

DERECHO PENAL

Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho

Abolicionismo y expansionismo

Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano

La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo

¿Sobrevive la criminología?

La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas

¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”

EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO¹

Jorge Alberto Hernández Esquivel²

Sumario: I. Introducción. II. Breve rastreo jurisprudencial y doctrinal sobre el dominio del hecho. III. Algunas consideraciones sobre la autoría mediata por “dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder” y la jurisprudencia colombiana. IV. Delito de infracción de deber y el denominado interviniente. Tratamiento jurisprudencial

I. INTRODUCCIÓN

Para tratar adecuadamente este tema ha de plantearse desde dos puntos de vista, uno de carácter universal con base en la doctrina internacional y otro a través de nuestras instituciones colombianas, en especial de la jurisprudencia y la doctrina nacionales, las cuales, por razones explicables, han marchado a un ritmo distinto dentro de estos treinta años en que se han realizado las Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Por estas razones el lector no encontrará referencia a toda la producción jurídica que en esta materia ha realizado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ni relacionada toda la doctrina: hemos seleccionado, para los fines de esta disertación, la que nos parece más representativa.

1 Ponencia presentada en las Trigésimas Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, agosto de 2008.

2 Profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

Es imposible rastrear todo lo que se ha planteado en el curso de este largo periodo, pues treinta años en siglos anteriores al veinte no implicaban, ordinariamente, cambios significativos, pero desde hace algunas décadas, a medida que la humanidad avanza en el conocimiento, los cambios se producen de manera más rápida y se difunden y discuten con la celeridad propia que brindan las comunicaciones en el mundo de alta tecnología.

No podemos referirnos al tema de autoría y participación sin la forzosa mención a la teoría del dominio del hecho, tal como fue planteada por CLAUS ROXIN en sus distintos aspectos como dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional, en otros términos, autoría directa, mediata y coautoría, lo que constituyó, a nuestro juicio, un significativo avance respecto de la teoría denominada formal-objetiva que imperó en el mundo del derecho penal hasta bien avanzada la segunda mitad del siglo XX³ y aún hoy impera en algunas legislaciones y parte de la doctrina.

La denominada *teoría del dominio del hecho* representó significativos avances en relación con la teoría formal objetiva, pues a pesar de que no desechó sus aportes, superó sus limitaciones y les dio un sustento teórico, a nuestro juicio consistente, a fenómenos como la autoría mediata y supuestos de coautoría en los cuales algunos de los concurrentes no ejecutan materialmente ninguno de los elementos del tipo penal como ocurre con los supuestos de, según algunos, “coautoría impropia”⁴.

No puede desconocerse que la teoría del dominio del hecho representa una explicación consistente y coherente para las diversas formas de concurrencia de personas a la realización de la conducta punible, pero sólo puede aplicarse en tratándose de los delitos de dominio dolosos y constituye una explicación insuficiente para los delitos de omisión, los delitos imprudentes y los denominados de infracción de deber, tal como lo puntualiza claramente SILVINA BACIGALUPO: “El criterio del dominio del hecho se manifestó inadecuado para explicar la autoría en cuatro ámbitos: 1) en los delitos imprudentes, 2) en los delitos de omisión, 3) en los delitos especiales y 4) en los delitos de propia mano”⁵.

3 MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 545 y ss.

4 *Ibíd.*, pp. 530 y ss. Igualmente son especialmente claras las críticas formuladas a la teoría objetivo-formal, por el profesor ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ en su monografía *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3.ª edición, 2007, pp. 143 y ss.

