

El aporte moral en la coautoría

Paula Andrea Torres Ortiz

Trabajo de grado para optar el título de magíster en Derecho penal

Director:

Juan Francisco Mendoza Perdomo

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

2024

Contenido

Introducción	4
Principios materiales del derecho penal	7
Nociones previas.....	7
Principio de culpabilidad.....	15
Dignidad humana: presupuesto	16
Derecho penal de acto.....	22
Proscripción de la responsabilidad objetiva.....	27
Conclusión preliminar	30
Principio de proporcionalidad	31
Antecedentes de la noción contemporánea	31
Ponderación de derechos fundamentales	32
Ponderación en la determinación de las penas	36
Conclusión preliminar	42
Concepto de autor.....	43
Concepto unitario.....	43
Concepto extensivo	48
Concepto restrictivo	51
Conclusión preliminar	61
Aporte moral en la coautoría.....	63

El aporte moral en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia	63
Correspondencia teórica del aporte moral.....	67
La teoría del dominio del hecho en la legislación colombiana	67
Elementos de la coautoría en la teoría del dominio del hecho	70
Análisis del aporte moral.....	77
Conclusión	80
Referencias bibliográficas.....	83
Doctrina	83
Leyes y jurisprudencia	86

Introducción

Una de las cuestiones más discutidas en el fenómeno del delito ha sido la responsabilidad del individuo cuando ha participado en su realización junto con otros. Por supuesto, cada esquema del delito ha brindado respuestas consecuentes con su definición de acción (penalmente relevante). No obstante, no todos los conceptos de autor resultan compatibles con los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

En Colombia, la ley 599 de 2000, además de distinguir expresamente entre autores y partícipes, enriquece esta distinción con más elementos de los contenidos en el código penal anterior. De manera particular, en el artículo 29 están consagrados los requisitos de la coautoría: Acuerdo común, división del trabajo criminal e importancia del aporte.

Las precisiones normativas ponen de manifiesto que el legislador ha procurado adoptar un concepto que genere seguridad jurídica. Empero, en la práctica judicial se evidencia que no es suficiente la descripción legal para garantizar solidez en su definición, generándose interpretaciones que desbordan el derecho penal de acto y que traen consigo penas desproporcionadas. En este escenario se encuentra el término de “aporte moral”, concebido por la Corte Suprema de Justicia como una contribución esencial en la coautoría.

El 21 de agosto de 2003, en el asunto con número de radicación 19213, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia manifestó que la coautoría está configurada por dos fases, una subjetiva y una objetiva, y que en esta última fase se pueden hallar aportes de carácter moral. Después de ser citada en varias providencias, esta decisión fue modificada a través de la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2009, en el asunto con radicación 29221. Para la selección de estas decisiones se reunieron las sentencias de casación que definen los

elementos de la coautoría dentro de la vigencia de la ley 599 de 2000, identificado la decisión del 21 de agosto de 2003 como sentencia hito, que fue reiterada en múltiples providencias, incluso después de la decisión del 02 de septiembre de 2009, en la que se evidenció una modificación de la línea respecto del aporte moral.

A partir de la definición de la Corte sobre el aporte moral, se desarrollará la presente investigación teórico-documental de tipo descriptivo y propositivo, que tiene dos objetivos. De un lado, proporcionar criterios de legitimidad para la construcción de un concepto de autor en un Estado social, democrático y de Derecho, y finalmente, analizar si una contribución de naturaleza moral se ajusta a estos criterios.

En primer lugar, se acudirá a la doctrina penal y constitucional, a las disposiciones constitucionales y legales que los consagren, y a la jurisprudencia constitucional, para comprender los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, su carácter vinculante y su influencia en el concepto de autoría. De este análisis documental se propondrán criterios derivados de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que sirvan de baremo para determinar si es legítimo imputar un resultado típico e imponer una sanción penal a título de autor a quien contribuyó moralmente en la comisión de un delito.

