

**AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN
DELICTIVA**

**Jurisprudencia (1947-2002)
Derecho Comparado**

ALEJANDRO NAVAS CORONA

**AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN
DELICTIVA**

**Jurisprudencia (1947-2002)
Derecho Comparado**

(Sic)
Editorial Ltda.

Bucaramanga, Septiembre de 2002

A mis padres
Alvaro y Mirtha.

ÍNDICE

PRÓLOGO	19
---------------	----

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS TEÓRICO DEL INSTITUTO	23
APUNTALAMIENTOS PRELIMINARES	24

CAPÍTULO I

LA AUTORÍA

1- VERTIENTES CONCEPTUALES	29
1.1- CONCEPTO UNITARIO	29
1.1.1- Formal	30
1.1.2- Material	30
1.2- CONCEPTO EXTENSIVO	33
1.2.1- Teorías Objetivas	34
1.2.2- Teorías Subjetivas	35
• Teoría del Dolo	36
• Teoría del Interés	37
1.3- CONCEPTO RESTRICTIVO	39
1.3.1- Teoría Objetivo-Formal	39
• La autoría como realización de acciones ejecutivas	40

· La autoría como realización del tipo	41
1.3.2- Teoría Objetivo-Material	44
· Dominio de la Acción	45
· Dominio de la Voluntad	45
· Dominio Funcional	45
1.3.3- Teoría Funcionalista	50
2- EL RÉGIMEN PENAL COLOMBIANO	52
2.1- CÓDIGO PENAL DE 1936	52
2.2- CÓDIGO PENAL DE 1980	54
■ Concepto de Autor	58
■ Teoría Aplicable	59
2.3- CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000	61
■ Definición de Concurrencia	62
■ Concepto de Autor	62
■ Concepto de Partícipe	63
■ Teoría Aplicable	64
3- CLASES LEGALES, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE AUTORÍA	67
3.1- AUTORÍA INMEDIATA	67
3.2- MEDIATA	72
3.2.1- Si el ejecutor es objeto de una coacción	76
3.2.2- Si el ejecutor es objeto de un error	78
3.2.3- Si se utiliza a un sujeto en el que concurre un error de prohibición	79
3.2.4- Si se utiliza un sujeto sobre el cual recae una causal de inimputabilidad	80

3.2.5-	Si se utiliza a un niño	81
3.2.6-	En los casos en que se obra dentro de un aparato de poder	82
3.3-	COAUTORÍA	94
	■ Cuando el individuo realiza totalmente la única acción descrita en el tipo penal	97
	■ Cuando el individuo realiza parcialmente la única acción descrita en el tipo penal	97
	■ Cuando el individuo realiza una de las varias acciones descritas en el tipo penal	100
3.3.1-	Acuerdo Previo o Plan Común	101
3.3.2-	La realización de Acción Ejecutiva	105
	Coautoría en los tipos penales especiales	107
	Coautoría en los delitos omisivos	109
	Coautoría en los delitos de propia mano	110
	El delito colectivo	110
	La coautoría sucesiva	112
	La autoría accesoria	113
	La coautoría alternativa	113
	La coautoría aditiva	114
	Coautoría en los delitos imprudentes	115
3.4-	AUTORÍA POR REPRESENTACIÓN	115
3.4.1-	Miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica	117

3.4.2- Miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de un ente colectivo sin personería jurídica	118
3.4.3- Miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona natural	119

CAPÍTULO II

LA PARTICIPACIÓN	121
1- Contribución al Delito	122
2- Elemento Doloso	124
3- Elemento de la Ajenidad	129
3.1- Accesoriedad Mínima	130
3.2- Accesoriedad Limitada	131
3.3- Accesoriedad Extrema	132
3.4- Hiperaccesoriedad	132
Participación en cadena	134
1- DETERMINACIÓN	137
1.1- Nexo entre Determinación y Ejecución	137
1.2- Voluntad o Dolo de Determinación	140
1.3- Acción Eficaz del Determinador	141
a- Determinación	144
b- Instigación	144
1.4- Ejecución de Acción Típica – Excesos	145
Determinación en delitos de sujeto activo calificado	148
Determinación en cadena	148

En los delitos agravados por el resultado	149
En los delitos tentados	149
2- COMPLICIDAD	151
2.1- Nexo entre Contribución y Ejecución	151
2.2- Voluntad o Dolo de Contribución	152
2.3- Acción Eficaz del Cómplice	152
2.4- Ejecución del Tipo al que se Contribuyó - Excesos	158
En los delitos cualificados por su ejecutor	158
En los tipos penales de ejecución instantánea	159
Complicidad en cadena	159

SEGUNDA PARTE

JURISPRUDENCIA	161
----------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 1 -

COMPLICIDAD NECESARIA Y SECUNDARIA	163
------------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 2 -

COMPLICIDAD CORRELATIVA	167
-------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 3 -

AUTOR MATERIAL E INSTIGADOR	175
-----------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 4 -

COMPLICIDAD - DOLO - ACUERDO	182
------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 5 -

COPARTICIPACIÓN CRIMINAL - AUTOR, COAUTOR Y PARTÍCIPE - AUTOR INTELECTUAL, INSTIGADOR Y CÓMPLICES	193
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA N° 6 - COMPLICIDAD NECESARIA	199
JURISPRUDENCIA N° 7 - COPARTICIPACIÓN CRIMINAL	201
JURISPRUDENCIA N° 8 - COMPLICIDAD CORRELATIVA	205
JURISPRUDENCIA N° 9 - CÓMPLICE NECESARIO	209
JURISPRUDENCIA N° 10 - DELITOS DE SUJETO ACTIVO CUALIFICADO - DETERMINADOR	215
JURISPRUDENCIA N° 11 - AUTORES - COMUNIDAD CRIMINAL - DOLO EVENTUAL	219
JURISPRUDENCIA N° 12 - COPARTICIPACIÓN - REALIZACIÓN DE UN SOLO VERBO RECTOR	223
JURISPRUDENCIA N° 13 - PARTICIPACIÓN - COMPLICIDAD CORRELATIVA - TRÁNSITO DE LEGISLACIONES - FAVORABILIDAD	228
JURISPRUDENCIA N° 14 - PARTICIPACIÓN - RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL	230
JURISPRUDENCIA N° 15 - AUTOR - DETERMINADOR	233
JURISPRUDENCIA N° 16 - COAUTORÍA EN EL HURTO - EL “CAMPANERO” ES AUTOR Y NO CÓMPLICE - REFUTACIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DE LA ACCIÓN.....	236

JURISPRUDENCIA N° 17 - CÓMPLICE EN TIPO PENAL DE SUJETO ACTIVO CUALIFICADO (PECULADO)	243
JURISPRUDENCIA N° 18 - EMPRESA CRIMINAL	247
JURISPRUDENCIA N° 19 - COMPLICIDAD	251
JURISPRUDENCIA N° 20 - COPARTICIPACIÓN - SUJETO ACTIVO CUALIFICADO	254
JURISPRUDENCIA N° 21 - AUTOR - CÓMPLICE	257
JURISPRUDENCIA N° 22 - COMPLICIDAD EN LA FALSEDAD	260
JURISPRUDENCIA N° 23 - COAUTORÍA IMPROPIA	262
JURISPRUDENCIA N° 24 - AUTOR INTELECTUAL - INSTIGADOR - COMPLICIDAD EN EL PECULADO	265
JURISPRUDENCIA N° 25 - COAUTORÍA	268
JURISPRUDENCIA N° 26 - AUTORÍA MEDIATA - AUTOR MATERIAL INIMPUTABLE Y CÓMPLICE	273
JURISPRUDENCIA N° 27 - COPARTICIPACIÓN - DIVISIÓN DE TRABAJO	278
JURISPRUDENCIA N° 28 - USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO POR EL DETERMINADOR DE SU FALSIFICACIÓN	281

JURISPRUDENCIA N° 29 - COAUTORÍA IMPROPIA - PORTE ILEGAL DE ARMAS	286
JURISPRUDENCIA N° 30 - COAUTOR - DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO	289
JURISPRUDENCIA N° 31 - COAUTORÍA - DIVISIÓN DE TRABAJO	292
JURISPRUDENCIA N° 32 - COMPLICIDAD - RECEPCIÓN	298
JURISPRUDENCIA N° 33 - DETERMINADOR	301
JURISPRUDENCIA N° 34 - PECULADO POR APROPIACIÓN - PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS	303
JURISPRUDENCIA N° 35 - COAUTORÍA - AUTOR INTELECTUAL	307
JURISPRUDENCIA N° 36 - COAUTORÍA - CONTRIBUCIÓN OBJETIVA	312
JURISPRUDENCIA N° 37 - COAUTORÍA IMPROPIA - DELITOS DE PROPIA MANO	316
JURISPRUDENCIA N° 38 - DETERMINADOR	318
JURISPRUDENCIA N° 39 - LA FIGURA DEL “INTERVINIENTE” - TIPOS ESPECIALES (SUJETO ACTIVO CALIFICADO)	322

TERCERA PARTE

ARGENTINA	329
MÉXICO	331
VENEZUELA	336
CUBA	338
PERÚ	340
COSTARICA	342
BRASIL	344
ECUADOR	346
CHILE	349
PARAGUAY	351
GUATEMALA	354
ESPAÑA	358
ALEMANIA	362
AUSTRIA	364
FRANCIA	365
ITALIA	366
PORTUGAL	367
BIBLIOGRAFÍA	369

PRÓLOGO

Siempre interesante y agitado para el derecho penal será el estudio del instituto jurídico de la autoría y la participación criminal. El debate sobre la materia ha sido objeto de múltiples pronunciamientos tanto de doctrinantes extranjeros como nacionales, y por supuesto que de controvertidas interpretaciones al interior de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores. Algunos afirman que es un tema de nunca acabar, precisamente por la variedad de argumentos y posiciones en rededor del instituto.

El joven abogado penalista, discípulo y amigo personal ALEJANDRO NAVAS CORONA, me ha honrado al solicitarme que escribiera unas líneas como prólogo de su libro “AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA”, inquieto él -como ya lo han hecho otros- por el adecuado manejo del tema y por el correcto entendimiento de los conceptos sobre los que gira la teoría de la coparticipación criminal.

Las notas del autor se corresponden con una bien elaborada conceptualización del instituto, diferenciando claramente lo respectivo a la figura de la autoría y luego lo de la esencia de la participación criminal. En el estudio de la autoría, por lo menos, además de exponer las diversas vertientes conceptuales o teorías, le otorga después su correspondiente ubicación en el Código Penal Colombiano, para finalizar con la clasificación que de ella han hecho la doctrina y la

jurisprudencia, mereciendo especial comentario el tratamiento que se ofrece de la autoría mediata, previo el reconocimiento de que tal forma de intervención en el hecho punible no aparece contemplada en nuestra legislación penal sustantiva. Y frente al estudio de la participación delictiva, de otro lado, luego de conceptualizarla y exponer sus presupuestos, encontramos el análisis por separado de sus dos expresiones, a saber, la determinación y la complicidad, interesando por supuesto el examen del sujeto agente como determinante que, como se sabe, muchos inconvenientes ha traído en la práctica al enfrentarse a los conceptos de autor intelectual o de instigador.

Al lado de todo lo anterior, ofrece generosamente el autor una compilación de la jurisprudencia nacional sobre la materia, que recorre pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia desde 1.947 hasta 1.997, y que metodológicamente ilustra las consideraciones de la alta corporación que interesan al estudio del instituto en letra cursiva y negrilla, previa la identificación de la jurisprudencia y la reseña de los hechos.

Y para rematar, se encuentra una presentación de derecho comparado sobre el tema, mostrándose la legislación y el tratamiento que en otras latitudes se ofrece de la autoría y de la participación delictiva, en especial en países como México, Cuba, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, España, Alemania, Austria, Francia, Italia y Portugal.

Innegable la riqueza conceptual, bibliográfica y jurisprudencial de la obra, lo que de suyo revela el meritorio esfuerzo del autor que queda en evidencia con la profundidad de sus apreciaciones y con la “toma de partido” personal en algunos aspectos de autoría o de participación discutidos

por la doctrina nacional y extranjera, siendo notoria la exploración de ésta última mucho más que la primera.

Como bien se expone por NAVAS CORONA, no constituye su obra el punto final de discusión o la última palabra acerca de tan intrincado instituto del derecho penal general y de la teoría de la tipicidad. Constituye, por el contrario, un excelente y metodológico recorrido por las teorías expuestas a lo largo de las construcciones dogmáticas y por aquella imperante en nuestro medio aún siguiendo los preceptos del código penal de ya casi dos décadas, abonado todo con posturas personales y pertinentes ejemplos. Y seguro estoy que la obra constituirá, además, un valioso manual de consulta para los interesados en la temática, no sólo para conocer el amplio espectro doctrinal que rodea el instituto, sino para debatir y rebatir los mismos criterios del autor o para compartirlos, siempre y cuando lo hagamos con la misma profundidad conceptual y seriedad académica como éste los expone.

Finalmente, queda mi reconocimiento personal al autor por su dedicación y estudio, y por su respeto a ese derecho penal democrático y liberal que desde afuera intentamos construir. Esta obra recoge ese sentido y esas aspiraciones. Y queda para mí esa satisfacción de ver un primer joven jurista adelantarse a los de antaño en esa ardua pero gratificante tarea de expresar las ideas, compilándolas y escribiéndolas, para que las mismas sean objeto de debate. Hoy, con la obra de mi colega y amigo, puedo decir que no en vano desde el foro y desde la cátedra insistimos en la divulgación de nuestro pensamiento, en una tierra que valga reconocerlo no ha sido pródiga en escritores doctrinantes para el derecho penal. Pero sin duda, este trabajo es ejemplo digno para los

Alejandro Navas Corona

de antes y para las nuevas generaciones, en el propósito por estudiar un derecho penal con seriedad y recto juicio, y comprenderlo en su mejor sentido, siempre en respeto de la legalidad y de lo que queremos sea la vigencia de un orden justo dentro de nuestro Estado Social de Derecho.

MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES

Bucaramanga, junio de 1.998

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS TEÓRICO DEL INSTITUTO

No pretendo mediante la siguiente exposición temática, realizar un tratado sobre autoría y participación, o postular una nueva teoría que revolucione el ámbito jurídico actual, sino simplemente intentar dar una luz sobre los conceptos, que a través del desarrollo histórico de esta ciencia del derecho, se han presentado y superado paulatinamente para llegar a los postulados modernos; de ahí el carácter someramente abreviado de la obra en su aspecto teórico. Todo esto, en orden a comprender mejor aún la normatividad colombiana en este punto, aunado a las jurisprudencias materia de recopilación, y finalmente el articulado de otros países, en especial los iberoamericanos.

El impulso que dio lugar a la presentación de una segunda edición, no sólo fue la estipulación normativa de unos nuevos presupuestos penales en torno al tema (Código Penal del año 2000), sino el cambio de criterio que he tenido por bien tomar, dado quizás por los embates del análisis jurídico y más aún de la experiencia personal. Bien se ha dicho que el hombre es humano por cambiante, y cambiante por humano; no es otra la razón de los “supuestos errores” que intérpretes de pluma gruesa han querido encontrar en aquellos que resignifican sus ideas.

APUNTALAMIENTOS PRELIMINARES

Con el Ordenamiento Punitivo Colombiano (ley 599 de 2000), se hacen significantes aportes a la teoría de la Intervención Criminal en Colombia, que intentaremos exponer brevemente mediante este escrito, en complemento y resignificación del publicado en años anteriores, buscando así mayor claridad y precisión para el amante de las ciencias penales.

Valga decir, para introducir al lector en el desarrollo de lo que será el estudio específico de cada instituto, que en todo fenómeno criminal o “Conducta Punible” existen diferentes posibilidades de intervenir, dado que como lo dicta uno de los elementos básicos del Tipo Objetivo, en todo hecho que se repute punible existen uno o varios individuos que desarrollan la conducta en el sentido exigido por la norma.

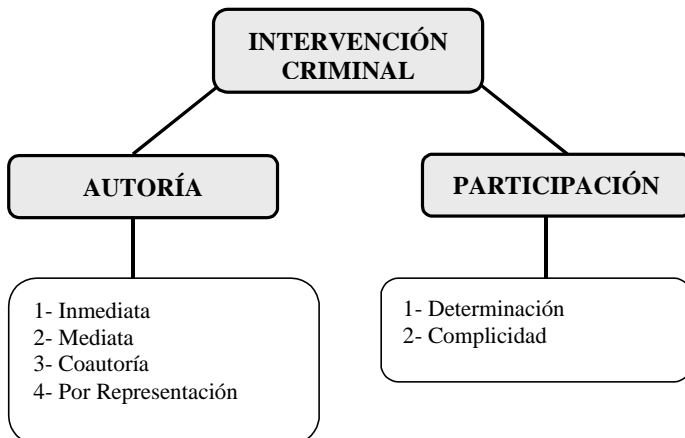
Pues bien, el Código Penal Colombiano del año 2000, en su artículo 28, afirma la posibilidad del concurso de personas en la conducta punible, al manifestar expresamente que pueden concurrir a la realización de la misma los autores y los partícipes. Entonces, existirá un instituto fundamental en el Derecho Penal Colombiano que podríamos llamar “Concurrencia o Intervención” en la conducta punible, que contendrá a su vez dos formas específicas llamadas “Autoría” y Participación”.

Si el jurista se detiene por un momento y lee cualquier tipo penal de la parte especial del código, observará que en cuanto

se refiere al sujeto activo, el legislador solamente contempló la figura de la autoría, esto es, aquellos que ejecutan el verbo rector del tipo. A modo de ejemplo, el artículo 103 dice “El que matare a otro...”, y no “El que ayude a matar...” o “El que induzca a otro o lo determine a matar...”; es por ello que existe la “Participación” como un mecanismo para darle más amplitud al tipo penal. Esta participación podrá ser (según el artículo 30 C.P) a través de la Determinación o de la Complicidad.

Por otro lado, en la forma perfecta de intervención o concurrencia (por así llamarla), consagrada en cada tipo penal con expresiones como “El que...”, “La que...”, “Los que...”, etc, esto es, la “Autoría”, consagra el artículo 29 del Código Penal varias formas que denominaremos en este libro de la siguiente manera: Autoría Inmediata, Autoría Mediata, Coautoría y Autoría por Representación, según la forma en que las personas se vinculen con la conducta que se quiere punir

Así las cosas, veamos un cuadro que congloba esta sección introductoria:



En resumen: Se debe tener en cuenta que para el jurista colombiano, basado en la Ley 599/2000 o Código Penal, existen dos formas de intervenir en una Conducta reputada como Punible: a través de la **Autoría** o a través de la **Participación**. La primera de ellas como ejecución del verbo rector descrito en el tipo penal, con formas como la Inmediata, Mediata, Coautoría y por Representación; y la segunda como mecanismo amplificador del tipo, con dos formas específicas como son la Complicidad y la Determinación.

Esta idea no debe perderse de vista en ningún momento cuando se trate de estudiar la Teoría de la Intervención Criminal en Colombia, y es lo que desarrollaremos minuciosamente en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO I

LA AUTORÍA

Como vimos con anterioridad, en todo hecho punible, cualesquiera sean las circunstancias, se puede afirmar de manera genérica que interviene o concurre una persona o individuo, como lo dan a entender los tipos penales de la parte especial del ordenamiento jurídico-penal. En virtud de esta intervención y su relación con el ilícito, es que se puede llamar a responder al infractor de la norma, sea como autor o como partícipe.

Pues bien, en este capítulo trataremos especialmente el contenido de la primera forma, y la más directa, de intervención dentro del suceso delictivo: La Autoría

Son pocos los códigos penales que dan una definición específica y clara de autor, sea cual fuere su especie como veremos, confiriéndose tal delimitación definitoria a la jurisprudencia y la doctrina de cada país¹.

¹ Dice Enrique Bacigalupo: “*Tampoco es una definición de la autoría la contenida en el art. 23 del Código penal Colombiano, que únicamente dice que es autor ‘el que realice el hecho punible’, pues una definición de la autoría es aquella que permite saber precisamente ‘quien’ realiza el hecho punible*” - Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Tercera Reimpresión, 1996, página 180. Es preciso aclarar que esta afirmación del renombrado tratadista, sería aplicable de idéntica manera al Código Penal del año 2000, aunque no compartimos la misma por las razones que esbozaremos en adelante, fundadas en la “realización de la conducta” como una lógica ejecución del verbo rector.

Y es que no constituye tarea fácil aquella referida a la conceptualización de la autoría, más aún cuando tal labor está íntimamente relacionada con la estructura jurídico-racional que se maneje, o mejor aún, la doctrina derivada de ella.

De aquí que debamos intentar la elaboración de un concepto de autor, conforme y partiendo de las diferentes teorías que se han venido manejando hasta el momento por los estudiosos de las ciencias penales.

1. VERTIENTES CONCEPTUALES

La doctrina ha sido, por así decirlo, caprichosa al momento de conceptualizar el instituto de intervención delictiva mencionado, y ha ido afinando de manera genérica tres conceptos: el unitario (confrontado al criterio diferenciador), el extensivo y el restrictivo, sobre los cuales los países han construido históricamente su estructura normativa.

Estudiemos cada uno de ellos,

1.1- CONCEPTO UNITARIO

Según esta vertiente, todo aquel que intervenga, directa o indirectamente, en el acontecer delictivo, se puede considerar como “autor”. Esto determina consecuentemente que, según esta corriente, desaparecen las posibles diferencias entre autor y partícipe del delito, quedando éstas consignadas en el simple quantum de punición.

Su característica principal es la equivalencia causal de todas las intervenciones, impidiendo en consecuencia la aplicación de un marco penal de diversa índole a cada cual y fundamentando así el constructo de su directísimo rechazo por la dogmática penal.

Al efecto, esta tendencia jurídico-penal tiene su fundamento y justificación, en cuanto el ámbito temporal dentro del cual nace está caracterizado por el causalismo extremo, tomado

por los estudiosos del positivismo naturalista y enraizado en teorías como la “equivalencia de condiciones” en la que toda condición puesta en el acontecer criminal tiene un valor equivalente, esto es, todos los que intervienen en el delito son causa o condición del mismo sin importar su aporte. De ahí que la teoría unitaria postule la existencia de “autores” sin ningún género distintivo.

El concepto unitario de autor, ya revaluado casi en su totalidad por su íntimo nexo con el concepto peligrosista y de derecho penal de autor, encontró partidarios en las legislaciones Noruega (C.P de 1902), Italiana (C.P de 1930), Alemana (En materia contravencional), Danesa (C.P de 1930) y Austríaca (C.P de 1974), aunque la mayoría de estos países no lo consagran en la actualidad.

Dentro de esta doctrina unitaria de la autoría en el delito, se desarrollaron a su vez **dos corrientes**, así:

1.1.1- Una posición inicial de carácter “formal”, según la cual toda persona que participe en un hecho delictivo es autor del mismo, sin que existan diferentes clases de autores dependiendo de la participación.

1.1.2- Una segunda postura de carácter “material”, que como teoría unitaria, acepta la igualdad en el aporte causal de todos los intervinientes y por tal su idéntico marco punitivo, aunque admite la clasificación de los mismos, valga decir, autor por incitación o por determinación, autor inmediato y mediato, y autor por apoyo o por colaboración.

En realidad la diferencia entre las dos posiciones es meramente conceptual y no de fondo, dejando así incólume

la pretensión diferenciadora en las formas de intervención delictiva.

Otro punto de importancia dentro de la teoría unitaria, es la que hace referencia a la negación de la accesoriedad cualitativa, u orientación según la cual el hecho depende, al igual que la responsabilidad del partícipe, de la concurrencia de determinados elementos del punible en la conducta del autor, sea una accesoriedad mínima (basta con la tipicidad), limitada (con el “injusto” es suficiente), extrema (es necesaria la culpabilidad en el agente) o hiperaccesoriedad (exige la punibilidad del hecho), tema que trataremos más profusamente cuando estudiemos la participación. Lo cierto es que la corriente unitaria no acepta ninguna dependencia o subordinación, contrario sensu de las teorías diferenciadoras, ya que cada interviniente actúa autónomamente, crea con independencia de los otros individuos su hecho y su responsabilidad. Se pierde así el concepto de ajenidad del hecho, fundamento diferenciador de los institutos, ya que éste pertenece a todos.

Como última consecuencia y característica del unitarismo en la intervención delictiva, se encuentra la ampliación desproporcionada de la punición en el dispositivo de la tentativa, ya que la misma en cada interviniente criminal será punible desde el mismo momento en que cada quien se proponga realizar “inmediatamente” su propio hecho, sin necesidad de esperar que los demás “ejecuten” los suyos. Nadie depende de nadie. Así, para el concepto unitario, es lo mismo “intentar matar” que “intentar ayudar a matar”; para ellos, “intentar instigar a alguien para que mate” es igual a “intentar matar”, y se aplicará el mismo marco punitivo en

todos los casos, dejando al juez la labor de penar mayor o menormente cada intervención en el delito.

Este sistema ha recibido diversas críticas y ha generado la postulación de un sistema diferenciador que resuelva los problemas planteados, bajo la necesidad jurídica de distinguir las diferentes formas de concurrir a un hecho punible. Tales **inconvenientes** que nos inclinan a preferir el modelo diferenciador contrapuesto al unitario, son:

- La teoría unitaria presupone la derivación de responsabilidad basada en un desvalor de resultado, desechando el desvalor de acto e incurriendo en la insostenible responsabilidad objetiva.
- Se niega el principio de accesoriedad del cual se erigen limitantes a la consagración de los tipos penales, como expresión del precepto de legalidad de indispensable existencia en un Estado de Derecho.
- La falta de determinación del alcance del tipo penal, sólo muy imperfectamente cabe compensarla en la determinación de la pena².
- Como consecuencia de lo anterior, se utiliza el mismo marco punitivo tanto para el delito tentado como para el consumado, sin tener en cuenta en muchos casos la puesta en peligro o lesión verdadera de un bien jurídico (antijuridicidad material) y sancionando los actos

² Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, Pag. 720

meramente preparatorios y “peligrosos”³. En un caso de coautoría con división de trabajo (impropia) en la que una persona prepara el hecho y la otra lo ejecuta, según esta teoría, la primera de ellas responderá por su aporte como delito tentado, así luego de tal preparación no ocurra nada más.

- Con la indeterminación dada por la teoría unitaria respecto del autor del delito se transgrede la seguridad jurídica, en la medida que el interviniente en un hecho delictivo no sabrá de antemano a qué título lo hace, sino que será el juez el que así lo haga mediante la punición.

Por estas razones es que se opta en la actualidad preferentemente por la consagración de la teoría restrictiva y los postulados diferenciadores en materia de participación que veremos en capítulo porterior.

1.2- CONCEPTO EXTENSIVO

Según la teoría extensiva de autor, cuyas bases filosófico-jurídicas se encuentran también en la causalidad y equivalencia de condiciones⁴, son autores todos aquellos que intervengan en el hecho delictivo, siempre y cuando no existan dispositivos legales específicos que consignent tipos especiales de participación.

³ “El concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fenómeno de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal” - Günther Jakobs, *Ibídem*, Pag. 719

⁴ Las diversas categorías entre los partícipes es impropcedente, en cuanto que el aporte de todos los intervinientes tiene el mismo valor.

Según lo anterior, el instituto de la autoría se aplica única y exclusivamente cuando la actividad de los intervinientes no se encuentra incluida en alguna de las formas de participación especiales consagradas en la norma penal (inducción o determinación y complicidad), esto es, se aplica únicamente de forma residual.

Empero, si no existen tales formas especiales de participación, todos los que intervengan en el hecho (en tanto se realice una aportación causal) se consideran como autores del mismo. Piénsese en que un individuo “X” le preste un arma a otro “Z” para matar. Consumado el homicidio, “X” será considerado Autor sólo si en el Código Penal respectivo aquella ayuda no está consagrada específicamente como una forma de Partícipe (Complice para este caso); sin embargo, si el Código trae la figura de la Complicidad, se le asignará a “X” la responsabilidad como tal. Frente a “Z” no existiría ninguna duda sobre su carácter de Autor.