5 SILVINA BACIGALUPO. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 22.

II. BREVE RASTREO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL SOBRE EL DOMINIO DEL HECHO

Nuestra jurisprudencia, al comienzo de la vigencia del Decreto 100 de 1980, por decisión mayoritaria y desde una perspectiva argumentativa eminentemente causal, parecía inclinarse en cierta forma por un aspecto de la teoría del dominio del hecho, sin aludir a tal denominación, cuando predicó la calidad de coautor del cómplice necesario en la siguiente forma: “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 aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo”⁶; en casación posterior, como argumento adicional, expuso lo siguiente: “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 lo desintegran. Si, además, bajo el culpabilismo del código penal vigente –decreto 100 de 1980– el procesado debe tener conciencia de lo que hace, al comprender que sin su contribución jamás se realiza el hecho punible, hace suyo por modo indisoluble, el delito de otro, esto es, lo realiza también por su cuenta”⁷; decimos que materialmente pudiera identificarse con la teoría del dominio por cuanto el denominado cómplice necesario tiene el dominio del hecho, pues sin su contribución no se realizaría la conducta punible, sin que ello implique problemas constitucionales o violación del principio de legalidad, sino reconocimiento al aporte fundamental en la realización de la conducta punible; tanto es así que en otras legislaciones como la española son considerados autores, de conformidad con el artículo 28 de la Ley orgánica 10 de 1995, sin objeción alguna.

En la jurisprudencia nacional de entonces no puede identificarse una tendencia definida, pues la Corte, para solucionar los problemas de autoría y participación, ordinariamente trabajaba con sistemas mixtos sin indicar fuentes y bajo esa perspectiva combinaba elementos de la teoría formal objetiva con elementos de la teoría extensiva de autor al destacar como elementos indispensables el concierto previo, el ánimo, el hecho propio y el hecho ajeno para distinguir entre autor y cómplice, aspectos que en no pocas veces privilegia sobre los elementos objetivos.

Obviamente, el papel de la jurisprudencia no es solucionar los casos que se sometan a su consideración con estricta sujeción a una de las tesis que haya formulado la doctrina; por eso, probablemente, no se encuentre en los pronunciamientos de antes de la última década del siglo pasado alusión alguna a las teorías entonces en boga, sobre todo en Europa.

6 Casación del 2 de febrero de 1983, *Gaceta Judicial* 2412, p. 31.

7 Casación del 19 de abril de 1983, *Gaceta Judicial* 2412, p. 183.

Fue en 1991 cuando la Corte se ocupó de algunas corrientes doctrinales sobre la materia y, mayoritariamente, consideró la teoría del dominio del hecho como insuficiente para resolver los problemas de coautoría y se decidió por una teoría extensiva de autor cuando afirmó: “La complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, de integrar en la autoría todas las actividades de un mutuo acuerdo o plan, que genera una responsabilidad *in solidum* de todos los partícipes cualquiera que fuese el acto de intervención”, y en la misma oportunidad, sobre la teoría del dominio del hecho, la decisión mayoritaria expresó: “Esta tesis, con todo y sus reconocidas bondades, no resuelve completa y satisfactoriamente los problemas que trata de enfrentar. Basta anotar que con tal modo de pensar, según algunas voces críticas, solo se está destacando lo que podría llamarse el caudillaje de la acción, que no equivale a la autoría”⁸.

Sin embargo, tres magistrados salvaron el voto a esta decisión y estimaron que el denominado “campanero” no era coautor sino cómplice y para llegar a tal conclusión se valieron de los argumentaros expuestos en la teoría del dominio del hecho, pues partieron del supuesto de que “para predicar de él dicha calidad –coautor– debe tener el dominio del hecho, entendiéndose este señorío en el sentido de la capacidad para controlar y dirigir el decurso causal del acontecimiento, pudiendo entonces interrumpirlo, o desistir de su consumación”.

A finales del siglo pasado y obviamente antes de la expedición del código penal vigente, la Corte acudió a la teoría del dominio del hecho para resolver problemas de coautoría. Así, en 1998, la Corte la utilizó expresamente para resolver un problema de la denominada “coautoría impropia”; expresó en esa oportunidad lo siguiente: “En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto [de] que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que *cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan*”⁹ (cursivas añadidas).

A partir de entonces la Corte ha recurrido con frecuencia al uso de la teoría del dominio del hecho para resolver problemas sobre todo de coautoría impropia, pues en relación con la que la Corte ha denominado “propia” o “paralela”, utiliza la denominada formal objetiva; así reconoció expresamente las nuevas tendencias doctrinales la Sala Penal de la Corte, recién entrado en vigencia el actual código penal, y aludió a la insuficiencia de la teoría formal-objetiva para explicar coherentemente la coautoría que denominó “impropia”. Afirmó la Corte:

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de mayo de 1991, rad. 4392.