Seguido de este planteamiento y con la finalidad de describir las diferentes teorías sobre el concepto de autor, se recurrirá a doctrina tanto nacional como extranjera, específicamente alemana y española. La descripción de estas teorías se realizará de manera crítica, usando como tamiz los postulados propuestos desde los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, se analizarán los elementos hallados en la jurisprudencia penal colombiana frente al fenómeno de la coautoría y su relación con la teoría del dominio del hecho,

particularmente el concepto de aporte moral, para concluir si se ajusta o desconoce los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Principios materiales del derecho penal

La tendencia expansiva del derecho penal puede presentarse no solo en la fase de criminalización primaria, también en sede judicial a través de la interpretación y aplicación de las normas penales. Por ende, se considera que el análisis de las categorías dogmáticas en la jurisprudencia no puede limitarse al principio de legalidad, sino que, debe acompañarse de principios materiales.

Particularmente, para el estudio del aporte esencial en la coautoría se proponen los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, dado que, se identifican en estos dos principios los fundamentos que permiten definir legítimamente en un Estado social y democrático de Derecho, por qué una persona puede ser sancionada por el derecho penal y cuál puede ser su consecuencia jurídica.

Nociones previas

Antes de ahondar en cada uno de los principios, es necesario precisar qué se entiende por «principio» en el ámbito del derecho penal, y cuáles son sus funciones. La palabra principio es definida por la Real Academia de la Lengua Española como “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia”, de acuerdo con su derivación del latín *principium*. Ahora bien, en la ciencia jurídica un primer referente de dicho concepto se halla en los denominados «principios generales del derecho», que, inclusive por disposición legal, han sido considerados meros criterios de interpretación o fuente subsidiaria ante vacíos legales. Al respecto, buscando una definición que supere las antes referidas y que no se confunda con sus funciones, Arce (1990), reconociendo su carácter general y su pretensión de universalidad, indica:

Quiere decir esto, entre otras cosas, que los principios generales del Derecho han de ser las ideas cardinales que constituyen su origen y fundamento; que están dotadas de un alto grado de generalidad; que por ello gozan de gran comprensión en el ámbito de lo jurídico (omnicomprensión); que pertenecen a las más amplias formulaciones del Derecho. (pp.63-64)

Quinche (2010), reparando en la concepción de los principios como criterios secundarios, sostiene que, “siguiendo una fuerte tendencia de la teoría jurídica y del constitucionalismo americano y europeo, los principios dejaron de ser enunciados secundarios, para actuar como normas jurídicas y, sobre todo, como normas de solución en toda clase de asuntos, especialmente en los casos complejos o difíciles” (p.44).

Citando a Ruiz Manero (2000), Quinche (2010) enuncia que los principios se entienden como normas generales que regulan casos de carácter general, normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, normas programáticas que establecen la obligación de perseguir determinados fines, o como *regula iuris*, es decir, como enunciados generales¹ que sistematizan el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, Alexi (1983) los define como normas de mandato. Sin embargo, sin desconocer que son obligatorios y exigibles de modo inmediato los considera mandatos de optimización, puesto que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p.86).

En cuanto a su vinculación en el ordenamiento jurídico, se debe advertir que su consagración no condiciona su carácter normativo, como lo señala Díez-Picazo, citado por Arce (1990), “no son meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de

la razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta” (pp.68-69).

Para comprender esta idea se recurre a Arce (1990), quien ahondó en la causa del poder normativo de los principios, asignándola a la conciencia social de la época. La conciencia social de la época no se define en razón de la mayoría, es decir cuantitativamente, sino en virtud de su racionalidad. Arce (1990) soporta este concepto en el rechazo de Kelsen, Dworkin y Rawls a la legitimación de las mayorías.¹

En el ámbito del derecho penal, la doctrina ha coincidido en calificar los principios como límites del poder punitivo del Estado. Empero, para evitar confundir la noción con las funciones de los principios, se adopta el concepto de Fernández (2011), quien los definen como “fundamento de toda categoría dogmática o toda norma jurídico-penal”. Ahora bien, siendo la pretensión de este acápite sentar las bases de los principios a desarrollar, es indispensable concretar cuál es la causa de su poder normativo y cuáles son sus funciones en el derecho penal.

En primer lugar, siguiendo a Arce (1990), se sostiene que el poder normativo no radica en su consagración expresa en el ordenamiento jurídico. A juicio de Fernández (2011), si bien existen ciertos principios que emanan del ordenamiento jurídico, existen otros considerados supra legales y fundacionales, que surgen de los conceptos modernos de Derecho y Estado. Estos principios, positivizados o no, constituyen el baremo de legitimación, inclusive, de disposiciones constitucionales. Se les denomina “trascendentales”.

