando la voluntad del sujeto de adelante, quien debe ser una persona, lo utiliza como una herramienta¹⁴⁹.

Es preciso, afirma Barja de Quiroga¹⁵⁰, para que pueda decirse que se trata de un caso de autoría mediata, que la acción ejecutada por el instrumento aparezca como obra del hombre de atrás. El hombre de atrás, el autor mediato, ha de tener las características especiales de la autoría: elementos objetivos de dominio (la infracción del deber, en los delitos especiales; y, la realización por si mismo de la acción, en los delitos de propia mano) y, elementos subjetivos de cualificación típica (elementos subjetivos del tipo: ánimo de lucro, etc.).

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2002. Rad. 11862. M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de Abril de 2004. Rad. 18656, M.P.: MAURO SOLARTE. En concordancia con Casación penal. Auto de marzo 1097. Radicación 9047. M.P. Rangel y la Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000. Proceso 15610. M.P., Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Concepto de autoría mediata. En la autoría mediata, en cambio - ha dicho la Corte - el ejecutor material no responde penalmente porque solo es un instrumento que es utilizado por el verdadero y único autor. La ausencia de responsabilidad en este caso se fundamenta en que el ejecutor material (instrumento) actúa atípica, justificada o inculpalemente, lo cual puede ocurrir por coacción insuperable, error invencible o por haber sido utilizado como inimputable.

¹⁵⁰ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Akal. Madrid, 1996. p. 69

En la actualidad, la admisión de la autoría mediata se encuentra expresamente regulada en el artículo 29 del Código Penal cuando dice que autor es quien realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento¹⁵¹.

En esta nueva forma de autoría que, apenas ha tenido algunos pronunciamientos por parte de las Altas Cortes, se afirma que la autoría mediata no es posible cuando el instrumento actúa plenamente responsable. En estos casos, el ejecutor debe responder de su acción y no puede hablarse de autoría mediata dado que no hay lugar a un supuesto de dominio de la voluntad. En tales situaciones, el "instrumento" será autor del hecho, mientras que el hombre de atrás será un inductor. No obstante, la doctrina admite como supuestos de autoría mediata los casos en los que el autor obra dentro de un aparato organizado.

Muy a menudo los autores dan por supuesto el concepto de autoría mediata, a tal punto que consideran innecesario definirlo, y ello en parte por la circunstancia según la cual la autoría mediata se ha desarrollado en gran medida como respuesta a las necesidades prácticas en la legislación penal alemana. Fue la jurisprudencia alemana la que se vio obligada a desenvolver el concepto con base en casos de la vida real, y en su apoyo estuvo la doctrina, que planteó nuevos casos teóricos para configurar la institución bajo estudio.

La doctrina ha buscado precisar el concepto de autor mediato definiendo sus rasgos fundamentales, así:

Para el profesor Bacigalupo, el autor mediato es el que "dominando el hecho y poseyendo las demás características

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 05 de diciembre de 2007. Rad. 28780, M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS. En concordancia con la sentencia de la Sala de Casación Penal, Sent. abril 21 de 2004, rad. 18656. De las diferentes formas de autoría y participación.

especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para le ejecución de la acción típica”¹⁵²

Para Fernando Velásquez¹⁵³ la autoría mediata se presenta cuando el agente realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta consagrada en la ley; por eso, en esta forma de autoría el dominio del hecho requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás" quien - gracias a su influjo - debe tener en sus manos al intermediario.

Gómez Benítez¹⁵⁴, estima el autor mediato como el que realiza el tipo penal, pero que no lo ejecuta directamente sino que utiliza otra persona para llevarlo a cabo, que es quien actúa como instrumento de su voluntad. En el mismo sentido se pronuncia Emilio Moreno¹⁵⁵, aclarando, que el autor inmediato no es responsable, salvo el caso de quien actúa dentro de un sistema organizado de poder.

Según Quintero Olivares¹⁵⁶, la autoría mediata es también una forma de autoría principal y el autor mediato es la persona que realiza el correspondiente tipo penal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconsciente de la trascendencia penal de lo que está realizando. Insiste en la necesidad de señalar que el autor inmediato debe llevar a cabo el hecho en forma inconsciente de la significación fáctica o jurídica de lo que hace, lo contrario daría lugar a los casos de inducción; de otra parte no admite la autoría mediata en los casos de 'órganos de poder'.

¹⁵² BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General" Tercera edición. Akal. Madrid. 1994. p. 219.

¹⁵³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General" Segunda Edición. Temis. Santa fe de Bogotá. 1995. p. 556.

¹⁵⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Teoría Jurídica del delito. Parte general". Civitas. Madrid. 1992. pp. 141 y ss.

¹⁵⁵ MORENO BRAVO, Emilio. "Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría. Autoría mediata y delitos impropios de omisión" Dykinson. Madrid. 1997. p. 70.

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho penal. Parte general". Cedes. Barcelona. 1997. p. 461.

Mir Puig, siguiendo la opinión de Jescheck define el autor mediato como el que realiza el hecho utilizando a otro como instrumento, donde lo decisivo es la relación existente entre el autor mediato y la persona de la cual se sirve: la relación debe ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás. Si en principio, el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe, en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario. Estima que la razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar a la persona de atrás.

Entre autores de la doctrina alemana, Maurach define al autor mediato como aquel que "para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)"¹⁵⁷.

Welzel explica que en esta autoría "se utiliza a terceros" para los fines del autor, quien conserva el pleno dominio del hecho a realizar¹⁵⁸. En esta situación están tanto el que emplea una persona que no actúa dolosamente (caso del médico que entrega a la enfermera, con intención homicida, una inyección de morfina demasiado fuerte para ser aplicada al enfermo, a consecuencia de lo cual este fallece), como también el que usa a un tercero que actúa con miras al resultado del delito, pero sin libertad (recurrir a inimputables, como niños, para la comisión del hecho).

Roxin caracteriza la autoría mediata como el dominio de la voluntad: alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano,

¹⁵⁷ MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal" Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona. 1962. p. 314.

¹⁵⁸ WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte General" Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires. 1956. p. 106

sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designado como herramienta en manos de éste¹⁵⁹.

La particularidad de la autoría mediata, consiste en que el determinador pone en movimiento la actividad de un ser humano, por medio de una contribución causal. La autoría mediata es la realización de un delito por un autor que no actúa de propia mano, sino a través de una tercera persona, total o parcialmente.

Presupuesto de la autoría mediata es siempre la participación de varias personas en la comisión del delito, pero a diferencia de lo que ocurre normalmente, no es autor quien externamente realiza el delito, sino aquel que actuó detrás de él y lo utilizó para sus fines de realizar el hecho ilícito. Pero la realización del delito por el ejecutor, no es una acción del autor mediato, y no es necesario fingirlo así, para lograr la punición de éste¹⁶⁰. La acción punible del autor mediato consiste en su efecto sobre la persona utilizada, o en la utilización de una actividad ocasional de ella.

La autoría mediata se distingue de la autoría inmediata básicamente por la especial forma de relación o de actividad, por medio de la cual el autor mediato da su contribución causal al resultado. Esta forma particular de contribución consiste en conectar o introducir la acción de una tercera persona, entre su acción (la del autor mediato) y el resultado. Lo que le otorga calidad de autor al mediato -bien entendido si tiene el dominio del hecho-, es el acto de conexión de una tercera persona, como medio de ejecutar el delito, entre su acción y el resultado, pues por ello el autor mediato puede ser considerado como causa del resultado producido¹⁶¹.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. "Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Buenos Aires. 1970. p. 62.

¹⁶⁰ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La autoría mediata. San José de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1970. p. 20.

¹⁶¹ BAUMANN, GA. Ob. Cit. 1964, p. 255.

Lo anterior tiene una consecuencia inmediata: para la punición del autor mediato debe partirse exclusivamente de su *acción*, que es el acto de conexión del instrumento en el proceso causal. La responsabilidad del autor mediato debe verse independientemente de la responsabilidad del instrumento. Puede ocurrir que el mediador del hecho sea inculpable o sea culpable, o que su acción se encuentre justificada o sea atípica.

3.3.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN EL CONCEPTO

Si se tiene en cuenta que la autoría mediata se presenta cuando el agente realiza el tipo penal sirviéndose de otra persona que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta consagrada en la ley penal, la autoría de dominio requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás", quien gracias a su influjo debe tener en sus manos al intermediario¹⁶². Así, la autoría mediata es una forma de autoría y, al igual que la autoría inmediata, se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho.

De lo anterior se desprende que para la existencia de la autoría mediata se deben reunir diversas condiciones, tales como¹⁶³:

En primer lugar, el dominio del hecho debe tenerlo el hombre de atrás, pues si lo posee el instrumento o lo comparte con aquel, o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de personas en el hecho punible.

Puede ocurrir autoría mediata a través de una cooperación que exteriormente se presente como complicidad, si depende del

¹⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General" V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985. p. 919.

¹⁶³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General" Segunda Edición. Temis. Santa fe de Bogotá. 1995. p. 558.

comportamiento del hombre de atrás el que el hecho pueda llegar a ser cometido (el sobrino vierte, por ejemplo sin ser visto, veneno en la taza de café que la asistente, desconocedora de ello, sirve al tío rico).

Pero, además, en los delitos de resultado también habrá que considerar suficiente una cooperación secundaria y externamente del todo inesencial si el que actúa directamente lo hace sin dolo, porque en tal caso el hombre de atrás es el único que advierte la situación (alguien sirve, por ejemplo, a otro, por solicitud del mismo, un vaso de agua para diluir un medicamento, pero ha advertido que el otro ha tomado por error un veneno mortal)¹⁶⁴. La frontera de la autoría mediata se alcanza, sin embargo, cuando la ley penal valora el comportamiento del que actúa directamente como un hecho doloso plenamente delictivo, ya que entonces deja de ser posible jurídicamente la dominación por parte del hombre de atrás¹⁶⁵.

En segundo lugar, el instrumento debe encontrarse subordinado al hombre de atrás, lo cual significa que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en este último y referirse solo a él¹⁶⁶.

La subordinación puede proceder de coacción, error, incapacidad de culpabilidad o, también de la sola circunstancia en la que el hecho al que ha sido inducido por el hombre de atrás no pueda ser acometido en absoluto por el que actúa directamente, por faltarle la necesaria cualificación o intención.

¹⁶⁴ Así, ROXIN, Claus. "Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal". Traducción: Joaquín Cuello y José Luis González. 6ª ed. Marcial Pons. Madrid. pp. 175 y ss. En distinto sentido, M.E. Mayer, Lehrbuch. Cit. p. 377.

¹⁶⁵ En distinto sentido, para los casos de error de prohibición vencible, de error sobre el concreto sentido de la acción y sobre el dominio de la voluntad por virtud de un aparato de poder organizado, teoría del "autor tras el autor"; Cfr. ROXIN, Lange-Festschrift, pp. 179 ss.

¹⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985. p. 921.

La cuestión de cuándo ocurre en concreto esta posición subordinada puede evidentemente, resultar dudosa y no encuentra respuesta unitaria en los distintos grupos de casos de autoría mediata.

En tercer lugar, continuando con los requisitos, debe tratarse de un tipo penal que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor (de propia mano) o una característica especial en el autor (delicta propia), o un elemento subjetivo del tipo de carácter especial (delitos de intención), pues en ellos no cabe la autoría mediata.

Finalmente, tampoco es posible esta forma de autoría si el instrumento no realiza conducta penalmente relevante, por presentarse en él una de las causas de inexistencia¹⁶⁷, pues en tal hipótesis se configuraría una verdadera forma de autoría directa o autoría en sentido estricto¹⁶⁸.

En los casos que falte la acción del instrumento, explica el profesor Bacigalupo, porque se lo utiliza mediante fuerza física irresistible o de una forma análoga, no da lugar a autoría mediata sino a autoría directa. El que atropellado por un automóvil, va a dar contra un escaparate y rompe el cristal o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de acto reflejo, no son instrumento del actor mediato, sino serán autores inmediatos quienes ocasionaron tales desplazamientos que dieron lugar a los daños¹⁶⁹.

¹⁶⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. Temis. Santa fe de Bogotá. 1995. p. 556.

¹⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Tercera edición. Akal. Madrid. 1994. p. 221

¹⁶⁹ BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Tercera edición. Akal. Madrid. 1994. p. 221.

3.3.2. SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA

En este acápite se plantean los casos propios de autoría mediata. La discusión sobre su existencia, fundamento y admisión por el derecho penal no es pacífica, aunque en general son admitidos por la doctrina mayoritaria.

3.3.2.1. El dominio de la voluntad mediante la coacción

Frente a esta primera forma de instrumentalización se plantea la cuestión acerca de cómo puede fundamentarse el dominio del hecho en un sujeto que ejerce coacción sobre otro y éste, en virtud de ella, comete un delito.

En el uso de la fuerza para obtener la realización de un delito por parte de un tercero, se presenta una situación de complementación de acciones, por tanto el comportamiento del que coacciona como el del ejecutor del hecho son independientes, pero en conjunto materializan el tipo penal. La del primero termina cuando logra doblegar la voluntad del coaccionado decidiéndolo a la comisión del hecho, y la del segundo comienza en esa oportunidad con los actos tendientes a concretarlo. Cada comportamiento tiene su propia identidad y su propia finalidad: la del autor mediato, lograr que el presionado se decida a realizar el hecho que él le indica, la de este último, concretar materialmente el suceso cuya realización se le impone. Aquí no hay una sola acción del sujeto múltiple, pues la finalidad de los comportamientos de uno y otro interviniente son distintos y personales; no existe acuerdo en cuanto al propósito de un actuar en conjunto y una división de la actividad mutuamente aceptada; hay una voluntad, la del autor mediato, que se ha impuesto coercitivamente sobre la del realizador inmediato; el primero descarta su participación en la ejecución material del hecho que en plenitud queda a cargo del forzado, cuyo

propósito no es otro que el de cumplir aquello que le ha sido impuesto, que constituye el designio forzado de su acción.

Ambas acciones se complementan mutuamente, pues el que emplea la fuerza quiere el hecho delictivo, y lo quiere ejecutado por el coaccionado, considerando el comportamiento de éste, más que como complemento de su propia acción, como su resultado o consecuencia. Por otra parte, el ejecutor inmediato del hecho tiene conciencia de que está cumpliendo un designio que le ha sido impuesto por quien lo presiona y que al concretarlo dará satisfacción a aquél; la finalidad de su acción y la decisión de cumplirla no han sido libremente adoptadas por él pues su voluntad ha sido doblegada coercitivamente.

El que usa la fuerza para obligar a otro a cometer un delito debe actuar con dolo directo con relación a la acción de fuerza¹⁷⁰. Debe dirigir su acción de coacción precisamente a la obtención de que el tercero realice el hecho descrito por el tipo penal; si no ha sido así, aunque haya pensado, el que empleó la fuerza, que la misma podría -como posibilidad- tener ese efecto en el tercero, no puede ser calificado como autor de lo que en definitiva este tercero ejecutó.

Es autor mediato únicamente aquél que concretamente dirigió su actividad de fuerza al objetivo de que otra persona realizara un determinado delito. A su vez, no se ve inconveniente para que el autor mediato responda, a título de dolo eventual, de lo realizado por el coaccionado, con relación a las posibles desviaciones o alteraciones que sufra en el evento durante su concreción por este último.

¹⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del delito. Autoría y Participación. Chile. p. 295.

Se ha precisado que hay dos acciones complementarias, la del coaccionador y la del forzado; el primero responde de la del segundo en calidad de autor, siempre que en su propia acción haya actuado con dolo directo. De la acción del forzado, responde hasta del dolo eventual. En cuanto a la situación del ejecutor inmediato, le son aplicables las reglas generales.

No constituye verdadera autoría mediata la de quien se sirve de un instrumento humano que obra sin acción. Esto es, la autoría mediata tiene lugar cuando se trata de una situación vis compulsiva, la vis absoluta origina la autoría inmediata.

3.3.2.2. La autoría mediata y la inducción

El dominio del hecho en los supuestos de coacción, constituido por la utilización de la fuerza sobre el sujeto de adelante es para la doctrina indiscutible para dar lugar a la autoría mediata¹⁷¹. Lo anterior no quiere decir que no se cuestione tal presupuesto. Si bien se detecta una aceptación del dominio del hecho en estos casos, se considera que el fundamento y límites del dominio del hecho mediante coacción, resulta bastante controvertido, ya que la utilización de la violencia para conminar a otro a que ejecute un delito no es algo privativo de la autoría mediata¹⁷².

La doctrina admite que el empleo de medios violentos para la determinación dolosa de otro a cometer un delito, puede constituir también la base para una inducción¹⁷³. Además que la coacción es un medio propio para la autoría directa, pues no toda fuerza produce

¹⁷¹ ROXIN, Claus "Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Buenos Aires. 1970. p. 160.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 08 de agosto de 2007. Rad. 25974, MP. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ. Diferencia entre autor mediato y determinador.

¹⁷³ MAURACH. Derecho penal. parte General. II. Formas de aparición del delito. p. 683; Gallas. Deiträge. p. 198; Meyer. Derecho Penal. Parte General. p. 309; Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho penal. 4 º Ed. p. 384; Cobo del Rosal/Vives Antón. Derecho penal. Parte General. p. 574; Mir Puig. Derecho Penal. parte General. p. 422; Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código penal, tomo I. p. 845; Quintero Olivares. Los delitos Especiales; Cerezo Mir. Problemas fundamentales. p. 340; Octavio de Toledo y Ubieta Tocildo. Derecho penal. parte General. p. 387.

instrumentalización en el intermediario para la configuración de la autoría mediata, precisamente como se veía arriba, en aquellos casos en que priva al instrumento de su capacidad de acción¹⁷⁴.

Aun cuando la doctrina considere que la delimitación entre autoría mediata e inducción, cuando se ha coaccionado a otro a realizar un delito, es innecesaria desde el punto de vista práctico, toda vez que tanto a uno como a otro corresponde la misma pena¹⁷⁵, resulta importante, para otras consecuencias, encontrar un criterio que determine cuándo se está ante una autoría -mediata o inmediata- y cuándo ante una participación, pues si en principio la pena no varía, estar ante una de las situaciones de autoría o participación da lugar a consecuencias jurídicas distintas. Es cierto, como se indicó respecto de la autoría mediata, que el grado de violencia no puede verificarse en una ausencia total de acción en el instrumento, porque ante la fuerza irresistible se excluiría la acción del sujeto directo, hasta el grado en el que elimine un marco de libertad en el que pueda sustanciarse la resolución delictiva, más o menos libre del inducido, dejando intactas las posibilidades tanto de una autoría mediata como de una inducción. Y esta limitación es la que se estima conveniente y necesaria. La determinación del título en virtud del cual se le imputa el hecho a un interviniente no explica automáticamente la clase de responsabilidad que contraen los demás sujetos en un hecho punible, por lo que la averiguación de la autoría o participación no debe centrarse en un lado del problema - en el del sujeto de atrás- se puede analizar también la actuación del sujeto de adelante. Así, Del Rosal Blasco justifica la clara diferenciación entre autoría mediata e inducción no sólo por razones sistemáticas o político-criminales, sino también por razones de punibilidad¹⁷⁶.

¹⁷⁴HERNÁNDEZ PLASENCIA. La autoría mediata. Cit. p. 83. La autoría presenta un elemento común con la autoría directa: el dominio del hecho. La diferencia que marca la autoría mediata se establece en la no competencia ejecución del tipo por el sujeto de atrás, pues la lesión del bien jurídico en los casos de autoría mediata es producto, al menos de dos comportamientos humanos.

¹⁷⁵CEREZO MIR. Problemas fundamentales. p. 432 estima que frente a la pena del inductor propone una de lege ferenda, una atenuación facultativa de la pena. Stratenwerth. Strafrecht. A. T. número 774.

¹⁷⁶DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. La provocación. La provocación para cometer delito en el Derecho Penal español. Madrid, Edersa, 1986. 230.

Dependiendo del criterio que se sustente para fundamentar el dominio del hecho, puede resultar que al instrumento le pueda o no alcanzar también la pena y no sólo, por tanto, al autor mediato, mientras que esto es normalmente así en la inducción, el sujeto de adelante será también y siempre autor, un responsable criminal. Por el contrario, si la coacción fundamenta una autoría mediata, el sujeto de adelante en bastantes supuestos, aunque no necesariamente en todos, no será responsable. Por ello, a pesar de que se hable de dominio del hecho mediante coacción, no significa que constatada una coacción sobre otro pueda hablarse ya de dominio; el dominio como se verá, se determina mejor sobre los efectos que produce la coacción que sobre la propia entidad de la misma.