9 Íd. Casación del 6 de mayo de 1998, rad. 9890.

[...] los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan [sic] integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen [sic] prestando *contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente con la comisión del hecho*, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido¹⁰; como también aludió a la teoría del dominio del hecho para resolver problemas de autoría mediata en un caso en que un notario fue inducido en error para que suscribiera un documento público¹¹. [cursivas añadidas]

Como no siempre la doctrina compartió parámetros de la teoría finalista sino de la escuela clásica o neoclásica, tampoco se tuvo en cuenta la teoría del dominio para solucionar problemas de diferenciación entre autoría y participación, pues resulta absolutamente claro que para que pueda hablarse de dominio, tal como lo precisan los autores, debe partirse del presupuesto del dolo típico, pues quien no lo tenga no puede ser autor, como claramente lo exponen autores como ROXIN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Estos motivos implicaron que la mayoría de la doctrina, en vigencia del código anterior, optara por las teorías extensivas de autor o la formal-objetiva que para la autoría y la coautoría exigían la realización material de la conducta rectora prevista en el tipo penal o de uno de sus elementos.

Uno de los autores más representativos del avance del derecho penal en nuestro país fue el maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA, quien en tratándose del concepto de autoría combinaba criterios objetivos-formales con posturas subjetivas sobre hecho propio y hecho ajeno, para distinguir entre autoría y complicidad. Igualmente, SUÁREZ SÁNCHEZ, en vigencia del código penal anterior, trabajó con base en la teoría formal-objetiva, destacando además sus ventajas frente al principio de legalidad.

10 Íd. Casación del 11 de julio de 2002, rad. 11862; invocada nuevamente en sentencia del 24 de abril de 2003, rad. 17618; en igual sentido, sentencia del 18 de febrero de 2004, rad. 17252, entre otras.

11 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Casación del 15 de febrero de 2001, rad. 10819.

Sin embargo, algunos doctrinantes, desde la década de los ochenta y en especial en los finales de los noventa, se inclinaron por la teoría del dominio del hecho como consecuencia de la aceptación cada vez más frecuente de la teoría finalista en sus distintas manifestaciones y hubo claridad en cuanto a la forma técnica de clasificar los fenómenos de autoría y participación, entre los cuales se puede citar a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y a MARIO SALAZAR MARÍN.

A partir de la Ley 599 de 2000, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en forma mayoritaria, no dudaron en acudir a la teoría del dominio del hecho para solucionar los problemas de autoría y participación, a pesar de que se han apartado en ciertos aspectos de la formulada por el profesor CLAUS ROXIN en su conocida obra de “autoría y dominio del hecho en derecho penal”.

Todos sabemos que el ilustre profesor de la Universidad de Munich considera que para ser autor se debe tener el dominio del hecho, entendiendo por tal la posibilidad que tiene el sujeto agente de tener en sus manos la concreta posibilidad de que el resultado típico se produzca con su concurso o se frustre al retirarlo, según sea el dominio positivo o negativo o ambos; ROXIN sistematizó la forma en que se puede presentar en *dominio de la acción, el dominio de la voluntad o el dominio funcional*. En tratándose del primero, no ha habido mayores discusiones en la jurisprudencia ni en la doctrina pues desde cuando se abandonaron las teorías extensivas de autor y por sobre todo la subjetiva y se asumió el estudio desde las perspectivas de las denominadas teorías restrictivas de autor –objetiva material y objetiva formal–, siempre ha sido autor quien realiza la acción descrita en el tipo; lo que le agregó la teoría del dominio del hecho fue el dolo típico para poder explicar la dirección del suceso en manos del autor, lo cual no quiere decir que sea subjetiva porque no se trata de que ese aspecto subjetivo defina cuándo hay autoría y cuándo participación en el hecho, sino simplemente del conocimiento de las circunstancias fácticas de éste, como lo precisa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹².

Esa es la razón por la cual ROXIN expresa sobre el dominio de la acción que “se trata aquí del prototipo de la autoría, de *la manifestación más evidente de la figura central*, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la concepción natural de la vida y la valoración del legislador. No puede realizarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”¹³.

