

La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana

The domain theory made in the colombian criminal law

André Scheller D'angelo*

Universidad Cooperativa de Colombia seccional Santa Marta (Colombia)

*Abogado de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Instituciones jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca (España). Diplomado en Estudios Avanzados de Doctorado por la Universidad de Salamanca, candidato al título de Doctor en Derecho Penal de la misma universidad, docente de la especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Cooperativa de Colombia, docente de Derecho penal general de la Universidad del Magdalena, docente de Derecho Penal General de la Universidad Sergio Arboleda. Jefe seccional de Investigaciones Universidad Cooperativa de Colombia seccional Santa Marta. *andreschellerd@hotmail.com*

REVISTA DE DERECHO

N.º 35, Barranquilla, 2011

ISSN: 0121-8697

Resumen

Introducción: La discusión frente a la intervención de las personas en Derecho Penal gira en torno a establecer, si todo aquel que participa en la comisión del delito es autor del mismo, o en su defecto, si cabe la posibilidad de establecer diferencias entre los sujetos que concurren en su producción. Según la dogmática contemporánea, en relación con la Autoría, esto es, con la determinación de quién es el autor de un hecho delictivo es posible distinguir dos puntos de vista: a) Abarcar con el concepto de autor a todos los intervinientes en el hecho; o, b) Establecer diferenciaciones entre las personas que concurren. **Metodología:** Se trata de un estudio con enfoque cualitativo, histórico-interpretativo y de alcance descriptivo. **Resultados:** Una vez revisado el marco teórico que encierra la investigación, se observa que la legislación penal colombiana, ha adoptado el criterio del dominio del hecho para diferenciar la autoría y la participación. No obstante lo anterior, el aplicador de justicia, en muchos casos, se vale de otros criterios para lograr la diferenciación, generando así dificultades para establecer un criterio único y uniforme en la jurisprudencia. **Conclusiones:** Los diferentes criterios que ha establecido la dogmática no son suficientes para lograr una diferenciación adecuada frente al fenómeno de la autoría y la participación. Estas figuras siguen siendo en todo y en parte, determinadas por la percepción del juez al momento del análisis probatorio. Así mismo, se concluye que en nuestro país, los criterios de la jurisprudencia no son homogéneos a la hora de optar por una teoría diferenciadora.

Palabras clave: Autoría, participación, intervención, determinador, cómplice, dominio del hecho, accesoriedad de la participación.

Abstract

The argument against the involvement of people in Criminal Law focuses on establishing if someone who participates in the commission of a crime is the author of it, or alternatively, if it is possible to distinguish between subjects who concur in their perpetration. Criminal codes currently provide various forms of intervention in the crime. However, the term referred to anyone who is involved in producing the result is the same author (Unitary Copyright), was the first link in the chain which led to many discussions following the dogmatic issue. According to contemporary dogma, under Authoring, the determination of who the perpetrator of a criminal act is, it is possible to distinguish two ways: a) Cover with the concept of Authoring to all those involved in the act; or, b) Establishing differentiations among people who attend.

Keywords: Authorship, participation, intervention, determiner, accomplice.

Fecha de recepción: 24 de enero de 2011

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2011

LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

La teoría del Dominio del Hecho constituye la posición dominante en la doctrina actualmente, y ha sido defendida por autores como Maurach (1995), Gallas (1968), citado por Roxín (1998), Weber (1935), Jescheck (1981) y Gimbernat (1966). Varios teóricos han intentado aproximarse a una definición concreta en torno a la teoría del dominio del hecho, sin embargo, se han destacado algunos autores por sus enunciados, que pretenden obtener, en lo posible, la uniformidad de un criterio único, que sirva de fundamentación a la aplicación de la teoría en su estado más reciente.

Según Díaz y García Conlledo (1991), fue Lobe, en 1933, quien la utilizó por primera vez para criticar la teoría subjetiva. La idea de dominio del hecho en un sentido absolutamente moderno exige, junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, el verdadero dominio objetivo en la ejecución en el mismo sentido (Martínez, 1998). En este orden de ideas, Lobe sostendría que lo esencial para la autoría no es, sin embargo, solo la presencia de una voluntad del contenido, querer el hecho como propio, sino que la realización de esa voluntad debe además tener lugar, de modo que la misma se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización.