Desde el punto de vista no sólo teórico sino también de la aplicación del Derecho positivo, la distinción entre autoría mediata e inducción resulta imprescindible como en el caso del artículo 143¹⁷⁷ numeral 1º del Código Penal, donde se requiere precisar el alcance de la instigación al suicidio para aplicar o no este precepto¹⁷⁸. Además, la delimitación entre autoría mediata e inducción se hace precisa también por estrictas razones de punibilidad, pues ésta será distinta, incluso inexistente, en la tentativa de inducción que en la tentativa en autoría mediata.

La doctrina considera que son adecuados para inducir a una persona a delinquir, tanto los beneficios prometidos o acordados al autor como la coacción u otra amenaza mientras el autor, naturalmente no pierda el dominio del hecho, pues en este caso se estaría ante un supuesto de autoría mediata¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Art. 143 del CP. "El que induzca al suicidio de otro..."

¹⁷⁸ En el StGB alemán a pesar que también equipara punitivamente al inductor y al autor, donde, hasta hoy no existe un precepto similar al actual art. 143, lo que conlleva bien a la impunidad -la inducción y el auxilio al suicidio no están regulados- o bien a la autoría mediata de homicidio.

¹⁷⁹ BACIGALUPO. Principios de derecho penal. cit. p. 384.

Por lo indicado anteriormente, la determinación estructural de la autoría mediata ha planteado considerables dificultades para la doctrina y la jurisprudencia. Ello ha obedecido, en primer lugar, a que desde una perspectiva externa, la autoría mediata se presenta como un campo límite difícil de fijar entre la autoría individual y la participación. Con la autoría directa tiene en común que el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho. Por otra parte, la autoría mediata y la inducción tienen en común que ambas formas delictivas causan el resultado típico, mediante la motivación de una persona para consecución de este resultado.

Maurach¹⁸⁰, al establecer diferencias entre la autoría mediata y la participación, considera que el aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento, mientras la inducción se manifiesta por 'la corrupción de un ser humano libre'.

3.3.2.3. Instrumento que actúa sin dolo

Para el profesor Bacigalupo, los casos del instrumento que obra sin dolo, constituyen la primera hipótesis de autoría mediata que se presenta cuando se utiliza como medio para alcanzar el fin propuesto, a otra persona cuya acción no se dirige al fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera¹⁸¹. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error sobre las circunstancias del tipo.

¹⁸⁰ MAURACH/GÖSSEL. Derecho penal, parte General. II. Formas de aparición del delito, p. 340.

¹⁸¹ BACIGALUPO. Enrque. Principios de Derecho Penal. Cit. 4ª Ed. p. 218; Mir Puig, Santiago. Derecho penal, Parte general. Cit. p. 374. Plantea el ejemplo de alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital. STS. Del 22 de Abril de 1988.

El clásico ejemplo es el de la enfermera a quien alguien le cambia la medicina que va a inyectar por un veneno, el cual produce la muerte al paciente. Quien tal hace, es autor mediato, mientras que la enfermera es un instrumento que actúa bajo error de tipo. Otro ejemplo: es autor mediato del delito de daño en bien ajeno, el individuo que pone a un obrero a destruir una cosa ajena, asegurándole que es propia.

Para Gómez Benítez¹⁸² quien crea un error sobre el tipo en otra persona, o utiliza delictivamente el estado de error de otro, es autor mediato del delito doloso, ya que el instrumento actúa sin dolo. El hombre de atrás tiene el dominio de la voluntad, pues es quien tiene el conocimiento sobre las circunstancias de hecho que conforman el tipo objetivo¹⁸³.

Ejemplo: el caso en el que el autor mediato introduce un cargamento de drogas o de armas en la embarcación del amigo -sin que este lo sepa-, que es descubierto en el control de aduana. Si el ejecutor directo actuase imprudentemente, dice Gómez, porque podía prever tal acontecer e infringió su deber de cuidado, la conducta del hombre de atrás es de autoría mediata del delito doloso, y la del ejecutor es de "autoría directa accesoria" del delito imprudente, si es que el tipo admite la imprudencia. El hombre de atrás sigue "dominando la voluntad" del ejecutor directo, incluso si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente, ya que ésta tampoco implica voluntad final del resultado, que sigue estando dominado por la voluntad del hombre de atrás.

El tratamiento en estos casos de autoría mediata responde al máximo al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría que quien coloca intencionalmente en un error de tipo al que actúa, o

¹⁸² GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1984. p. 135.

¹⁸³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y Participación. Akal. Madrid, 1996. p. 38.

aprovecha un error ya existente, posee el dominio del hecho y por ello debe responder como autor¹⁸⁴.

Afirma Maurach, que es muy frecuente la autoría mediata ante una acción no dolosa del intermediario¹⁸⁵. Si el intermediario incurre en error acerca de los elementos fundamentales de los delitos, es decir, acerca de la existencia de los elementos del tipo objetivo, entonces el "hombre de atrás", que ha planificado estas carencias de conocimiento, actúa con un dominio del hecho especialmente evidente. El error de tipo del actuante directo pertenece a uno de los casos más manifiestos de autoría mediata¹⁸⁶.

Es claro que quien utiliza como instrumento a una persona que se encuentra en error sobre la acción que realiza y que no actúa ni dolosa ni culposamente, es autor mediato. Poco importa, por otro lado, que haya sido el autor mediato quien haya creado la situación de error en que se encuentra el instrumento o que el autor mediato simplemente se aproveche de un error ya existente en el instrumento.

Según Roxin, en todos estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa, puede sentarse una regla general: "cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúa sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato"¹⁸⁷.

¹⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cit. p. 923. Trae como ejemplo del dominio mediante error los siguientes: Quien sin estar legitimado para ello, hacer recoger traviesas de ferrocarril a un comprador de buena fe de tramos varios, es autor mediato del hurto (...) Es autor mediato de un homicidio quien proporciona un arma cargada a quien quiere gastar una broma con un fusil descargado (...) El médico que determina que el farmacéutico de buena fe expendá drogas a no legitimados, se hace culpable de la ilícita introducción en el tráfico como autor mediato.

¹⁸⁵ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Parte General. cit. p. 335.

¹⁸⁶ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal... cit. p. 339.

¹⁸⁷ Así, Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. p. 178.

De acuerdo a la regla anterior, es autor mediato quien no determina al instrumento (ni doloso ni culposo) sometido a error, sino simplemente le presta ayuda o cooperación, en circunstancias tales que si el mediador del hecho actuara dolosamente habría un acto de complicidad. Así, A quiere jugarle una broma a B, con una pistola que A cree descargada. A le pide la pistola a C, quien, sin embargo, sabe que está cargada y conoce la situación de error en que se encuentra A. En este caso, C es tan responsable de la muerte de B como si hubiera él mismo disparado sobre B, porque C utiliza a A como un factor ciego en la cadena causal que él plantea, para realizar el homicidio de B.

Cuando el instrumento está sometido a error de tipo y no es doloso ni culposo, convierte en autor mediato a quien realiza las contribuciones dolosas al resultado, aunque no sean esenciales en la cadena causal¹⁸⁸. Por ejemplo, la madre pide a su vecina un vaso de agua para darle una medicina para su niño. Pero la madre se equivoca y en vez de la medicina toma un veneno, situación de error de la que se dio cuenta la vecina. A pesar de conocer el error de la madre, la vecina, sin decirle nada, le alcanza el vaso de agua.

En este caso la madre, pudo procurarse por ella misma el vaso de agua, pero la vecina es autora mediata del homicidio del niño, a pesar de que la madre actuara con dolo, la acción de la vecina sería únicamente de complicidad¹⁸⁹. También es cierto que si la vecina no hubiera realizado acción alguna, aun conociendo el error de la madre y pudiendo impedir el resultado, no habría podido ser responsabilizada del homicidio, puesto que ella no tenía posición de garante y no podría ser, por tanto, autora de un delito de homicidio de comisión por omisión. Pero en tanto que ella entra voluntaria y activamente en los acontecimientos, la vecina es la única que actúa

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. p. 177.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio... Cit. p. 175.

conscientemente para la destrucción de la vida del niño y, por ser la figura central del acontecimiento, es autora mediata.

En consecuencia, puesto que el instrumento no doloso no actúa finalmente hacia el resultado, el sujeto de atrás se convierte en la figura central del acontecimiento, ya que sólo él mediante su intervención en el curso causal, dirige el acontecimiento en la dirección del resultado¹⁹⁰. El desconocimiento del instrumento no doloso es la circunstancia que permite al sujeto de atrás maniobrar y reconducir su acción hacia el resultado, de tal forma que, el dominio del hecho surge porque el actuar finalista del sujeto de atrás, con un superior conocimiento, le proporciona la supradeterminación final del curso casual¹⁹¹. Puesto que el instrumento no doloso no actúa finalmente hacia el resultado, el sujeto de atrás se convierte en la figura central del acontecimiento, es el espíritu rector, ya que sólo él mediante su intervención en el curso causal, dirige el acontecimiento en la dirección del resultado. Ello lo permite la circunstancia en la cual el instrumento no doloso sometido a error no actúa en su específica cualidad humana, por lo que nunca podrá ostentar el dominio del hecho.

Para solucionar estos supuestos, orienta la doctrina, es preciso distinguir si se está frente a un error de tipo invencible o vencible. Si se trata de un error invencible, el ejecutor directo no sería responsable, pero, el hombre de atrás realizaría el tipo dolosamente en autoría mediata. Ahora bien, si el error es vencible, el ejecutor directo habría actuado de forma imprudente y, por tanto, sería autor imprudente del delito (si el tipo permite la comisión imprudente), mientras que el hombre de atrás seguiría siendo autor doloso en autoría mediata. Por consiguiente, sería un caso de autoría accesoria en el que una persona es autor accesorio imprudente y la otra autor accesorio mediato doloso.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 173.

¹⁹¹ IJERNÁNDEZ PLASENCIA, José. La Autoría mediata. Cit. p. 176.

3.3.2.4. Instrumento que obra sin Culpabilidad

Bajo esta clasificación se distinguen dos supuestos: Que el instrumento obra con error de prohibición y que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad, casos de inimputabilidad¹⁹².

a) Instrumento que actúa bajo supuestos de error de prohibición

No obra culpablemente quien no está en condiciones de comprender la antijuricidad de su hacer, esto es, quien actúa sin la posibilidad de conocer su ilicitud; por ello, cuando el agente no sabe ni puede saber que su conducta contradice los mandatos y las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad. En otras palabras: el que se conduce motivado por un error de prohibición y se dan ciertas condiciones, es inculpable; así sucede en el ejemplo de la persona procedente de un país extraño con otro orden jurídico constituido, o que recibe una información falsa sobre el Derecho del país al cual llega¹⁹³.

Con respecto al error de prohibición, se ha discutido en el campo del finalismo su relevancia para configurar la autoría mediata del sujeto de atrás. Welzel manifiesta que "es cierto que el error de prohibición facilita la decisión de ejecutar el hecho, pero no hace a la persona que determinó el error señor sobre el acontecer fáctico"¹⁹⁴. Sin embargo, esto no resulta incompatible con la autoría mediata, como señala Hirsch, cualitativamente no se constata una diferencia entre "realizar una determinada acción contraria a la

¹⁹² BACIGALUPO, Enrique. Principio de Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición, Akal. p. 323.

¹⁹³ STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de Gladys Romero, Madrid. Edersa, 1982. p. 177.

¹⁹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Cit. p. 103. En el mismo sentido Stratenwerth. Strafrecht num. 777. Estima que el desconocimiento de la prohibición jurídica no aparta como tal al dominio del sujeto de delante sobre el acontecimiento.

norma mediante la amenaza de muerte o la integridad física, o que ello se logre cuando se produce o se aprovecha su error de prohibición”¹⁹⁵. Desde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto de adelante sobre la licitud de su acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarle hacia la ejecución del hecho prohibido, puesto que está dominando una cualidad, la cualidad lesiva de la acción.

Siguiendo la doctrina del profesor Bacigalupo, en el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable la solución es la misma que para los inimputables, pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras que el autor mediato es tal, precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad¹⁹⁶.

La duda se plantea, en los supuestos de error vencible de prohibición del instrumento ejecutor¹⁹⁷. En estos casos el instrumento ejecutor directo no sólo realiza el tipo doloso y su antijuricidad, sino que actúa, además con culpabilidad, aunque disminuida. Esta concurrencia de todos los elementos del delito en la acción del instrumento ha movido a la doctrina dominante a considerar que en estos casos no concurre autoría mediata del que creó o aprovechó ese error evitable del ejecutor directo del hecho. Por eso se considera que el que domina el hecho es, en este caso, precisamente, el ejecutor directo, y no el hombre de atrás, del que no puede decirse que el hecho aparezca como obra suya, es decir, como obra de su voluntad y no de la del ejecutor directo. El hombre de

¹⁹⁵ HIRSCH. Acerca de los límites de la autoría mediata. Presupuesto para la Reforma penal. En, Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de la Laguna, 1992. p. 116.

¹⁹⁶ BACIGALUPO, Enrique. Principios del Derecho Penal. Parte General. cit. p. 223.

¹⁹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Akal. Cit. p. 62. Estima que si el error de prohibición fuere vencible se presentan dos soluciones diferenciales: Para una parte de la doctrina, si el error de prohibición es vencible, como el instrumento actúa culpablemente, -con culpabilidad atenuada- ha de concluirse que la intervención del hombre de atrás tiene que ser considerada participación -inducción, si creó el error; cómplice, si aprovechó el error- y no autoría mediata. Otra parte de la doctrina, Maurach, Roxin, Bacigalupo estima que en los casos de error de prohibición vencible no debe rechazarse absolutamente la posibilidad de la autoría mediata.

atrás sólo aparece aquí, pues, como partícipe inductor sí creó el estado de error evitable, o partícipe cómplice si sólo se aprovechó del mismo¹⁹⁸.

b) Autoría Mediata con Instrumento Inimputable

La autoría mediata con instrumento, donde se utiliza a un menor o a un inimputable como mediador del hecho, para realizar por su medio el tipo penal, constituyen los casos menos discutidos de autoría mediata¹⁹⁹.

La doctrina dominante²⁰⁰ estima que el planteamiento de los inimputables debe resolverse viendo si el instrumento inimputable desarrolló en el caso específico una determinada voluntad dolosa, y si éste es el caso, niega la autoría mediata y afirma la inducción del determinador y la autoría inmediata del inimputable. Así, el caso del instrumento que obra en estado de incapacidad de culpabilidad por ser el sujeto de adelante un menor de edad o un enfermo mental, no ofrece en principio problemas. Admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como supuestos de inducción, si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de la autoría mediata. "Si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad sólo habrá inducción"²⁰¹.

Establecer si un individuo que determina a un inimputable a cometer un delito, es un inductor o autor mediato tiene un interés práctico, para el Derecho Penal. Así:

¹⁹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ. Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General. cit. p. 131.

¹⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Autoría y participación. Akal. Cit. p. 51. Estima que en los supuestos de instrumento inimputable, incapaz de culpabilidad, como en los casos de menores, embriagados, es preciso conocer hasta que punto existe esa falta de capacidad, pues, si a pesar de dicha carencia pueda tener el dominio del hecho, en vez de autoría mediata, se trataría de una inducción. Moreno y Bravo, E. Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, Autoría mediata y delitos impropios de omisión. Dykison, 1997. p. 76.

²⁰⁰ GALLAS. Materialien. I, Cit., p. 134. Jescheck. Tratado de derecho penal. Parte General. Cit., p. 507.

²⁰¹ BACIGALUPO. Enrique. Principios de Derecho Penal. 4ª Ed. Cit. p. 218. Posición recogida en sentencia del 30 de enero de 1952 (Nº. A. 27) que consideró inductor al que mueve a un determinado a un menor a hurtar cosa ajena, cuando éste estaba enterado de la situación.

Primero: Siendo la autoría mediata una forma de autoría, ella tiene preeminencia sobre la inducción como forma de participación, en virtud del carácter primario del concepto de autor²⁰².

Segundo: Si el determinador es inductor, el inimputable inducido puede ser, a su vez, autor mediato del hecho cometido por un tercero. Por ejemplo, A induce a B, enfermo mental a cometer un homicidio a C, pero B, a su vez obliga a D, bajo amenaza de muerte, a matar a C.

Pero ello no es posible, si el determinador del enfermo mental es ya autor mediato, porque se le imputa a éste la acción del instrumento. Esta conclusión es consecuencia de la circunstancia en la que la autoría mediata pertenece al injusto ("Unrecht"), de modo entonces que es irrelevante la culpabilidad del determinador, sino que importa su posición preeminente en la causación de las condiciones de la inculpabilidad del instrumento²⁰³.

Tercero: Porque hay casos en los cuales, la punibilidad del determinador, depende de que pueda calificarse su acción como inductor, no siendo punible como autor mediato. Esto pasa en aquellos casos en los que el determinador del hecho no puede ser autor por razones jurídicas, o el tipo penal requiere una realización de propia mano o en los casos en los cuales el autor mediato no reconoció la incapacidad del determinador (y por tanto, no tiene subjetivamente dominio del hecho)²⁰⁴. En todos estos casos, establecer si el determinador es autor mediato o inductor, significa establecer la línea divisoria entre la conducta impune y la punible.

Cuarto: Procesalmente la inducción y la autoría mediata

²⁰² CASTILLO GONZÁLEZ, F. La autoría mediata. San José de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1970. p. 78.

²⁰³ Así, entre otros Jakobs, G. Derecho Penal. Parte General. Cit. p. 532; Maurach-Gössel, A.T. II. Parag. 48, II, E 1a).

²⁰⁴ Así, Jherberg. Täterschaft und Teilhahme. München, 1977.

tienen consecuencias totalmente diferentes. En el Derecho Penal de fondo, el concurso de delincuentes es unidad de delitos, con pluralidad de delincuentes; por el contrario, la autoría mediata es también una unidad de acción, pero con un solo delincuente, que es autor mediato, principalmente cuando el instrumento es un inimputable. En el proceso penal, los casos de concursos de delincuentes generan tantos objetos procesales como sea el número de delincuentes que participen, porque la responsabilidad penal es individual. Pero cuando se trata de una autoría mediata con instrumento inimputable o falta de culpabilidad, solamente hay un objeto procesal, que es la acción del autor mediato, al cual se le imputa jurídicamente la acción del instrumento.

c) Instrumento que no obra típicamente

En el presente acápite se observarán los casos de actuación atípica del instrumento.

Para Rodríguez Devesa²⁰⁵ las situaciones en las que el autor inmediato no actúa típicamente, sea porque su acción no está en absoluto incriminada, o porque falta en él una especial cualificación o intención que sólo se da en el autor mediato que se le utiliza, constituyen casos de autoría mediata. Son situaciones donde la autolesión es impune.

La doctrina dominante considera que tal impunidad supone una libre voluntad de lesión del titular del bien jurídico y la conciencia del alcance del acto realizado en propio perjuicio, de modo que cuando la lesión al bien jurídico es causada por el propio titular, pero en virtud de una voluntad viciada por la acción de un

²⁰⁵ RODRÍGUEZ DE VESA, y SERRANO, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. Derecho penal español. Parte General. 17ª ed., Madrid, Dykinson. p. 733. Si el atacante determina al agredido a realizar un movimiento en virtud del cual se clava el mismo el puñal que le causa la muerte, huyendo de su agresor cae por la escalera y se mata. sostiene que quien determinó a la realización de los movimientos que dieron lugar a la lesión es autor mediato.

tercero, éste responde como autor mediato; esto es, autor mediato que actúa por medio de un instrumento que actúa atípicamente. Situación que se presenta cuando alguien se mata o se lesiona a sí mismo actuando bajo el influjo de otra persona²⁰⁶. Ejemplo de tales situaciones en la doctrina son el homicidio, las lesiones personales y los delitos de daños y ciertos casos de injurias, como ocurre cuando alguien manda a un funcionario una carta ultrajante, el cual, por disposiciones reglamentarias, debe mostrarla al superior.