Mayor problemática ha tenido entre nosotros el denominado dominio del hecho por dominio de la voluntad; sin embargo, algunas de sus formas han tenido mayor discusión, pues en tratándose de la coacción, la creación o aprovechamiento del error o la utilización de inimputables, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aceptado

12 Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en derecho penal*, cit., pp. 575 y ss.

13 CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, p. 149.

estas formas de dominio porque las han tenido como clases de autoría mediata, englobándolas dentro de la expresión utilizada en el artículo 29 de nuestro Código Penal cuando habla de quien realice la conducta punible “*utilizando a otro como instrumento*”, y por sobre todo porque se parte de la tradicional concepción de que el ejecutor material nunca será responsable porque ha actuado atípica o justificadamente o con ausencia de culpabilidad.

Falta, sí, en nuestro país, una mayor discusión sobre lo que ROXIN llama “*dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas*”, pues a pesar de que hemos padecido por largos años la criminalidad organizada, su problemática penal se ha resuelto por los tradicionales mecanismos de la determinación (instigación), coautoría y complicidad, para algunos insuficientes por tratarse de una forma especial de concurrencia de personas en el hecho punible¹⁴.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA POR “DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER” Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Es indudable que esta forma de autoría mediata no responde a los parámetros que el derecho penal utilizaba para la solución de los problemas atinentes a la concurrencia de personas en el delito, y debe puntualizarse, como lo han propuesto disímiles autores, que a la criminalidad generada por organizaciones debidamente jerarquizadas y complejas no se le pueden aplicar los criterios largamente cultivados para la criminalidad individual o de organizaciones que no revisten esa complejidad y que, por lo tanto, no pueden encontrar respuestas adecuadas en criterios tradicionales.

Estas organizaciones implican, como lo anota ROXIN, que “el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirlo, no resultando afectada la ejecución del plan global”¹⁵, pues, tal como se afirma, la organización está por encima de sus componentes y funciona independientemente de la voluntad individual de éstos por la posibilidad de sustitución inmediata del ejecutor renuente o del que pretende comprometer la eficacia de la orden.

14 Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría*, cit., pp. 319 y ss. En similar sentido y con aplicación residual, José FERNANDO REYES CUARTAS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, n.º 75, enero a junio de 2004.

15 ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, cit.

Esta forma de autoría mediata ha mostrado sus rendimientos jurídicos no sólo en Alemania, sino también en países de América Latina que han sido víctimas de dictaduras, como Argentina y Chile.

En nuestra jurisprudencia, en tres oportunidades se le ha planteado a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que reconozca esta forma de autoría mediata. En la primera oportunidad lo hizo la Procuraduría en el proceso contra CARLOS CASTAÑO por la muerte del senador CEPEDA perpetrada por los paramilitares; la segunda oportunidad fue en el caso “Machuca” perpetrado por miembros de la organización guerrillera Ejército de Liberación Nacional (ELN), y en la tercera, en relación con un atentado que pretendían hacerle las FARC a un reconocido periodista; en estos casos, como presupuesto indispensable, se pretendía que se reconociera a los tres grupos al margen de la ley como verdaderas organizaciones con las características señaladas por la doctrina para que operara la autoría mediata por aparatos organizados de poder, que implica plena responsabilidad tanto para el ejecutor material como para quien da la orden o la transmite.

Ante estos planteamientos la Corte optó por insistir en que la autoría mediata implicaba necesariamente la no responsabilidad del ejecutor material y por lo tanto no era aplicable por ser, en estos casos, plenamente responsable el ejecutor, y consideró que para estos fenómenos constituía una respuesta más adecuada la coautoría para el tratamiento de las diversas personas, cualquiera que fuera su ubicación dentro de la organización.

Los argumentos de la Corte, en tratándose del caso “Machuca”, para revocar la decisión de segunda instancia y condenar al estamento dirigente del ELN, que no había participado en la ejecución material del grave hecho pero que fijó las políticas y dio la orden a sus denominados frentes, fueron del siguiente tenor:

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de *coautores*, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son *coautores*, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como *determinadores* de los ejecutores materiales, sino en calidad de *coautores*, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo

previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son *coautores* globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias¹⁶.