¹ “Kelsen ha notado al efecto que la circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos, lo que traduce la antigua apreciación de Heráclito: uno es para mí más que diez mil - decía el filósofo oscuro- si su opinión es más excelente. En la actual filosofía jurídica se encuentra respaldada esta primitiva consideración, y para Dworkin –uno de los principales representantes de la doctrina anglosajona- los derechos fundamentales individuales, cuya garantía es la función más importante de un sistema jurídico, no pueden estar supeditados a las agresiones de la mayoría” (Arce, 1990. P. 70)

No obstante, de acuerdo con Fernández (2011), se advierte que los principios, tanto jurídicos como políticos, debido a su estructura abierta de deber ser y su carácter de máxima generalidad, pueden ser objeto de las más absurdas interpretaciones. En consecuencia, se propone hallar su causa en el Estado social y democrático de Derecho, no por ser el modelo de Estado acogido en la Constitución Política, sino por ser el modelo que la comunidad internacional ha considerado racional y que ha materializado en los diferentes tratados de derechos humanos, por ser, en palabras de Arce (1990), el contenido de la conciencia social.

De manera concordante, lo evidencia Fernández (2011) al indicar que los principios en el derecho penal pueden variar según la política criminal que se adopte. El autor identifica en la actualidad, al menos en los países de cultura occidental, “la política criminal personalista del Estado social y democrático de Derecho, heredera de la ilustración y vinculada al respeto de los derechos humanos internacionales” (p.116).

Para Mir Puig (1994) el Estado social y democrático de Derecho es una formulación sintética entre los principios del Estado de Derecho y del Estado social con un componente adicional, la democracia, que busca superar ambos modelos. De manera que, se hace necesario abordar los componentes de uno y otro modelo para comprender la formula en mención.

El Estado de derecho nace como respuesta a la crisis del Estado absolutista, generada por los valores promovidos en las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa de los siglos XVII y XVIII. Este modelo de Estado pretendió limitar el poder del soberano a través de su traslado al pueblo, que manifestaría su voluntad por medio de la ley, es decir, mediante la sustitución de la soberanía personal por la soberanía nacional.

Ferrajoli (2001) manifiesta que la expresión Estado de derecho tiene dos sentidos relacionados con experiencias históricas diferentes, que, a su vez, se derivan del cambio de paradigma en la naturaleza y estructura del Estado, en la naturaleza de la ciencia jurídica y en la jurisdicción.

El primer sentido se ubica históricamente en el nacimiento del Estado moderno y se denomina Estado legal o legislativo, según el cual el Estado de derecho se identifica con “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” (p.31).

El segundo sentido corresponde al denominado “Estado constitucional”, que se sitúa en la Europa de la postguerra y que adiciona un componente sustancial. Por consiguiente, se define como Estado de derecho “aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (p.31).

Partiendo de la idea de Estado de derecho como Estado legal o legislativo, se derivan las siguientes características esenciales: (i) La prevalencia del principio de legalidad, que entiende la ley como único criterio de identificación del derecho válido y le otorga al juez la función pasiva de limitarse a aplicar las disposiciones del legislador; (ii) la existencia del principio de división de poderes, que evita la concentración del poder del Estado absolutista y lo distribuye en los órganos, legislativo, ejecutivo y judicial; y, (iii) el reconocimiento simplemente formal de los derechos y libertades. (Quinche, 2010)

Por su parte, el Estado social surge como respuesta a la crisis del Estado de derecho, bajo el carácter de un Estado benefactor. La idea de Estado benefactor² se ubica en Europa de la segunda mitad del siglo XIX, en el contexto de una industrialización desenfrenada que produjo la migración masiva y el aumento de sectores marginales en las grandes ciudades. Debido a la iniciativa del movimiento obrero surge la noción de los denominados derechos de bienestar, que trascienden las necesidades de los trabajadores a las necesidades de los ciudadanos (Navajo, 2004 y Atria, 2004: 17. Citados en: Silva, 2012). La concreción de dichas ideas se reflejó en la Constitución de Weimar de 1919, referida como antecedente del Estado social de derecho, de la misma manera, en la Constitución mexicana de 1917.