En los casos de motivación del suicidio ajeno, la discusión en torno a los límites de la autoría mediata se centra más bien en la construcción que en los resultados²⁰⁷. La primera dificultad radica en el hecho de que el suicida no actúa típicamente en su persona; éste no da muerte, sino solamente crea una condición -para él penalmente irrelevante- de una muerte libre. El segundo problema (muerte libre) atañe a los límites de esta decisión libre. Con ayuda del elemento del dominio final del hecho por el "hombre de atrás" se obtendrá por lo regular una correcta delimitación entre la autoría mediata punible y la impune participación en un suicidio.

Indiscutiblemente existe autoría mediata cuando el "hombre de atrás" determina a la víctima, contra su voluntad, al suicidio: así, como en el ejemplo antes propuesto, el sujeto ignorante del peligro que corre es motivado a tocar la línea de alta tensión; o cuando un niño es motivado a saltar de cabeza a una piscina sin agua. Empero, la autoría mediata va aún más allá. Ella se da especialmente cuando el "hombre de atrás" motiva dolosamente el suicidio mediante amenaza o por medio de la creación de una situación de desesperación de la víctima, pero también (dominio psicológico del hecho) cuando el "hombre de atrás" sugiere a su víctima el

²⁰⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, parte general. Cit. p. 457. Trae como ejemplo, el que acudiendo al juego de la 'ruleta rusa' se la ingenia para que su contrario le corresponda el tiro mortal.

²⁰⁷ MAURACH, R. Derecho Penal. Parte General. cit. p. 342.

sufrimiento de una enfermedad incurable o alguna de similar gravedad, con el propósito deliberado de provocar su suicidio, libre sólo en apariencia.

d) Instrumento que obra de acuerdo a Derecho

Es una forma en la que el instrumento no actúa antijurídicamente, a consecuencia de una justificante creada por el autor mediato o a consecuencia de que, visto el problema desde el punto de vista del instrumento, su actuación no es típica, es conforme a Derecho²⁰⁸. El instrumento de este modo actúa justificadamente, al obrar objetiva y subjetivamente conforme a Derecho²⁰⁹.

Welzel indica que, es también posible una autoría a través de la interposición de un actor que obra conforme a Derecho, esto es, cuando el inductor posee el dominio final del hecho respecto de la realización típica antijurídica, mientras que de lado del actor inmediato existe una causal de justificación. Para ello, el autor mediato debe transformar al actor inmediato en un "instrumento" de su realización típica antijurídica, colocándolo frente a él en una posición subordinada²¹⁰.

Es poco discutido que la conducta lícita dañosa de un bien jurídico (y por ello cometida con carácter de autoría) del "hombre de adelante" (del intermediario) no excluye la autoría mediata del "hombre de atrás"²¹¹. Este ámbito sólo podría llegar a ser problemático frente a una perspectiva mayoritariamente causal del

²⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho penal. Parte General. 4ª Ed. Akal. p. 371; López Barja de Quiroga, Jacobo. Autoría y Participación. Akal. p. 51; Moreno y Bravo, Emilio. Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión. Dykinson. p. 77; Velásquez, Fernando. Derecho penal. Parte general. Cit. p. 593.

²⁰⁹ MORENO Y BRAVO, Emilio. Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo. Cit. Dykinson. p. 78.

²¹⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1969. p. 150.

²¹¹ MAURACH, R. Derecho Penal. Parte General. cit. p. 333.

delito. En efecto, cuando, ante el concurso de varios sujetos, el delito es considerado primariamente como "producto final del último autor", es decir cuando en primer lugar se examina el resultado obtenido por el intermediario y posteriormente la responsabilidad del "hombre de atrás" en este resultado; en forma similar a la naturaleza accesoria de la participación, es lógico que se plantee la pregunta acerca de la posibilidad de la autoría mediata cuando el causante final actúa lícitamente²¹².

En la autoría mediata ante la actuación lícita del instrumento es determinante la noción de que la justificación de la actuación típica no está condicionada sólo por el resultado (la actuación lícita objetiva), sino también por la existencia de un elemento subjetivo de justificación y que sólo ante la congruencia de estos elementos se configura la justificación del hecho. En el "hombre de atrás" doloso falta este elemento de justificación, es por ello que él no puede invocar para sí el resultado lícito de la acción del autor final. Ello es correcto, pero insatisfactorio en su fundamentación, puesto que tampoco desde esta perspectiva se libera al intermediario de la dependencia de la acción del autor mediato.

Sólo una vez que, desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor, se reconozca la completa autonomía del actuar final del "hombre de atrás" respecto de la lesión del bien jurídico, será posible explicar la independencia del actuar antijurídico del autor mediato respecto de la licitud del resultado final; y sólo entonces será posible desvirtuar la objeción, según la cual, el fundamento de la punibilidad de la autoría mediata en los casos de la actuación lícita del instrumento sólo sería la actitud interna maliciosa del "hombre de atrás".

²¹²Rodríguez Devesa/Serrano Gómez. Derecho penal. Derecho penal español. Parte General. 17ª ed., Madrid, Dykinson, p. 800. La autoría mediata con instrumento lícito, es hoy generalmente admitida. Velásquez, Fernando. Derecho penal. Parte general. Cit. p. 597.

Para Jescheck²¹³, en estos casos el instrumento mismo actúa, sin duda, jurídicamente tanto desde el punto de vista objetivo como el subjetivo (por ejemplo el funcionario de policía que practica de buena fe una detención en virtud de una acusación falsa consciente), pero no importa su actuación ajustada a Derecho, sino la ilicitud de la actuación del hombre de atrás, si éste sabe que la privación de libertad no se halla materialmente justificada. El dominio del hecho se fundamenta aquí en el instrumento, por razón de los preceptos jurídicos existentes, debe comportarse del modo como pretende el hombre de atrás de mala fe.

Según lo expuesto anteriormente, sólo existe responsabilidad como autor mediato frente a una actuación lícita del instrumento, cuando el "hombre de atrás" tiene el dominio del hecho y no está cubierto por la causal de justificación aplicable al intermediario. Por ejemplo, quien pretende inducir a un Juez o una Jueza en un proceso civil a una sentencia perjudicial para el contrario mediante falsas declaraciones de parte, el sujeto comete estafa procesal en autoría mediata²¹⁴. Si A arregla las cosas para que entre B y C surja una disputa en la que, como previó A, B en legítima defensa mata a C, entonces A es autor mediato del homicidio cometido de B sobre C en estado de legítima defensa.

Otro es el caso cuando el "hombre de atrás" se encuentra ante una situación de legítima defensa del intermediario, surgida sin su participación, motivando a éste a ejercer la defensa necesaria. Aquí falta la voluntad del dominio del hecho: quien exhorte a la legítima defensa actuará lícitamente como ayudante de ella y con el elemento subjetivo de justificación del querer prestar ayuda, el que perfectamente puede compensar motivos tales como, por ejemplo, la satisfacción de ver lesionado al victimario.

²¹³ JESCHECK, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. cit. p. 919.

²¹⁴ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho penal. Cit. p. 372, Moreno y Bravo, Emilio. Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo. Cit. p. 79. Situación que se presentaría en el caso de una de las partes en el proceso civil que aporta pruebas falsas, determinando que el Juez emita un fallo equivocado.



1. Elabore un mapa conceptual del contenido estudiado en la Unidad acerca de la coautoría
2. Complete el siguiente cuadro explicando las diferencias entre cada una de las formas de coautoría propuestas:

Coautoría Sucesiva	Coautoría Alternativa	Coautoría Aditiva	Coautoría Necesaria

1. María, quien debe la suma de \$10.000.000 a Saúl, no encuentra más salida para evitar tal obligación que fraguar un plan para asesinar a su acreedor, para ello contacta a Sneider, que es un joven de 14 años, a quien le paga \$50.000 para que asesine a Saúl. Sneider, odia a Saúl debido a que su papá perdió su casa por pagarle una deuda a Saúl, así que acepta gustoso el encargo y lo ejecuta.

Con base en el supuesto planteado, responda:

- a. ¿Se configura autoría mediata?
 - b. ¿Bajo qué título de responsabilidad respondería María? y ¿bajo cuál a Sneider?
 - c. ¿Qué pasaría si María se arrepiente de su encargo pero llega tarde, cuando Sneider ya lo ha consumado?
2. Kai Ambos, autor alemán estudioso del tema de responsabilidad, sustenta que en Colombia es posible aplicar la autoría

mediata por cuanto el Código Penal nacional señala como autor tanto a quien comete la acción directamente como a quien la realiza utilizando a otro como instrumento, de lo cual se infiere que esta última frase permite la aplicación del referido título de responsabilidad.

Por su parte, Fernando Velásquez, prestigioso autor colombiano, redactor del actual Código Penal, sostiene que en la elaboración del Estatuto Penal no se contempló la posibilidad de emplear la figura de la autoría mediata en el Derecho nacional y por tanto no es posible su aplicación, menos aun, cuando en ninguna línea del Código se habla del autor mediato como sí se hace del autor, el coautor, el cómplice, entre otros.

Respecto a las dos posiciones planteadas manifieste:

- a) ¿Cuál de los argumentos tiene mayor congruencia con el Derecho Penal legislado en Colombia?
 - b) A pesar de que el Código Penal no hable de “autor mediato” ¿habría lugar a imputar un delito bajo este título cuando se configuren los supuestos fácticos que la doctrina ha desarrollado al respecto?
3. La Corte Suprema de Justicia ha optado por aplicar la tesis de la Coautoría impropia a casos en los cuales podría haber lugar a aplicar la autoría mediata, razón por la cual es preciso tener claridad acerca de las características que definen cada una de

estas formas de responsabilidad. Elabore un cuadro explicando las semejanzas y diferencias entre “coautoría impropia” y “autoría mediata” y al final fije su posición en relación con lo que ha expuesto la Corte.



Alias Arnoldo, dirigente principal del Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley Estrella Roja, en desarrollo de sus acciones contra las empresas norteamericanas que expolían petróleo en terreno colombiano, orienta a uno de sus frentes que dinamiten un oleoducto que atraviesa el municipio de San Gil en Santander. En efecto la acción se realiza y como consecuencia de la misma el río Santander se contamina con los residuos tóxicos propios del oleoducto, resultado de lo cual cientos de personas que bebieron agua del río como era su costumbre, resultaron intoxicadas y fallecieron.

Este caso ha sido examinado por la Corte Suprema y conforme su fallo, alias Arnoldo fue condenado como coautor impropio en el delito de homicidio.

Con base en los hechos narrados, responda:

- a) ¿Cuál es la forma de responsabilidad por la cual debe responder alias Arnoldo?
- b) Tomando en cuenta que la Corte consideró a alias Arnoldo coautor impropio ¿Considera acertada esa decisión?

Analice si habría lugar a imputar a alias Arnoldo como autor mediato.

B

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Tercera edición. Akal. Madrid. 1994.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. "La Autoría mediata". Costa Rica.

GIMBERNAT, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Universidad de Madrid. 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Teoría Jurídica del delito. Parte general". Civitas. Madrid. 1992.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La autoría mediata en Derecho Penal". Granada, Comares, 1996.

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

JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Autoría y Participación". Madrid, Akal, 1996.

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

MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona. 1962.

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

PÉREZ ALONSO, Esteban. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho Penal.

Ed. Comares. Madrid, 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho penal. Parte general". Cedes. Barcelona. 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El autor mediato en Derecho Penal español. Revista ADPCP, Madrid, 1969.

ROXIN, Claus. "Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Buenos Aires. 1970.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. Temis. Santa fe de Bogotá. 1995.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires. 1956.

J

Se sugieren las siguientes sentencias como herramienta para reforzar los conceptos desarrollados en la unidad.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de Marzo de 2006. Rad. 22327. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2002. Rad. 11862. M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RÍPOL.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Autoría Mediata.

Unidad **4**

**DELINCUENCIA ORGANIZADA.
AUTORÍA MEDIATA EN
APARATOS U ORGANIZACIONES
DE PODER JERARQUIZADO**

Og

Definir la teoría que, tras desarrollar la figura de autoría mediata, es aplicable al caso de las organizaciones criminales jerarquizadas que existen en el país.

Oe

- Aplicar la figura de la autoría mediata a la responsabilidad de los dirigentes y mandos medios de los aparatos de poder organizados jerárquicamente.
- Analizar, frente a las organizaciones de poder jerarquizadas, las diferentes teorías que explican la figura de la autoría mediata.
- Aplicar la doctrina mayoritaria que explica la autoría mediata a los casos concretos en los cuales el funcionario o funcionaria Judicial analizan la responsabilidad de los altos mandos y mandos medios de las organizaciones jerarquizadas de poder en Colombia.

4.1. DELINCUENCIA ORGANIZADA

La delincuencia organizada es la manera ilícita con la que actúan varias personas con la finalidad de cometer delitos, el concepto implica la integración del grupo bajo normas de hecho y fines determinados, es decir, bajo una estructura jerárquica y de mando, donde unos mandan y otros obedecen.

Como toda asociación, la sociedad del crimen, está sujeta a normas, disciplina y organización para lograr sus fines delictivos; por tanto la delincuencia organizada actúa como cualquier organización social, pero sus actos, a parte de ser ilegales tienen como objetivo obtener ganancias lucrativas de esas actividades ilícitas. El crimen organizado implica una estructura directiva, cuadros operativos, acopio tecnológico, financiamientos,

relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y en general todo aquello que podría tener cualquier gran corporación.

La delincuencia en su manifestación organizada constituye uno de los más graves y vitales problemas que dañan y perjudican a la humanidad. Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la ONU la identifica como delincuencia organizada transnacional.

La delincuencia organizada se caracteriza por operar mediante un eje de mando centralizado con rangos de autoridad, alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus propios directivos o jefes. Mantienen grupos de ejecutores a su disposición para cumplir órdenes, operan bajo la división del trabajo para lograr sus finalidades delictivas. Por lo anterior, es posible afirmar que la delincuencia organizada, es mucho más compleja que la delincuencia común, donde operan, algunas veces organizados pero, sin una dirección de mando jerarquizada, donde el más avezado o experimentado delincuente se impone a los demás para mantener el orden y el posible reparto de resultados.

4.2. DELINCUENCIA ORGANIZADA FRENTE A LA DELINCUENCIA COMÚN

4.2.1. LA DELINCUENCIA COMÚN

Los delincuentes comunes suelen actuar solos o en pandilla o asociados, pero su objetivo no es más que delinquir con más seguridad con la finalidad de obtener lo que se pueda ilícitamente,

sea dinero, bienes etc., para repartirlo entre sus miembros. No tienen una organización jerárquica, tampoco operan con una estructura estable, ni con un capital financiero. El orden se mantiene generalmente por intimidación del más agresivo o "el que se haga respetar". El delincuente común delinque para obtener dinero robando a personas indefensas, hurtando carros, realizando un secuestro, etc., es decir no tiene objetivos claros u específicos, en más de las veces lo hace hasta en forma desorganizada, con el único fin de que lo sustraído ilegalmente se distribuya entre quienes actuaron según su participación y riesgo en el hecho punible. En estas organizaciones de poca trascendencia generalmente no hay una planeación rígida para la comisión de los hechos delictivos, no tienen vocación de permanencia en el tiempo. Lo normal en este tipo de delincuencia es que una vez repartido el botín o capturados algunos o dados de baja por las autoridades o entre ellos mismos, la pandilla, banda o grupo se disuelva, no subsiste como la delincuencia organizada donde, aprehendido uno de sus miembros, es sustituido o remplazado por otro.

Para determinar quiénes son autores o partícipes en estas organizaciones, la doctrina viene aceptando que en este tipo de delincuencia sus miembros son considerados coautores. Los demás hechos punibles que se generen en desarrollo de un delito en forma conexa se les atribuyen a todos mediante una imputación subjetiva a título de dolo eventual.

4.2.2. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En cuanto a la delincuencia organizada, se puede decir que opera a gran escala, con una organización y estructura de trabajo, con una disciplina rígida, donde los errores o equivocaciones o el desacato se pueden pagar hasta con la propia vida, además la

delincuencia organizada opera con grandes capitales y con ayuda de la tecnología en sus operaciones criminales.

En la sociedad colombiana, es común referirse a la delincuencia organizada relacionándola con bandas de narcotraficantes, mafiosos, gansters, paramilitares o guerrilleros. Cuando se hace mención a este tipo de criminales se trata de un nivel superior de delincuencia que involucra capital financiero, infraestructura, mercado, política, etc. En muy buena medida, estas sociedades criminales tienen como fin principal obtener dinero fácil y rápido, es decir, lograr beneficios económicos de alto impacto y en corto plazo mediante cualquier medio, por ejemplo, traficando con armas, municiones, trata de personas, tráfico de órganos, distribución de drogas ilícitas, secuestros, actos de terrorismo, lavado de activos, etc.

4.3. FUNCIONAMIENTO ESTRUCTURAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El funcionamiento de la delincuencia organizada se estructura en las modernas técnicas de dirección empresarial, desde la planificación de actividades, hasta su ejecución y control de los resultados. Jerarquía, unidad de mando, división del trabajo, disciplina rígida y resultado, son conceptos manejados de forma normal por la delincuencia organizada, sus miembros (capos, lugartenientes, consejeros, comandantes, mandos medios, capitanes, soldados, sicarios, ejecutores etc.) tienen como principio la solidaridad y adhesión a la sociedad como sucede en cualquier empresa legal.

El crimen organizado resulta tan eficiente, porque entre otras cosas, se rige bajo los mismos parámetros de estatutos de empresa o

corporación legal, tienen su organigrama, políticas a seguir, cadena de mando, funciones y responsabilidades personales de cada uno de sus miembros de acuerdo a su capacidad y función en la organización, formas de operar fundamentadas en una disciplina rígida que les permite operar eficientemente y ocultar sus actividades ante la persecución del Estado. La organización funciona como una sola persona, esto permite mejorar ganancias y permitir su expansión en un país y fuera de sus fronteras.

Estructuran su dinamismo criminal con la división del trabajo según y la especialidad de sus miembros en la sociedad: tráfico de drogas, bandas organizadas de secuestradores, grupos que lavan activos, tráfico de mujeres, comercialización de precursores para la producción de drogas tóxicas, carteles de la gasolina, falsificadores, etc.

De acuerdo a los anterior, una organización criminal se caracteriza por tener un mando central de dirección con rango permanente de autoridad que dirige y se hace obedecer sus órdenes, una administración financiera, una capacidad de operación, tiene carácter de permanencia en el tiempo, mantiene grupos de ejecutores, tiene una capacidad de corromper a las autoridades y opera con división de trabajo, todo dirigido a una finalidad específica a través del delito y demás operaciones ilegales.

Esta forma de delincuencia organizada es de mayor peligrosidad que la común. Su estructura y funcionamiento permite el reclutamiento de individuos especializados y eficientes, entrenamiento a gran escala, tecnología moderna, acceso a información privilegiada, continuidad en sus operaciones en el tiempo. La actuación delictiva de estas sociedades ilícitas no es improvisada, son más bien resultados de perspectivas a corto,

mediano y largo plazo con el fin de ganar control sobre diversos campos de actividades y lograr obtener grandes fortunas y un poder real.

Compleja resulta ser la estructura de estas organizaciones que constituyen un reto para la dogmática penal toda vez que es preciso establecer la autoría y la participación de sus miembros frente a los delitos que cometen. Para un sector de la doctrina, como se observará, frente al problema de la responsabilidad de los que hacen parte la cúpula del poder, se dice que estos se pueden vincular penalmente como inductores, otros explican que su actuación es de coautoría o complicidad necesaria y una corriente doctrinaria dominante explica que en estos casos a las cabecillas de estas organizaciones delincuenciales que dan las ordenes se les debe vincular como autores mediatos.

4.4. LOS APARATOS DE PODER EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En el presente acápite se propone plantear el fundamento jurídico respecto de la instrumentalización a través de aparatos organizados de poder. El dominio del hecho se alza para tratar de explicar por qué son autores mediatos de los delitos que directamente cometen los miembros plenamente responsables de una organización criminal, los sujetos que actúan en la cúpula de la misma. Se estima que el fundamento de la autoría, no deviene de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal por su relación subjetiva con el hecho, sino por el control superior que tiene sobre el mismo, aunque los ejecutores no estén sometidos a coacción o a error.