No es fácil sostener la coautoría en estos hechos de organizaciones criminales debidamente jerarquizadas y donde las personas que se encuentran a la cabeza de la organización sólo trazan políticas, ordenan acciones que se van a cumplir en amplios territorios y por diversos frentes, sin conocimiento concreto de cuáles se van a realizar ni cómo, pues a pesar de que la solución a que llegó la Corte se vea privilegiada por el artículo 29 de nuestro Código Penal, en cuanto esta norma no exige que el aporte se dé en la etapa ejecutiva y deja al juez la ponderación de éste –la importancia– para que sea coautoría o complicidad, creemos que para el conflicto interno nuestro, donde alternan grupos guerrilleros, paramilitares y algunas organizaciones complejas de narcotraficantes, hubiera sido una solución más adecuada la propuesta por ROXIN de autoría mediata por aparatos organizados de poder que la coautoría que prefirió la jurisprudencia.

La Corte descartó, en estos casos, la aplicación de la autoría mediata con los argumentos que han sostenido respetables autores como JESCHECK y WEIGEND, o como lo hace JAKOBS, desde otra perspectiva, para quienes siempre, en la autoría mediata, el ejecutor material está exento de responsabilidad penal, y obviamente así es en términos generales, pero en nuestro medio, tal como lo puntualiza el profesor SUÁREZ SÁNCHEZ¹⁷, bien puede interpretarse la expresión utilizada por el artículo 29 cuando se habla de “utilizando a otro como instrumento”, que la persona así utilizada puede actuar con responsabilidad penal o sin ella. Dentro de un argumento puramente gramatical bien puede decirse que no es inherente al concepto de instrumento la no responsabilidad, pues según el diccionario de la Real Academia Española, *instrumento* significa “Aquello de que nos servimos para hacer una cosa” a la vez que el diccionario de MARÍA MOLINER en la acepción cuarta lo define como “Cualquier medio, cosa o persona, de que alguien se sirve para un fin”.

Este concepto no es extraño a la doctrina, pues en reciente monografía sobre este tema, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ expresa: “La interpretación que en este lugar voy a asumir

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad: 23.825 (MP: JAVIER ZAPATA ORTIZ). En igual sentido, la Corte se pronunció el 8 de agosto de 2007 en el radicado 25.974, casación en la que retomó los argumentos del caso *Machuca*.

17 SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría*, cit., pp. 334 y ss.

sobre el término legal ‘instrumento’ es una de carácter fundamentalmente extensivo, que posibilite no solo la inclusión de los supuestos tradicionales de autoría mediata donde el ejecutor es absolutamente irresponsable, sino también aquellos en los que la responsabilidad del ejecutor queda parcialmente atenuada, así como la hipótesis de ‘autor detrás del autor’ en que tal responsabilidad jurídico-penal es plena”¹⁸.

En relación con esta materia se deben distinguir tres planos. En primer lugar, no puede ser autor mediato sino autor con dominio de la acción quien utiliza como cosa o si se quiere sin voluntad a una persona porque en tales hipótesis no se rompe la vinculación material directa entre el autor y la conducta punible realizada; en segundo lugar, aquel que utiliza para la realización de una conducta punible a una persona que no es responsable penalmente será autor mediato dentro de la concepción clásica de tal institución; en tercer lugar, lo será también aquel ejecutor material que obra con dominio de la acción pero que hace parte de una maquinaria organizada donde obra como un instrumento de acción dentro del mundo complejo al que pertenece y en el cual de todas formas las órdenes se cumplen con su concurso o sin él por la intercambiabilidad que permite la organización.

Para solucionar los complejos fenómenos de criminalidad organizada con las características que se han venido señalando, tenemos que enfrentarnos a dos alternativas: o aceptamos la teoría mediata en los aparatos organizados de poder para sancionar como autores tanto al ejecutor material como a quienes dirigen la organización que da la orden –autor detrás del autor– a pesar de que no han realizado ningún acto en la concreta ejecución del delito; o se opta, como lo hizo la Corte, por modificar los elementos que tradicionalmente se han desarrollado en la coautoría como son el acuerdo común y la necesidad del aporte en la etapa ejecutiva, para obtener los mismos resultados que planteó ROXIN en su conocida teoría del dominio del hecho.