Esta corriente de pensamiento se ha dividido de acuerdo a la fundamentación de las diferencias entre autor y partícipe, esto es, si aplican teorías objetivas o subjetivas, de la siguiente manera:

1.2.1- Teorías Objetivas: Autores como Mezger⁵, Schmidt y Lony, optan por la teoría extensiva de autor, ya que no encuentran asidero en las tesis restrictivas para dar explicación a la figura del autor mediato. Para esta corriente objetiva, todo el que haga un aporte causal al resultado o

⁵ “Es autor el que ha causado mediante su acción el tipo legal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio”. Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1957, Página 340.

contribuya a la lesión de bienes jurídicos es autor, siempre que su conducta no se subsuma en alguna forma de participación especial legalmente consagrada.

1.2.2- Teorías Subjetivas⁶ : Este concepto fue acuñado por EB. Schmidt y seguido por Mezger. Según esta corriente de pensamiento, la diferencia entre autor y partícipe está dada, por el *animus auctoris*⁷ para el primero, y *animus socii* para el segundo⁸, ya que la simple contribución causal-objetiva no permite hacer tal diferenciación. “De manera que autor será quien realizando una aportación causal, cualquiera sea la entidad de ésta, lo haga con voluntad de autor, esto es, actúa con voluntad de realizar su propio hecho. Por el contrario, será partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquiera que sea su entidad (incluso

⁶ Sobre los orígenes de esta teoría y aplicabilidad en Alemania, ver Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, reimpresión de 1971, páginas 454 y ss.

⁷ Dice Schönke-Schröder, citado por Fontán Balestra, que “*es autor quien con voluntad de autor pone una condición del resultado, en tanto que no sea penado como instigador o como partícipe*”.

⁸ “*Para los sostenedores de esta teoría lo importante es que el partícipe quiera el hecho como propio, que tenga ánimo de autor, cualquiera que sea el aporte causal a la producción del resultado para que sea tenido como autor; en cierta forma como lo sostiene Bacigalupo ‘se parte de la imposibilidad de una diferenciación exterior del papel del autor y del de los partícipes, dado que todas las condiciones de resultado tienen idéntica significación con respecto a la causalidad del mismo’... posición que no satisface ni se compadece con el fundamento de la imputación penal*” - Jorge Alberto Hernández E, La Participación en los Delitos, Octavas Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1987 (Compilación, Editora Jurídica de Colombia, 1993, pag 6 y 8)

aunque realice la acción típica), lo hace con voluntad de partícipe, o sea, de intervenir en un hecho de otro”⁹. Prácticamente se deja al garete del interviniente la determinación jurídica de la forma en que se le imputaría el resultado: si lo quiere, como partícipe (determinador o cómplice), o si es otro su deseo, como autor.

Además, dentro de este criterio subjetivo genérico como diferenciador entre autor y partícipe, que valga decirlo en nada nos convencen por su extrema subjetivación, existen dos posturas principales de variada fundamentación:

- **Teoría del Dolo:** Según ésta, el *animus auctoris* es independiente, autónomo, mientras que el *animus socii* (del partícipe) no lo es, ya que está subordinado a la del autor. Todo depende entonces de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho. Esta tendencia llega incluso a penar hechos en que sólo existen cómplices que se creen los unos subordinados a los otros simultáneamente. Imaginémonos un caso en el cual una persona “A”, actuando con otra “B”, deciden cometer un ilícito de homicidio, reuniéndose previamente para ello. Dado el evento de que “A” sea el individuo que disparará, pero deje la decisión definitiva de disparar a “B”, ejecutará el hecho como cómplice, ya que su ánimo será de partícipe así en definitiva sea el que ejecuta el punible; el homicida ha subordinado su voluntad a la de “B”.

Según esta postura, en materia de coautoría basta que un interviniente efectúe con voluntad de autor

⁹ Jacobo López Barja de Quiroga, *Autoría y Participación*, Ediciones Akal S.A, 1996, página 23.

cualquier contribución causal al hecho, aunque materialmente se trate solamente de la planificación, preparación, inducción o favorecimiento, para que se considere coautor¹⁰.

- **Teoría del Interés:** Dice que la persona con *animus auctoris* se caracteriza por perseguir su propio interés dentro del hecho punible, mientras que el individuo con *animus socii* lo es por perseguir la obtención de un interés ajeno. Si se actúa en interés propio se es autor, y si se actúa en interés ajeno se es partícipe.

Con esta postura se llega al absurdo de penar a una persona como cómplice sin la existencia de un autor, por cuanto se dice actuó en interés ajeno, contraviniendo así el principio invaluable de la accesoriedad en la participación. Existen dos casos famosos en Alemania al respecto (el caso de la bañera y el de Staschynskij): En el primero una madre indujo a su hermana para que matara a su hijo ilegítimo acabado de nacer y el Tribunal condenó a la ejecutora como cómplice arguyendo que había actuado en interés de la madre. En el otro evento, un funcionario del servicio secreto extranjero mató a dos personas, sin embargo, se le condenó como cómplice de homicidio por actuar en interés de otro (la institución para la cual trabajaba).

Al igual que el concepto unitario, la teoría extensiva de autor recibe varias **críticas**:

¹⁰ Ver al respecto Hans Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Bosch, 1981.

- Parte de la ya revaluada teoría de la equivalencia de condiciones y en su tesis objetiva no realiza una verdadera diferencia entre autores y partícipes
- El concepto extensivo, más que el unitario, amplía reprobablemente los límites de la tipicidad penal, intentando introducir en ella todo ser causal y creando en consecuencia inseguridad jurídica por la agresión directa del principio de legalidad.
- El plano objetivo de la corriente maneja la autoría como precepto de aplicación residual. Sin embargo, peca al decir que todo aquel que no encuadre en los preceptos legales del partícipe será obligatoriamente autor, ya que en los casos de instigación o colaboración culposa se debería tener a los que en este sentido actúan como autores, y por tal, se ampliaría indebidamente el alcance del tipo penal.
- Las teorías subjetivas del dolo y del interés no determinan en realidad qué es el *animus auctoris* y qué el *animus socii* dejando abiertas las puertas a la incertidumbre jurídica y generando incompatibilidad con el principio de legalidad¹¹. Además, no solucionan los supuestos de autoría mediata y la participación en delitos de propia mano o especiales, ya que el extraño, así haya querido fervientemente el hecho como propio, no será considerado autor.

¹¹ Al efecto Jacobo López Barja de Quiroga, *Ibidem*, página 24.

1.3- CONCEPTO RESTRICTIVO

Según los partidarios de esta doctrina, es autor todo aquel que esté inmerso con su conducta en el tipo penal, es decir, que el concepto de autor dependerá de los tipos penales establecidos en la parte especial del código.

Esta teoría deriva los partícipes de consagraciones legales específicas, que tienen la función de ampliar el tipo penal para permitir su inclusión. El partícipe está subordinado al autor en virtud del principio de accesoriedad, lo cual quiere significar que si no existe un autor será imposible hablar de la intervención o existencia de un partícipe.

Dentro de este concepto existen a su vez varias teorías, a saber:

1.3.1- Teoría Objetivo-Formal: Según ésta, iniciada por Beling¹² y seguida de cerca por Von Liszt¹³, Dohna¹⁴ y Mezger*, es autor todo aquel que de propia mano ejecuta de manera total o parcial la acción descrita en el tipo penal: el autor ejecuta todos los elementos del tipo (normativos, subjetivos, personales, objetivos, etc.), más no debe tener un ánimo particular; y es partícipe todo aquel que realice una contribución de menor importancia, pero que no puede ser incluida directamente dentro de la hipótesis típica.

Su punto de partida no es la causalidad, como en las teorías unitaria y extensiva, sino los tipos penales, la legalidad. Fue

¹² Beling, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, Página 250.

¹³ Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, III, Madrid, Página 79 y ss.

¹⁴ Graf zu Dohna, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1958, Página 93 y ss.

* En una etapa avanzada de sus concepciones.

seguida en Alemania entre 1915 y 1933 y adoptada por Beling, Liszt, Mayer, Mezger, Graf Zu Dohna, etc., pero ha venido siendo abandonada paulatinamente, o más bien mediada con otros elementos brindados por nuevas concepciones.

Existen **dos exposiciones** básicas de esta tendencia objetivo-formal:

- **La autoría como realización de acciones ejecutivas:** Es autor quien llega en el *iter criminis* por lo menos a los actos ejecutivos, no siendo suficiente con los actos preparatorios. El autor debe realizar todos los elementos del tipo¹⁵.

Entienden la coautoría igualmente como realización ejecutiva, y el problema se traslada a saber entonces el alcance de la expresión “acción ejecutiva”: Una primera posición dice que es toda acción material coetánea al delito, y una segunda expresa que es toda conducta que vista aisladamente da lugar a ser calificada por sí sola como constitutiva de tentativa del delito específico. La primera no es muy acogida porque evidencia un concepto extensivo de autor, y la segunda es la que más se acepta por su cercanía a la intención del legislador, aunque valga decirlo presenta problemas, en la medida que al individuo que actúa solo y ejecuta una parte de la conducta sin consumir el delito, se le aplicaría la pena asignada a la tentativa, mientras que si actúa con otros y ejecuta la misma

¹⁵ Desaprobando esta teoría, dice Bacigalupo, *ibídem*, pag 181, “La expresión ‘tomar parte en la ejecución’ es totalmente inadecuada para sostener cualquier teoría sobre la distinción entre el autor y los demás partícipes pues, en verdad, todos toman parte en la ejecución: los autores y los partícipes”.

parte se le aplicaría la pena por el delito consumado. Sólo sería posible fijar la misma pena al delito tentado y al consumado si aplicáramos únicamente un desvalor de acto, que nos llevaría al desaconsejado e inaceptable derecho penal de autor.

Precisamente por este escollo esta corriente debe aceptar la diferencia existente entre ejecución material y ejecución jurídica, y si la normatividad penal no define qué se debe entender por acto ejecutivo, los seguidores de esta teoría se ven obligados a tener como coautor sólo a quien es autor independientemente considerado, aunque se restrinja mucho el campo de acción del instituto.

- **La autoría como realización del tipo:** Es autor aquel que subsume su actuar en el tipo penal específico¹⁶.

La discusión en esta tendencia se desplaza entonces a solucionar la autoría cuando se trata de delitos penales compuestos y los llamados tipos de resultado.

En el primer caso, se puede afirmar que será autor aquel que realiza una de las varias conductas descritas en el tipo penal, así ésta no lesione o ponga en peligro directamente el bien jurídico tutelado. Es autor tanto el que rompe la puerta, como el que entra luego a la casa y se apodera de las cosas ajenas, siempre que se trate de una ejecución conjunta y dentro de los parámetros del pacto (podría equipararse a la llamada

¹⁶ Reconviniendo expresa Bacigalupo, *ibidem*, pag. 181: “La teoría entra en contradicción en su punto de partida en cuanto admite que también puede un sujeto ser autor sin ejecutar directamente y por sí mismo la acción típica. En efecto, aquí el que realiza la acción típica no es el que se señala como autor sino el instrumento”.

coautoría con reparto de funciones de la que habla constantemente la doctrina y hay nuestro Código Penal).

Sin embargo de lo anterior, es claro que en los delitos llamados de propia mano no es posible predicar lo mismo, ya que es necesario que el autor realice él mismo la acción que afecta el bien jurídico protegido (como en el acceso carnal violento, en que sólo es autor quien accede, nunca quien sostiene a la víctima). En estos tipos penales se actúa para sí y nunca para otro (*propia manus*), mientras que en los demás se puede actuar tanto para sí como para otro (*longa manus*). Punto álgido que trataremos con posterioridad.

En el segundo caso (delitos de resultado) se dice que es autor todo aquel que ha sido condición del resultado delictivo, entendida esta condición como idónea y directamente relacionada con el resultado y no cualquier condición; por esto es autor de homicidio no el que proporciona el arma sino aquel que dispara contra la víctima, ya que el disparar es una condición idónea para matar, más el prestar un arma no es directamente idónea para ello.

Uno de los aportes más interesantes y progresistas de la teoría objetivo-formal, es precisamente haber derivado el concepto de autor del mismo tipo penal, del querer legislativo, proporcionando la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho. El dilema se presenta es cuando la ley no marca los límites de la autoría permitiendo incluir en ella el mayor número de conductas, como sucedía en

nuestro código penal de 1936 y 1980. Afortunadamente, como veremos, el ordenamiento penal del año 2000 realiza avances considerables al respecto.

Las **críticas**, aunque menos fuertes que para las otras teorías (unitaria y extensiva), no se hacen esperar y están basadas en tres aspectos:

- Indeterminación del concepto de acción ejecutiva y ampliación consecuente de los límites del tipo penal en contra de la seguridad jurídica. Sin embargo, es un problema que se puede solucionar en la práctica marcando los linderos entre los actos preparatorios y los ejecutivos, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y a las condiciones de las personas que intervinieron en el hecho.
- Inconsistencias al explicar la autoría mediata, al no incluirse dentro de lo que se entiende por acción ejecutiva como ámbito reservado en este caso al autor inmediato. Todo depende del concepto que se tenga de acción ejecutiva y su realización o no de propia mano: si se equipara la realización del tipo con la ejecución física o corporal, es lógico que no se pueda incluir la autoría mediata, pero si se entiende que el autor mediato utiliza la actividad de otro como mero instrumento para la ejecución, sí se le puede incluir en esta teoría. En definitiva, tanto la versión clásica de la teoría objetivo-formal como la versión restrictiva hallan la forma de explicar la autoría mediata.
- Inconsistencia al explicar la coautoría de carácter impropio, con división de actos (en la coautoría propia no se encuentra ningún problema porque todos realizan la acción descrita en el tipo penal y se puede hacer la

imputación a cada uno a través de la autoría inmediata). En realidad, debe entenderse que no se puede valorar de idéntica manera la acción del que mata y la del que sostiene a la víctima, porque la acción del último no es idónea para matar por sí sola (no es acción ejecutiva), y si se quiere sancionar como autor al mismo la teoría objetivo-formal no lo permite en aras del principio de tipicidad. Empero esta crítica, algunos dicen que al momento de la realización del “plan común”, se está dando un alcance futuro en la unidad frente a la acción ejecutiva descrita en el tipo penal y que ello permitiría la imputación.