Posteriormente tendrá base en el finalismo, sobre la tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho (Mir Puig, 2004).

Es de anotar que la expresión “dominio del hecho”, antes de ser difundida por Lobe y Welzel en el sentido que hoy se conoce, fue utilizada por autores como Hegler, Frank y Goldschmidt (citados en Roxin, 1998), quienes la consideraban como referida al sujeto del delito, pero entendida solo en cuanto a los elementos materiales de la culpabilidad (de su época), es decir, a la imputabilidad, al dolo o a la imprudencia y a las causas de exculpación.

Por su parte, Bruns (en Welzel, 1970) utiliza la expresión “dominio del hecho” para referirse al criterio de distinción entre dolo e imprudencia consiente.

CONSTRUCCIÓN Y CONTENIDO DEL DOMINIO DEL HECHO

Hans Welzel (1970) manifiesta que autor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón a una decisión de su voluntad. El sustento de toda la teoría del dominio del hecho, según la doctrina dominante¹, es consecuencia, en gran medida, del sustento de las anteriores teorías de la autoría; así, influyen en la formación del concepto, la teoría del dolo, la objetivo-material, la objetivo-formal, etc. Así mismo, es de considerar, como lo anota López Barja (1996), que la teoría del dominio del hecho también es consecuencia de aceptar el dolo en el tipo. Así, si se mantiene la posición en torno a que la acción humana es un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quién ha realizado una acción, y por tanto quién es autor de la misma, remite a aquel que ha tenido el dominio final de la acción. Según Roxin (1998), el dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría, y por ello, elemento del tipo objetivo y elemento del tipo subjetivo; así, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho.

Según lo anterior, el elemento objetivo de la autoría está comprendido dentro del tipo objetivo o dominio objetivo del hecho, mientras que el elemento subjetivo de la autoría o la voluntad de dominar el hecho se encuentra en el tipo subjetivo (Díaz y García Conlledo & Luzón, 2004).

Esta construcción ha sido refutada por Gimbernat (1966), quien considera que el dominio del hecho es una construcción solamente objetiva, con fundamento en que quien tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad *que le dé la gana*: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga la voluntad de autor, aunque quiera el

¹ En países como Alemania, España, Colombia, la teoría del dominio del hecho es de amplia recepción, con algunas limitantes.

hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía.

Continuando con la construcción de Welzel (1970), no resulta suficiente, en cuanto a la determinación de la autoría, un simple aporte causal al hecho, o la sola voluntad de ser autor, además es preciso que el autor domine el hecho, y ello implica que esté en posición de orientar los factores causales de acuerdo con la dirección final de su voluntad; por ello se requiere para el dominio del hecho: finalidad y posición objetiva, y junto a ello, considera Welzel que el dominio del hecho también depende de un contenido social, es decir, de otros elementos personales del autor, a los que denomina "elementos objetivos del autor", por ejemplo: el hecho de ser funcionario, comerciante, soldado, etc., y los elementos subjetivos de la autoría, como el ánimo de lucro, la tendencia lasciva, etc. ; por tanto, si se presentan estos elementos, tendrá el autor el dominio del hecho, no solamente en sentido final, sino también social. Por consiguiente, solo cuando se reúnen esos tres requisitos en el autor existe autoría.

Más adelante Welzel expresaría que en algunos delitos es necesario, junto a los tres anteriores, el requisito de "la realización de propia mano".

En resumen, según el criterio de Welzel, solo cuando se tiene el dominio final del hecho, y se tienen en cuenta los elementos subjetivos y objetivos, habrá autoría; más adelante Welzel abandonaría el dominio social del hecho, pero insistiría en los tres requisitos antes mencionados (dominio final, elementos objetivos y elementos subjetivos del autor).