La Sala Penal de la Corte, en coincidencia con algunos reconocidos doctrinantes, decidió apartarse, en este concreto aspecto, de la teoría del dominio del hecho planteada por el profesor alemán y predicar la coautoría. Se aparta en dos puntos importantes: en primer lugar, en que en la coautoría el aporte se da en la etapa ejecutiva porque en el caso de las organizaciones no hay aportes materiales de los dirigentes en esa etapa del delito, y, en segundo lugar, en cuanto al acuerdo previo, pues éste por lo menos se presenta en forma distinta de como tradicionalmente se considera, pues apenas hay una adhesión a unas políticas formuladas debido a la verticalidad de su estructura, muchas sin comunicación alguna entre el ejecutor material responsable y el jefe de la organización. Por ello, la profesora FARALDO CABANA expresa que “la estructura jerárquica propia de los aparatos organizados de poder parece dificultar en buena medida la

18 EVA FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en los aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, p. 97.

afirmación de la existencia del acuerdo común, en particular si en la coautoría se exige igualdad de poderes y distribución de funciones no subordinada entre sí¹⁹.

Como conclusión sobre este concreto tema, me parece que es muchísimo más consistente optar por la autoría mediata en los aparatos organizados de poder que por la coautoría, pues la elección de este último camino por la Corte compromete de manera severa la precisión que se debe tener sobre los requisitos de esta última institución; y si a ello se agrega que respecto del aporte nuestro código sólo alude a su importancia sin más consideraciones, por ese camino se llegará a concluir, como sostuvo alguna vez la corporación, que la complicidad estaría en retirada.

IV. DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER Y EL DENOMINADO INTERVINIENTE. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Otro aspecto que vale la pena resaltar dentro de la evolución jurisprudencial colombiana y que toca también con la concurrencia de personas en el hecho punible, tiene que ver con los denominados delitos de infracción de deber a los cuales aludió por primera vez, en forma expresa, la jurisprudencia a propósito de la aplicación del inciso último del artículo 30 del Código Penal que prevé una rebaja punitiva para quienes intervengan en la comisión del delito “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal”²⁰; sin que en esa oportunidad, ni posteriormente, la jurisprudencia hiciera un desarrollo de lo que se entendía por esta clase de delitos y por tanto tampoco se preocupara por los efectos que implicaba tal admisión.

Como es de todos conocido, fue ROXIN quien al lado de los delitos de dominio estructuró los que denominó *delitos de infracción de deber* porque consideró que “el elemento que para nosotros decide sobre la autoría, constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras normas jurídicas”²¹, por manera que en tratándose de estas conductas punibles los fenómenos de autoría y participación reciben un tratamiento distinto de aquel de los denominados delitos de dominio.

Es claro que todos los delitos implican infracción de un deber impuesto a los ciudadanos en virtud del principio de legalidad y en aras de la convivencia, pues no de otra manera se ha podido, hasta ahora, desestimular la realización de comportamientos que causen

19 PATRICIA FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 131.

20 Corte Suprema de Justicia. Casación 12.191 del 25 de abril de 2002.

21 ROXIN. Ob. cit., p. 385.

daño al grupo social o a sus componentes en particular; pero dentro de esa generalidad de deberes hay unos que corresponden a los denominados negativos de los cuales son destinatarios todos los ciudadanos, tienen su fundamento en “no dañar a nadie” y están en la base de los llamados *delitos de dominio*; mientras otros tienen fundamento en deberes positivos que ordinariamente aparecen consagrados en normas extrapenales los cuales sólo atañen a aquellas personas que están vinculadas con la institución y que explican la existencia de los denominados delitos de infracción de deber, de ahí la afirmación de SÁNCHEZ-VERA de que “los delitos de dominio lesionarían *sólo* una prohibición de dañar, en tanto que los delitos de infracción de deber lesionarían *por lo menos además* un mandato de edificar un mundo en común”²².