1.3.2- Teoría Objetivo-Material: En el nacimiento de esta postura se parte del supuesto de que para ser autor es preciso ser causa del hecho. Se distingue entre “causa” y “condición”, para diferenciar entre autor (el que pone la causa) y cómplice (aquel que pone una simple condición). Una causación “necesaria” es autoría y una causación “favorecedora” es participación. Sin embargo de la pretensión que ello implica, esta posición ha sido ampliamente criticada, en la medida que criterios causal-naturalísticos no son los más indicados para diferenciar entre una “causa” y una “condición”; no es posible hacer tal distinción desde un punto de vista objetivo de la causalidad. Debe aceptarse así, que todas las condiciones de un hecho son igualmente causales.

Dentro de las variadas concepciones que se han propuesto en esta corriente material-objetiva en derecho penal, para explicar los límites entre autoría y participación, la más relevante es la *teoría del dominio del hecho*, según la cual es autor quien domina el hecho delictivo, esto es, el que decide el cuándo y cómo de la acción punible.

Aunque Hans Welzel es el precursor de esta teoría, Claus Roxin en nuestro concepto es el tratadista que mejor ha sistematizado y explicado hasta el momento la teoría del dominio del hecho, haciendo derivar de los diferentes institutos participativos unas consecuencias específicas; así, habla de tres formas de dominar el hecho:

- El Dominio de la Acción: Es autor aquel individuo que realiza los elementos del tipo penal (autoría inmediata unipersonal), teniendo el dominio del hecho en todo el sentido de la palabra. Este concepto, sin embargo, para algunos no es preciso, ya que en ciertos casos se tomará como autor a aquel que no lo es, simplemente porque la ley lo manda así.
- El Dominio de la Voluntad: En la autoría mediata aquel que está detrás del ejecutor domina la voluntad, la conduce. A su vez, Roxin divide tal dominio de la voluntad del autor mediato sobre el ejecutor instrumental en cuatro clases: 1- Dominio de la voluntad por error en el ejecutor instrumental; 2- Dominio de la voluntad por coacción; 3- Dominio de la voluntad por utilización de inimputables y jóvenes; y 4- Dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder; aspectos tales que profundizaremos posteriormente cuando tratemos la Autoría Mediata.
- El Dominio Funcional: Se explica que en la coautoría hay dominio conjunto del hecho, en tanto cada uno tiene una función sobre la cual tiene dominio, pero que dirige hacia un fin común; el dominio total se halla en manos de varias personas, existe un co-dominio. En este punto se plantean tres elementos (el primero subjetivo y los otros objetivos) del dominio funcional: El plan común, la

esencialidad de la contribución y la contribución en la fase ejecutiva.

En primer lugar, el plan común o acuerdo entre los coautores, implica en cada sujeto la conciencia y voluntad de integrarse a un plan conjunto. Si no existe tal plan no habrá coautoría; posiblemente cada uno será autor independientemente si actúan en tal sentido, pero nunca coautores. Piénsese en el caso de aquellos que sin previo acuerdo le disparan, cada uno de un flanco diferente, a un sujeto causándole la muerte: no existiría un dominio funcional, más sí un dominio individual de la acción como autores inmediatos.

En segundo lugar, la contribución al hecho debe ser de carácter esencial; esencialidad que debe analizarse en conexión con las demás actuaciones para deducir el dominio funcional. Se piensa que tal esencialidad debe ser de carácter ejecutivo en el sentido propio de la tentativa.

En tercer y último lugar, la contribución deberá hacerse en la fase ejecutiva, esto es, que las contribuciones en la fase ideativa o preparatoria no dominan el hecho.

Para esta teoría es autor quien mantiene en sus manos el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso del mismo. Por lo tanto, lo decisivo no es la motivación, sino el aporte objetivo que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. Si tuvo un papel dominante en el hecho total, será autor; si al contrario, no ha tenido una posición

¹⁷ Citado por Jairo López Morales, Nuevo Código Penal, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2001, Página 250.

dominante en la comisión del hecho, será sólo partícipe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito¹⁷.

Por su lado, Jakobs plantea la teoría del dominio del hecho desde un enfoque más depurado: Las dificultades sólo es posible superarlas si el dominio del hecho se remite, en paralelismo con las posibilidades de división del trabajo, a distintos principios, en su caso acumulables: Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal*, es decir, vinculado al tipo), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*). A las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división del trabajo, no pueden darles solución fórmulas que se orientan a modelos únicos. Según él, la autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido, no es que se reúnan elementos heterogéneos, ni siquiera nominalísticamente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad¹⁸.

Se dice que la teoría del dominio del hecho no es aplicable a nuestro ordenamiento, en cuanto requiere un elemento

¹⁸ Günther Jakobs, *Ibidem*, Páginas 741 y 742.

eminentemente doloso al momento de la ejecución, como lo postulan autores reconocidos (Gimbernat, Roxin, etc.). Pero ¿en realidad y según esto se puede aplicar la teoría del dominio del hecho en Colombia? Por supuesto que sí. Alberto Suárez Sánchez, que ha rechazado el encasillamiento de nuestro sistema penal en el finalismo por considerar el dolo como elemento de la culpabilidad y no del tipo¹⁹, dice que debe entenderse que el elemento subjetivo que nutre el concepto del dominio del hecho, no indispensablemente debe ser el mismo que caracteriza al dolo, siendo suficiente que el sujeto quiera la acción, sin que la desee constitutiva de injusto típico, bastando la voluntaria ejecución material, independientemente de que se quiera agotar lo típico; así, existe dominio del hecho cuando el autor conoce que realiza comportamiento que producirá interferencia en las relaciones sociales penalmente tuteladas y quiere su realización.

Por mi parte, siempre he pensado que aunque este punto de vista es procedente dada su finalidad, en nuestro código de 1980 y en el actual de idéntica manera, podría considerarse adoptivo del concepto del dolo en la tipicidad, ya que en la anterior legislación el solo hecho de encontrarse su definición dentro de un acápite titulado “De La Culpabilidad” - “Formas”, no quería decir indefectiblemente que el dolo debiera ubicarse en la culpabilidad. En el mismo sentido, y para aquellos que dudasen de esta posición, el Código Penal de 2000, incluye al dolo, culpa y preterintención como “modalidades de la conducta punible”, permitiendo así una confirmación más de esta posición.

¹⁹ “Autoría y Participación”, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1992, página 280. Esto en cuanto a su concepto de la legislación de 1980.

Esta forma de interpretar nuestro sistema da lugar, por lo menos en lo que respecta con este preciso punto, a la explicación finalista de la acción y la aceptación más fundamentada y coherente de la teoría del dominio del hecho.

Sin embargo de lo predicho, aunque no es el momento de discutir el punto ya que sería merecedor de un estudio más profundo, debemos aceptar, sea una u otra la posición frente a la ubicación y concepto de dolo, que es procedente la aplicabilidad de la teoría del dominio del hecho en

²⁰ La Corte Suprema de Justicia de antaño viene aplicando en algunos eventos la teoría del dominio del hecho. Ver sentencias del 12 de julio de 1989 (Nº15), 10 de mayo de 1991 (Nº 16), 28 de 1992 (Nº 17), 28 de abril de 1993 (Nº 26) y 10 de junio de 1993 (Nº 28), entre otras.

²¹ Dice Heiko H. Lesch criticando la teoría del dominio del hecho “*Con ello subsiste, como en general en el concepto restrictivo de autor en la teoría formal-objetiva de autor, un déficit de fundamentación: ¿por qué se le puede imputar a un interviniente (sea coautor o sea partícipe) aquellas partes de la “acción ejecutiva típica” que él no domina sino que son llevadas a cabo por otros? Además, el dominio del hecho en supuestos de ejecución dividida no reside en las manos del uno sino sencillamente, en las de todos en conjunto; formulado de distinta manera: señor del hecho no es aquí el interviniente aislado, sino un colectivo de varios intervinientes. Cuál de los intervinientes es autor, no puede ser por tanto averiguado con el criterio del dominio del hecho; esta teoría no es capaz pues de aportar solución alguna a aquello que trataba de resolver*” - Intervención Delictiva e Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 1995, página 64. Por el contrario, este tratadista, fundamenta la diferenciación entre autor y partícipe en el plano “cuantitativo”: mientras la responsabilidad según su fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas, en tanto y en cuanto se amenace con diferentes penas.

²² Ver al respecto, Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, Pag. 718 y ss.

Colombia²⁰, en cuanto sea posible, para efectos de encontrar solución justa y jurídica a las figuras participativas²¹.

1.3.3- Teoría Funcionalista de la Autoría: Según algunos autores, en su mayoría sociólogos²², la problemática de la participación se debe tratar desde dos enfoques: El enfoque para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio.

En los primeros, se responsabiliza al autor por la transgresión de tales deberes especiales asegurados institucionalmente y las personas que no están obligadas por sí mismas podrán ser partícipes pero nunca autoras.

En los segundos, la responsabilidad se fundamenta, ya no en un deber especial, sino en los actos organizativos del titular de un ámbito de organización. Frente a estas infracciones se postulan varias regulaciones:

- a- Cuando es una sola persona la que “organiza” el delito, ésta será siempre responsable por actuar de *propia mano*.
- b- Si existen varias personas coordinando mutuamente sus ámbitos de organización para efectos de la comisión de un delito, se presentará la coautoría si se trata de actos organizativos de la misma importancia y la complicidad o inducción si son de diverso grado o menor importancia. En el caso del sujeto que sostiene a la mujer mientras otro la accede, es posible según esta concepción la coautoría, a pesar de ser un delito de propia mano, ya que la inmovilización de la víctima es un acto de igual rango en la organización común.
- c- En tercer lugar, si la persona está sometida al ámbito de organización de otro, se presentará la figura del autor

mediato. El superior dominio de la decisión corresponde al autor mediato.

Así, ha de manejarse el criterio del *dominio de la decisión* con el que se expresa la competencia predominante del autor mediato, y el *dominio de la configuración* con cuyo criterio se está refiriendo a la competencia de organización en común que se presenta en los supuestos de coautoría. En otras palabras, el dominio de la decisión sería el control sobre el “sí” de la realización del hecho, y el dominio de la configuración implica tanto el control sobre el “sí”, como el control sobre el “cómo” se realiza el hecho. Evidentemente, se trata de dominios que son excluyentes y que pueden confluir en una misma persona²³.

Indudablemente, y para terminar con las vertientes conceptuales, podemos decir que este es un enfoque que, aunque es de los llamados de “avanzada”, se aplica preferentemente en algunos países como Alemania, donde la normatividad y desarrollo social así lo permiten. En Colombia es posible postular enfoques menos desarrollados de acuerdo a una política criminal más simple y acorde con el estado de cosas, sin necesidad de extrapolar teorías que vayan en desmedro de un fundamento jurídico de tinte nacional.

²³ Jacobo López Barja de Quiroga, *Ibidem*, página 35.

2- EL RÉGIMEN PENAL COLOMBIANO

Nuestra legislación penal ha acogido diferentes sistemas de autoría dados por la emisión de normas a través de la historia. Por esto, debemos analizar las diferentes codificaciones, la de 1936, la de 1980 y la del año 2000, para determinar las doctrinas que en ellas se consignaron.

2.1- CÓDIGO PENAL DE 1936

Los siguientes eran los artículos de esta legislación penal que se referían al instituto participativo

Artículo 19. El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habrá podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito.

En la misma Sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo.

Artículo 20. El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Según lo anteriormente transcrito, y en cuanto el código no aporta una definición específica de autor, se puede pensar en la adopción tanto de una teoría unitaria que considere a todos los allí mencionados como autores, o una

diferenciadora si aceptamos como autor a quien “*tome parte en la ejecución del hecho punible*”, y como cómplice necesario, cómplice secundario o determinador a los demás. Sin embargo, recordemos que en la postura unitaria funcional existen distintas figuras de autor.

Por estas razones de falta de claridad conceptual en la legislación, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 30 de abril de 1962 acogió la doctrina unitaria funcional, al aceptar como autoría todas las formas de intervención, clasificándola en autoría material, autoría intelectual y autoría por cooperación.

Empero lo antedicho, también podemos encontrar decisiones²⁴ de la misma corporación, en las cuales se postulan diferencias entre el autor y el partícipe, cuando se trataba la figura de la complicidad correlativa consagrada en el artículo 385 C.P, ya que implicaba que el aporte causal del autor era distinto al del cómplice²⁵. De idéntica manera, se vislumbraba la aceptación del principio de accesoriedad, en cuanto que al sancionar a todos los participantes en el delito como cómplices secundarios, estaba aceptando la imposibilidad de la existencia del cómplice sin la presencia de un autor del hecho, además de supeditar la sanción del cómplice necesario en los artículos transcritos al auxilio o cooperación prestada “al autor o autores”, y la del no necesario al modo de cooperación “a la ejecución del hecho”.

²⁴ Sentencia del 16 de julio de 1950 (Nº 2), 5 de julio de 1956, 26 octubre de 1960 y 26 de abril de 1961.

²⁵ La explicación sobre la Complicidad Correlativa se encuentra en sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 1950 (Nº 2), 29 de noviembre de 1982 (Nº 8), y 3 de marzo de 1987 (Nº 13).

En definitiva, es palmario que el código penal colombiano de 1936 acogía un concepto diferenciador en materia de participación delictiva, así una que otra sentencia de la Corte Suprema nos hiciera pensar lo contrario.

2.2- CÓDIGO PENAL DE 1980

El título III, capítulo III, de la parte general del decreto 100 de 1980, bajo el título “De la Participación” consagraba:

Artículo 23. Autores: El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

Artículo 24. Cómplices: El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Artículo 25. Comunicabilidad de Circunstancias: Las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido.

Las personales que disminuyan o excluyan la punibilidad sólo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurran, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias.

En principio, y en tanto que el artículo 23 se titulaba “autores”, puede llegarse a pensar que en el código penal colombiano de 1980 se utilizó un sistema unitario de participación, al mencionar en este acápite tanto al autor

como al determinador. No es extraño entonces que muchos juristas confundieran los dos términos basados en esta norma, así como también lo hizo en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia, llegando incluso a afirmar que el cómplice necesario era autor²⁶.