En la actualidad, quien con más éxito ha defendido la teoría del dominio del hecho ha sido Claus Roxin. Cabe aclarar, antes de abordar la teoría del dominio del hecho desde la visión de Roxin, un criterio que resulta de vital importancia para seguir comprendiendo la entrada de dicha teoría y de su vigencia en el mundo jurídico penal. Lo que se ha visto hasta ahora lleva a concluir que la teoría del dominio del hecho tiene elementos objetivos y subjetivos, por tanto cabe preguntarse: ¿es la teoría del dominio del hecho una teoría objetivo-subjetiva? Siguiendo

la postura de Díaz y García Conlledo (1991), la respuesta a este interrogante es negativa. Las teorías subjetivas de la autoría exigen en el sujeto una disposición de la voluntad o ánimo respecto a su forma de intervención, que es lo que la doctrina ha denominado *animus auctoris*; no obstante, los partidarios del dominio del hecho, cuando se refieren al elemento subjetivo de la teoría, lo identifican con finalidad, es decir, con dolo, pero no el dolo entendido simplemente como querer y saber, porque el dolo así entendido también concurre en los partícipes, sino que debe entenderse el dolo como voluntad consciente de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho.

Para Roxin (1998), se necesita un conocimiento fundamentador del dominio, es decir, que el autor debe conocer las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento: se pide, en estos términos, más conciencia que finalidad.

La finalidad o la conciencia exigidas nada tienen que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención o con querer el hecho como propio o ajeno, o con tener voluntad preponderante, o con actuar con determinado interés o no. Por lo anterior, es claro que la teoría del dominio del hecho no es una teoría subjetiva; diferente es que en ella concurren elementos subjetivos, como los enunciados anteriormente al referirnos a la manera como lo expone Welzel.

Con posterioridad a las construcciones de Welzel, y aun en la actualidad, no son pocas las matizaciones que de la teoría del dominio del hecho han desarrollado algunos autores, entre ellos, Maurach, Von Weber, Jescheck y Gimbernat, entre otros.

En su obra más sobresaliente sobre el tema, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Roxin expone de manera metódica que el autor es la figura central del proceso de actuación. Este es el punto de partida metodológico, porque esta afirmación contiene un principio rector, de donde puede partir el concepto legal, pero además de allí se extrae un concepto prejurídico de diferenciación que no tiene objeción. Según el planteamiento de Díaz y García Conlledo (1991), el legislador valora

de tal forma que caracteriza al autor a través del concepto de ejecutar, al inductor a través del determinar al hecho, y la complicidad mediante el prestar ayuda. Así, el legislador de manera concreta contempla en el centro de la actuación al ejecutor y a las otras tres figuras en torno a él. Con esto quiere significar Roxin que la esencia de la participación consiste en el apoyo en la figura del autor. Obviamente, con la figura del autor como criterio central de la actuación no queda solucionada la definición material de autor, pues ésta dependerá, en gran medida, de las valoraciones del legislador, la estructura del comportamiento y el tipo específico de que se trate; es importante entonces dotar de contenido la figura central. Roxin considera que ese contenido se logra mediante el dominio del hecho, de la infracción del deber especial o de la actuación de propia mano².

Por otro lado, Roxin (1998) concibe el dominio del hecho como concepto abierto. Manifiesta que el concepto de dominio del hecho no puede ser un concepto indeterminado, pues ello daría lugar a dejar insolubles algunos casos difíciles; pero tampoco debe ser un concepto fijo en el que se apele a la subsunción estricta para la solución de las diferentes circunstancias fácticas. Se concreta, entonces, en un punto medio, en el que se tengan en cuenta los sucesos y fenómenos de la vida real, pero con un cierto principio rector común que sirva de hilo conductor, que permita la diferenciación de los casos en concreto. Esto es lo que para Roxin se denomina *concepto abierto*, que constituye el indicador de la dirección que se debe seguir, a través del cual se construirá la teoría del dominio del hecho, estudiando en cada caso particular de autoría (individual, mediata y coautoría) las diferentes formas de aparición del fenómeno participativo, y extrayendo, así, principios rectores que den solución a los diferentes casos en particular. Cabe anotar que Roxin no considera el dominio del hecho en todos los casos; por ejemplo, en los delitos de infracción al deber y en los de propia mano, en los que la regulación es diferente.

² Este punto de partida ha recibido diferentes críticas de parte de la doctrina, en especial de Bacigalupo (1984) y de Díaz y García Conlledo (1991).