Se busca conocer, si sólo deben ser responsables los ejecutores

miembros de la organización por los hechos delictivos que cometen o si también debe hacerseles responsables, como autores o partícipes, a los dirigentes de la organización por su influencia, dando órdenes de ejecución, suministrando víctimas, aportando medios, es decir, utilizando su poder para cometer el hecho delictivo. No deben confundirse este tipo de acciones delictivas a través de una organización, con las acciones que realizan el organizador del plan o el jefe de una banda²¹⁵. Como explica Roxin²¹⁶, no constituyen 'un aparato de poder' cuando se unen varios sujetos para cometer hechos delictivos y eligen a uno de ellos como su jefe, ya que la comunidad de individuos descansa sobre las relaciones individuales de los partícipes entre sí, sin tener nada que ver con la fungibilidad de los miembros.

La fenomenología criminal de las organizaciones desarrolladas como empresas para sus objetivos delictuales, plantea particularidades que muchas veces el Derecho positivo, esto es, los códigos penales vigentes, no precisan al determinar la imputación de la responsabilidad jurídico-penal de cada uno de los miembros.

Los aparatos organizados de poder presentan unas características por su especial forma de funcionamiento y por la calidad de la unión que liga a los diferentes miembros, donde es esencial la subordinación de unos respecto de otros -los ejecutores de delitos con respecto a los dirigentes de la organización-, no actuando

²¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "La Autoría en Derecho Penal" p. 673. Estima este autor que en el caso del organizador, planificador, directo o 'cerebro' del grupo de sujetos que cometen un delito, normalmente conocido como el 'jefe de la banda', si no realiza más actividad que esa y no puede, por las razones de que se trate en cada caso, considerársele autor mediato del delito, nunca podrá considerarse coautor, porque no domina positivamente el hecho, porque deja en las manos de otro u otros (quienes realizan la acción típica, quienes dominan positivamente el hecho, los verdaderos coautores), que actúan conscientes y libremente, la realización del hecho típico; el jefe de la banda no será autor ni cuando no dirija de ningún modo la ejecución, ni cuando, aun no dando instrucciones durante la ejecución, las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones (la mayor proximidad de la actividad del organizador con la fase de ejecución servirá a lo sumo, para poner aún más de manifiesto el carácter necesario de esa actividad, que, por otra parte, se da, casi por definición, en todos los casos, si se trata de un auténtico 'jefe de la banda'). El cerebro organizador será inductor, si él ha hecho nacer en los verdaderos autores la resolución delictiva, si no será normalmente un cooperador necesario, es decir que, en cualquier caso, se le impondrá la pena del autor, sin necesidad de convertirlo en tal.

²¹⁶ ROXIN, Claus. "Täterschaft und Vaterschaft", p. 251; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "La Autoría en Derecho Penal" p. 645; GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. parte General", p. 129.

por cuenta propia ni en contradicción con las metas de su grupo u organización, sino como órgano ejecutor de la voluntad conductora de la cúpula, cuya autoridad reconoce; y el poder decisorio que se concentra en los dirigentes del grupo, destacándose que lo que se requiere es que los directivos de la organización criminal, para la comisión de los delitos, manejen la organización, aunque no sea toda, sino alguna parte de la misma que le esté subordinada. Por todo lo anterior, resultan factores que dificultan establecer el fundamento de la responsabilidad en la que incurren los miembros pertenecientes a organizaciones criminales que no actúan directamente cometiendo los hechos, sino ordenándoselos a otros para que los hagan amparados en el aparato de la organización²¹⁷.

Se pretende examinar la responsabilidad no sólo de los miembros ejecutores de las resoluciones delictivas de la organización, sino principalmente la de aquéllos otros que sin intervenir materialmente en los hechos delictivos ostentan una posición relevante en la toma de decisiones, esto es, están en la cúpula de la organización o en un grado intermedio entre dirigentes y ejecutores.

Roxin establece dos supuestos: 1) el más significativo es que quien detente el poder del Estado comete delitos con ayuda de organizaciones que le están subordinadas, operando el poder estatal al margen del Derecho y 2) los hechos cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y otras asociaciones criminales, como sería grupos mafiosos, paramilitares, guerrilleros de ámbito militar debidamente jerarquizados. Presupuesto entonces, de autoría mediata, es que el aparato de poder que utiliza esta forma de autoría se haya separado

²¹⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La autoría mediata en Derecho Penal". Granada, Comares, 1996. p. 157.

en su totalidad de las normas jurídicas. En tanto que la dirección y los *órganos de ejecución estén unidos a un orden jurídico* independiente de ellos, ordenar acciones delictuosas no fundamenta el dominio del hecho, porque las leyes conservan su rango superior y la sola ejecución de la orden ilegal, en tal caso, excluye el poder de voluntad del determinador²¹⁸. Por ejemplo, cuando en un Estado de Derecho los altos funcionarios ordenan acciones ilegales a sus subordinados, solamente existe inducción, en tanto que no haya autoría mediata por otras razones.

Esta construcción ha provocado una división en la doctrina, no sólo en cuanto algunos autores no aceptan la figura del autor mediato en estas situaciones, sino en no reconocer la base fáctica de la intervención de los dirigentes de un aparato de poder como un caso auténtico de autoría, por lo que se han utilizado casi todas las categorías de autoría y participación (coautoría, inducción o cooperación necesaria) de la codevincuencia para hacer responder a los directivos por los fines delictivos llevados a la práctica a través de sus ejecutores.

En la actualidad, la jurisprudencia de los tribunales alemanes parte de que el sujeto de atrás, a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable, tiene dominio del hecho cuando aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados. De acuerdo con esta posición, para Kai Ambos²¹⁹, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: si en tal caso el

²¹⁸ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La autoría mediata. San José de Costa Rica. 1970. p. 122; Roxin, cit. par. 25. Anm. 89.

²¹⁹ AMBOS, Kai. "Dominio del hecho por dominio de voluntad, en virtud de aparatos organizados de poder". Traducción Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 17.

hombre de atrás actúa con conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar, será autor mediato. Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás sea un sujeto con facultades de decisión política, también el comandante de un regimiento de tropas de frontera puede convertirse, mediante una orden de disparar (realizada mediante acto concluyente) a un subordinado, en autor mediato del homicidio cometido por este²²⁰.

4.5. PLANTEAMIENTOS TENDIENTES A SOLUCIÓN DE EXISTENCIA DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES

Para remediar el problema que plantea la intervención de varios sujetos en la realización de un hecho punible, tradicionalmente la Dogmática jurídico-penal en muchos países, distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio del hecho según la cual, autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión, el delito no se podría cometer. El participe en cambio, es solo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.

Esta solución se complica e incluso puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas, cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas

²²⁰ Ibidem. p. 35.

integradas en grupos u organizaciones y por otros miembros del grupo cuando se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no sólo se plantea la necesidad de castigar a todos los miembros del grupo por su pertenencia al mismo cuando este ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacer responsables a los miembros de esos grupos que no intervienen directamente en la realización de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización²²¹ mediante ordenes desde un escritorio o desde el teléfono.

Esta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos concretos realizados por organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales, entre otras conductas.

La cuestión es, desde el punto de vista de la dogmática penal sobre autoría y participación, ¿en qué categorías de coparticipación se pueden vincular como responsables a los miembros de la organización que no intervienen directamente en la realización de los delitos concretos y que sólo se limitan a dar órdenes para la ejecución de los mismos?

En la dogmática jurídica se ha discutido cuál sería la solución más viable. La doctrina dominante está de acuerdo que los casos que se presentan con la delincuencia organizada jerárquicamente deben resolverse a través de la autoría mediata. Pero en todo caso, para empezar a resolver el problema, se trate de delincuencia común u

²²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva. España. 1999. p. 227 y ss.

organizada, se aplica el artículo 340 del Código Penal sobre concierto para delinquir que castiga en forma autónoma a todos los miembros de una organización, independientemente de los delitos que a través de la asociación ilegal se comentan, con los que, en todo caso, pueden entrar en un concurso material o ideal. El mencionado artículo del Código Penal dispone:

Artículo 340. *Concierto para delinquir*. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, le pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

4.5.1. TESIS DE LA COAUTORÍA

Precisando una definición para efectos de establecer su extensión en los casos de 'los aparatos organizados de poder', indica

el profesor Bacigalupo, que son coautores 'los que toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho'²²². Dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo. Siendo decisiva, en esta forma de autoría, una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho en el estadio de la ejecución de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse²²³.

Es decir, la coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos²²⁴. En la coautoría deben darse los siguientes requisitos: a) la necesidad de que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Este común acuerdo será lo que encadene unas aportaciones a otras y le dé sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo; b) es preciso que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como indica Roxin, el que "coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo"²²⁵ y c) el coautor tiene que realizar la aportación en fase ejecutiva.

Un sector de la doctrina sostiene que las acciones delictivas derivadas de los aparatos organizados de poder responden mejor a la idea de compartir el dominio del hecho entre dirigentes y ejecutores que a la existencia de una relación de subordinación entre ellos. Según esta dirección doctrinal, la idea que mejor caracteriza los

²²²BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios del Derecho Penal. Parte General". Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 365.

²²³BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Ob. cit. p. 366.

²²⁴LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Autoría y participación". Akal, 1996. pp. 45 y ss.

²²⁵ROXIN. "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal" Traducido por el profesor Bacigalupo. En: Problemas actuales de la ciencias penales y la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asua. Buenos Aires. p. 67.

hechos ejecutados a través de un aparato organizado de poder, con independencia de cuáles sean las funciones que cada uno realiza y los intereses que cada uno tenga, es la de una obra conjunta, que se lleva a cabo de mutuo acuerdo, dando lugar a acciones delictivas que pueden imputarse individualmente a cada uno de los componentes del aparato de poder, por tanto constitutivas de una coautoría.

Así, Hirsch menciona la posibilidad de la autoría mediata con base en la existencia de un aparato organizado de poder, pero termina cuestionando esta posición, ya que el ejecutor inmediato puede adoptar una decisión psíquicamente libre sobre su acción, lo que resultaría imposible cuando en virtud de una orden concurren en él, el fundamento de un estado de necesidades exculpantes, pero si no es así, la autoría mediata queda excluida, dejando la posibilidad de apreciar un supuesto de coautoría²²⁶.

También Jescheck²²⁷ rechaza la figura del autor mediato en estas situaciones y sólo la admiten por utilización de un aparato organizado de poder, cuando el ejecutor no actúa de manera totalmente responsable. En su opinión, la autoría mediata "sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable, pero si lo es, el sujeto que permanece en la central es, precisamente porque domina la organización, coautor"²²⁸.

Jakobs estima superflua la construcción de la autoría mediata para incriminar a los directivos que manejan los aparatos de poder. Considera esta tesis demasiado restrictiva, ya que la teoría del dominio del hecho exige una aportación en el momento en que da

²²⁶ HIRSCH. "Acerca de los límites de la Autoría Mediata" Ob. Cit., p. 118.

²²⁷ JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Cit., p. 928. "...se admite también con frecuencia un dominio del hecho basado en el aparato de poder de una organización, de modo que el sujeto que actúa tras una mesa de despacho pero en cuyas manos está la organización, aparezca siempre como autor mediato. Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable"

²²⁸ JESCHECK. "Tratado de Derecho Penal" Ob. Cit., p. 935.

comienzo la tentativa del delito, y además la figura de la autoría mediata no cubre todos los intervinientes en el hecho colectivo. Estima además que la intercambiabilidad del ejecutor en realidad no ofrece ninguna especialidad que, por sí sola, pueda fundamentar esa forma de domino del hecho²²⁹.

Para Jakobs, en el caso del aparato organizado de poder es innecesario y falso tener al determinador como autor mediato. Es innecesario, porque en tales casos se puede tener al determinador como coautor²³⁰, y en cualquier caso, como inductor. Pero también es falso, porque no es cierto que en tiempos del régimen Nazi hubiera una organización para hacer algo común.

La tesis de la coautoría es criticada por la doctrina, en el sentido que faltarían los requisitos del acuerdo y la ejecución comunes, ya que 'la pertenencia a la organización' no es un elemento suficiente para integrar la resolución delictiva común propia de la coautoría. Además, si bien el sujeto de atrás tiene una cuota de dominio sobre el hecho, éste no se actualiza tampoco en la fase de ejecución del delito, con lo cual es cuestionable el propio dominio²³¹. De esta manera, se prescinde en estos casos para construir la coautoría de su elemento subjetivo, el acuerdo común. Bastando únicamente la pertenencia a la organización. También es relevante el tipo de relación que existe entre quienes toman la decisión común de consumir el delito, pues, como apunta el profesor Bacigalupo, hay que averiguar si se da una relación igualitaria de uno o unos respecto de otro u otros: "para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito"²³². Sin

²²⁹ JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación". 2ª Ed. 1997. pp. 784 y 785.

²³⁰ Ibidem. p. 794 dice este autor que 'La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni muchos menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas'.

²³¹ CEREZO MIR, "Problemas fundamentales". Ob. Cit., p. 176.

²³² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios del Derecho Penal. Parte General". Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 228.

embargo, es innegable que casi siempre existe algún tipo de subordinación entre los que dirigen una organización criminal y los ejecutores que cumplen las decisiones de quienes les ordenan, pues el organizador o jefe siempre tiene una preeminencia sobre los demás colaboradores que le permite la dirección de la actividad delictiva, la planificación, utilización de medios y la escogencia del lugar y modo de operar.

Además del acuerdo común, es preciso que el coautor realice una aportación objetiva al hecho²³³ y que sea formalmente típica o, en otro caso, interdependiente de ésta en la fase de ejecución del delito.

Si se sigue la teoría del domino funcional del hecho, en muchas ocasiones, los que se encuentran en la cúpula de la organización no poseen un dominio actual, quedando éste reservado únicamente para los que actúan de modo directo. Pero si tal dominio tuvo expresión en la fase preparatoria del delito, en que cada miembro de la organización tuvo la oportunidad de colaborar - incluso en esta fase llegan a intervenir dominando el hecho todos aquéllos a los que luego se quiere responsabilizar como coautores-, es decir, que son distintos los miembros que intervienen en una fase y en otra y son valorativamente distintas las aportaciones de uno y otros, y sin embargo las consecuencias son las mismas, pues unos dan las órdenes, otros se dedican a trasmitirlas hasta que llega el ejecutor y es éste quien directamente realiza el tipo.

4.5.2. TESIS DE LA AUTORÍA ACCESORIA

En la autoría accesoria dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la otra o de las otras, producen el

²³³ Ibidem. p. 228. 'sólo mediante este aporte puede determinarse si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor'

resultado típico. Caso que no puede tratarse como una coautoría por faltarle precisamente la decisión común²³⁴.

Bockelmann²³⁵ cree que en el caso del asesino de escritorio, lo que existe entre quien da la orden y el ejecutor, que es su longa mano, es autoría accesoria. Este autor excluye la autoría mediata con el argumento de que quien ejecuta la orden no puede considerarse simple instrumento del determinador. Contra este argumento de Bockelmann ha dicho Roxin que el ejecutor, a pesar de su responsabilidad penal plena por el hecho realizado, es realmente un instrumento del autor mediato, por el carácter fungible que tiene dentro de la organización.

Además, la tesis de Bockelmann no tiene en cuenta que la autoría accesoria se caracteriza porque la acción de cada uno de los autores, es una serie casual que lleva al resultado, pero que es independiente porque no se fusiona con la acción del autor²³⁶, es decir, que las acciones de los autores accesorios son series causales que van al mismo resultado, pero como líneas paralelas, que no convergen. En cambio en la autoría mediata en un aparato organizado de poder, son acciones convergentes la del determinador y la del ejecutor, esto es, ambas causalidades están enlazadas conscientemente una con otra.

4.5.3. TESIS DE LA DE LA INDUCCIÓN

Inductor es aquél que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico, es decir, el inductor determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva²³⁷. La inducción ha de ser directa y terminante, esto es,

²³⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ob. Cit. p. 78

²³⁵ BOCKELMANN, Strafrecht. Ob. Cit. p. 195.

²³⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, La autoría mediata. San José de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1970. p. 137.

²³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Autoría y participación" Ob. Cit. p. 133

referida y concretada a una persona determinada y con la finalidad de decidirla a realizar un delito preciso, razón por la cual la inducción debe presentarse de forma clara e inequívoca²³⁸. Como afirma el profesor Bacigalupo, 'la inducción a un delito que el autor ya está decidido a cometerlo, es por lo tanto, imposible'²³⁹.

Los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder se realizan por personas plenamente responsables -el ejecutor es autor inmediato -, cabe plantearse la hipótesis de que a los miembros dirigentes y demás componentes de la organización sólo pueda imputárseles el hecho a título de participación, como inductores o cómplices de los que voluntariamente aceptan determinados encargos delictivos cuando responde a sus intereses o ideología.

Gimbernat Ordeig es quien mejor defiende esta tesis de la inducción como forma de incriminar a los directivos de los aparatos organizados de poder. Para este penalista²⁴⁰, los aparatos organizados de poder no fundamentan la existencia de una autoría mediata en el que da o recibe la orden y a su vez ordena que se asesine a un número determinado de personas. Plantea su tesis en el caso del exterminio de los judíos por el régimen Nazi en Alemania -delito de genocidio-, entiende que todos los que realicen actos ejecutivos deben responder como autores, puesto que la energía criminal en ellos es superior al que sólo transmite la orden que ha recibido de su superior, el cual sería el determinador. Estima que lo realizado por Hitler y sus cercanos, en quienes surgió la idea criminal del genocidio y la manera de cometerlo, convenciendo a

²³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 08 de agosto de 2007. Rad. 25974, M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

²³⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios del Derecho Penal. Parte General" Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 384.

²⁴⁰ GIMBERNATORDEIG, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Ob. Cit., p. 187

otros para que lo llevaran a cabo, ha de ser calificado como inducción²⁴¹. Afirma "Hitler y algunos otros jerarcas nazis son inductores de todos los delitos cometidos dentro del marco de la llamada solución final de la cuestión judía. Era la voluntad del llamado 'Führer' o de algún otro nazi prominente como Himmler la que determinaba a los miembros del aparato a actuar. El ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que le transmitía la orden; sino porque sabía que ésta correspondía a la voluntad de Hitler"²⁴².

A esta construcción también se ha opuesto Roxin²⁴³, indicando que la relación de los hombres de atrás con los ejecutores no se corresponde estructuralmente con una inducción puesto que los primeros manejan el aparato; la inducción podría parecer sólo respecto de sujetos situados fuera del aparato, o bien respecto de los que estando dentro de él no le han puesto un funcionamiento para llevar a cabo el delito, valiéndose únicamente de su influencia o superioridad sobre el ejecutor directo. Por otro lado, la inducción tampoco sería viable en la mayoría de los casos porque el inducido-ejecutor sería un 'omni modo facturus'.

Si se observa, la labor del inductor se centra en promocionar de modo ineludible la resolución delictiva en otro sujeto, dejando al margen la libertad ejecutiva de éste. Los dirigentes del aparato son los que suelen dar la orden de ejecutar el delito, acatada y realizada por el ejecutor, pero en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida. Es más, la orden que recibe es el factor desencadenante de su resolución.

²⁴¹Ibidem. p. 189.

²⁴²Ibidem. p. 192.

²⁴³ROXIN. Ob. Cit. p. 201 y ss.

Además, suele ocurrir que en la mayoría de los casos el ejecutor, simple "tuerca fungible" del aparato, ya está decidido plenamente a ejecutar los delitos que le sean ordenados²⁴⁴. En tanto que la inducción supone determinación a otro para cometer el delito, y en estos casos el ejecutor ya está determinado, luego, se está en presencia de un caso de *omni modo facturatus*, lo que no hace posible la inducción.

4.5.4. TESIS DE LA COMPLICIDAD NECESARIA

Es una tesis propuesta por Hernández Plasencia²⁴⁵, para quien la fungibilidad del ejecutor en las organizaciones de poder no es factor decisivo para admitir un dominio del hecho en quien las dirige planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Tener un aparato de poder en las manos no es decisivo porque no consigue por sí una instrumentalización del ejecutor, cuando sin estar sometido a error o coacción hace propia la influencia que recibe de sus dirigentes. Estima que podría entenderse que los ejecutores de los delitos en realidad funcionan como meros instrumentos, pero que no es válida la instrumentalización en la autoría mediata cuando el propio sujeto asume voluntariamente la comisión del hecho.

Cree que la fungibilidad es un argumento que se vuelve contra la construcción de la autoría mediata porque si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción²⁴⁶. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responda a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los

²⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentarios I", p. 848; Baldo Lavilla, ADPCP, 1989, p. 1106.

²⁴⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, "La autoría mediata en Derecho Penal", Granada, Comares, 1996, p. 260.

²⁴⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Ibidem*, p. 265.

ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no se está ante una dominó de la decisión por parte de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; de lo que resulta que la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante no es dominada por los sujetos de atrás. Así, concluye el autor que los dirigentes de los aparatos organizados de poder que operan con personas fungibles para cometer los delitos, se asimilan en mayor medida a la figura de la complicidad necesaria²⁴⁷, toda vez que en estos casos los directivos como cooperadores necesarios aportan al hecho punible un conjunto de actividades donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, como reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc. Los que realizan todos esos actos y los ponen a disposición de otras personas pueden entenderse como colaboradores imprescindibles.

Esta tesis es criticable por lo poco adecuado de la participación, si se piensa en el papel tan fundamental que desempeñan los directivos de los aparatos organizados de poder, pues son precisamente de ellos desde quienes se desencadena el hecho punible, a pesar que el ejecutor se encuentre, en cierta manera, por pertenecer a la organización, predispuesto a la comisión del delito.

4.5.5. TESIS ACEPTADA POR LA DOCTRINA. EXISTENCIA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Descartadas las vías de la coautoría, la autoría accesoria, la

²⁴⁷Ibidem. p. 266.

inducción y la complicidad necesaria, es posible pensar que la figura de la autoría mediata permite determinar mejor la responsabilidad penal para incriminar a quienes manejan los aparatos organizados de poder.

La autoría mediata por el dominio de un aparato de poder organizado, es una forma independiente de autoría mediata, cuya esencia no está, como en la autoría mediata común en la coacción ejercida sobre el instrumento o en la situación de error en que se encuentra. Esta forma de autoría mediata existe en los casos en los que el autor mediato utiliza un aparato de poder para la ejecución de los delitos.

Quien domina la maquinaria de poder, -como ocurrió en el régimen Nazi o como ocurre en las bandas de ganster o mafiosas -, y da una orden delictuosa, tiene una autoría propia del hecho, independientemente de la autoría del ejecutor, pues la estructura del aparato de poder le asegura la ejecución de la orden sin importar la individualización del ejecutor.

4.5.5.1. Dominio en virtud de la organización de poder

Lo que confiere autoría mediata a quienes dominan una maquinaria de poder, es precisamente el dominio de la estructura de poder y además, la circunstancia de que el ejecutor es fungible, es una pequeña pieza intercambiable dentro de la maquinaria de poder²⁴⁸, de tal modo que si resistiera la orden, su resistencia generaría la realización del "trabajo" por otro. La petición de que se realice el hecho, que hace quien domina la organización, normalmente constituiría inducción, porque el ejecutor posee la libre decisión en la realización de hecho. Pero en tales casos tiene el

²⁴⁸ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons. Madrid, 1998. p. 249

efecto de fundamentar autoría mediata, pues incluso en caso de negativa del ejecutor, la ejecución de la orden siempre se realiza, porque esta se dará por otra "pieza" de la maquinaria.

Partiendo entonces, como se indicaba arriba, del hecho de que los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su rechazo a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo. Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son 'ruedas' intercambiables 'en el engranaje del aparato de poder'²⁴⁹ como indica Roxin. De modo que la figura central en el suceso -a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho- es el hombre de atrás en virtud de su 'medida de dominio de organización'²⁵⁰. Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que "pueda dirigir la parte de la organización que se encuentra a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros"²⁵¹.

De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato organizado de poder de tal modo que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él y haga uso de esa facultad para la realización de acciones punibles.

4.5.5.2. Dominio por organización en virtud de fungibilidad

Esta forma de autoría mediata, en virtud de la organización

²⁴⁹ ROXIN, Ob. Cit. p. 245

²⁵⁰ Ibidem. p. 247

²⁵¹ Ibidem. p. 248

de poder, fue utilizada por la doctrina alemana para poder tener como autores no solamente a los ejecutores de los crímenes nazis, sino también a quienes dieron las órdenes. Autor mediato era quien estaba en la cúspide de la organización y es el llamando 'asesino de escritorio'.

Ha sido Roxin quien con mayor autoridad ha intentado argumentar, con la teoría del dominio del hecho la autoría mediata, teniendo como referencia de aplicación el aparato de exterminio nazi. Pero esos mismos criterios de autoría mediata a través de un aparato de poder organizado, pueden aplicarse en los casos de organizaciones terroristas, se trate de terrorismo contra el Estado, de terrorismo de Estado, de delitos cometidos por agencias internacionales de espionaje²⁵², grupos de mafias o paramilitares caracterizadas por su jerarquización, entre otros.

En el delito de genocidio, sostiene Roxin²⁵³, la mayoría de las veces la autoría mediata de los que manejan el aparato organizado de poder no puede fundamentarse, como en los casos normales de la autoría mediata, en que el ejecutor actúa por coacción, miedo insuperable, estado de necesidad o como consecuencia de ser víctima de un error. Pero si de otra manera, un aparato de poder se caracteriza por desarrollar su vida independientemente del estado cambiante de sus miembros, luego, funciona sin depender de la persona individual del ejecutor, es decir funciona 'automáticamente'. No es difícil imaginar en un régimen dictatorial que el Estado instale un aparato de poder para la eliminación de personas o grupos de personas poco gratas.

Estos presupuestos y hablando con imágenes, explica Roxin²⁵⁴, el que desde detrás, instalado en cualquier posición del

²⁵² CASTILLO GONZÁLEZ. La autoría mediata. San José de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1970. p. 122

²⁵³ ROXIN. Ob. Cita. 240

²⁵⁴ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons. Madrid, 1998. p. 241

cuadro de mandos, aprieta el botón que se requiere para que se asesine, puede confiar en que se cumplirá la orden sin que necesite conocer al ejecutor. No es preciso siquiera que acuda a los medios de coacción o del engaño. Pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan a la realización del delito elude su tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar sin que se perjudique la realización del plan total.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en tales casos es el factor de la fungibilidad, lo cual lo hace aparecer como una tercera forma de autoría mediata, diferente de la forma de dominio basado en la coacción y el dominio basado en el error. Si se medita, dice Roxin, cómo se puede elegir de modo decisivo y sin actuar de propia mano el acontecimiento efectuado por otros, son imaginables sólo tres medios: se puede coaccionar al agente; se le puede hacer intervenir, respecto de las circunstancias decisivas para la autoría como factor casual ciego, o, si el ejecutor no es engañado ni coaccionado, tiene que ser intercambiable a discreción. En esta tercera manera de autoría mediata, que es la que interesa, no falta, por consiguiente, la libertad ni la responsabilidad del ejecutor inmediato, que ha de ser castigado como autor culpable e inmediato. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio del que actúa de detrás, pues desde su punto de observación, el agente no aparece como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima e intercambiable²⁵⁵.

El ejecutor es, a pesar de que no se puede dudar de su dominio de la acción, no obstante -y al mismo tiempo-, únicamente una rueda en el engranaje del aparato que puede ser sustituida en cualquier momento; esta doble perspectiva eleva al que actúa desde detrás junto al autor inmediato, al centro del acontecimiento.

²⁵⁵ ROXIN. Ob. Cit. p. 241

En consecuencia, el que se halla intercalado en cualquier lugar del aparato de la organización, de tal forma que puede dictar órdenes a personas a él subordinadas, es, en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, autor mediato, si emplea sus facultades para la realización de hechos punibles. Es irrelevante el que actúe por propia iniciativa o en interés y por encargo de instancias superiores, pues lo único decisivo para su autoría es que pueda maniobrar la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar al criterio de otros el que se realice el delito.

4.6. GRUPOS DE CASOS DONDE HA TENIDO LUGAR LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

4.6.1. EICHMANN

En las sentencias pronunciadas en el caso Eichmann²⁵⁶, recogida por Roxin, se constató que la teoría tradicional de la participación, en especial inducción y complicidad, no podían aprehender de modo adecuado los delitos juzgados. La solución del Tribunal de Distrito, indica Kai Ambos, consistió, en hacer aumentar la responsabilidad jurídico-penal individual, prácticamente invirtiendo la teoría habitual de la participación, en la medida en que la distancia hacia el hecho fuera mayor, de modo que se arribaba a la conclusión de que el hombre de atrás que dirigía el suceso poseía una mayor responsabilidad que el autor directo. En el caso se llegó a la conclusión que se trataba de coautoría, la fundamentación ofrecida, sin embargo, es más adecuada para fundamentar un dominio por organización, que daría lugar a un caso de autoría mediata. En la sentencia se constata que Eichmann 'no era una marioneta' en manos

²⁵⁶ Cfr. la sentencia del Tribunal de Distrito de 12 de diciembre de 1961 y la sentencia confirmatoria del Tribunal en apelación de 29 de mayo de 1962.

de otros, sino que tenía 'su lugar entre los directivos'. Desde este punto de vista, de facto ostentaba la responsabilidad administrativa de la 'solución final'. Si esto es así, sin embargo, y siguiendo a Roxin, cabe comprobar que su falta de proximidad frente el hecho, o la reducción de ésta, quedaba compensada con un incremento de dominio por organización. En contra de la posibilidad de la coautoría, se tuvo la oportunidad de hacer referencia anteriormente.

La afirmación de que concurre un dominio del hecho en Eichmann en virtud de un aparato organizado de poder, le parece a Ambos²⁵⁷, una solución bastante amplia si se tiene en cuenta otros procedimientos de estas características, por lo que propone la posibilidad de 'un dominio de organización escalonado'²⁵⁸. Si se compara el cargo que ocupaba Eichmann, como jefe del negocio IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich, era responsable de las deportaciones de judíos. De esta manera se tiene que Eichmann, no era miembro de la dirección del Estado en sentido amplio, sino tan sólo una 'pequeña ruedecilla en el engranaje global', aunque una rueda importante e insustituible pero a mucha distancia de los principales criminales de guerra como Hitler, Goebbels, Himmler etc. La cuestión es si habría lugar de equiparar a Eichmann funcionario de escritorio con los miembros que tenían la dirección del Estado. Frente a este planteamiento, reconociendo grados de poder (escalones) es posible confirmar que cabe autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones, ubicada en 'cualquier punto' del aparato de poder. Toda vez que, el dominio de organización siempre tiene como presupuesto 'el domino sobre una organización', es decir, sobre un colectivo de ejecutores sustituibles, y con ello, también la concurrencia de un dominio mediante esta organización. Este domino se acumula y se hace más denso en la

²⁵⁷ AMBOS, Kai. *Domino del Hecho por dominio de voluntad* Ob. Cit. p. 25.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 26.

medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales.

4.6.2. CASO DE LA JUNTA MILITAR ARGENTINA

La teoría del dominio de organización, alcanzó relevancia en el proceso contra los antiguos comandantes de las juntas militares argentinas²⁵⁹. En este proceso, el Tribunal²⁶⁰ de Apelación valoró la conducta de los acusados como autoría mediata, pero los condenó por cooperación necesaria²⁶¹. Lo anterior 'pues a los acusados no se les imputaron -como es necesario para afirmar la concurrencia de autoría mediata- los homicidios dolosamente ordenados por ellos, sino los 'hechos principales' cometidos por los autores directos, es decir, torturas con consecuencias de muerte'²⁶². Con ello, se llegó en última instancia a una responsabilidad en régimen de accesoriedad.

En su oportunidad el Tribunal indicó: "los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que supone toda operación militar"²⁶³.

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la

²⁵⁹ SANCINETTI, Derechos humanos en la Argentina postdictatorial. 1988, p. 1. El caso hace referencia al proceso contra los miembros de las tres juntas militares que se presentaron en los años 1976-1983.

²⁶⁰ En primera instancia: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital y segunda instancia la Corte Suprema.

²⁶¹ La cooperación necesaria deriva del artículo 45 del Código Penal Argentino y se castiga como autoría, de modo que la solución divergente de la CS carecía en principio de relevancia respecto de las consecuencias jurídicas.

²⁶² AMBOS, Kai. "Domino del Hecho", Ob. Cit. p. 33.

²⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 1986. En: Fallos CS, T. 309-II, p. 1689.

consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria²⁶⁴.

No se trata aquí del tradicional domino de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. "Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran"²⁶⁵.

En este caso es posible indicar que se confirma en el reconocimiento de la teoría del dominio por organización, la regla general de que la estructura de organización de un aparato de poder militar puede otorgar a los hombres de atrás responsables dominio del hecho sobre los autores directos, dando lugar a la figura del autoría mediata.

4.6.3. DIFERENCIAS CON LOS CASOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

No puede hablarse de un aparato de poder cuando "se junta

²⁶⁴ AMBOS, Kai. "Domino del Hecho". Ob. Cit. p. 30.

²⁶⁵ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. De 9 de diciembre de 1985. En: Fallo CS, T. 309-I/II p. 33 y ss.

media docena de elementos asociales para realizar delitos en común y eligen (...) a uno de ellos como jefe”²⁶⁶, porque en este caso falta el presupuesto fundamental del dominio por voluntad, es decir, la existencia independiente de los cambios en los miembros de la organización.

Sobre este aspecto Lampe propone una diferenciación entre aparatos de poder formal e informal²⁶⁷. Desde un principio, el dominio de la organización sólo es posible en un aparato de poder formal, esto es, una organización que está estructurada de modo jerárquico-lineal y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. A los conceptos conocidos en el derecho penal como 'banda', 'asociación criminal' se les caracteriza por regla general por la falta de una organización estrictamente jerarquizada y que -a causa de un número reducido de miembros- también carecen del elemento de la fungibilidad de los ejecutores. Pero, cuando una 'asociación criminal', más allá de la habitual conexión poco densa en forma de red, si presenta estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, formará parte de la 'criminalidad organizada' en sentido estricto. De conformidad con lo anterior, cabe deducir que cuando los miembros sean en gran medida intercambiables y exista una estructura de organización caracterizada por un estilo de mando estricto hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada. Por tanto, en ningún caso puede afirmarse de manera genérica que con la concurrencia de criminalidad organizada, si es que ésta puede siquiera constataarse de modo claro, existirá dominio por organización. Por el contrario, ha de comprobarse en cada caso que ello sea así.

En resumen, en esta tesis el dominio estaría siempre en el

²⁶⁶ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pag. Ob. Cit. p. 250.

²⁶⁷ LAMPE. ZStW 1994. p. 683. Cabe distinguir entre sistemas de injusto organizados y simple (asociación criminal, empresa y Estado frente a la mera coautoría).

sujeto de atrás puesto que la 'estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato'²⁶⁸, pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden de cometer el delito se negara a ejecutar el hecho, debido a la fungibilidad del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituirse automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría²⁶⁹. Lo decisivo es que el autor de atrás domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desemboquen finalmente en la ejecución del delito por parte de autor inmediato²⁷⁰. No se descarta, sin embargo, la participación pero ésta sólo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos²⁷¹.

Son varios los penalistas españoles que siguen esta doctrina²⁷². El profesor Bacigalupo admite también la autoría mediata para los miembros superiores del aparato de poder, en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada, indicando que los mediadores no obran ni coaccionados ni por error "(...) dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera"²⁷³.

Gómez Benítez²⁷⁴ estima, en una primera opinión, que la

²⁶⁸ ROXIN. Op cit. p. 245.

²⁶⁹ CASTILLO GONZÁLEZ. La autoría mediata. San José de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1970. p. 118.

²⁷⁰ ROXIN. Ob. Cit. p. 248

²⁷¹ Ibidem. p. 249.

²⁷² CEREZO Mir. Los problemas fundamentales. Cit., p. 176; Gómez Benítez. Teoría Jurídica...Cit., p. 131; Jaén Vallejo. Código Penal comentado. Cit. p. 154; Díaz y García Conlledo. La Autoría. Cit., p. 648. Gracia Martín. El actuar en lugar de otro, tomo I. Cit. p. 122.

²⁷³ BACIGALUPU ZAPATER, Enrique. Principios del Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 226.

²⁷⁴ GÓMEZ BENÍTEZ. "Teoría jurídica del delito". Cit. p., 129

doctrina dominante prefiere encuadrar estos supuestos en la figura de la coautoría, por entender que el sujeto que permanece en la 'central' es -precisamente porque domina la organización- coautor. Lo que implica que se admite la coautoría aunque el sujeto no haya actualizado su función dirigente en la fase de ejecución y, en este sentido, la tesis de la coautoría estaría en abierta oposición con la sostenida de que el dominio funcional del hecho -y, la coautoría- implica dicha actualización en fase ejecutiva. Por eso, finalmente, considera más coherente la tesis que afirma que en estos casos concurre una autoría mediata por utilización para la realización del delito de una persona que actúa como 'instrumento doloso'.

4.7. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA AUTORÍA MEDIATA

Según exposición de la Corte Suprema de Justicia en la figura de la autoría mediata, se encuentra que:

" (...) entre autor mediato y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a 'persona objetivada' o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra - salvo cuando se trata de inimputables - bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable"²⁷⁵.

Al mismo tiempo que reconoce que existen casos en los que el ejecutor material sí responde, como ocurre cuando el autor mediato

²⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

utiliza a inimputables, quienes responden penalmente al serles impuestas medidas de seguridad.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema cita al profesor Roxin y su teoría ya estudiada de la fungibilidad del sujeto, que pretende explicar la existencia de autoría mediata en las estructuras de poder jerarquizado, tesis que no adopta el cuerpo colegiado por cuanto en las actividades que desarrollan los sujetos que hacen parte de esas organizaciones se verifica la figura de la coautoría impropia bajo el entendido que:

"Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con

aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que *todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias*. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores²⁷⁶.

La corte complementa diciendo,

"De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere - como piensa el Tribunal Superior - que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos"²⁷⁷.

En tal sentido, se encuentra que la posición de la Corte Suprema de Justicia está lejos de aceptar la tesis de la autoría mediata para solucionar el problema de la participación de los jefes y cabecillas de organizaciones criminales en los hechos que sus subalternos ejecutan, pues la salida teórica que se ha adoptado y que al parecer no se quiere abandonar, es la figura de la coautoría impropia.

²⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de Marzo de 2007. Rad. 23825. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

²⁷⁷ Ibidem.



1. Desarrolle el siguiente cuadro sustentado en cada teoría, las tesis que favorecen y desfavorecen su aplicación en Aparatos Organizados de Poder (A.O.P.), cuando se trata de buscar la responsabilidad del superior.

TEORÍA	TESIS QUE FAVORECE SU APLICACIÓN EN A.O.P.	TESIS QUE DESFAVORECE SU APLICACIÓN EN A.O.P.
Coautoría		
Inducción		
Cooperación Necesaria		
Autoría Mediata		

2. Pedro, militante de la Guerrilla Estrella Roja, hace parte del frente Toribío de esta organización comandado por alias "José". Pedro participa en un combate contra el Ejército, en el cual resulta fallecido el Cabo Jairo Espitia. Tras unas horas de persecución el ejército da con la captura de alias "Pedro" quien admite haber participado en el enfrentamiento y como consecuencia de ser posible autor material de delito.

Conforme el caso planteado responda:

- a) ¿Habría lugar a imputar responsabilidad al comandante del frente, alias "José", por el hecho causado sobre el cabo Espitia?
- b) Si bien el Comando Central del grupo Estrella Roja no participó en las acciones ¿habría lugar a que sus miembros respondieran por los hechos acaecidos sobre el cabo Espitia?

3. Mirta es integrante de un grupo paramilitar

que opera en el municipio de donde ella es oriunda como consecuencia de un reclutamiento forzado acaecido hace dos años. Mirta, aprovechando su situación dentro de la organización, decide solicitar a varios hacendados de la región una pequeña “colaboración” para la organización, exigiendo un millón de pesos a cada uno. El jefe de la organización no tenía idea de la actividad de Mirta, pero cuando se enteró la avaló y le solicitó que compartiera con él el “botín”.

Con base en el caso expuesto, responda:

- a. ¿Se configura alguna forma de responsabilidades al jefe de la organización?
 - b. ¿Bajo qué figura de responsabilidad estaría llamada a ser sancionada Mirta?
 - c. Dado que Mirta fue víctima de reclutamiento forzado ¿se le podría considerar un “instrumento” en los términos de la teoría de la autoría mediata?
4. En tratándose de la llamada “Autoría Mediata” ¿Cuál considera que es el criterio para determinar que aun cuando no haya coacción o inducción al error, es aplicable esta tesis en el caso de organizaciones de poder jerarquizado?