No obstante las opiniones doctrinales y jurisprudenciales (por demás sin línea de continuidad), no podemos afirmar que el código penal de 1980 adoptara una teoría unitaria, por el simple hecho de definir los dos institutos en un artículo bajo la denominación de “autores”. Había que entender la letra “o” como disyuntiva para inferir que autor es aquel “que realizaba el hecho punible” y determinador aquel que “determinaba a otro a realizarlo”, acogiendo así un criterio diferenciador.

En el artículo 24 trasuntado, se afirmaba aún más la exclusión de la teoría unitaria en la legislación colombiana, ya que marcaba perfectamente la diferencia existente entre cómplice y autor, al valorar y conceptualizar el primero por separado, fijándole además un marco punitivo considerablemente menor al estipulado para el segundo.

En el tema de la tentativa (art. 22 C.P/80) también se observaba la exclusión del concepto unitario de autor, ya que sólo sería punible aquella tentativa en la cual el autor

²⁶ La C.S.J en forma mayoritaria ha sostenido que el cómplice necesario es verdadero autor, al considerar que: “la relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquel, no ejecutan el delito con un solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos al unísono lo realizan como causas coeficientes del mismo”. “Los cómplices necesarios realizan una fracción del delito tan fundamental que al ser unida a la del otro ejecutor, ambas conforman la totalidad del tipo penal de que se trata y que al ser separadas se desintegran”.

diere comienzo a los actos ejecutivos. Se excluía de plano la punición de los actos preparatorios y en consecuencia la complicidad y determinación tentadas, ya que estas no constituyen actos ejecutivos. Es mas, precisamente por esto en Colombia existían los tipos penales de la “Instigación a Delinquir” (Art. 188 C.P/80) y aquellos dados por el decreto de Estado de Sitio N° 180 de 1988 (estatuto para la defensa de la democracia): “Instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas - art. 6°, “Instigación al terrorismo” - art. 8°, e “Incitación a la comisión de delitos militares” - art. 21, de los cuales también se hace uso, aunque no de la misma manera, en la ley 599 del año 2000 (Código Penal Vigente).

Pero el instituto que terminaba de apuntalar la adopción de un criterio diferenciador en la norma sustancial colombiana de 1980, era precisamente el de la accesoriedad, en este caso limitada (desprendida del art. 25 C.P/80), que como sabemos es rechazada de plano por la teoría unitaria.

Irrevocablemente, nuestro ordenamiento anterior consagraba la teoría diferenciadora (restrictiva) y no la unitaria como quizo dar a entender en alguna ocasión la Corte Suprema de Justicia y algunos doctrinantes²⁷.

Por otro lado, tampoco podíamos, ni podemos aún, aceptar la posibilidad aplicativa de la teoría extensiva en nuestro ordenamiento, en la medida que es suficientemente claro que la autoría en Colombia no es residual. Y si su tendencia objetiva no es aceptada, menos aún la subjetiva que deriva

²⁷ Al efecto Servio Tulio Ruíz en su libro: La Concepción del Delito en el Código Penal, pag 108, habla de “autor realizante”, “autor determinante” y “autor partícipe”, deduciéndose su aplicabilidad de un concepto unitario funcional.

en soluciones absurdas. En un Estado de Derecho es necesario que la ley exprese taxativamente la voluntad de interpretación extensiva de los tipos penales; sólo así se podría aplicar tal teoría.

Cabe destacar que la Corte Suprema, en sentencia renombrada sobre “El campanero” (el vigilante en una empresa criminal) adopta una tesis extensiva, al decir que se trata en este caso de autoría, aplicando en nuestra modesta opinión un derecho propio de los estados autoritarios, que buscan sancionar como autores al mayor número de intervinientes que sea posible. No es que sea un inverosímil que aquella persona “campanera” sea reputada como autora, lo que sucede es que deben demostrarse todos y cada uno de los elementos de la coautoría funcional para que ello sea procedente, y en el caso tratado nos parece que no se presentaban.

Entonces, no cabe duda que el Código Penal Colombiano de 1980 entró a participar de la teoría restrictiva de la participación delictiva, como expresión del Estado Social y Democrático de Derecho, en cumplimiento del principio de legalidad, del carácter fragmentario y de última ratio del derecho penal, así la Corte Suprema hubiere afirmado que tal doctrina nunca había encontrado respaldo en nuestro país. Hoy por hoy, seguramente esta alta corporación ha replanteado su posición dada la codificación penal del año 2000 y sus avances significativos sobre la materia.

Es importante subrayar también, que para entrar a determinar la doctrina de participación adoptada por el código penal colombiano de 1980, es indispensable señalar que la normatividad (art. 2º y 5º C.P/80) establecía un concepto sincrético del desvalor, esto es, exigía tanto el desvalor de

acto como el desvalor de resultado, para no incurrir, ni en el derecho penal de autor (peligrosista y autoritario) en el primer caso, ni en la responsabilidad objetiva en el segundo, proscritas como estaban las dos formas independientemente consideradas en los artículos citados. No otra cosa también se acepta con el Código del año 2000.

También es cierto que cobra influencia el concepto de acción que utilicemos, sea finalista, causal, social, etc., exponiendo de antemano que pensamos en la procedencia de un concepto de acción igualmente conglobante, sincrético, que reúne tanto elementos finales, como sociales, normativos, subjetivos y objetivos, valorativos y causales.

Expongamos entonces el régimen aplicable en Colombia en materia de intervención delictiva, antes de la ley 599 del año 2000:

■ **Concepto de Autor:** Según el artículo 23/80 autor es “*quien realice el hecho punible*”. “Realizar” puede entenderse restrictivamente conforme a los parámetros de la teoría Objetivo-Formal que postula la existencia de autor cuando el individuo ejecuta todo el comportamiento típico, dejando de lado e impunes la coautoría y la autoría mediata.

Por esta circunstancia en ese momento postulábamos el siguiente concepto, que compartí en su totalidad por aquel entonces, del Dr. Alberto Suárez Sánchez²⁸, que conglobaba el instituto y presentaba soluciones pertinentes al dilema de aquel código penal: Decía que

²⁸ “Autoría y Participación”, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1992, página 268.

Autor es quien, reuniendo todos los elementos (tanto objetivos como personales), solo, o a través de otro, o mediante actuación conjunta, ejecuta, total o parcialmente, la acción o acciones descritas en el tipo²⁹.

Por supuesto esta definición no se aleja en demasía de lo que hoy en día entendemos por autoría y que desarrollaremos al final de este capítulo.

Debíamos entender, y es un aspecto que es necesario quede claro incluso para la normatividad vigente, que el acto ejecutivo, jurídicamente y no causal o materialmente entendido, es aquel que transita por el ámbito de protección del bien jurídico tutelado, esto es, aquel que se acerca a la producción del daño o es potencialmente peligroso para aquel.

- **Teoría Aplicable:** Se aplicaba, entonces, la teoría objetivo-formal en sus diferentes matices, con influencia, aunque no esencial, de la teoría del dominio del hecho en materia de autoría mediata y coautoría.

Se hallaba así en esta definición la diferencia entre autor y cómplice, ya que “la conducta del autor es la que se enfrenta directamente al tipo³⁰, creando el riesgo jurídicamente desaprobado para el respectivo bien jurídico, mientras que la del cómplice no tiene ese alcance, así sea intenso o no el aporte objetivo: aspecto cuantitativo éste (el del grado de intensidad del aporte)

²⁹ La subraya es nuestra y se ha efectuado para dar a entender al lector que cabe tal concepto dentro de nuestro artículo 23 C.P.

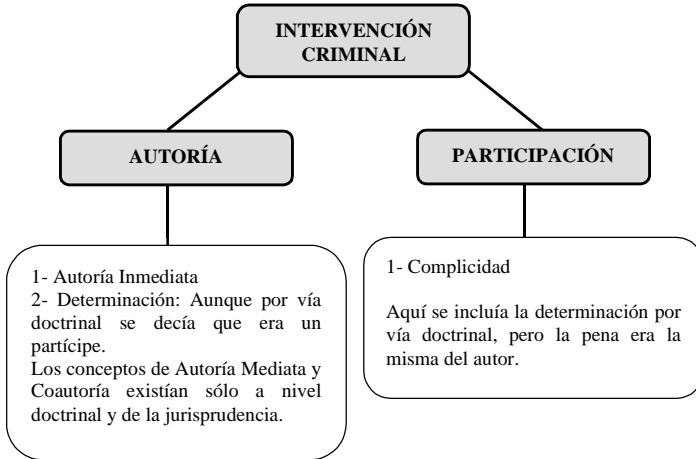
³⁰ Sobre el concepto de autor dado por la Corte Suprema de Justicia ver sentencia del 22 de mayo de 1975 (Nº 5), 9 de septiembre de 1980 (Nº 7), 29 de octubre de 1985 (Nº 12) y 12 de julio de 1989 (Nº 15).

que sólo tendrá importancia para señalar marcos penales distintos en aquellas legislaciones que diferencian entre cómplice necesario y el no necesario, o para señalar la pena en concreto, como en la legislación penal colombiana, la cual en su artículo 61 autorizaba fijar el máximo de la pena señalada para la complicidad si la eficacia de la ayuda prestada al autor era de mayor grado”³¹ .

El concepto de autoría no se puede fijar, como bien dice este tratadista, en el merecimiento o necesidad de pena, precisamente porque esta es la labor del legislador al determinar los marcos penales en cada tipo, conforme a la ejecución de un hecho que pone en peligro o lesiona un bien jurídico. Tal comportamiento, cuando crea el peligro o lesión será constitutivo de autoría y cuando es de contribución a la creación o concreción lo será de participación.

Veamos en un cuadro el esquema que planteaba el Código Penal de 1980:

³¹ Alberto Suárez Sánchez, *ibidem*, páginas 269 y 270.



Como se puede observar, el esquema era un tanto difuso e incompleto, debiéndose realizar en demasía esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para poder adecuar las normas a unas teorías condescendientes con el avance obtenido en el tema por las ciencias penales.

2.3- EL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000

Con el Código Penal promulgado mediante la Ley 599 del año 2000, como lo hemos venido mencionando, se hacen importantes avances en materia de autoría y participación criminal, reconociendo lo que en muchas ocasiones la doctrina, y en otras la jurisprudencia, había demandado como la postura más correcta frente a las temáticas. Esto quiere decir que la normatividad vigente no se enfrenta a grandes y nuevos desafíos en materia de fundamentación para cada uno de los institutos de intervención criminal, sino que reconoce lo que de antaño se presentaba incluso en la praxis judicial.

Así las cosas, y teniendo como presupuesto lo expuesto precedentemente, podríamos apuntalar lo siguiente:

- **Definición de Concurrencia:** Contrariamente a la legislación del 1980, el código penal vigente sí se encarga de realizar una mención taxativa del fenómeno concursal de personas en la conducta punible, al establecer en el artículo 29: *Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.*

Entonces, adoptando una teoría diferenciadora, el ordenamiento colombiano determina que a un hecho se podrá acudir, o a título de autor, o a modo de partícipe, siendo ellas las dos únicas formas de Intervención o Concurrencia Delictiva.

- **Concepto de Autor:** A renglón seguido, el artículo 29 de la normatividad penal actual dice,

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

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

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales

que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Aunque se explicará con especificidad en el siguiente capítulo cada uno de los modos susceptibles en la autoría, valga decir en este momento que bajo esa denominación de “Autor”, el artículo transcrito incluye la Autoría Inmediata y Mediata (primer inciso), Coautoría Impropia o Funcional (segundo inciso) y Autoría por Representación (tercer inciso), dándole expresa claridad al intérprete de la norma, y derivando para todos ellos una pena equivalente en cuanto son autores.

Así, **autor** se podría definir como *aquella persona que, reuniendo todos los elementos requeridos (tanto objetivos como personales), por sí mismo, o utilizando a otro como instrumento, o mediante actuación funcional conjunta, o por representación de persona natural o jurídica, según el caso, ejecuta o realiza la conducta punible.*

- **Concepto de Partícipe:** Salvando los obstáculos impuestos por la anterior norma de 1980, el artículo 30 de la ley 599/2000 es preciso al momento de afirmar que en Colombia se puede ser partícipe de dos formas: actuando como Determinador o haciéndolo como Cómplice.

Dice el artículo:

Partícipes. *Son partícipes el determinador y el cómplice.*

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo la calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

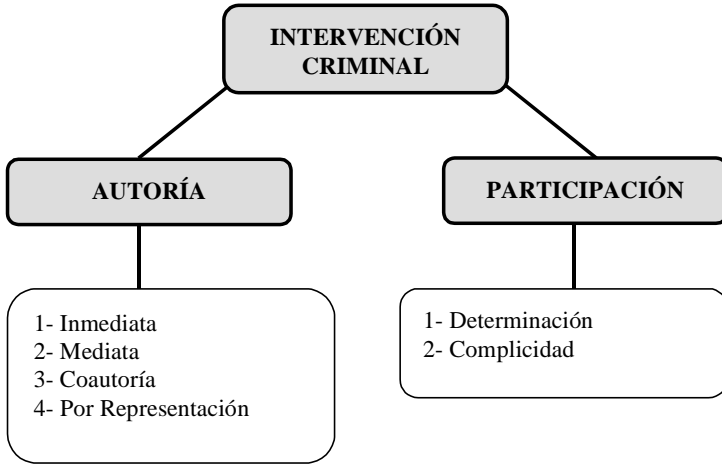
Tomando en cuenta lo anterior, se definiría al **partícipe** como aquella **persona que determine a otro, contribuya o preste una ayuda posterior (previo concierto), en la ejecución de la conducta típica y antijurídica.**

Cabe mencionar, además de lo dicho ya, que es bien novedoso este último inciso del artículo 30 C.P, solucionando muchos problemas que por vía doctrinal se viabilizaban con la figura del *extra neus*. Lo trataremos a profundidad posteriormente.

- **Teoría Aplicable:** Como se puede columbrar de la lectura detenida de los artículos 28, 29 y 30 del código penal vigente en Colombia, aunque en la actualidad no soy muy partidario de la inclusión del código en ninguna teoría o corriente doctrinal, la sistemática adoptada en nuestra legislación referida al concurso de personas en la

conducta punible, definitivamente es la Restrictiva, quedando de plano rechazadas las teorías unitarias y extensivas de autor. Ya que se quiera vincular los institutos a la corriente objetivo-formal (con sus diversas tendencias) o a la objetivo material (y su principal dominio del hecho), es una circunstancia que deberá sopesar concienzudamente el intérprete. Por lo demás, pensamos que lo importante es atender a los criterios dados por el código penal en su articulado respectivo, dándole el contenido constitucional y político-criminal adecuado según las circunstancias.