Roxin (1998) considera como formas de dominio del hecho *el dominio de la acción* en la teoría inmediata unipersonal, “quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor, en cualquier caso será autor”; *el dominio de la voluntad*, según la idea de figura central, “una coacción o la utilización de quien sufre un error hace al sujeto de atrás figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o a un mero consejo” en la autoría mediata; finalmente, *el dominio funcional en la coautoría*, el cual lo presenta Roxin al margen de consideraciones valorativas generales que desembocan en consideraciones de merecimiento de pena.

El fenómeno de la coautoría lo explica el mismo autor a partir de la siguiente lógica:

Si partimos de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros decisivo, de ser la “figura central del suceso de la acción” y si pensamos, por ejemplo, en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta la víctima, la situación es la siguiente:

El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera “funciona el plan”. Pero también el otro se ve igualmente desamparado; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría, así pues para ambos la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida, cada uno tiene el hecho en sus manos (p. 307).

Lo que Roxin denomina “posición clave” de cada interviniente define la coautoría: “si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la cooperación del otro...” Así las cosas, si alguno de los dos pretende retroceder, puede hacer que la medida fracase; por tanto, concluye Roxin que la coautoría debe concebirse como dominio del hecho conjunto. Es de anotar que

la figura de la coautoría ha sido defendida por parte de la doctrina; así, Bokelmann (1960) defiende la llamada “división del trabajo”, para significar que el coautor, en los actos preparatorios por medio de esta idea, puede desempeñar conjuntamente distintos papeles en el marco del plan unitario; esta posición no es compartida por Roxin, pero se enuncia debido a que en la legislación penal colombiana se hace mención de ella.

De manera muy similar, con algunas variaciones de contenido pero no en su finalidad, se refiere Jescheck (1981) a las consecuencias concretas de la teoría del dominio del hecho:

- 1) Siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; 2) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (autoría mediata); 3) es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (Dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva (T. II, pp. 887, 888).

LA AUTORÍA EN EL CONCEPTO FUNCIONALISTA

La diferenciación entre autor y partícipe en sentido funcionalista no está ligado a conceptos ontológicos, sino a consideraciones normativas, es decir, que su base no se encuentra en consideraciones del mundo real sino en valoraciones jurídicas. Según Jakobs (2008), la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta en el quebrantamiento de un papel o representación que cumple cada persona, en el cual pueden distinguirse dos categorías: de un lado, roles especiales que obligan a determinadas personas, el padre, la madre, servidor público, cónyuge, cuya vulneración conduce a los delitos de “infracción de deber”, caso en el cual solamente los titulares de estos roles son responsables de los quebrantamientos a título de autor, de tal forma que aquellas personas no abarcadas dentro de dicho rol pueden aparecer como partícipes pero no como autores.

De otro lado, la responsabilidad puede ser abarcada por obligaciones de carácter general o común de la persona en sociedad. Jakobs (2008) los

denomina actos organizativos del titular de un ámbito de organización; esta organización se denomina “dominio del hecho”, por tanto a estos actos se les conoce como delitos de dominio. Se identifican con los deberes comunes a todos dentro de la sociedad de respetar los bienes ajenos, de no abusar de los derechos propios. De esta manera, serán autores todos los que concurran a ejecutar la acción punible en tanto que, por acción u omisión, quebranten el papel común a toda persona.

Así, según la teoría funcional del concepto de autor, cuando una sola persona organiza y ejecuta el hecho siempre será autora; si varias personas toman parte del hecho de manera coordinada en sus ámbitos de organización, de tal manera que planean en conjunto un delito, aportando actos de la misma importancia, se trata de coautores; si los aportes son de menor importancia, se trata de partícipes, y finalmente, si existe sometimiento al ámbito de organización de otro, se considerará que éste es autor mediato.

De otro lado, sostiene Jakobs (2008) que no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo común, sino la competencia por lo que sucede, y esta competencia también puede concurrir en caso de ausencia de dolo, y por ello puede existir participación imprudente en un hecho doloso denominada “autoría imprudente”. Ejemplo de lo anterior es que un cazador cuelga su escopeta cargada del perchero de un bar; otro cliente observa la situación y aprovecha la oportunidad de observar el arma; así, asíéndola torpemente, se produce un disparo que da muerte a otra persona; si el hecho se hubiere previsto y acordado, se trataría de una lesión común, no obstante, la razón de la responsabilidad no está en los acuerdos, sino en la competencia común por configuración del mundo que crea un riesgo no permitido, y por tanto los intervinientes responden por cometerles el resultado lesivo, por ejecutar el comportamiento que encierra el riesgo no permitido, o por mediar un comportamiento en fase de preparación que constituya razón para imputar el comportamiento en fase de ejecución.