Ae

En junio de 2002 el bloque “**minotauros**” de la Federación de Autodefensas por la Paz, bajo el mando de alias “**Misaías**”, se propuso realizar una “**limpieza**” en el municipio de **Marypipán**, para lo cual solicitaron una **comisión de apoyo**

al máximo dirigente de la organización, alias “el Guajo”, quien se mostró reticente a la solicitud y ordenó abstenerse de realizar el plan. No obstante, el 17 de junio de ese año, el centenar de hombres que conformaban el bloque “minotauros”, con excepción de alias “Masías” quien comandó desde otro municipio, arribaron al municipio y separaron a 27 personas identificadas en unas listas como presuntas auxiliares, colaboradoras o simpatizantes de la guerrilla “Estrella Roja” quienes fueron torturadas y descuartizadas por un miembro de la Federación paramilitar conocido como “Quitacabezas”. Los paramilitares permanecieron en Marypipán desde el 17 hasta el 22 de junio de 2002, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas cuyos restos fueron arrojados al río Gutiquí.

Con base en el caso expuesto, responda:

1. ¿Cuál de las formas de responsabilidad penal sería

imputable a alias “Misaías”?

¿Hay lugar a imputar algún tipo de responsabilidad penal a alias “el Guajo”, dado que en calidad de máximo jefe del grupo paramilitar se opuso a la acción ejercida por uno de los bloques de la Federación en el municipio de Marypipán?

B

AMBOS, Kai. “Dominio del hecho por dominio de voluntad, en virtud de aparatos organizados de poder”. Traducción Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. 1998.

BACIGALUPO, Enrique. “Principios de

Derecho Penal. Parte General”. Tercera edición. Akal. Madrid. 1994.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. “La Autoría mediata”. Costa Rica.

GÓMEZ BENÍTEZ, José. “Teoría Jurídica del delito. Parte general”. Civitas. Madrid. 1992.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. “La autoría mediata en Derecho Penal”. Granada, Comares, 1996.

JAKOBS, Günther. “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación”. 2ª Ed. 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Autoría y Participación”. Madrid, Akal, 1996.

ROXIN, Claus. “Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”. Buenos Aires. 1970.

J

Se enuncian las siguientes sentencias como herramientas útiles para reforzar los temas expuestos en la unidad:

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de Marzo de 2007. Rad. 23825. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Unidad 5

SUPUESTOS DE
PARTICIPACIÓN

Og

Examinar los conceptos que se derivan de la figura de participación criminal para definir los criterios que en la materia se deben adoptar en la práctica judicial.

Oe

- Analizar la figura de la participación identificando las categorías que de ella se derivan y los fundamentos teóricos que permiten su persecución y castigo.
- Identificar y aplicar a la práctica judicial los criterios que jurisprudencial y doctrinariamente se han aceptado como característicos de la inducción.
- Conocer los supuestos sobre los cuales se deben resolver situaciones problemáticas, como el exceso y el error, que frente a la inducción se pueden presentar.
- Analizar y aplicar los criterios que identifican a la figura de la complicidad.

5.1. PARTÍCIPE

El partícipe, inductor y cómplice, son intervinientes que no poseen el dominio del hecho punible pero hacen parte de él, no lesiona directamente el bien jurídico ni la norma contenida en el tipo de la parte especial sino se limita a contribuir al ataque que hace el autor.

Conforme a lo expuesto por el artículo 30 del Código Penal, la figura de la participación comprende a los determinadores y cómplices²⁷⁸.

De tal manera que quien determine a otra persona a fin de realizar la conducta antijurídica es objeto de reproche siendo

²⁷⁸ Citado por: LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 107.

acreedor de la sanción prevista para la infracción, es decir, que aun cuando se halle en una categoría jurídica diferente recibe el mismo trato que el autor material. Mientras el cómplice, que contribuye a la realización de la conducta antijurídica o presta una ayuda posterior por acuerdo previo o concomitante a la misma, es objeto de reproche recibiendo un trato diferencial, cual es una rebaja en la pena que puede ser de una sexta parte a la mitad de la prevista para el punible.

5.1.1. FUNDAMENTO DEL CASTIGO AL PARTÍCIPE

Según tesis de Stratenwerth²⁷⁹, la participación puede ser merecedora de pena desde dos ópticas: por la influencia que el partícipe ha ejercido sobre el autor o por la influencia sobre el hecho.

Desde la óptica de la influencia sobre el autor es merecedor de castigo en la medida que el partícipe seduce, influye, corrompe al sujeto a fin de que ejecute la conducta punible, al tiempo que ocasiona la desintegración social del autor al ponerlo en un conflicto agudo con la sociedad²⁸⁰.

En lo que a la influencia sobre el hecho se refiere se deben a analizar las teorías que conciben la participación de forma autónoma derivando el castigo del propio injusto.

5.1.1.1. Teoría de la participación en el ilícito

De acuerdo con esta teoría el fundamento para castigar al partícipe se encuentra en que ha favorecido o contribuido para que el autor realice el tipo, en que provoca la decisión de una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favorece su

²⁷⁹ Citado por: LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 107.

²⁸⁰ TRECHSEL: Der Strafgrund der Teilnahme. Citado por LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 108.

realización. El sujeto no lesiona de manera directa el bien jurídicamente tutelado, es decir, el sujeto no es quien infringe la norma sino que colabora para que otro, el autor, sea quien la vulnere. En tal sentido el partícipe vulnera el bien jurídicamente tutelado a través del autor.

Dentro de esta teoría resulta relevante el reconocimiento del principio de accesoriedad, en tanto que desde el momento en que el partícipe colabora en hecho ajeno, éste depende del autor y su hecho.

5.1.1.2. Teoría pura de causación

De acuerdo con esta teoría la punición del partícipe se fundamenta en sí mismo, en su propio injusto. Para esta teoría la accesoriedad carece de sentido pues la dependencia de la punición del partícipe a la existencia del hecho del autor es de naturaleza puramente fáctica. Es decir, que no tiene sentido mantener el carácter de accesorio si la punición se basa en su propio injusto y el bien jurídico también es lesionado por el partícipe.

5.1.2. DETERMINACIÓN O INDUCCIÓN

El determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo en cuya ejecución posee alguna clase de interés²⁸¹.

En tal sentido, el inductor determina a otro a la comisión del

²⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de Octubre de 2000. Rad. 15610. M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

hecho creando en él la idea delictiva²⁸², pudiéndose decir de manera sintética que la inducción es la creación del dolo en el autor principal²⁸³.

La jurisprudencia²⁸⁴ ha recogido los presupuestos de la inducción identificados por la doctrina, entre los cuales se cuentan como los más relevantes:

- Que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado omni modo facturus).
- El inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor.
- Debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva a través de medios efectivos y eficaces.

²⁸² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 01 de Diciembre de 1983. Rad. 1983, M.P.: ALFONSO REYES. El inductor o determinador. Es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de junio de 1993. Rad. 7669. M.P.: GUSTAVO GÓMEZ. El inductor hasta donde responde. El determinador solo responde hasta donde el hecho realizado coincida con su influencia siquica, o por mejor decir, con su dolo.

²⁸³ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 129.

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2000. Rad. 12758, M.P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ. Reglas para la participación delictiva. El inductor. La dogmática jurídico-penal ha reconocido unánimemente como reglas de la participación delictiva: el principio de ejecutividad, según el cual no puede haber determinación o participación si el autor material no inicia la ejecución del delito; la comunidad de ánimo, como nexo psicológico entre los partícipes en el delito, incluido el determinador; y el principio de accesoriedad, en el sentido de que el determinador o partícipe supone la existencia del autor de un injusto culpable.

- El inductor debe actuar con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica.
- El instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico²⁸⁵.

5.1.2.1. Elementos objetivos

• Medios

No hay un criterio unificado en cuanto a los medios que deben o pueden ser utilizados por el inductor con la finalidad de crear la decisión criminal. Algunos autores confluyen en la idea según la cual la inducción ha de consistir en un influjo psíquico del inductor sobre el autor principal mediante el cual se crea en éste la decisión delictiva, apareciendo la decisión como una consecuencia de aquel influjo²⁸⁶.

Esa influencia psíquica puede referirse a promesas, coacción, consejos, apuestas, provocaciones, precio, recompensas, que en todo caso tengan la suficiente intensidad que permita predicar de ellas la causalidad en la decisión criminal.

²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de Octubre de 2000. Rad. 15610. M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

²⁸⁶ WELZEL, ROXIN, JESCHKE. STRATENWERTH, BACIGALUPO, MIR, RODRÍGUEZ MAURULLO, citados por: LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 130.

La jurisprudencia nacional se ha referido frente a este punto, señalando de manera inequívoca que de ninguna manera se puede entender la coacción como el único medio para determinar la comisión del hecho, reconociendo que existen otras maneras tales como el mandato, el consejo, la orden, el convenio o en fin cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho²⁸⁷.

Frente a la coacción la doctrina va más allá al indicar que efectivamente se puede determinar a otro para que cometa un hecho punible utilizando como medio la coacción, pero ésta no puede tener tal magnitud que implique el dominio de la voluntad, porque bajo ese supuesto el caso no se halla bajo la figura de la determinación sino se encuadra en la autoría mediata.

En la figura de la determinación, resulta problemático concretar la existencia o no de causalidad, dado que surge la pregunta ¿Cómo hablar de causalidad cuando la inducción no puede someterse a leyes físicas ni comprobarse o refutarse de manera empírica?, interrogante frente al cual existe un criterio casi uniforme según el cual sí es posible dado que el inductor determina al inducido creando el dolo mediante una influencia psíquica, existiendo por tanto una relación de causa - efecto. La inducción, entonces, exige una relación de imputación entre la actividad del inductor, el influjo psíquico utilizado y la creación del dolo en el inducido, de tal forma que éste se explique por aquél²⁸⁸.

De otro lado, los doctrinantes coinciden en la tesis según la cual no son suficientes para considerar a un sujeto como determinador supuestos tales como la creación de una escena que pueda producir en otro una idea criminal, es decir, no es idóneo el

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de Febrero de 2004. Rad. 18050. M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

²⁸⁸ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 131

crear una situación exterior para que otro se decida al delito o excitar en otros tendencias criminales para que se configure la categoría sub examine, dado que la inducción requiere de un contacto directo de orden psíquico que determine de manera directa la comisión del delito, además, que esa simple creación de escenarios proclives a generar ideas criminales configura simplemente la disposición de un peligro que no excede los límites del riesgo permitido.

Por último, es menester dejar claro que los medios utilizados han de ser de carácter activo, lo que excluye la posibilidad de que se configure la determinación por omisión.

La inducción ha de ser directa y determinante, es decir, referida a una persona determinada y con la finalidad de decidirla a realizar un delito preciso, por lo que la inducción debe presentarse de forma clara e inequívoca. Lo que indica que no hay inducción cuando la persuasión se dirige a una esfera de personas indeterminadas, si se presenta se estaría ante un delito especial autónomo como sería los casos de los artículos siguientes:

Art. 348. Instigación a Delinquir. "El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos..." Art. 458. Instigación a La Guerra. "El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones..."

Con el tipo especial "instigar a delinquir" eleva a la categoría de delito autónomo lo que pudiera ser una forma de inducción. A pesar de su semejanza, se detectan diferencias²⁸⁹:

²⁸⁹ SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría y Participación. U. externado. Segunda edición. Bogotá. 1998. Pág. 243 y ss.

1. La inducción generalmente discurre directamente entre las personas, mientras que la instigación debe ser forzosamente pública.

2. La instigación a delinquir es un tipo penal de peligro. Basta que públicamente se de el acto de incitación para consumarse, sin necesidad que se produzca la lesión al bien jurídico e independientemente que el instigado realice o no el delito. Mientras que en la inducción, se requiere que el determinado cumpla por lo menos actos de ejecución que alcance el grado de tentativa.

3. Al instigador se le castiga por la simple instigación y no por el delito principal, mientras que al inductor se le castiga por el delito principal, de modo que si este no se ejecuta no hay lugar a castigo, su actuación es impune.

En otras situaciones la inducción como forma de participación es castigada por el Código Penal cuando se presenta en determinados casos como delito autónomo, por ejemplo: de inducción al suicidio e inducción a la prostitución.

- La inducción en cadena, la coinducción y la inducción accesoria.

La inducción en cadena se presenta cuando se induce a inducir, por ejemplo el sujeto A que queriendo la muerte de B induce a C para que induzca a D a cometer el delito. En este caso el inductor del inductor es un inductor al hecho principal y es una forma de determinar utilizando a otro como medio para crear en otro la resolución criminal²⁹⁰.

²⁹⁰ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Ibidem.* p. 134

5.1.2.2. Elementos subjetivos

En primer término se encuentra que la inducción debe ser dolosa, lo que significa que el determinador debe actuar con plena conciencia y voluntad de perseguir crear en otro la conciencia criminal y además de perseguir que ese otro ejecute el delito²⁹¹. Esta consideración ha hecho que doctrinariamente se concluya que el inductor o determinador obra con doble dolo.

- Creación del dolo en el inducido

Como ya se ha referido la inducción tiene como una de sus finalidades hacer nacer el dolo en el inducido o autor principal, lo que permite concluir que la figura de la inducción solo puede configurarse frente a delitos dolosos.

Es necesario que el inductor cree el dolo en el autor, pues si la decisión de cometer el hecho ya estaba tomada no se puede hablar de determinación. En ese supuesto fáctico lo que hace el sujeto es alentar, confirmar o incluso fortalecer a idea criminal que ya existe, por lo que la doctrina dominante no lo considera como inducción y lo ubica dentro de la figura de complicidad psíquica.

Esta figura de la complicidad psíquica es problemática y objeto de tesis que se le oponen, tales como la que considera que en el evento en el que la decisión ya está tomada la conducta del inductor es inocua, carece de relevancia y no puede, por tanto, hablarse de complicidad, resulta más adecuado encuadrar tal situación dentro de la tentativa. También se le opone la tesis según la cual, cuando el sujeto aun tiene la duda de cometer el acto delictivo y llega a la

²⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 mayo de 1991. Rad. 4392, M.P.: GUSTAVO GÓMEZ. Participe del hecho. Criterio solo subjetivo. Si se auxilia un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, se actúa a título de partícipe.

escena un tercero que la refuerza y rompe con la dubitación no debe considerarse tal actuación como complicidad, sino como inducción, en la medida en que ha sido él quien determinó la comisión del hecho punible. Estas tesis que se oponen a la complicidad psíquica defienden la idea de que hacer nacer el dolo no quiere decir que no exista inducción por el hecho de que el sujeto en algún momento hubiera previamente tenido la idea criminal. La inducción, entonces, no engendra un problema de originalidad sino de determinación al hecho.

El dolo que el inductor debe crear en el autor debe ser relativo a un delito concreto. Sin que haya necesidad de que se encuentren perfectamente definidos todos los pormenores del hecho, como las circunstancias de tiempo o de lugar, pero si es preciso que las líneas maestras estén perfiladas, de forma que pueda hablarse de una influencia psíquica directa a un hecho concreto y determinado, lo que no excluye la posibilidad de que se configure la inducción a hechos alternativos. Lo que significa que el dolo del inductor debe abarcar el conocimiento de los elementos concretos que conforman el delito que quiere inducir al otro a realizar, esto es, del contenido de ilicitud del hecho. De tal manera que es posible hablar de inducción cuando el contenido de ilicitud y la dirección de la agresión corresponden esencialmente al hecho al que el inductor quería determinar al inducido²⁹².

Además, el inductor ha de obrar con dolo, es decir, nadie puede ser un determinador culposo. Lo que significa que por ejemplo los consejos imprudentes no constituyen inducción. Y ese dolo del inductor debe ir referido a un concreto y determinado autor.

²⁹² LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Ibidem.* p. 139

- Dolo dirigido a la consumación

El dolo del inductor debe ir dirigido a obtener la realización por el inducido de un hecho antijurídico sin que sea necesario que además el hecho sea culpable. Para sancionar al partícipe es suficiente que el autor principal haya realizado un hecho típico y antijurídico, esto como consecuencia de la naturaleza de la accesoriedad limitada de la participación. El determinador debe buscar que el inducido realice la conducta punible hasta su consumación. Si lo que pretender el inductor es que el determinado realice el hecho en grado de tentativa, no sería un tema de la participación, sino se estaría ante la figura del agente provocador que en la legislación local no se encuentra regulada ni admitida, como sí lo está en el sistema penal anglosajón como una manera efectiva y eficaz de lograr obtener pruebas en contra de un indiciado o procesado.

5.1.2.3. Supuestos Problemáticos

En desarrollo de la actividad ilícita el autor que ha sido inducido puede configurar con su actuar excesos o error, es decir, en el hecho no existe una estricta correlación entre lo pretendido por el inductor y lo realizado por el inducido.

En el supuesto de exceso por parte del autor, se debe partir del supuesto según el cual la responsabilidad del inductor se establece en función de su inducción, dicho de otra manera, el inductor no responde por los excesos que cometa el autor. La responsabilidad del determinador está limitada por su dolo, tesis ésta que se deriva del principio de legalidad y que debe ser la base para resolver los problemas que al respecto se presenten.

Puede suceder que el inducido realice más de lo inducido (exceso cuantitativo) o menos de lo inducido, o también puede suceder que realice algo diferente a lo inducido (exceso cualitativo). Pueden ser ejemplos de exceso cualitativo que se induzca a hurtar y el autor cometa un homicidio, en tales casos el inductor responde en relación con su dolo y no responde por los excesos. Frente al exceso cuantitativo, éste se configura por ejemplo cuando se induce a cometer una lesión y el autor asesina, o se induce a un hurto y el autor además de hurtar lesiona, en tales supuestos el inductor tampoco responde por los excesos. Cuando lo que se configura es un caso contrario, esto es un defecto por parte del autor principal, es decir, que al autor realice menos de aquello sobre lo cual recibió inducción. En este supuesto el inductor resulta beneficiado, pues no se castiga lo que él pretendía sino lo que efectivamente realizó el autor material.

5.1.3. COMPLICIDAD

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, cómplice es la persona que contribuye a la realización de la conducta antijurídica o presta una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma²⁹³. Atendiendo a esa concepción, ha dicho la Corte que el cómplice, por no realizar la acción descrita en el tipo, no tiene dominio en la producción del hecho, es decir, que su conducta no es propiamente la causa del resultado antijurídico, sino una condición del mismo²⁹⁴. Esto es, el cómplice es la persona que dolosamente presta una colaboración o ayuda más o menos importante a otro sujeto para que realice intencionalmente un hecho antijurídico²⁹⁵.

²⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de septiembre de 1992. Rad. 6449, M.P.: JUAN MANUEL TORRES. Cómplices. Si el imputado no ha contribuido "a la realización del hecho o "prestado ayuda posterior" al mismo, sino que inequívocamente lo ha realizado", su intervención como protagonista de la conducta típica lo ubica en el plano del autor, situación que no varía por la sola presencia de un número plural de personas, pues si todas ellas toman parte en la ejecución del hecho típico responderán a título de coautoras, y si tan solo prestan colaboración o ayuda para que el autor lo realice, serán tenidas como cómplices. La infracción "transporte" de sustancia estupefaciente (artículo 33 ley 30 de 1986), se ubica dentro de aquellas conocidas como de simple conducta, cuya consumación no exige la producción de un determinado resultado.

²⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de junio de 2006. Rad. 23836. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

²⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 04 de abril de 2003. Proceso No. 12742, MP: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ. Requisitos para que se de la complicidad

5.1.3.1. Elementos Objetivos

• Medios

Cualquier medio siempre y cuando sea utilizado para colaborar al autor material en la realización del hecho, lo que implica que los medios tienen el carácter de ilimitados.

La complicidad puede materializarse a través de comportamientos activos, pero también existe la posibilidad de que ésta se configure a partir de la omisión, así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia al manifestar:

Para afirmar la tipicidad de un comportamiento a título de complicidad por omisión, son necesarias dos exigencias. En primer lugar, concretamente frente a la omisión impropia, impura, o comisión por omisión, -aunque también se podría admitir en materia de delitos activos-, el autor y/o el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado, es decir, tienen que ostentar una posición de garante o de garantía(...)

(...) Y es lo que emana del inciso segundo del artículo 25 del Código Penal del 2000, en virtud del cual, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley.

En segundo lugar, de la conducta omisiva de ayuda, además, se predicen las características generales de la complicidad, es decir, las siguientes:

a) Que exista un autor -o varios.

b) Que los concurrentes -autor y cómplice- se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final.

c) Que los dos intervinientes -autor y cómplice- se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso.

d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que si no se cumple uno de los dos requisitos anteriores, o ninguno de ellos, la conducta imputada es atípica²⁹⁶.