Lo cierto es que poseemos una normatividad mucho más completa que la poseída en 1980, que nos marca el norte de interpretación y que respecta los fundamentos generales de la autoría y participación, en reconocimiento de principios como el de accesoriadad limitada, legalidad, derecho penal de acto, prohibición de extensión a terceros, desvalores conjuntos de acción y resultado, y demás necesarios en un Estado social, democrático y constitucional de derecho. Resumamos sinópticamente mediante un gráfico el esquema adoptado en nuestro código penal (ya expuesto en un principio)



Con estas precisiones, podemos entonces continuar en los siguientes capítulos con el estudio pormenorizado de cada una de las figuras de autoría y participación, vinculándolas a nuestra realidad jurídica cuando ello fuere pertinente.

3- CLASES LEGALES, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE AUTORÍA

Las siguientes apreciaciones conceptuales y disquisiciones jurídicas, son fruto del desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial³² en las ciencias penales, que adaptaremos evidentemente al concepto general de autor que consignamos con anterioridad.

Lo anterior quiere decir que en este acápite estudiaremos la Autoría Inmediata consagrada en el inciso primero del artículo 29 C.P, la Autoría Mediata (inciso 1 ibídem), la Coautoría en sus diversas modalidades (inciso 2 ibídem) y la Autoría por Representación (inciso 3 ibídem), en reconocimiento, sobre todo, de nuestra legislación penal consagrada en la ley 599 de 2000.

3.1- AUTORÍA INMEDIATA

La autoría inmediata o individual es aquella en que *el autor, reuniendo todos los requisitos (objetivos y personales) exigidos por el tipo penal, ejecuta o realiza por sí mismo*

³² Entre las providencias de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que han marcado las diferencias entre autor mediato, inmediato, intelectual, por inducción, por instigación, etc., se encuentran las proferidas el 22 de mayo de 1975 (Nº 5), 12 de julio de 1989 (Nº 15), 15 de diciembre de 1992 (Nº 24), 28 de abril de 1993 (Nº 26), 10 de junio de 1993 (Nº 28) y 9 de septiembre de 1997 (Nº 33).

*la acción o acciones descritas en el tipo, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado*³³.

Precisamente, y como expusimos, este concepto puede partir del artículo 29 inc. 1, primera parte del Código Penal que dice: *“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo...”*

La frase “por sí mismo”, por supuesto no quiere decir que el autor inmediato no pueda recibir contribuciones a la ejecución del hecho punible, esto es, no excluye la participación, ya que según lo precisado con anterioridad el partícipe nunca ejecuta sino que contribuye, así su comportamiento sea de gran importancia desde el punto de vista cuantitativo. Lo que sucede es que con anterioridad a la realización de la conducta descrita en el tipo, no existe posibilidad alguna de ejecución inmediata, es decir, que los actos preparatorios se pueden ejecutar por partícipes que no realizan el tipo, pero nunca llegarán a ser actos de ejecución inmediata. Es el caso de aquel individuo “X” que incita a otro “W” a la comisión de un homicidio, construyendo en su totalidad la idea criminal (lugar de ejecución, hora del ilícito, forma de fuga, instrumentos para matar, etc) y la preparación del punible, más no lo ejecuta. “X” responderá, así su ayuda o determinación sea importantísima, como partícipe, y sólo “W” lo hará como autor inmediato.

Por otro lado, cuando el concepto erigido habla de los elementos personales que debe reunir el autor, se refiere a

³³ Para Günther Jakobs *“Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito”* - *Ibidem*, Pag. 744.

aquellos elementos que exige el tipo y que recaen sobre las características personales del autor³⁴. No todo individuo puede cometer todos los delitos, sino que el legislador ha querido tipificar y sancionar aquellas conductas al ser ejecutadas por determinadas o calificadas personas (*intraneus*). Es el caso del prevaricato por acción (Art. 413 C.P) y el peculado por apropiación (Art. 397 C.P) que sólo pueden ser realizados en principio por un servidor público. Otros individuos no calificados por el tipo penal pueden actuar dentro del acontecer delictivo (*extraneus*), pero nunca en calidad de autores inmediatos sino de partícipes³⁵. Nótese así que si “X” actúa determinado por “W” para apropiarse de dineros del Estado, siendo el primero servidor público y el último no; “X” responderá como autor inmediato y “W” como determinador así éste no reúna la calidad de servidor.

En este sentido precisamente se pronuncia el inciso final del artículo 30, que involucra los principios de legalidad y de tipicidad, cuando establece una rebaja de pena para aquellas personas que concurran en la realización del hecho sin tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal. De este inciso nos ocuparemos profusamente en sección posterior.

La norma anterior precisamente es el reconocimiento a posiciones como las de la Corte Suprema de Justicia, que

³⁴ Günther Jakobs dice que la autoría debe reunir los siguientes requisitos: a- Los elementos de la autoría de los delitos especiales, b- El dolo (propósito) fundamentador del tipo, c- Ejecutar el hecho de propia mano en los delitos comisibles sólo de propia mano, d- Tipificaciones de la acción y del autor, y e- Todos los especiales elementos subjetivos del delito - *Ibidem*, Pag. 723-724.

³⁵ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de 1992 (Nº 17).

en sentencia del 13 de mayo de 1987, quiso establecer un sistema de intervención delictiva donde no fuera necesaria la calificación del sujeto activo, así el tipo penal lo estipulase.

Pasando a otro punto relevante sobre este tema, cabe destacar que sólo se puede considerar autor inmediato en los delitos de propia mano (así llamados desde Binding), a aquel que realice íntegramente la acción descrita en el tipo penal. Así, en el delito de acceso carnal violento únicamente será autor aquel que accede materialmente a la víctima, el que yace con aquella o la accede, y los demás intervinientes (el que la sostiene o amarra, el que la amenaza para que no grite, etc.) serán siempre partícipes (cómplices o determinadores). En los delitos de propia mano, a su vez, es en la mayoría de los casos³⁶ impredecible la coautoría por sus mismas peculiaridades, derivándose casi siempre en concurso de hechos punibles en los que cada quien independientemente es autor (Por ejemplo, cuando en el acceso carnal violento se “rotan” en el acceso y en la función de sujetar o constreñir a la víctima, los individuos serán autores inmediatos y partícipes respectivamente)³⁷.

Hay que tener en cuenta que los elementos subjetivos contenidos en el tipo penal, también juegan un papel

³⁶ Hay quienes aceptan en el delito de “Porte ilegal de armas” (reputado de propia mano) la coautoría propia, en casos como los artefactos que necesariamente por su tamaño o peso imposibilitan que uno solo lo cargue, o la coautoría impropia si se reparten las piezas entre varios para transportar un arma y evitar ser sorprendidos por las autoridades.

³⁷ “La coautoría está excluida debido al carácter personalísimo de la infracción. Varias personas que delinquen conjuntamente (p. ej., varios desertores) son autores simultáneos y a lo sumo cómplices e inductores mutuos” Günther Jakobs, *Ibidem*, Pag. 732.

primordial al momento de calificar el modo de intervención criminal, como es el caso del ejercicio arbitrario de las propias razones (ya derogado en el C.P colombiano), que exige en el autor la finalidad de ejercer un derecho: Si “A” le pide el favor a “C”, policía, que lo acompañe a cobrarle una deuda a “B” constriéndolo con su arma, no se da la figura de la coautoría, sino que “A” será el autor porque reúne el elemento subjetivo del tipo, y “C” es un simple cómplice.

Para los partidarios de la teoría del dominio del hecho, la autoría inmediata o directa debe poseer dos **características**³⁸:

- a- Característica General: El autor debe dirigir la totalidad del suceso hacia un fin determinado, esto es, dominar el hecho.
- b- Características Especiales: Además del dominio del hecho, la autoría en ciertas ocasiones debe reunir otros elementos como:
 - Elementos subjetivos: Por ejemplo, el ánimo de lucro o cualquier referencia típica de la intención o tendencia, como sucede en el hurto (Art. 239 C.P) o en el Genocidio (Art. 103 C.P) .
 - Elementos Objetivos: Por ejemplo, el carácter de funcionario público, madre, o los delitos de propia mano.

Para concluir, podemos afirmar que en realidad bajo nuestro ordenamiento no existen muchos problemas en la definición

³⁸ Ver Jacobo López Barja de Quiroga, *Ibidem*, página 45 y 46.

y alcances de la autoría inmediata, dada la materialidad directa que ella implica; sobre todo en cuanto a la claridad que ofrece el artículo 29 del código con el “principio de ejecución” y la realización por “sí mismo”.

3.2- AUTORÍA MEDIATA

El concepto de autoría mediata ha sido desarrollado en especial por la ciencia penal alemana, según algunos a partir de algunos presupuestos legales defectuosos, para salvar casi que exclusivamente lagunas de punibilidad³⁹. Por tal motivo, podría suponerse que su tratamiento constituye la extrapolación inútil de una institución construida para subsanar problemas originados por un derecho positivo extranjero. Sin embargo, no es así, y de hecho el concepto ha sido y es actualmente esgrimido por el derecho comparado de modo habitual. No obstante, es preciso puntualizar que aquí no nos encontramos frente a una categoría autónoma de concurrente, sino ante una de las varias formas que puede adoptar la autoría⁴⁰.

La **autoría mediata** podríamos definirla como aquella en que *el autor, reuniendo todos los requisitos pertinentes, utilizando a otro como instrumento, ejecuta o realiza la acción o acciones descritas en el tipo*⁴¹.

³⁹ Al efecto Günther Jakobs, *Ibidem*, Pag. 730.

⁴⁰ Enrique Cury Urzua - Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1985.

⁴¹ Jescheck define al autor mediato como “*quien realiza el tipo penal sirviéndose para la ejecución de la acción típica de otra persona como instrumento. El dominio del hecho requiere en la autoría mediata que todo el proceso se presente como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás y que éste tenga en su mano, gracias a su influjo, al intermediario en el hecho*”. Editora Jurídica de Colombia, La Coautoría - La legítima Defensa, 1993, pag 12.

Esto quiere decir que atrás del autor mediato siempre habrá un ejecutor instrumental que será el encargado de materializar el hecho. El primero domina el hecho, domina la voluntad del segundo que ejecuta materialmente el delito⁴². Es lo que algunos tratadistas como Puig Peña y Montes, refiriéndose al ejecutor material, llaman concurso de acción sin concurso de voluntad.

El que proporciona una cuerda, una escalera o un arma, sin saber el fin a que se destinan esos objetos, es indudablemente inocente del delito que otro consuma. Igual circunstancia se presenta cuando se presta una ayuda para la comisión de un hurto (préstamo de una escalera por ejemplo), y el ejecutor aprovecha las circunstancias para matar al morador que es un antiguo enemigo, caso en el cual el cómplice no responderá por el homicidio, ya que solo prestó colaboración al hurto sin conocer la intención además homicida del autor.

Así mismo, dice Enrique Cury Urzua *“Es autor mediato todo aquel que en forma consciente y deliberada hace actuar por él a otra cuya conducta no reúne todos los requisitos para ser punible. El abuso de un tercero inocente al que se instrumentaliza equivale a la ejecución personal del hecho típico”* - Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1985.

Bacigalupo, en su aceptación de la teoría del dominio del hecho, dice que es *“el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica”* - *Ibídem*, página 189.

⁴² Dice Enrique Cury Urzua *“La esencia de la autoría mediata consiste en desplegar una conducta que tiene por objeto privar al mediador de la libertad, para autodeterminarse con arreglo a sentido, de tal modo que, aunque es quien ejecuta el hecho descrito en el tipo, carece de un auténtico dominio sobre él”*, *ibídem*. Ver también Jacobo López Barja de Quiroga, *Ibídem*, página 47.

En un esquema finalista esta figura encuentra problemas por el plano doloso exigido en la acción, llegándose al absurdo de no penar al que controla la voluntad del ejecutante del hecho. De aquí el nacimiento de la figura del autor mediato.

En el esquema neoclásico (más o menos adoptado en Colombia en 1980), no existía tanto problema, ya que si el ejecutor instrumental no actuaba con dolo, de todas formas se consideraba autor (inculpable pero autor), y alcanzaba al autor mediato por su instigación. De esta suerte, aunque en Colombia no se hablaba legalmente de autoría mediata, su conducta no quedaba impune al existir la figura de la determinación⁴³, así ontológicamente existieran diferencias marcadas entre los dos institutos.

Ya en la codificación dada por la ley 599 de 2000 esta “peripecia jurídica” se hace innecesaria, en tanto se establece taxativamente la autoría mediata en el artículo 29, cuando dice que será autor aquella persona que utilice a otro como instrumento para realizar la conducta punible, reconociendo definitivamente de forma normativa aquello que venía aplicándose hacía varios años a través de la figura determinativa. Afortunadamente, este escollo ha sido salvado quedando por delante el desarrollo de su contenido por la jurisprudencia y doctrina colombiana.

⁴³ “A pesar de que la jurisprudencia y doctrina han hecho loables esfuerzos para esclarecer el concepto de autor mediato, en nuestra legislación penal positiva no tenía hasta el momento la trascendencia que entrañaba en legislaciones como la alemana, pues el art. 23 del Estatuto Penal hablaba de ‘determinador’ comprendiendo bajo este fenómeno situaciones bien distintas y que en otras legislaciones aparecían bajo intereses punitivos diversos” Jorge Alberto Hernández E, La Participación en los Delitos, Octavas Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1987 (Compilación, Editora Jurídica de Colombia, 1993, pag 13.

El ejecutor instrumental será tratado como autor (aunque no responsable) y el autor mediato igualmente como autor sancionado según el marco penal del artículo 29 C.P, sin beneficiarse de las causales de inculpabilidad del ejecutor por el principio de la accesoriedad limitada adoptada en nuestro estatuto punitivo⁴⁴.