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Acorde con lo expresado en el acápite anterior, debe agregarse que la posición de la jurisprudencia es importante. Sin constituir el nódulo central de este estudio, vale la pena hacer un pequeño resumen de la posición jurisprudencial en Colombia; para hacer manifiesto dicho extracto es pertinente, en todo caso, partir de las consideraciones plasmadas en la sentencia de casación del 22 de mayo de 2003, radicado n° 17.457, en la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hace un recuento, más que suficiente, de las diferentes posiciones adoptadas por parte de ese organismo, no sólo durante la vigencia del Decreto 100 de 1980 (Código Penal anterior) sino de la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente).

Partiendo de la existencia legal de la coautoría y con el ánimo de distinguir entre autores materiales y cómplices, dijo el 9 de septiembre de 1980:

Serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos– que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya; y serán cómplices quienes, sin haber realizado acción u omisión por sí misma constitutiva de delito o delitos en que participan, prestan colaboración o ayuda en lo que consideran hecho punible ajeno (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

Tiempo después, volvió a decir:

Cuando son varias las personas que mancomunadamente ejecutan el hecho punible, reciben la calificación de ‘coautores’, en cuyo caso lo que existe, obviamente, es una pluralidad de autores. De manera que llamar autores a los coautores no constituye incongruencia alguna, ni sustancial error (11 de agosto de 1981, M. P. Alfonso Reyes Echandía).

Unos años más tarde hizo hincapié en la presencia de la coautoría en el Código Penal de 1980 cuando afirmó que

La coautoría en el ámbito de la participación criminal no puede entenderse como fenómeno jurídico que integre hasta confundir en uno solo los actos ejecutados por los diversos autores [...] El coautor sigue siendo autor, aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación... (23 de noviembre de 1988, M. P. Lisandro Martínez Zúñiga).

Por si existieran dudas en cuanto a la invariabilidad de las posturas, la Corte fue aun más enfática el 10 de mayo de 1991:

“Las legislaciones que dan preferente acogida a la teoría del dominio de la acción (para otros, por diferente camino pero confluyendo al mismo objetivo, la causa eficiente o la conditio sine qua non, etc.) suelen destacar esta vocación con términos que la dan a entender (vgr. cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado). Pero quien lea nuestros artículos 23... y 24... (C.P. 1980) no podrá encontrar esa connotación, pues el articulado se muestra más favorable a incluir un número mayor de partícipes, en calidad de autores, que los que usualmente sus intérpretes piensan o imaginan”. La tesis restrictiva de la autoría (solo son tales los que ejecutan directamente la acción típica mandada por la ley), nunca ha encontrado respaldo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales. Por el contrario, impera la extensiva, la que no pretende, como su nombre bien lo indica, disminuir el número de autores, sino ampliarlo. Con esta tendencia el estatuto se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del derecho penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, “de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan, que genera [...] una responsabilidad ‘in solidum’ de todos los partícipes, cualquiera que fuese el acto de su intervención” (M. P. Gustavo Gómez Velásquez). (El subrayado es nuestro).

Esta tradición jurisprudencial no ha variado. Y no ha variado porque es lógica frente al Código Penal de 1980. Por ello, recientemente la jurisprudencia repitió esa tradición, con estas palabras:

En oposición a lo que estima el recurrente, el concepto de coautor no constituye una creación jurisprudencial, porque si a voces del diccionario, por tal se debe entender al ‘Autor o autora con otro u otros’, es incuestionable que no se trata de una invención, ni de que la Sala

legislara, porque, en últimas, el coautor es un autor, sólo que lleva a cabo el hecho en compañía de otros. Así, es claro que no hubo omisión legislativa alguna y que el artículo 23 del Estatuto Penal de 1980 previó, dentro del concepto de autoría, la realización de la conducta por parte de una o varias personas. El sentido natural y obvio de las palabras no tornaba indispensable que en la disposición se incluyera la definición de coautor, cuandoquiera que es una variable de la de autor (Sentencia del 12 de septiembre del 2002, radicación número 17.40).