De tal manera que no se puede endilgar complicidad por omisión si en el sujeto no recae el deber de evitar el resultado, es decir, quien no tiene posición de garante o la obligación de proteger el bien jurídico al dejar de evitar el resultado no puede ser castigado como cómplice por omisión.

²⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2003. Rad. 12742. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Se suele distinguir en la complicidad los medios físicos y psíquicos. Complicidad física: prestar auxilio técnico que facilita o favorece la ejecución del hecho. Ej. Proporcionar un arma, una ganzúa, una escalera, una llave, facilitar una dirección, indicar unos horarios, etc. Complicidad psíquica: cuando el cómplice fortalezca mediante consejos la decisión de autor, sólo en situaciones donde la decisión criminal por el autor ya ha sido tomada.

- Aporte

Enmarcar el comportamiento del cómplice comporta una situación problemática, debido a que por una parte es necesario diferenciar al cómplice del coautor²⁹⁷ y por otra han de determinarse las exigencias de la colaboración, es decir, designar a partir de qué momento se consideran superados los límites del riesgo permitido.

Se ha afirmado tradicionalmente que el aporte del cómplice tiene que haber sido causal en relación con el resultado del hecho realizado por el autor principal. En tal sentido Welzel²⁹⁸ señala que la complicidad tiene que favorecer, lo que significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado.

La causalidad absoluta como requisito sine qua non, no puede ser exigida, frente a lo cual Jescheck²⁹⁹ expone que basta en los delitos de mera actividad una influencia favorecedora y en los delitos de resultado una causalidad fortalecedora. Así, indica que "la aportación del cómplice debe contribuir a la consecución del resultado típico en el sentido de una causalidad fortalecedora,

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de mayo de 1998. Rad. 9890, M.P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA. Coautoría. Elementos que la integran.

²⁹⁸ WELZEL, citado por: LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal, p. 159.

²⁹⁹ JESCHECK, citado por: LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, ibidem. p. 159.

mediante la facilitación de la acción delictiva". Es decir, a juicio de este doctrinante lo importante no es que el cómplice proporcione mejores posibilidades al autor para la ejecución del hecho, sino simplemente que le auxilie, de manera que de una causalidad absoluta se llega a una causalidad favorecedora, conforme a la cual el aporte será complicidad siempre que favorezca la realización del hecho.

Frente a tal discusión, otra parte de la doctrina defiende la tesis según la cual se debe abandonar por completo el criterio de la causalidad para acudir a la teoría de la elevación del riesgo³⁰⁰.

De acuerdo a esta teoría para imputar una conducta de complicidad basta con que la persona haya contribuido elevando el riesgo de la producción del resultado. Hay por tanto, una contribución en el peligro aumentando las posibilidades de lesión del bien jurídicamente tutelado. De tal manera que si la conducta del sujeto no aumentó el riesgo, dicha conducta no puede considerarse como complicidad y es impune.

Es necesario precisar que no todo aporte es complicidad, como sucede con la inducción en los casos el legislador convierte una contribución en un delito autónomo con en los artículos 322, 322-1 y 449 del Código Penal. Art. 322. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines; Art. 322-1. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción,

³⁰⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios del Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 145.

ocultamiento o disimulo de hidrocarburo, y el Art. 449. Favorecimiento de la fuga. El servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o facilite su fuga.

- Momento del aporte

La contribución o auxilio pueden ser prestados: Antes del delito, durante su comisión y aun después de su agotamiento, cuando el aporte se ha pactado con anterioridad a la ejecución, tal contribución se sanciona como complicidad por la seguridad que tiene el autor al contar con el apoyo después de la realización delictiva.

Es decir, la complicidad puede darse hasta la consumación, pero una vez consumado el hecho ya no cabe esta figura, teniendo en cuenta que los supuestos de promesa previa de realizar una actividad con posterioridad a la consumación, son supuestos de complicidad, precisamente por la existencia de dicha promesa previa.

- Complicidad en cadena

Al igual que en la determinación, en la complicidad también es posible que se dé una cadena de complicidades. El cómplice del cómplice es cómplice del hecho principal, lo que lleva intrínseco que no se concede una doble rebaja de pena.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de casación: 28/02/2006. Proceso No. 23699, M.P. Álvaro Orlando Pérez. Expreso:

Las variables que puede registrar la intervención del cómplice: Complicidad en cadena. Co-complicidad. Para terminar, así como la instigación puede concurrir con la complicidad, también puede suceder lo contrario. Como se dijo, puede haber instigación a la complicidad (la madre instiga a su hijo para que le suministre dinero a su novia embarazada, con miras a que se cause el aborto), pero también complicidad en la instigación (el hijo le presta ayuda a la madre para que esta induzca a su amante a darle muerte al legítimo esposo). Así mismo, una complicidad puede ser realizada por varias personas, pudiendo hablarse de complicidad conjunta o co-complicidad (los dos celadores de la entidad bancaria informan al grupo de asaltantes sobre las condiciones de seguridad al interior de la cava); incluso, es imaginable la complicidad en la complicidad (el armero le repara el arma a su dueño, para que este se la preste al homicida). De igual modo es posible la complicidad en la tentativa (Pedro le suministra a Juan el número de la caja fuerte del banco y este es sorprendido por la policía cuando intenta abrirla).

5.1.3.2. Elementos Subjetivos

La complicidad es dolosa. El cómplice debe actuar de forma dolosa, por lo que su conocimiento debe abarcar que mediante su aportación presta ayuda a otro para facilitarle la ejecución del hecho. Ahora bien, es suficiente con el dolo eventual. El cómplice colabora dolosamente en un hecho ejecutado dolosamente por el autor³⁰¹. No es admisible la participación en delitos imprudentes.

En la complicidad también se habla de doble dolo del cómplice, de manera que el dolo debe ir referido a la prestación de ayuda, es decir, a su colaboración, pero, asimismo ha de ir referido a

³⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de mayo de 1991. Rad. 4392, M.P.: GUSTAVO GÓMEZ. Participe del hecho. Criterio solo subjetivo. Si se auxilia un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, se actúa a título de partícipe.

ejecución del hecho principal por el autor. El cómplice ha de conocer que con su aportación contribuye y que, al tiempo, favorece la ejecución del hecho principal.

El dolo del cómplice deber ir dirigido a favorecer un hecho concreto y determinado, aunque no es preciso que el hecho se encuentre concretado en todos sus pormenores. Rigen las mismas reglas que en el caso de la inducción.

5.1.3.3. Criterio de diferenciación con la coautoría

Alrededor de la diferenciación entre coautoría y complicidad, especialmente cuando los copartícipes intervienen en el momento consumativo del hecho punible se encuentran dificultades, frente a lo cual la Corte ha expresado:

"En principio, pareciera que la acción u omisión de esta especie de partícipes no se adecua al tipo penal. Si el hecho punible fue consumado por otra persona -se argumenta-, no resulta razonable atribuirle la calidad de autor a quien presta una ayuda posterior al directo realizador de la conducta. Lo sensato -se piensa- es asimilar su actuación, por cuanto no fue esta persona la que realizó el verbo rector del supuesto legal, a la del cómplice.

Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el actor se halla ligado finalísticamente o no a la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo

³⁰⁷² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de Mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible³⁰².

5.1.3.4. Complicidad en la Determinación

Bajo el entendido de que la contribución del cómplice la refirió la ley a la conducta punible, no al autor, la Corte³⁰³ ha concluido que puede ocurrir que exista cómplice del determinador como también instigación a la complicidad, supuesto que ejemplifica trayendo el caso de quien ha movido a otro a que dé muerte a un tercero y a la formación de la resolución criminal contribuye otra persona que ofrece asegurar la fuga del homicida o borrar las huellas del delito.

Al tiempo que, evocando a VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ³⁰⁴, adopta su tesis según la cual pueden darse diversas variables en lo que a la complicidad y determinación se refiere, de tal forma que así como la instigación puede concurrir con la complicidad, también puede suceder lo contrario, es decir, puede haber instigación a la complicidad, pero también complicidad en la instigación. Así como también, una complicidad puede ser realizada por varias personas, pudiendo hablarse de complicidad conjunta o co-complicidad, e indica que es posible también la complicidad en la complicidad, como también la complicidad en la tentativa.

Puede presentarse que en un delito una misma persona concorra con varias formas de participación. En tales casos se debe

³⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de Febrero de 2006. Rad. 23699. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

³⁰⁴ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ Fernando, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1995, pp. 570-571. En Corte Suprema. Rad. 23699. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

acudir al principio de la subsidiariedad de manera que el rol menos intenso se replegará frente al más intenso. De esta manera la complicidad es subsidiaria de la inducción y la coautoría y ésta prevalece frente a la inducción. Si una persona induce, luego ayuda y posteriormente realiza en la ejecución del delito actos esenciales dominando el hecho con otros, a los cuales antes había ayudado. Si una persona primero induce a alguien a cometer un hecho punible y después presta ayuda para favorecer su realización, la inducción excluirá a la complicidad.

5.1.4. EL INTERVINIENTE EN EL DERECHO PENAL

Debe destacarse, como punto de partida, que este término fue utilizado frecuentemente por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera de manera indeterminada, es decir, sin que constituyera un aspecto dogmático, por el contrario era tan solo un término de referencia para señalar con a cualquier persona que de una u otra manera actuara dentro de la comisión de un delito.

Se utilizaba este término para referirse indistintamente por ejemplo al autor, al coautor, al determinador y al cómplice, pero en forma tan solo referencial y no como una categoría dogmática especial.

El concepto de "interviniente" se ha utilizado para denotar con él, tan sólo a alguien que de una u otra manera actuaba o tomaba parte en la conducta ilícita, por ese motivo, bien se hacía referencia como interviniente al autor, inmediato y mediato, al coautor en sus diferentes modalidades propio e impropio, al inductor y al cómplice.

Incluso poco antes de entrar a regir la Ley 599 de 2000, los más

³⁰⁵ VELÁSQUEZ V. Fernando, *Derecho Penal Parte General*, Edit. Temis, tercera edición. Bogotá 1997, p. 621.

³⁰⁶ JESCHEK, Hans Heinrich, *Ob. Cit.*, p. 937.

destacados doctrinantes hacían referencia a ello señalando por ejemplo: que en un asalto bancario son coautores todos los intervinientes, incluso el que conduce el auto³⁰⁵. Igualmente al respecto, cuando varios cometen un hecho en común, todos son castigados como coautores. La propia Ley designa en este caso a los intervinientes como "coautores"³⁰⁶, queriendo significar todos con ello y casi al unísono que la expresión "interviniente" era tan sólo eso, es decir, una palabra más que era utilizada como mero sinónimo de todo aquél que actúa o toma parte dentro del desarrollo de un ilícito, sin que se quisiera dar cualquier otro significado.

5.1.5. ASPECTOS DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL

Finalmente, y pese a la descripción inicial que se había construido para esta norma, el legislador la plasmó de la siguiente manera:

"Art. 30.-Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

...Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte".

De la presente norma se pueden resaltar algunos aspectos, tales como:

a. Hace referencia a pluralidad de personas, pues no señala estrictamente "el que realice", o cualquier término similar, sino precisamente a quien de una u otra forma contribuya con otro u otros, pues no otro es el significado de la expresión "concurra".

b. Por falta de técnica el legislador consagró esta norma del "interviniente" dentro de la figura de la participación, lo que

eventualmente hace creer a gran parte de la doctrina, en forma errada, que puede ser interviniente tanto el inductor como el cómplice, entre otras razones, porque situada allí le pasa lo mismo que a la figura del determinador en el anterior artículo 23 que era como una sub-especie más del sub-género "Autores" y todo dentro del género "Participación" (Título III, Capítulo III), por ello la figura del interviniente situada dentro del artículo 30 actual, pasa entonces a ser una especie más de la participación, lo cual conlleva entonces a la apreciación inicial que le dio la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en su gran mayoría la doctrina.

c. Al parecer, iba dirigida a solucionar los casos problemáticos en donde eventualmente sería más jurídico absolver, pues no era posible endilgarle a ningún título el hecho a un sujeto. Para ejemplificar se encuentra el caso de quien concurre con un servidor público a realizar un delito especial, si no actúa en calidad de partícipe, ni de autor mediato no habría forma de decir que es coautor, pues las exigencias para tal calidad deben ser las mismas que las del autor.

5.1.5.1. Jurisprudencia

Teniendo en cuenta la relativa novedad de la figura en cuestión, al parecer no mencionada en muchas legislaciones, pues de ello da cuenta la misma doctrina nacional e internacional, es decir, poco o nada se menciona al respecto, no mucha es la posibilidad de hacer referencia a esta, aun así y a contrario sensu, la jurisprudencia nacional de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pese a lo contradictoria entre sí, ha hecho referencia a este tema, en los siguientes términos:

- Sentencia Radicado 12191, del 25 de abril de 2002. M.P. Dr.

Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Mediante esta decisión resolvió la Sala Penal un recurso de casación interpuesto por los defensores de dos procesados (Eduardo O. Jojoa Jojoa y Jairo H. Moran Bravo), contra la sentencia de marzo 8 de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la condena de 36 meses de prisión que les había impuesto el Juzgado 1º Penal del Circuito de esa ciudad, al hallarlos responsables del cargo de falsedad en documento público descrito en el artículo 223 del Código Penal de 1980.

Hechos y actuación procesal:

JOSÉ MANUEL GARCÍA USECHE se casó con NANCY DEL CARMEN ESPINOSA el día 5 de noviembre de 1991 en la Notaría 2ª de Pasto. El día 30 de septiembre de 1993, por el mismo rito, lo hizo con SANDRA MILENA BETANCOURT y para obviar el vínculo anterior, a cambio de una suma de dinero obtuvo de los empleados de la Notaría JAIRO HERNÁN MORAN y EDWAR ORLANDO JOJOA los documentos relacionados con su primer matrimonio y los destruyó.

Consideraciones de la Corte (Sala Penal):

Después de hacer el correspondiente estudio de la demanda en cuestión, se adentra la sentencia a analizar cada una de las figuras hoy consagradas en el Código Penal, específicamente lo relativo a la "participación" y sus formas, denotando y dejando claro que la figura del "interviniente" no es más que un simple término de referencia que describe una persona que actúa dentro de un delito de sujeto activo cualificado sin tener calidades (extraneus), así lo dejó plasmado la sentencia en referencia:

"El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)."

Así mismo, para justificar entonces la posibilidad de una doble rebaja de pena, especialmente para ciertos eventos en que el *extraneus* actúa además no sólo como interviniente sino también como cómplice, prosigue la sentencia con los siguientes argumentos:

"...Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como coautor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo... Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inciso 3º. del

artículo 30 CP), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal...".

Con esta jurisprudencia la Corte sentó varios precedentes, así:

- La figura del interviniente corresponde tan sólo a un concepto de referencia, y no a una categoría dogmática definida, autónoma o especial.

- El interviniente es quien no teniendo las calidades, concurre a cualquier título, es decir, como autor, coautor y partícipe³⁰⁷.

- Bajo este entendido entonces, quien así actúa merece una doble rebaja de pena, en el evento que tan sólo preste una colaboración en un delito ajeno, es decir, si actúa en calidad de cómplice, se le ha de considerar interviniente y su responsabilidad es doblemente atenuada, de un lado como cómplice y otra por ser interviniente.

Esta consideración conlleva implícita una seria contradicción, pues si en un comienzo se considera que "interviniente" tan sólo es un término de referencia, entonces, al concederle al cómplice *extraneus* esa nueva rebaja de pena como interviniente del artículo 30 *in fine*, es porque de alguna manera la sentencia considera la figura en cuestión con cierta autonomía e independencia frente a las demás.

³⁰⁷ Compartiendo esta posición igualmente, Gómez Pavajeau. Ob. Cit., p. 24. También Grosso García Manuel Salvador. Ob. Cit., p. 232.

- No se adentra en las razones lógicas y sistemáticas de la figura en cuestión, pues no es aceptable que se haya creado la figura haciendo referencia al particular cuando ya en precedencia (dentro de la misma norma) se había tipificado la figura del determinador y el cómplice, a sabiendas que para estos dos no se requieren calidades especiales.

No se puede olvidar que, de lege data, la doctrina y la jurisprudencia venían aceptando que se puede participar a título de inductor o determinador (figura que incluso algunos asimilan con el autor intelectual)³⁰⁸, sin necesidad de reunir o poseer las calidades exigidas por el tipo penal, pues un extraneus puede ser determinador o cómplice, tan solo que la cuestión diferenciadora vendría a ser de punibilidad, pero en esencia sí es viable dicha calidad en un delito especial.

Por esa razón, no resulta lógico que el legislador haya "creado"³⁰⁹ (incluso con un sentido algo novedoso) la figura del interviniente para referirse a quien sin tener calidades pueda concurrir en la realización de una conducta punible a título de determinador o de cómplice.

Más lógico resulta, por lo menos en principio, pensar que la idea del legislador fue la de suplir con esta figura los casos problemáticos (en donde podría generarse impunidad por falta de tipificación), y, en consecuencia asimilarlo más a un asunto de autoría, pero lo que en realidad jamás podría ser es que se piense en

³⁰⁸ Tipo de autoría que rechazamos de plano, pues no dice nada ni aclara nada, ya que el autor mediato, e incluso algunos otros tipos de coautoría como la impropia en donde existe distribución de la tarea criminal, también puede darse una forma de autoría "intelectual". Contrario a esto SALAZAR Marín. Autor y Participe en el Injusto Penal. Edit. Temis. Bogotá 1992, p. 81. "... Autor no puede ser solo el que realiza directa y objetivamente el tipo de conducta o parte de él. Lo es igualmente el que utiliza a otro de instrumento para delinquir (autor mediato), como también lo es el jefe de una banda de delinquentes que dirige actividades criminales mediante otros que también saben y quieren lo que hacen (autoría intelectual).

³⁰⁹ En estricto sentido, si fue creación del legislador de turno, pues el proyecto de reforma no consagraba esa expresión sino por el contrario la de "participe"

que el interviniente se refiere al determinador y al cómplice, tan sólo por la mala técnica empleada al tipificar dicha figura jurídica en el artículo 30 que trata de la participación. Por ello se comparte el criterio según el cual hubiere sido mejor darle un artículo distinto para entender que se debe manejar como una figura autónoma y con propio resplandor.

- No se sabe a qué criterio o teoría sobre la autoría se acoge la Corte en esa sentencia, es decir, si maneja el criterio restrictivo, extensivo o unitario de autor. Al parecer acoge el criterio "unitario"³¹⁰, que como ya vimos, considera autor a todo interviniente.

Lo anterior, por cuanto la Corte señala que se puede ser autor sin reunir las calidades exigidas en los tipos penales de sujeto activo cualificado, tan sólo que no se le daría esa denominación, sino la de interviniente con la correspondiente rebaja de pena de una cuarta parte.

- Acepta la teoría de "unidad de imputación", es decir, considera la Corte que con ese manejo que allí se le dio al interviniente, se soluciona el problema de tener que imputarle al *extraneus* un delito diferente que el que se imputa al *intraneus*, cuando concurren ambos a la comisión del hecho.

- Lastimosamente no hace referencia la Corte, a la forma como ese manejo de la figura podría dar solución a los demás tipos penales cualificados, pues es de recordar que no sólo existen los de servidor público o especiales³¹¹, sino también por ejemplo los de propia mano, como el acceso carnal violento y otros.

³¹⁰ Contrario a esto Gómez Pavajeau. Ob. Cit., p.24, quien sostiene que la jurisprudencia en este caso propugna por una interpretación extensiva de autor.

³¹¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Sd. Esto sin descartar que hay autores que sostienen que en los delitos especiales no cabría, un concepto extensivo de autor, sino solo uno restrictivo.

- Deja entrever que, necesariamente debe existir pluralidad de sujetos para poder imputarle a alguien dicha calidad de interviniente, toda vez que concurre obviamente con otro u otros en la comisión del delito especial.

- Considerar que debe existir pluralidad de sujetos en la comisión del hecho implica que cuando no sea así, sino que por el contrario tan solo actúe el *extraneus*, a lo sumo se le puede endilgar un delito común que se relacione con el hecho, como sería el caso por ejemplo de un *extraneus* que ingresa a una bodega de la DIAN y se apodera de unas mercancías que la Aduana tiene incautadas. En este caso no resulta muy difícil imputarle el delito de hurto posiblemente calificado y agravado.