Es importante destacar que el autor mediato debe reunir todos los elementos objetivos y personales que consagre el tipo penal, como vimos en la autoría inmediata, y puede dominar la voluntad del ejecutor instrumental de varias formas⁴⁵:

- Por coacción
- Por error
- Por utilización de inimputable
- Por utilización de un niño

⁴⁴ Existen posiciones encontradas al respecto. Nótese que es diferente el error de conocimiento del hecho delictivo, a aquel que exime de responsabilidad por inculpabilidad, que recae sobre el tipo o las causales de justificación. De la claridad de estos conceptos dependerá la aceptación o no de las causales excluyentes de la culpabilidad referidas y, como es lógico, de la prueba existente del aspecto subjetivo del delito. Si se coacciona a una persona para que mate a otra (enemiga de antaño) y al dirigirse al lugar del posible evento la primera de ellas observa que la otra va a sacar un arma (en realidad un pañuelo) y se defiende creyendo que se ha descubierto la intención criminal, habrá un error de prohibición en el ejecutor que lo libera, pero que no exime al autor mediato. Sin embargo, pensamos que en este caso se rompe el nexo entre la coacción y el homicidio, ya que el ejecutor no actúa por la influencia del autor mediato, sino porque cree erradamente que va a ser agredido y por lo tanto no responderá.

⁴⁵ Al respecto ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Junio 3 de 1983 (Nº 10).

- Por la existencia de un aparato de poder

Si el ejecutor instrumental realiza una conducta atípica para sí mismo, en cuanto el bien jurídico tutelado se encuentra radicado en él, no quiere esto decir que no se sancione al autor mediato por el delito (es el caso de las autolesiones y el suicidio), aunque generalmente se encuentra que el legislador ha sacado esta conducta de la parte general y la ha incluido en la parte especial con tipos penales como el de “Ayuda o inducción al suicidio” (artículo 107 C.P). El mismo caso se presenta cuando el ejecutor obra conforme a derecho: cuando el autor mediato presenta una letra de cambio falsa y hace que el juez dicte mandamiento ejecutivo, el juez actuará conforme a derecho, pero en situación de instrumento con relación al fraude procesal; igual circunstancia se presenta cuando A, enemigo de B, lo incita a que ataque a C, sabiendo que éste último siempre porta arma de fuego, y ante el ataque de B, C se defiende legítimamente dándole muerte. Diversa situación se daría, si el autor mediato ejerce una coacción sobre el instrumento para que actúe en legítima defensa de un tercero, ya que queda cobijado por la excluyente, así la coacción misma no esté justificada: como cuando un individuo coacciona con un cuchillo a un policía para que le dispare a un persona que está ahorcando ilícitamente a otra.

Cuando el ejecutor instrumental obra contrario a derecho, las soluciones dependerán de la fuente del dominio de su voluntad. Las **clases de dominio de la voluntad**, son:

3.2.1- Si el ejecutor es objeto de una coacción: Las soluciones han sido candentes al respecto, en la medida que el ejecutor en este caso tiene conciencia y voluntad (aunque

viciada) de su acción constitutiva de injusto; actúa con dolo. Sin embargo, el problema que en Colombia se solucionaba bajo la figura de la determinación por instigación, que era la forma utilizada para efectos punitivos en la autoría mediata a falta de regulación específica, hoy por hoy se enmarca a la perfección en el artículo 29 C.P aquí estudiado. Por esto, consideramos salvado el obstáculo presentado en el pasado.

Hay que precisar en la autoría mediata por coacción, que si la violencia es de tal magnitud que se elimina la posibilidad de escogencia ejecutiva (vis absoluta), nos encontramos frente a un caso, no de autoría mediata, sino de autoría inmediata en la que el ejecutor material es un medio mecánico para la comisión delictiva⁴⁶. Es el caso de aquel que atropella a otro para que rompa un vidrio y éste, habiendo sido golpeado, rompe el vidrio de un establecimiento comercial (Daño en Bien Ajeno), o el que rompe un jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca un médico intencionalmente para ello.

En nuestro ordenamiento la autoría mediata por coacción lesiona dos bienes jurídicos distintos, en cuanto que el autor mediato lo será del delito ejecutado por el instrumento (homicidio, lesiones, aborto, etc.), así como también lo hará, esta vez en calidad de autor inmediato, del delito de Constreñimiento para Delinquir (Artículo 184 C.P), siempre

⁴⁶ Dice Jorge Alberto Hernández, *ibídem*, ratificando este aspecto “*Hay que distinguir la determinación de la ‘instrumentalización’, pues si el intermediario entre la acción y resultado actúa atípicamente, el problema no será estrictamente de autoría mediata por cuanto entonces sólo será un ‘instrumento’ que en nada compromete la relación directa entre su conducta y el hecho punible, hay aquí una autoría inmediata sin que pueda hablarse del fenómeno jurídico de la determinación*”.

que la pena impuesta por el resultado querido no sea mayor. Así las cosas, si se constriñe para matar, el autor mediato responderá sólo por el homicidio y no por el constreñimiento, ya que el primero está sancionado con pena mayor; indefectiblemente el constreñimiento para delinquir es un tipo penal de aplicación subsidiaria.

3.2.2- Si el ejecutor es objeto de un error: En este caso el ejecutor desconoce que está realizando una conducta punible, por efecto del velo interpuesto o aprovechado por el autor mediato. Es el caso del mensajero que lleva un ramo de flores en el cual un empleado de la floristería ha puesto una bomba, aprovechando que el destinatario es su enemigo; o el del médico que aprovecha la ocasión para agregar cianuro al medicamento que la enfermera aplicará a un paciente; o aquel que introduce droga en el equipaje de un viajero desprevenido; o del que coloca una bomba en un automotor que el ejecutor activa al girar la llave de encendido; o el que envía un correo electrónico a un ejecutor que lo redirecciona sin saber el daño que aquel realizará en otros computadores por un virus encriptado. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo⁴⁷.

Si el error sobre el tipo penal es invencible no existe ningún problema, ya que el ejecutor directo no sería responsable y el hombre de atrás sí como autor mediato, pero ¿Si el error sobre el tipo es vencible ¿qué pasa? Algunos optan por decir que el ejecutor obra con culpa y se le sancionará por el delito culposo si la legislación lo consagra así, aunque el autor mediato responderá por el delito doloso. En nuestro

⁴⁷ Ver, Enrique Bacigalupo, Página 191 y 192, *ibídem*.

ordenamiento, si el error proviene de culpa, la conducta será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo (Art. 32 num.10 C.P.), por lo tanto, si el error es vencible el ejecutor responderá por la culpa si ella fuere procedente según el principio de taxatividad. Lo que genera polémica es derivar de un mismo hecho a dos personas configuraciones típicas diversas, pero este caso se puede considerar como una excepción consagrada legalmente.

3.2.3- Si se utiliza a un sujeto en el que concurre un error de prohibición: Es un tema en el que la doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo, sobre todo cuando se trata de un error vencible, ya que si el error es invencible se resolverá el asunto de idéntica manera que lo hicimos al referirnos al error de tipo (el ejecutor obra sin responsabilidad y el autor mediato responderá por su dolo: es el caso de la orden de un militar a sus soldados para que dispersen una manifestación causando lesiones, cuando el competente para tomar tal decisión no lo ha hecho, sin que esto sea de conocimiento y razonabilidad de los ejecutores).

En el caso de que el error sea vencible se presentan dos propuestas en la doctrina:

- Para Stratenwerth y Jescheck, si el error de prohibición es vencible, como el autor (instrumento) actúa culpablemente, el actuar del hombre de atrás tiene que ser considerado como participación (complicidad o inducción) y no como autoría mediata.
- Por el contrario, para autores como Maurach, Bacigalupo, Roxin y Lackner, sí es posible en algunos casos de error vencible imputar el hecho a título de autoría mediata, observando siempre la influencia y autoridad del hombre de atrás sobre el ejecutor

Pensamos que el segundo criterio es el más acertado, aunque hay que tener en cuenta las diferentes posiciones que se han desarrollado en Colombia respecto del error, ya que algunos no aceptan que se refiera al error de prohibición, y si lo hacen estará asignado sólo a determinados casos. Aunque, valga decirlo, con el nuevo numeral 12 nos parece que ya no hay lugar a discusión.

3.2.4- Si se utiliza un sujeto sobre el cual recae una causal de inimputabilidad: En nuestro régimen, en el cual los inimputables pueden realizar el injusto penal (hecho típicamente antijurídico más no culpable, según el artículo 33 C.P.), es posible decir que no siempre existirá un autor mediato detrás, sino que se presentaría también la figura del determinador si lo permite el caso (aunque es de aclarar que más bien se trataría de un determinador de un trastornado, inmaduro o diverso socio-cultural, más no de inimputable, en la medida que debe prohibirse la hipostatización de las causales con la figura misma). De todas formas, recuérdese que la persona que está inmersa en una causa de posible juicio de inimputabilidad actúa sin capacidad de comprensión o autodeterminación, y es factible que un individuo utilice tal estado particular para emplearlo como instrumento en la comisión delictiva, evento en el cual se presentaría la figura del autor mediato: Es el caso del que utiliza a un paranoico para dar muerte a su enemigo, haciéndole creer al enfermo que se trata de su perseguidor; o la esposa que lleva a su marido cleptómano a una joyería y le insiste en que se pruebe varias alhajas, hasta que la voluntad de aquel se vence y termina influenciado por su trastorno apoderándose de alguna de ellas, que luego la mujer disfrutará.

También podrá presentarse la figura cuando no se aprovecha la condición preexistente, sino que se le coloca al ejecutor en tal condición (cuando para lesionar a alguien se embriaga a otra persona que se sabe sufre de una intolerancia alcohólica tornándose violenta; o sabiendo que un individuo es pirómano, se le pone en circunstancias tales que le es irresistible prender fuego a una casa que el autor mediato quiere destruir).

3.2.5- Si se utiliza a un niño: En este asunto el instituto de la autoría mediata es indudable, e incluso, también se presenta en algunos eventos de supuesta autoría inmediata en los que el niño es un simple mecanismo.

Es el caso del padre de un niño que le dice tome un artículo de un supermercado para realizar un hurto, aprovechando que al mismo no lo vigilan los organismos de seguridad; o el evento en el cual una maestra de escuela le dice a sus estudiantes (niños) que los actos sexuales entre ellos son buenos para su salud, haciendo que practiquen los mismos en el salón de clase, con el ánimo de satisfacer su trastorno boyerista.

En otro sentido, si se trata de un menor de 16 años ya se estaría en el plano de la instigación o determinación y no de la autoría mediata, ya que se entiende que a partir de esos años se posee una capacidad comprensiva de los actos que no subyugaría su voluntad por la edad. De todas formas, cada día estos límites y criterios se ven revaluados por la madurez alcanzada con mayor rapidez, el conocimiento del entorno por vías no tradicionales (internet, por ejemplo) y, por supuesto, el avance criminal desde tempranas edades, como es el caso de las comunas sicariales en Medellín o en Bogotá.

En estas situaciones pensamos que será el jurista el encargado de sopesar las diferentes circunstancias personales del ejecutor, para así determinar si procede o no la ausencia de responsabilidad por instrumentalidad.

3.2.6- En los casos en que se obra dentro de un aparato de poder: Con el nacimiento y desarrollo de las grandes empresas criminales, como el narcotráfico, guerrilla, terrorismo o trata de blancas, se ha pensado en la posibilidad de aplicar el concepto de autor mediató a aquellas personas que realizan el ilícito bajo una orden jerárquica⁴⁸ dada por los llamados “autores de escritorio”. En estos casos, se trata de determinar la responsabilidad no sólo de los miembros ejecutores de las resoluciones delictivas de la organización, sino principalmente la de aquellos otros que sin intervenir materialmente en los hechos delictivos exhiben una posición relevante en la toma de decisiones, es decir, están en la cúpula de la organización o en un grado intermedio entre dirigentes y ejecutores.

Las tesis que se plantean son las de la autoría mediató (Roxin, Stratenwerth y Bacigalupo), que se complica porque el ejecutor será plenamente responsable, y la de la coautoría (Jescheck) que implica la aceptación de un dominio funcional en el que el “jefe” no realiza ninguna “acción ejecutiva” descrita en el tipo.

Frente a estas dos posiciones, pensamos que en su mayoría se trata más bien de casos de autoría simple o inmediata, tras los cuales se encuentra un determinador o instigador de “escritorio”. Por ejemplo cuando el jefe de la organización criminal sólo insinúa la comisión de algún

⁴⁸ Así, Klaus Roxin, Stratenwerth, Samson, Bacigalupo y Schmidhäuser.

ilícito y sus secuaces la entienden como una orden, dadas las características que dominan esta clase de organización.

Con todo, no negamos que el problema jurídico se acrecienta cuando el seguidor se ve compelido a la realización de un hecho, a pesar de que la cabeza de poder no ha dado una orden directa: Es el caso de la insinuación anterior realizada por el “capo” y que el seguidor no desea efectuar, pero se ve compelido a hacerlo, ya que si no lo hace es conocedor de las consecuencias (su muerte, por ejemplo). Algunos han intentado manifestar que en estos eventos en que la escala de poder es tan coercitiva, se podría dar la autoría mediata por coacción. Empero, también debemos admitir que en variados escenarios las personas que pertenecen a estas organizaciones criminales son expertos delincuentes (teniendo presente todo lo que ello implica a nivel psicológico, social, cultural, etc.) y no se entenderá procedente la “insuperabilidad” de la coacción o del miedo que la orden o insinuación del jefe les pudiere generar. De todas formas y en definitiva, habría que analizar cada caso en concreto para llegar a considerar la existencia de una autoría mediata, inmediata o una determinación⁴⁹, y porqué no, una coautoría⁵⁰.

⁴⁹ Para algunos penalistas de otros países, e incluso en Colombia antes del C.P de 2000, la delimitación entre autoría mediata e inducción, en general o cuando se coacciona a realizar un hecho punible, se considera innecesaria, carente de toda significación práctica, pues en los dos casos corresponde la misma penalidad. Sin embargo, apuntan otros tratadistas, aunque en principio la pena no varíe, estar ante un hecho de autoría o ante uno de participación sí puede provocar consecuencias jurídicas distintas. En nuestro articulado del año 2000 este problema se salva en tanto el inductor que es el mismo determinador (partícipe) y el autor mediato, tienen penas diferentes.