En esa misma oportunidad también destacó la Corte la dificultad que a nivel doctrinal se había evidenciado alrededor de los criterios para diferenciar la coautoría de la complicidad, especialmente cuando los copartícipes intervienen en el momento consumativo del hecho punible, aspecto sobre el cual se clarificó que

[...] Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el actor se halla ligado finalísticamente o no a la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.

Como puede verse, son diversas las concepciones sostenidas por vía de jurisprudencia, en las que definitivamente se han presentado debates interesantes sobre autores y partícipes, atendidos los momentos y las circunstancias concretos en las cuales ellos se producen.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, desarrolla en los artículos 29 y ss. los criterios que gobiernan la autoría y la participación, diferenciando de manera puntual entre unos y otros, y especificando algunas condiciones para cada uno de ellos.

LA AUTORÍA

De acuerdo con la legislación penal colombiana, intervienen en el delito los autores y los partícipes.

ARTÍCULO 29 - Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

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

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

De lo anterior se colige que son autores quienes desarrollen la conducta típica, pero también es autor quien no realizándola por sí mismo domina la voluntad de otro a quien utiliza como instrumento (dominio de la voluntad), luego es claro que se alude al criterio de la autoría mediata. En términos de Gómez (2005), la expresión “instrumento” significa “herramienta”, “utensilio”, etc.; también denota “elemento”. En la manera como se emplea en la norma quiere decir “usar o servirse de un hombre como elemento”, lo que señala que una persona dirige o domina a otra en su actividad a través del engaño, el error, la situación de inimputable o una situación artificial como la hipnosis, pero en todo caso, dominando la producción del suceso, convirtiendo al otro en un elemento que no controla el acaecer típico.

Por lo anterior es claro que autor en la legislación penal colombiana no es solo quien realiza por sí mismo la conducta punible sino quien se sirve de otro para su realización (Posada, 2002).

De la misma manera, se consideran autores a quienes mediante acuerdo común actúan por actos equivalentes o por división del trabajo (Velásquez, 2002). En sentido objetivo, la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional (Jes-

check, 1981), de modo que la colaboración de cada uno de ellos, mediante el desempeño de la función que a cada uno le corresponde, se presente como una pieza esencial para la realización del plan general; lo anterior, claro está, bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, en la medida en que una teoría subjetiva remitiría aquí también a la voluntad del autor.

De cara a la punibilidad, el mismo artículo señala que *El autor, en sus diversas modalidades, incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.*

LA PARTICIPACIÓN

En cuanto a los partícipes, la legislación penal establece:

ARTÍCULO 30 - **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.*

LOS INDUCTORES

“Inducción” es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico por él cometido (Jescheck, 1981). Quien induce a otro se limita a provocar en el autor el comportamiento delictivo. En principio, todos los medios de inducción son idóneos, en la medida en que supongan un influjo psíquico; el inductor debe actuar dolosamente; bastando para ello el dolo eventual, que debe, por una parte, estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el delito y, por otra, a la ejecución del hecho principal, incluyendo los elementos subjetivos de tipo y la realización del resultado típico; Jescheck (1981) lo denomina “doble dolo”.

El dolo desplegado por el inductor debe ser un dolo concreto, es decir, que se dirija a un determinado hecho y a un determinado autor en el que se produzca la resolución de delinquir. Así mismo, la acción del inductor debe ocasionar definitivamente la resolución de cometer el hecho en el autor principal. Frente a lo anterior cabe la posición de alguna parte de la doctrina según la cual si el autor principal ya está decidido a realizar la conducta, únicamente concurrirá tentativa en la inducción, o complicidad (Jescheck, 1981).

Finalmente, a quien se induce en el hecho debe concluirlo con consumación o al menos con la mera tentativa, en la medida en que de no iniciarse el comportamiento punible, el comportamiento del inductor sería del todo impune.