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber tiene importantes efectos en el tratamiento de distintos fenómenos jurídicos pero de manera especial en los fenómenos de concurrencia en la realización de la conducta punible, pues tanto los conceptos de autoría, en sus distintas manifestaciones, como los de instigación y complicidad implican consideraciones adicionales que los alejan de las soluciones que se dan a los delitos de dominio y por tanto no es aplicable la teoría del dominio del hecho; tal como claramente lo ha planteado SILVINA BACIGALUPO en reciente trabajo: “Los delitos de infracción de deber, por tanto, son delitos en los que la delimitación de la autoría y la participación adquiere una especial configuración en comparación de los delitos de dominio del hecho. Dicho brevemente: *mientras en los delitos de dominio es el autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe, aunque no sea el que dirige la causalidad al resultado*”²³.

En efecto, la doctrina, casi unánimemente, en los delitos de infracción de deber, considera autor, única y exclusivamente al obligado institucionalmente, por manera que la perspectiva para su identificación no es naturalista sino normativa en el entendido de que debe establecerse primero el deber extrapenal que vincula al imputado y establecida esta relación y la realización de la conducta punible descrita en el tipo tendremos al autor.

En otros términos, el aporte material a la realización típica, a diferencia de los delitos de dominio, no define la autoría en los delitos de infracción de deber, pues en estos, por mínima que sea la contribución fáctica si la persona está vinculada por el deber institucional, será suficiente para predicar la autoría; o vistas las cosas desde una perspectiva contraria, nadie que esté vinculado por una relación de deber puede ser

22 JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 108.

23 BACIGALUPO. Ob. cit., p. 57.

partícipe –entiéndase como tal al determinador y al cómplice– de un delito en donde sea competente²⁴.

Una de las modificaciones que implica la aplicación del concepto normativo en el tratamiento de la concurrencia de personas en tratándose de los delitos de infracción de deber es la distinta perspectiva con la que debe tratarse fenómenos como la coautoría, pues para algunos sólo se puede ser coautor cuando se está vinculado por la misma relación de deber en relación con la conducta punible realizada, como cuando ambos son servidores públicos y comparten el deber de custodia o administración de bienes del Estado o de bienes de particulares que tengan en su poder en virtud de esa competencia, y ejecutan algunas de las conductas previstas en los tipos que describen algunas de las formas de peculado; en estas hipótesis es clara la infracción de deber institucional por cada una de las personas que concurren en la realización de la conducta punible, tal como lo plantea BACIGALUPO con base en la postura de ROXIN: “En los delitos de infracción de deber la coautoría adquiere una estructura completamente diferente: en lugar de tratarse de un codominio del hecho se trata de la infracción conjunta de un deber conjunto. Por tanto, solo puede existir coautoría en los casos en que a ambas personas les incumba un deber cuya finalidad de protección sea la misma. No se dará coautoría, por el contrario, cuando el perjuicio provenga de la infracción de un deber que incumba solo a cada uno de los partícipes. En tales casos se darán autorías individuales concurrentes”²⁵, y añade SÁNCHEZ-VERA que el fenómeno de la infracción al deber no se comparte, sino la distribución de la ejecución de la conducta²⁶.

En otros términos, para ser coautor es necesario que se esté vinculado por el deber institucional. Pero resulta indispensable aclarar que la coautoría no nace de la infracción al deber, eso es apenas un presupuesto *sine qua non* que vincula a las distintas personas con la institución y que no se comparte; donde hay reparto de tareas es en la ejecución del supuesto fáctico por quienes están vinculados por el deber institucional; por otra parte, debe precisarse, así sea reiterativo, que cualquier intervención, de acción o de omisión, por insignificante que sea, del especialmente obligado convierte a éste en coautor de la conducta punible.

Nuestra jurisprudencia, a partir de la providencia del 23 de julio de 2003²⁷, optó por apartarse de la línea doctrinal planteada y en un caso de delito de prevaricato y a propósito de la aplicación del inciso último del artículo 30 del Código Penal, que consagra lo que la jurisprudencia ha denominado el interviniente, vale decir, el sujeto no cuali-

24 Cfr. HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 69 y ss.

25 BACIGALUPO. Ob. cit., p. 60.

26 JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Ob. cit., p. 205.

27 Corte Suprema de Justicia. Segunda instancia n.º 20.704 de julio de 2003 (MP: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE).

ficado que interviene en un delito de infracción de deber, decidió, en contravía de casi la unánime doctrina, que podía ser coautor una persona que no tuviera la situación de obligado especial.