⁵⁰ Para otro sector de la doctrina alemana (Gunther Jakobs, citado por Hernández Plasencia, p. 264), no es satisfactoria la construcción de la

Un suceso de singular importancia de los últimos años, es precisamente el juzgamiento del General Augusto Pinochet por los delitos de secuestro y desaparición cometidos en Chile. De ellos se aseguró por personajes como Juan Bustos: *“En efecto, tenemos en ese momento justamente un aparato de poder organizado en cuya cabeza está Augusto Pinochet, comandante en jefe del Ejército, de una institución jerarquizada y más jerarquizada aún porque se estaba en Estado de Guerra, según los decretos ley número 1 y número 5 del 11 y 12 de septiembre de 1973. Y, más aún, Presidente de la Junta de Gobierno que había usurpado todo el poder constitucional.*

La situación de hecho es que existía en ese momento un aparato de poder organizado de extrema y máxima subordinación hacia abajo, de modo que todos tenían que obedecer las órdenes del comandante en jefe y nadie podía desobedecer esas órdenes y andar por su cuenta. Si esa era la situación de hecho, la lógica deducción es que Arellano Stark en su recorrido, en todos los crímenes cometidos, obedecía las órdenes de Augusto Pinochet” “...

autoría mediata para incriminar a los que manejan los aparatos de poder, afirmando que la mayoría de los supuestos se pueden cubrir a través de la coautoría, y si no a través de la inducción. Esta dirección doctrinal mantiene 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, aunque también ésta pueda ser fundamental. Consideran que la idea que mejor caracteriza los 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 llevan 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 autoría.

*consta que todos los integrantes de la comitiva fueron premiados y los que se opusieron fueron llamados a retiro porque cumplían o no cumplían las órdenes de Pinochet*⁵¹. Por lo anterior, se le intentaron imputar los delitos a título de autor mediato en cuanto utilizó a personas como instrumentos a través de un organismo de poder.

Sin embargo, aunque no totalmente acorde con nuestra posición en estos casos (existencia de un determinador generalmente), la Corte que juzgaba al Señor Pinochet especificó que se trataba de un encubridor.

Ahora bien, el problema de la autoría mediata se torna más candente aún cuando intentamos adecuarla a los tipos penales especiales. En los delitos simplemente de resultado, como el homicidio, en que no se exige el desarrollo de la acción con un ingrediente específico, es fácil comprender el fenómeno de la autoría mediata, pero no así en los delitos de resultado con actividad tipificada, como cuando se exige determinado elemento subjetivo: por ejemplo, en el hurto la exigencia del *animus lucrandi* (ánimo de obtener un provecho). Piénsese en el empleado que hurta una lámpara para que su jefe, que le ordenó la conducta so pena de dejarlo sin trabajo, se lucre. En este caso algunos juristas consideran que no existe la autoría mediata, sino determinación por instigación, ya que el empleado que obra dolosamente quiere apropiarse de la lámpara para entregársela a su patrón y ello es suficiente para configurar el “ánimo de lucro” del Hurto, ya que no se trata de un delito de enriquecimiento sino de sustracción o apoderamiento. Por nuestra parte, pensamos que es suficiente que el elemento subjetivo concorra en la

⁵¹ Extractado de la página web: www.elmostrador.cl

persona de atrás y no en el instrumento. De todas formas sigue la discusión al respecto.

Podría pensarse en la exclusión de esta figura en los casos de calificación exigida por el tipo penal (tipos penales calificados), ya que el ejecutor instrumental no reúne tal requisito: por ejemplo, el empleado oficial que utiliza a un particular para apoderarse de dineros del Estado. Se habla en este caso por algunos de la absoluta impunidad de los dos intervinientes hasta tanto la ley no establezca estos casos. No obstante esto, otros piensan que si bien el extraneus o extraño utiliza al intraneus (sujeto cualificado) para cometer el ilícito, el primero no podrá convertirse en autor mediato del delito especial, por faltar en él tal calificación (puede sancionársele entonces como instigador o cómplice), pero, dicen, si se trata de una situación inversa, en que el intraneus utilice a un extraneus, sí es posible la autoría mediata, siempre y cuando no se trate de delitos de propia mano. El argumento que subyace a estas conclusiones es que quien puede por sí mismo cometer un delito, puede también cometerlo utilizando a otra persona; y, de forma inversa, quien por sí mismo no puede legalmente cometerlo no va a poder hacerlo por el hecho de que utilice a otra persona. Autor mediato puede ser aquel que, en su caso, podría ser autor inmediato⁵².

Al respecto nuestra posición es un tanto diferente, sino diametralmente opuesta, en la medida que vemos en la figura de la autoría mediata una figura construida para aquellos casos en que se utiliza un “instrumento”, lo cual determina una simple operativización de lo deseado, utilizando a otra

⁵² Conforme, Jacobo López Barja de Quiroga, *Ibidem*, página 58 y 59

persona por provecho de su error, ejerciendo coacción, utilizando a un inimputable, etc. Esto por supuesto determina que aceptemos el hecho de que un intraneus (persona calificada) utilice a un extraneus (no calificada) para la comisión de un ilícito: como el empleado oficial que coacciona insuperablemente a un empleado no oficial para que se apodere de dineros del Estado (Peculado por apropiación). Pero, por otro lado, la posición sentada implica a su vez que no estemos plenamente de acuerdo con que el extraneus no pueda ser responsable como autor mediato de un delito de sujeto activo calificado, cuando el ejecutor instrumental sí reúne tal calificación (intraneus), atendiendo a que precisamente la figura en estudio pretende no dejar incólume la conducta del hombre de atrás, y que debemos tener en cuenta el bien jurídicamente tutelado: si un particular coacciona insuperablemente a un servidor público para defalcicar las arcas del Estado, no vemos porqué no pueda responder el autor mediato por el delito de peculado, cuando el supremo bien jurídico a proteger precisamente es la administración pública y el requisito de ejecución calificada lo posee el ejecutor instrumental. Precisamente, decimos, es por ello que el autor coacciona al ejecutor.

También, en sustento de esta posición, se ha dicho que el inciso 3 del artículo 30 C.P. permite su aplicación también a los diferentes autores, en la medida que no habla de “partícipes” sino de “intervinientes” de manera general, y de “concurrencia”, que en el artículo 29 *ibídem* se refiere a las dos figuras. Dice el inciso: “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”. Al efecto, nos da la razón reciente

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de su sala de casación penal de fecha 25 de abril de 2002⁵³, que consideramos pertinente citar textualmente en uno de sus apartes así:

“... La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial, basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con la organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. 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 autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P., art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y segundo de los arts. 29 y 30 respectivamente, rebajada en una

⁵³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Magistrado Ponente Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar - Casación 12.191- Bogotá D.C., abril veinticinco de dos mil dos.

cuarta parte (art. 30, inc. 4°). 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 (C.P., art. 30, inc. 3°), 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”.

Una tercera posición, aceptada por tratadistas chilenos (dada su legislación), se inclina por imputar al intraneus el delito calificado y al extraneus el delito no calificado si existe en el articulado; en el ejemplo tratado, el intraneus respondería por peculado y el extraneus por hurto, aunque, y es preciso sentar nuestra opinión, esta teoría nos deja algunos sinsabores como la lesión al principio de la unidad de imputación.

Otro caso de exclusión, el cual sí compartimos por su materialidad, es el de los delitos de propia mano, esto es, que la autoría mediata generalmente no procederá cuando se trate de esta clase de delitos⁵⁴ (incesto, acceso carnal, estupro, etc.), y la persona que intervenga sin ejecutar la conducta específica descrita en el tipo, estará actuando dentro de los límites de la complicidad o determinación. En el caso postulado por Von Liszt en el que la dueña de un

⁵⁴ Coincidente, Enrique Cury Urzua - Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1985. Así también Günther Jakobs, *Ibidem*, pag 732. En contra Klaus Roxin, ya que define los delitos de propia mano de una forma diversa.

burdel hace yacer a un marinero con su hermana desconocida; es indudable que no existe autoría mediata de incesto por parte de la celestina, pues ella no ha podido dominar la acción de acceder carnalmente⁵⁵. Decimos que generalmente no procederá, ya que existen casos muy especiales, como el delito de porte ilegal de armas considerado de propia mano, en que sí sería posible la autoría mediata: piénsese en el caso de quien introduce un arma en el bolso de un viajero desprevenido a efectos de que pase el cordón de seguridad policial del aeropuerto. O el caso de aquel que hipnotiza a otro haciendo que acceda carnalmente a una menor de edad en que se podría pensar en la figura del autor mediato o del autor inmediato. Sin embargo, la norma general será la imposibilidad de argüir la autoría mediata en los delitos de propia mano o admitir que delitos como el porte ilegal de armas o el acceso carnal no son tipos penales de propia mano, lo cual es bastante improbable.

Cabe agregar que en la autoría mediata, por el carácter subordinado del ejecutor, de los excesos del último no responderá el autor mediato, sino en la medida que el dolo eventual o la culpa lo posibiliten, esto es, se consagren específicamente en los tipos imputados: Imaginémonos que un individuo “X” coacciona a otro “Y”, para que cause lesiones a “H”; al momento de la realización delictiva “Y” utiliza una metralleta y se excede en los disparos causándole la muerte y no sólo lesiones a “H”. Seguramente podremos colegir que “X” responderá por el exceso de “Y” en la medida que es absolutamente previsible se cause la muerte; ya que se haga la imputación por homicidio culposo o doloso,

⁵⁵ Al efecto, Enrique Bacigalupo, página 196, *ibídem*.

dependerá de si “X” consideró se podía evitar un resultado mortal o no previo el resultado (culpa), o previéndolo lo dejó librado al azar (dolo eventual o indirecto).

Si el ejecutor no realiza la acción para la cual fue coaccionado, puesto en error, etc., no existirá tentativa del delito⁵⁶, así como tampoco la habrá si la acción del autor mediato no es eficaz. Es el caso de quien utiliza un niño para ejecutar un hurto, pero aquel se distrae en el supermercado con los juguetes y no se apodera de ningún artículo; o de quien habiendo utilizado a un inimputable (por una piromanía), le entrega al ejecutor unos fósforos totalmente mojados, impidiendo que se prenda fuego. Son los casos de tentativa imposible, desistida e inidónea de los que hablaba nuestro código penal de 1936, pero aplicados a la autoría mediata.

Si se presenta un caso de *aberratio ictus* o error en el golpe, el autor mediato responderá plenamente por el delito cometido, siempre que el ejecutor instrumental realice el programa dado por el autor mediato. Ejemplo: Una enfermera tiene que poner una inyección letal -extremo que ella desconoce- a un paciente individualizado de modo determinado, en una determinada cama; por error de la administración del hospital, en la cama de la víctima elegida ahora reposa otra persona, con la que concuerdan igualmente, sin embargo, todos los elementos de individualización. Esta persona resulta muerta. En la concreción, la enfermera obra de modo perfectamente doloso y en el marco del plan acordado; así pues, el autor mediato responde por consumación del homicidio⁵⁷.

⁵⁶ En contra, Günther Jakobs, *ibidem*, Página 785.

⁵⁷ Ver Günther Jakobs, *ibidem*, Página 787.

El régimen de la autoría mediata en los delitos imprudentes o culposos ha sido bastante discutida, aunque la mayoría de juristas, entre los cuales nos contamos para este epítome, no aceptan la procedencia de la figura en tales eventos. Y es que parece lo más lógico pensar que en una actividad en que no se prevee lo previsible o habiéndose previsto se considere poder evitarlo, pueda ejercerse coacción, error, inimputabilidad, etc., como formas de autoría mediata. ¿Cómo podría coaccionarse a otro para que no prevea lo previsible, o para que lo prevea pero considere poder evitarlo?. Lo que si es cierto es que se podría hacer responder de un delito culposo al autor mediato, dado el caso de un exceso previsible del ejecutor instrumental: como el suceso en el que “A” coacciona a “B” para que prenda fuego a una vivienda y habiéndole prendido fuego se causan lesiones y muerte a varios de sus habitantes, pudiendo ello ser previsible; “A” respondería por el delito de incendio a título de dolo, más de las lesiones y homicidio lo hará en la modalidad culposa.

Entonces, lo que no se permite es la incidencia directa de la coacción, niñez, inimputabilidad y demás especies de subordinación de la voluntad, para que se cometa un delito culposo, pero no se prohíbe la imputación por los resultados que pudieren llegar a generar aquellas. Lo mismo se aplicará para los delitos preterintencionales.

Por otra parte, tampoco la doctrina ni la jurisprudencia ha sido muy aquiescente con la admisión de la tentativa de Autoría Mediata, esto es, sancionar a aquella persona que intente coaccionar, utilizar a un niño, aprovecharse de un error, emplear a un inimputable o utilizar un organismo de

poder, por el simple hecho de hacerlo; más sí es procedente sin dubitación alguna responder como autor mediato en un delito tentado. Por ejemplo: Si “A” aprovecha que “B” es mensajero e intenta poner una bomba en un sobre que este lleva, para matar a “C”, pero no logra hacerlo, no podemos sancionar a “A” por tentativa de Autoría Mediata; mientras que si “A” logra colocar la bomba y esta llega a manos de “C” y estalla pero sin causarle más que una lesión grave, sí se le podrá imputar a “A” el delito de Homicidio en grado de Tentativa u Homicidio Tentado.

Para terminar, nos queda simplemente anotar que se ha negado terminantemente la autoría mediata por omisión, es decir, casos en los cuales una conducta omisiva se constituya como una coacción, un aprovechamiento de error, etc. Lo que sí es posible, por el contrario, es admitir la autoría mediata en los delitos omisivos o de comisión por omisión: Si “X” coacciona a “G” para que deje de dar comida a su hijo y así matarlo, responderá como autor mediato; así también si se ejerce fuerza insuperable contra alguien para que no socorra a otro individuo que está en grave peligro de muerte (Omisión de socorro).

Como se puede observar de todo lo anteriormente expuesto, el tema de la Autoría Mediata ha sido, es y será un tema escabroso y de muy difícil abordaje. Así, esperamos que con estas breves apreciaciones se ayude un tanto al desarrollo de la temática, siendo conscientes de la posibilidad de cambio en los fundamentos de cada una de ellas.