LOS CÓMPLICES

El fenómeno de la complicidad está enmarcado en la norma penal colombiana en el mismo artículo 30 de la siguiente manera:

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 las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

El cómplice solo se puede caracterizar de una manera negativa, es decir, aquel que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito (Bacigalupo, 1998). Desde el punto de vista del instante de la aportación del cómplice, ésta se genera tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución; no cabe la posibilidad de una complicidad posterior a la comisión del hecho delictivo, excepto cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esa promesa no tuvo incidencia en el hecho, no habrá complicidad, pero si la hubo, habrá complicidad aun cuando no se cumpla.

De lo anterior se deduce que para la complicidad son necesarias algunas exigencias, que en términos de Velásquez (2002) pueden ser resumidas así: primero debe haber vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice, de tal manera que el aporte doloso de éste suponga una contribución objetiva a aquél. Puede ser de carácter necesario o imprescindible cuando sin ella el hecho no se hubiera realizado; a esta especie se le denomina "complicidad primaria" o "necesaria", o en su defecto, cuando la contribución o aporte se hubiere realizado de todas

formas, caso en el cual se presenta el fenómeno de la “complicidad secundaria” o “no necesaria”. En segundo lugar, la colaboración del cómplice debe ser el aporte doloso, de donde se deduce la inexistencia de una complicidad culposa.

De otro lado, es claro que el cómplice, según a la teoría del dominio del hecho, carece del dominio sobre las circunstancias que determinan la acción y la producción del resultado típico.

EL CRITERIO RESTRICTIVO EN LA LEY 599 DE 2000

En el Código Penal colombiano, el legislador ha optado por un criterio restrictivo de autor; ello puede inferirse de la lectura del artículo 28, que dispone: “concurren a la conducta punible los autores y los partícipes”, y así mismo, de los artículos 29 y 30 cuando definen el rango de acción de autores y partícipes, definiendo en qué casos han de optarse por uno o por otro; se descarta así el criterio unitario. Así mismo, cuando el legislador hace hincapié en el artículo 29, inciso 1º, que es autor “quien realice la conducta punible por sí mismo” descarta la posibilidad de un criterio extensivo, debido a que según dicho criterio, no necesariamente quien realiza el comportamiento “por sí mismo” es considerado autor, sino que puede considerarse cómplice, puesto que ello depende del “ánimo” de autor o cómplice con que se actúe. Por tanto, para el Código Penal colombiano siempre será autor quien realice la conducta por sí mismo, aunque lo haga por encargo o en interés de otro³ (en lo que a la autoría inmediata se refiere). Lo que obliga a desechar criterios subjetivos para diferenciar entre autores y partícipes, como en el caso de la “bañera” y el caso Staschynski. Con esta disposición se descarta el criterio extensivo de autor.

Debe sentarse, por tanto, que la posición defendida en este trabajo, según la cual el criterio restrictivo ofrece una respuesta más satisfactoria

3 Es de anotar que el hecho de que nuestro legislador admita la institución de la autoría mediata no quiere decir que admita un criterio extensivo y una teoría diferenciadora de orden subjetivo, debido a que el sujeto determinado actúe “por otro”. Lo que quiere destacarse es que quien actúa con dolo y ejecuta de mano propia el hecho no puede llamarse cómplice debido a una ausencia de “voluntad de autor”.