Posteriormente, en sentencia de casación de 2006, la Corte ratificó su posición, y con una argumentación que no era la adecuada para los delitos de infracción de deber por ser propia de los delitos de dominio, plasmó:

La jurisprudencia de la Sala tiene claramente definido que la rebaja de pena para el 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”, prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal de 2000, justamente no es aplicable ni al determinador ni al cómplice, en cuanto de éstos no resulta exigible calidad especial alguna, ya que el primero no ejecuta de manera directa la conducta y el segundo tiene apenas una participación accesorias, situación de la cual colige la Sala que era evidente su exclusión del descuento de pena allí previsto, en la medida en que la calidad de servidores públicos, aún cuando se trate de delito que requiere sujeto activo cualificado, ninguna incidencia tendrá en la participación que hayan tenido en la conducta punible²⁸.

Desde un punto de vista dogmático, no se encuentra explicación alguna a la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema por lo cual reconocidos profesores en diversos trabajos le han hecho severas críticas²⁹, pues si se parte de la base de que el coautor es autor y se conviene, como lo hace la generalidad de la doctrina, que al coautor se le exigen los mismos requisitos especiales establecidos en la descripción típica para el autor, no se advierte una explicación razonable para sostener, como lo hizo la Corte, que hay coautores que no están vinculados por el deber institucional en los delitos de infracción de deber.

Ahora bien: si la Corte quería evitar la aplicación de la doble rebaja para el cómplice, se ha debido acudir a otro tipo de interpretación que hubiera podido resultar igualmente discutible, como todas las disciplinas del derecho, pero de mayor consistencia con la naturaleza de los delitos de infracción de deber, la cual partiría de la consideración de que como los no vinculados con el deber institucional no pueden ser autores ni coautores, sino sólo partícipes, deben tener una disminución punitiva por el grado de reproche, toda vez que éste no puede ser de la misma intensidad para quien vulnera el deber institucional –autor– que para quien simplemente bajo el principio de accesoriedad interviene en la conducta punible.

28 Corte Suprema de Justicia. Casación del 26 de abril de 2006, rad. 22.146 (MP: JAVIER ZAPATA ORTIZ).

29 MIGUEL CÓRDOBA ANGULO. “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 75, enero a junio de 2004; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, en *Intervención y omisión*, entre otras obras, y ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, entre otros autores.

Desde esta perspectiva, no puede imponerse la misma pena del autor al determinador, pues esto es plenamente explicable en los delitos de dominio porque corresponden a deberes negativos que a todos competen, pero no cuando se trata de delitos de infracción de deber donde el determinador no está cobijado por esa especial situación; por lo tanto, a nuestro juicio, es plenamente procedente la diminuyente punitiva para este partícipe. No debe olvidarse, para estos efectos, que quien está vinculado por el deber institucional no puede ser determinador de un delito de infracción de deber porque ello por sí mismo constituye autoría.

En cambio, la rebaja punitiva no es del todo razonable para el cómplice, pues hemos partido, en coincidencia con la mejor doctrina, de que cualquier contribución, por importante que sea, que haga a la comisión de la conducta punible quien no está vinculado por el deber especial, será complicidad; por lo tanto, si no puede ser sino cómplice por la naturaleza del tipo penal, no se podrá hacer una rebaja por ser cómplice para quien no puede obrar de manera distinta. Lo que debe hacerse en estos casos es utilizar la norma que establece una rebaja punitiva de una sexta parte a la mitad y graduarla teniendo en cuenta la eficacia del aporte a la realización del delito.

Lo que no tolera la razón es que haya coautores no vinculados por el deber institucional en los delitos de infracción de deber, y lo más grave: que este supuesto coautor tenga rebaja punitiva y en cambio no la tenga el determinador. O en otros términos, que el autor, porque el coautor es autor, tenga menor pena que quien está regido por el principio de accesoriadad como es el partícipe.