Aun así, podría existir la ocasión o el caso en donde en un delito especial propio o impropio, o de propia mano, de omisión, por no haber sino la actuación de un solo sujeto en este caso *extraneus* (por no reunir las calidades exigidas), habría que considerarse la posibilidad de la absolución, o mejor de la impunidad³¹².

- Sentencia Radicado 20704. Julio 8 de 2003. M.P.:
Carlos Augusto Gálvez Argote

Mediante esta sentencia la Sala Penal acoge un concepto "restrictivo" de coautoría y así lo expresa:

"...El término interviniente hace referencia a un concepto restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación..."

Al referirse al determinador y al cómplice la sentencia plantea, entre otras, lo siguiente:

³¹² Naturalmente este es tema poco explorado y que por no hacer parte directa de este trabajo, preferimos dejarlo tan solo planteado.

"..Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30 ya que si a estos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad..."

Es decir, hasta este punto la sentencia aquí referida ha variado respecto de la anterior, y tiene consideraciones distintas para esa manifestación de no aceptar el título de "interviniente" para los otros partícipes.

Al respecto, concluye esta sentencia que tan sólo puede hacer referencia la figura del "interviniente" al coautor, pues no pudiendo ser autor por no reunir las calidades exigidas, no menos cierto es que se exige por lo menos la presencia de varias personas (dos o más).

Conforme a esta nueva jurisprudencia es posible destacar algunos aspectos tales como los siguientes:

- Da un giro de casi ciento ochenta grados respecto de la sentencia anterior (Rad. 12191 ya analizada).

- Se descarta la posibilidad de que el determinador o el cómplice también puedan ser intervinientes.

- No acepta una doble rebaja de pena para el cómplice, cuando tiene calidad de extraño (extraneus).

Al respecto obviamente surgen inquietudes tales como:

- Qué pasa si un intraneus, con manejo de los bienes incautados concurre, pero tan sólo con ánimo de asociado (animus socci) con otro sujeto (intraneus para este primer caso) en la comisión del delito de peculado, como sería por ejemplo el caso de quien tiene a su disposición la bodega donde se almacenan bienes incautados y otro sujeto le propone que le colabore y le da a ganar algo, con el fin que el encargado (servidor público) deje la puerta sin seguro, para que el otro venga en horas de la noche con un camión y se apodere de la mercancía.

En un caso como el planteado bien podría asegurarse que su cooperación tan sólo fue a título de cómplice, en consecuencia por ello respondería, aún a sabiendas que tiene un compromiso y un deber mayor que cualquier sujeto extraño, después de todo está casi traicionando la confianza depositada por el Estado en él. Obviamente la rebaja sería la mencionada en la figura de la complicidad, pues contribuyó con el otro sujeto intraneus en el delito de peculado por apropiación.

El mismo ejemplo pero con una variante: Si el mismo sujeto concurre con otro que no tiene calidades, esto es, tan sólo es un extraneus, se debe señalar que es cómplice del otro sujeto, pero ya no en el delito de peculado por apropiación, sino en el de hurto calificado y agravado. Claro está que para no dejar tan impune el asunto ¿Se podría asignar al servidor público la calidad de autor, obviamente sin serlo? Ello sería desbordar la juridicidad que debe regir en toda investigación penal.

Segunda variante: Si esa misma conducta la realiza un particular (por ejemplo una persona de la cafetería que tan sólo está vinculada por una empresa temporal) que también permite la entrada de varios sujetos (intraneus) para apoderarse de dichas mercancías. Igualmente podría ser considerado tan sólo cómplice en el delito de peculado por apropiación, lógicamente con la rebaja de pena para dicha calidad, y sin considerarlo como "interviniente".

Por lo anterior y con base en lo propuesto, se concluye que dicho cómplice respondería en la misma proporción, bien sea un servidor público o tan sólo un particular, lo cual evidentemente riñe contra todo principio de justicia, pues ante la comunidad no resulta lógico que quien tiene ese deber tan importante para el cual juró incluso al tomar posesión del cargo resulte respondiendo igual que quien no ha tenido en sus manos esa responsabilidad y deber.

- Descarta definitivamente el uso indiscriminado que se le venía dando al término "interviniente", pues se tenía como tal a todo aquél que de una u otra forma actuara en la comisión de un delito, por eso se decía que bien podía hacerlo en calidad de autor inmediato o mediato, coautor, inductor y cómplice, incluso como

²¹³ Clase de Autoría señalada en el inciso 3º del Art. 29 que no ha sido debatido ni analizado en este trabajo, por ello tan solo lo dejamos planteado.

miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica³¹³.

Ahora ya sólo tiene un significado y es el de quien concurre en la comisión de un delito especial sin tener las calidades. Por ese motivo desde ahora ya no se puede volver a utilizar ese término en forma indiscriminada, pues ello podría conllevar a errores de interpretación, de ahora en adelante es mejor utilizar el término correcto que es el mismo que menciona la norma, así que cuando se vaya a hacer referencia a una persona que actúa en un delito se debe darle el apelativo de "concurrente" y no el de interviniente.

La sentencia mencionada hace referencia a ello en los siguientes términos.

"...Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible..."

- Maneja la teoría del "criterio restrictivo de autor", pues considera que debe haber necesariamente pluralidad de sujetos, y por lo menos uno además del interviniente, y por ello la sentencia expresa que el uso del término interviniente se da en un sentido restrictivo³¹⁴ de coautor de delito especial sin cualificación.

- Concluye la sentencia en que el interviniente tan sólo está referido al coautor, es decir debe existir necesariamente un autor con calidades de *intraneus*, para que se pueda dar la intervención en el delito especial.

³¹³ Contrariamente la otra sentencia anterior Rad. 12191, sobre el mismo tema, no señaló expresamente a qué teoría sobre la autoría se apegaran sus planteamientos.

³¹⁴ Así, por ejemplo Velásquez Velásquez, Fernando. Ob. Cit., p. 620 "... Por eso, cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor..." También Reyes Echandía. Ob. Cit. Soler Sebastián. Citado por Reyes Echandía Ob. Cit., p. 184.

En este punto, la jurisprudencia se adentra en una especie de conclusión sin justificación o por lo menos sin explicación, puesto que siempre se ha aprobado por la doctrina en general incluyendo la jurisprudencia local que, el coautor también debe reunir las mismas calidades que el autor³¹⁵, esto es, cumple las mismas exigencias que el autor, tan sólo que eventualmente con distribución de la actividad criminal, pues en ese caso se estaría frente al coautor impropio que si bien no realiza los mismos comportamientos que el otro sujeto, por lo menos sí otros que igualmente exigen tener las mismas calidades exigidas en el tipo penal.

Por tal motivo, no resulta jurídico o por lo menos es bastante forzada la tesis sostenida en esta sentencia, según la cual el interviniente está referido exclusivamente al coautor, pues cae por su propio peso, ya que si se le quiso dar esa denominación a quien no cumple dichas calidades, es decir, al *extraneus*, no hay razón para decir que es igual al coautor.

Ante esta apreciación de la Corte, no puede menos que decirse que la misma sentencia se contradice ya que inicia manifestando que el término interviniente hace referencia a un "concepto restrictivo de coautor" que evidentemente tiene sumisión al principio de accesoriedad por ello se acepta la figura del determinador y el cómplice como sujetos diferentes al autor y sin las calidades especiales exigidas para dicho sujeto, pero realmente en este aspecto, la jurisprudencia más parece acercarse al criterio unitario de autor, pues dentro de esta teoría se considera que todo aquél que intervenga en la comisión de un delito es autor y para nada interesan las diferentes denominaciones, y, si se considera que el interviniente pese a no tener las mismas calidades que el autor, aún así es coautor, no resiste entonces el análisis correspondiente.

- De otro lado, también resulta bastante complicado y en ocasiones casi imposible evidenciar que un extraño pueda realizar en solitario, un delito especial, toda vez que para ello resulta más fácil y jurídico imputarle un delito semejante, pero común, sin que por ello se afecte la "unidad de imputación", porque ésta solo existe cuando hay autor *intraneus*.

- Sentencia Radicado No. 23979. Marzo 7 de 2007- M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla- Sindicado: José Roldán Luna Rodríguez.

Esta sentencia resolvió la demanda de casación interpuesta por la Defensa y por la Fiscalía y, como tema central puede mencionarse que corrobora una vez más el criterio o posición de la Corte respecto de la figura del "interviniente", pues tal como ya lo había señalado la sentencia mencionada aquí (Rad. 20704), nuevamente se dispone que la figura del interviniente tan sólo hace referencia a un criterio restrictivo de coautor, por ese motivo no se puede señalar que los demás partícipes tengan esta calidad de interviniente, por no reunir las calidades exigidas en el tipo penal especial.

5.1.6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE SALA PENAL SOBRE EL INTERVINIENTE

La tendencia jurisprudencial de la Sala Penal de Corte suprema de Justicia sobre el concepto de interviniente y el alcance de su pena se puede determinar en las dos siguientes providencias:

Sentencia de casación: 15/08/2007, proceso No. 27712, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Tesis. De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala, la

reducción punitiva de la cuarta parte de la pena prevista para el interviniente "que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización", sólo es aplicable al "coautor de delito especial sin cualificación", sin que sea procedente tener en cuenta la dosificación allí prevista respecto de quienes ostentan la calidad de determinadores o de cómplices."

Sentencia de casación: 05/12/2007, proceso No. 28780, M.P. Yesid Ramirez Bastidas. En concordancia con Sala de Casación Penal, Sentencia de segunda instancia julio 8 de 2003, rad. 20.704.

Tesis: El interviniente no es una forma de autoría o participación. Es un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. Al inductor y el cómplice que sin tener las calidades especiales de servidor público del tipo penal no le corresponde la reducción de pena una cuarta parte. El determinador y el cómplice participan en un hecho ajeno por lo tanto no se le exige que tengan la calidad especial del *intra-neus*.

Estos criterios los sigue la Sala Penal con fundamento en que:

El artículo 29 de la Ley 599 de 2.000 define como autor a "quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento", también a "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" y como coautores, a "los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo

criminal atendiendo la importancia del aporte", e incluyendo el artículo 30 del Código Penal vigente, por su parte, bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice para en el inciso segundo señalar que a aquél corresponde la pena prevista para la infracción y en el tercero que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida de una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que "al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte", podría, todo lo anterior, significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto sólo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señaló la Sala en aquella decisión, "no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos".

Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir su condición o no de servidor público, no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan. Ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al

cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir, como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de

otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Frente al coautor el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos que realizando como suyo, obviamente, el verbo rector del tipo penal especial, no cuentan sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, *vr.gr.*, si con un servidor público un particular concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.

El concepto del interviniente tienen unas finalidades prácticas: Por una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado

que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección y, quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador desvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices).



1. Realice un cuadro comparativo en el que se expongan los rasgos principales, semejanzas y diferencias entre las diversas formas de participación.
2. Realice un mapa conceptual en el que se evidencien los elementos que componen la figura de participación criminal.
3. Enuncie los criterios para determinar la diferencia entre complicidad y coautoría.
4. La figura de la complicidad y la de la determinación ¿Son excluyentes? Justifique su respuesta.
5. María decide ejecutar un acto terrorista consistente en colocar un explosivo de bajo poder en un centro comercial, en tal centro comercial labora como vigilante Pedro quien siempre ha estado enamorado de María. Ella entra al centro comercial y deja el artefacto camuflado al lado de una escalera eléctrica, Pedro observa el accionar de María que le parece

sospechoso, pero no ejecuta ninguna acción confiando en la buena fe de María. El artefacto efectivamente explota causando heridas de gravedad a varias personas y daños materiales. En la investigación posterior al hecho se indagó y Pedro nunca dijo lo que sabía.

Por favor, responda:

- a. ¿En calidad de qué responde Pedro?
- b. ¿Pedro es cómplice? Justifique su respuesta.
- c. ¿Cómo se debe analizar la omisión de Pedro? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de tal omisión, desde el punto de vista de la responsabilidad?

Ae

1. El 24 de abril de 2004, en la finca Portugal de la vereda la Argentina del municipio de Cooper, Boyacá, funcionarios de la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de Ubaté, Cundinamarca, en asocio de miembros del Ejército Nacional, realizaron la destrucción de un cristalizadero de cocaína, y en esa diligencia se incautó el campero marca Toyota Land Cruiser, modelo 1995, color rojo, carrocería tipo estacas, de placas MGD-344 a nombre del señor ALFREDO CONTRERAS, informando el personal del operativo, que este automotor era utilizado en el transporte de insumos y elementos requeridos para la elaboración de sustancias alcaloides. El 30 de abril de 2004, el señor CONTRERAS, acudió a la Unidad del CTI de Ubaté, a reclamar el automotor y mostrando una copia de denuncia en la que decía que el 19 de abril de ese año, en la vía Barbosa Chiquinquirá, ese vehículo le fue hurtado. Los investigadores del CTI de Ubaté, al conocer la solicitud de CONTRERAS, se desplazaron a la Unidad del

CTI en Chiquinquirá, donde encontraron inconsistencias en la secuencia de la numeración interna de la denuncia 239 instaurada por el señor CONTRERAS, fechada el 20 de abril de 2004; ya que la anterior se recibió el 23 de abril de esa anualidad y la N° 240 figura como recibida el 26 de ese mes.

El señor CONTRERAS obtuvo tal documento de OLGA SANTANA quien era funcionaria del CTI de Chiquinquirá.

De acuerdo a los hechos narrados:

- a. ¿Qué delitos se cometieron?
- b. ¿El Señor CONTRERAS frente a la actuación de la funcionaria tiene alguna clase de responsabilidad? ¿Bajo que figura? Justifique su respuesta.
- c. En el supuesto en el que el señor CONTRERAS le haya pagado a la funcionaria para falsificar el documento, se modifica la situación jurídica (adecuación típica y grados de responsabilidad) de ambos sujetos.

2. El 24 noviembre de 2003, REMEDIOS HURTADO, Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, JUAN MANUEL ROJAS, Escolta uno (1) del C. T. I., RAMIRO FERNÁNDEZ, investigador II y Jefe del Grupo de Patrimonio Económico de la Fiscalía, junto con los particulares SANDRA PATRICIA GÓMEZ ex funcionaria de la Fiscalía, LORENA PEÑALOZA, CARLOS TORREGROSA, Y HERNÁN CIFUENTES hicieron presencia en la calle 65 C No. 22-26, apartamento 7102, con el pretexto de realizar una diligencia de allanamiento y registro, toda vez que, tenían indicios que allí se guardaban armas en la residencia de la señora CLAUDIA

XIMENA CARDONA, quien les permitió el ingreso.

En un baúl hallaron varios millones de pesos y algunos miles de dólares, por tal situación, la Fiscal HURTADO le comunicó a la propietaria CARDONA que la moneda extranjera era falsa y que ese delito tenía pena de 15 años de prisión. Los partícipes del acto ilícito, antes de llevarse el aludido caudal, le hicieron saber a los moradores del apartamento, que debían abstenerse de comunicar a cualquier autoridad lo sucedido allí. No levantaron acta y, al abandonar el lugar, procedieron a repartirse el botín.

1. Identifique los delitos cometidos.
2. Identifique, para cada una de las personas que actuaron en el ilícito la calidad que ostentan dentro del mismo (autores, coautores, intervinientes, determinadores) y justifique su respuesta.

B

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Ed. Akal.

SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría y Participación. U. externado. Segunda edición. Bogotá. 1998.

VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal Parte General, Edit. Temis, tercera edición. Bogotá 1997.

J

Las siguientes sentencias servirán de apoyo para profundizar en los temas expuestos en la unidad:

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28

de Febrero de 2006. Rad. 23699. M.P.:
ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22
de Junio de 2006. Rad. 23836. M.P.:
SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11
de Febrero de 2004. Rad. 18050. M.P.: YESID
RAMÍREZ BASTIDAS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22
de Mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO
ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de
abril de 2003. Rad. 12742. M.P. ÁLVARO
ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26
de Octubre de 2000. Rad. 15610. M.P.:
FERNANDO ARBOLEDA RÍPOL.



BIBLIOGRAFÍA SELLECCIONADA DEL MÓDULO

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Madrid. Ed. Akal. En esta obra el autor demuestra que es un conocedor de la dogmática de nuestros días. Analiza las diferentes formas de autoría y participación reguladas en el Código Penal Español. Dedicar una buena parte de su trabajo al análisis de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

BACIGALUPO, Enrique. "La Noción de Autor en el Código Penal". Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1965. Este trabajo fue uno de las primeras obras en Argentina dedicadas al estudio del concepto de autor. Apesar de su edición en 1965 sigue vigente.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. "La Autoría mediata". Costa Rica. 1995. En este trabajo el autor realiza un estudio de la nueva forma de autoría como es la mediata donde plantea el estado de la cuestión en España y Alemania.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Inducción o Autoría mediata en malversación impropia. En, La Ley. Tomo IV. Madrid, 1986. Libro muy extenso como requiere la amplitud de los problemas de la autoría. Se ha centrado en todas las cuestiones nucleares del concepto de autor, sobre todo en los delitos puros de resultado.

GIMBERNAT, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Universidad de Madrid. 1966. Uno de los trabajos que aborda con criterio critico las formas de autoría y participación en España.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La autoría mediata en Derecho Penal". Granada, Comares, 1996. Obra dedica al estudio la autoría mediata en una forma muy detallada. Determina la necesidad de esta forma de autoría diferenciándola de otras formas de autoría y participación.

LÓPEZ PEREGRÍN, M.C. La complicidad en el Delito. Valencia. 1997. Trabajo de investigación dedica a establecer la diferenciación entra la complicidad necesaria o secundaria y la coautoría.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. Autoría Mediata en el Derecho

Penal. Formas de Instrumentalización. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2003. Trabajo de tesis doctoral del autor dedicada al estudio de la autoría mediata relacionada a determinar todas las posibles formas de dominio de la voluntad del sujeto de “atrás” sobre el sujeto de “adelante”. En el capítulo sexto trata el tema de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder.

MORENO BRAVO, Emilio. “Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría. Autoría mediata y delitos impropios de omisión”. Dykinson. Madrid. 1997. En esta obra el autor presenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España sobre la autoría y la participación desde una óptica dogmáticamente clara y definida.

ROXIN, Claus. “Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”. Buenos Aires. 1970. Obra fundamental del maestro alemán sobre el tema del autor. Desde el año 1962 introdujo a la dogmática penal la clasificación sobre autoría y participación hoy vigente y admitida en muchos códigos penales de varios países incluyendo el nuestro.



BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO

AMBOS, Kai. "Dominio del hecho por dominio de voluntad, en virtud de aparatos organizados de poder". Traducción Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios del Derecho Penal. Parte General". Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994.

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

BACIGALUPO, Enrique. "Manual de derecho penal - parte general" - 4ta. Editorial Temis S.A. 1998.

BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto Bramont Arias - Torres. Código penal anotado. Edición 2da. Lima - editorial san marcos. 1995.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. "La Autoría mediata". Costa Rica. 1995.

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

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

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

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974. M.P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de Marzo de 2007. Rad. 23825. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de Febrero de 2006. Rad. 23699. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de Mayo de 2003. Rad. 17457. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2003. Rad. 12742. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de Octubre de 2000. Rad. 15610. M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de Febrero de 2004. Rad. 18050. M.P.: YESID RAMÍREZ. BASTIDAS. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de Junio de 2006. Rad. 23836. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

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

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

GARRIDO MONTT, Mario. "Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación". Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1986.

GIMBERNAT, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Universidad de Madrid. 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Teoría Jurídica del delito. Parte general". Civitas. Madrid. 1992.

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

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "La autoría mediata en Derecho Penal". Granada, Comares, 1996.

JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación". 2ª Ed. 1997.

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

JAÉN VALLEJO, Manuel. La Autoría en Derecho penal. Editorial PPU, Barcelona, 1991.

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

JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". V. II. Traducción: Mir Puig y otro. Bosch. Barcelona. 1985.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Autoría y Participación". Madrid, Akal, 1996.

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

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

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

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

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

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

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "La participación en el delito y el principio de accesoriedad". Tecnos.

ROJAS VARGAS, Fidel. -jurisprudencia penal. Edición. Lima - gaceta jurídica editores. 1999.

ROXIN, Claus. "Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Buenos Aires. 1970.

UNIDAD 5

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. Temis. Santa fe de Bogotá. 1995.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires. 1956.

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