que el unitario o el extensivo a la definición de autor, concuerda con la posición que indudablemente ha adoptado nuestro legislador, pese a las diferentes transcripciones jurisprudenciales (ver Sentencia del 22 de mayo de 2003, radicado nº 17.457), según las cuales, el criterio extensivo aplica aún hoy día y es de mejor recibo que el restrictivo. Cuestión, esta última, que, por supuesto, no compartimos por los motivos ya expuestos.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (pp. 32 a 38, 42). (Trad. de Manuel Cancio Meliá). Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal* (pp. 80-83-67-70). Bogotá: Temis.
- Bacigalupo, E. (1965). *La noción de Autor en el Código Penal* (pp. 16-34). Buenos Aires: B de F.
- Bacigalupo, E. (1998). *Principios de Derecho Penal. Parte general* (pp.352-388). Madrid: Akal.
- Beling, Ernest von (1994). *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*. Tr. Soler, Sebastián. Buenos Aires: Depalma.
- Bokelmann, P. (1960). *Relaciones entre autoría y participación* (pp.10-24-67-72). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- De Figueiredo, J. (1999). *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización*. En J. C. Ferré Olive & E. Anarte, *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva.
- Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en derecho penal* (pp. 43 y ss., 264, 407, 411,537 y 538). Barcelona: PPU.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). *La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano (DPC, XXV (76), 78, 96, 97,98*. Bogotá.
- Díaz y García Conlledo, M. & Luzón, D. M. (2003). *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Derecho Penal Contemporáneo, Revista internacional, 2, 36 - 38, 45- 57, 543- 550, 586-593*.
- Donna, E. A. (2000). *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*. En AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del derecho pena y en la criminología*. Madrid: UNED.
- Donna, E. A. (2005). *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Durán, I. (2002). *La coautoría en derecho penal: Aspectos esenciales*. León (España): Universidad de León.
- Gimbernat, E. (1966). *Autor y cómplice en derecho penal* (p. 126). Madrid: Universidad de Madrid.
- Gómez, J. (2005). *Tratado de Derecho Penal* (t. III). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Hauriou, M. (1927). *Principios de Derecho público y constitucional*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Hernández, A. (2004). La coautoría. *Derecho Penal y Criminología*, XXV (75).
- Hernández, J. E. (1996). *La autoría mediata en Derecho penal*. Granada: Comares.
- Jakobs, G. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. (Trad. de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig). Barcelona: Bosch.
- Jiménez de Asúa, L. (1976). *Tratado de derecho penal*, t. V (3ª. ed.). Buenos Aires: Losada.
- Liszt Von, F. (1896). *Tratado de derecho penal*, t. II (p. 514-515). (Trad. de Luis Jiménez de Asúa). Madrid.
- López Barja de Quiroga, J. (1996). *Autoría y Participación* (pp. 17-22). Madrid: Akal/iure.
- López Peregrin, M. C. (1997). *La complicidad en el Delito*. Valencia: Tirant Monografías.
- Maurach, R. & Zipf, H. (1995). *Derecho penal, Parte general*, t. 2. Buenos Aires: Astrea.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1998). *Derecho Penal General. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mezger, E. (1957). *Tratado de derecho penal* (pp. 340-441). (Trad. de Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Reus.
- Mir Puig, S. (1991). Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como límites del Ius Puniendi. En *Estudios penales y criminológicos* (p. 205). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: B de F.
- Peñaranda, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*. Madrid: Tecnos.
- Posada, P. (2002). *Identificación del autor*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Casi el mismo texto, bajo el título "Una visión del 'dominio de voluntad por organización' y su aproximación al derecho penal colombiano", en *NFP*, 62.
- Reyes, J.F. (2003). La autoría mediata con aparatos organizados de poder. *DPC*, XXV (75). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Rocha, R. (2000). *La economía colombiana tras 25 años de narcotráfico*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, UNDCP.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed.). Barcelona: Marcial Pons.
- Roxín, C. (2007). *La Teoría del Delito en la discusión actual*. (Trad. de Manuel Abanto Vásquez). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Sáinz, C. (1990). *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Salazar, M. (1992). *Autor y partícipe en el injusto penal*. Bogotá: Temis.
- Sánchez-Vera, J. (2004). *El denominado delito de propia mano*. Madrid: Dykinson.
- Shifter, M. (1999). Colombia on the brink. *Foreign affair*, 78 (4), 15.
- Schmitt, Cl. (1934). *Teoría de la Constitución* (Trad. de F. Ayala, 1982). Madrid: Alianza Editorial.
- Schüneman, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- Silva, J. (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Suárez, A. (1998). *Autoría y participación* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velázquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Welzel, H. (1970). *Derecho penal alemán* (pp. 14-86, 238-250, 266-267). (Trad. de Bustos/Yáñez). Santiago de Chile.
- Weber, H. (1935). *Aufban Des Strafeschssysteme. Para la estructura del sistema del derecho penal* (Traducción de E. Zafaroni, 1982). Nuevo Foro Penal, nº 13. Bogotá: Temis.
- Weber, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal* (Trad. de Cerezo Mir). Barcelona: Ariel.
- Weber, H. (1970). *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Argentina: Universidad de Córdoba.
- Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Zu Dohna, G. (1958). *La estructura de la teoría del delito*. (Trad. de Fontán Bailestra y E. Friker). Buenos Aires.