Con todo, es en el marco de la segunda postguerra que surge la necesidad de converger las ideas socialistas con la tradición liberal en un nuevo modelo de organización política y estatal. Mir Puig (1994) explica de qué manera fue posible la concurrencia de las ideas liberales e intervencionistas:

Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis. La sustitución paulatina del Estado liberal por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las garantías liberales, que acaban viéndose como «prejuicios burgueses» puramente formales, frente a los cuales no tiene por qué retroceder la acción del Estado. Se llega así a los totalitarismos de izquierdas o de derechas que van sembrando el panorama político de entre las dos guerras mundiales. Pero ello no significa que el Estado liberal y el Estado social no puedan converger en una síntesis. El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria. Lo único

² Mir Puig (1994) aclara que el concepto de Estado Social fue acuñado por H. Heller, empero la realidad del intervencionismo estatal es muy anterior, citando a Abendroth, Zum Begriff, cit., p. 276. También Ch. F. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, Tubinga, 1933, pp. 3 y s

esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible todo social, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites propios del Estado de derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses —también «reales»— del particular. (p.33)

Una vez expuestos sus componentes, se puede afirmar que la fórmula Estado social y democrático de derecho representa a un Estado que debe asegurar las condiciones sociales reales que beneficieren al individuo, superando el simple reconocimiento formal de los derechos y libertades del Estado de derecho, sin dejar de lado el control de los mismos ciudadanos sobre tales condiciones.

Ahora bien, en relación con el carácter democrático, es el elemento que busca evitar los defectos del Estado de derecho y del Estado social, garantizando la participación ciudadana. Para Mir Puig (1994) un Estado democrático: “expresa tanto la necesidad de libertad «real» —oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos— como «formal» —cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo. (p.34)

En aras de cerrar la idea, basta decir que el poder normativo de los principios se halla en su anclaje a un modelo de Estado, que en cada época se ha considerado necesario para el mantenimiento de la sociedad y la supervivencia de los individuos, y que ha sido consecuencia de experiencias históricas de las que se extrae como elemento común el interés de evitar el abuso del poder.

Respecto a las funciones de los principios, Quinche (2010) citando la sentencia C- 858 de 2005 de la Corte Constitucional, alude tres funciones: servir de fundamento del ordenamiento jurídico, actuar como directriz interpretativa de las reglas y constituir fuente integradora del derecho. Particularmente, en el derecho penal los principios se han dirigido a contener los excesos del *ius puniendi*, sirviendo tanto de fundamento de las categorías dogmáticas como de límite en la interpretación de las demás normas penales. Fernández (2011) clasifica estas funciones en el derecho penal en un carácter positivo y un carácter negativo. Desde un sentido positivo, los principios señalan el contenido de las normas penales y guían las decisiones judiciales, y desde un sentido negativo, excluyen las normas que expresen valores opuestos.

Siendo la pena la intervención más drástica del Estado en las libertades del individuo debe ser controlada y restringida de manera severa; esta es la función fundamental de los principios en el derecho penal. Sobre la importancia de la función limitadora de los principios en relación con la pena, Fernández (1995) manifiesta:

La pena es como una medicina extrema y peligrosa, de la que nadie con buen sentido debería estar dispuesto a abusar. Tremenda es, en todo caso, la responsabilidad de administrarla y terrible la angustia de quienes, comprendiéndolo, tienen que hacerlo, tratando de evitar el dolor con el dolor. Principios y garantías penales no son en el fondo otra cosa que un sedante y, sobre todo, un control del dolor que la pena es y difunde. Mientras tenga que infligirse dolor, que al menos sea mínimo o precario y abunden los controles, pero que estos no se queden en meros paliativos. (p.3)

Finalmente, es debido manifestar que en el derecho penal los principios se categorizan en formales y materiales. Como principio formal icónico se encuentra el principio de legalidad, el cual, pese a ser el principal triunfo de las revoluciones burguesas, y la mayor manifestación del

Estado de Derecho, ha resultado insuficiente en razón a que “puede en su origen poseer o no raigambre democrática y en cualquiera de los casos llenar su forma con un contenido cualquiera” (Fernández, 2011, p.120).

De manera que, son los principios materiales los que legitiman el contenido de las categorías dogmáticas y de las normas penales; le indican al ius puniendi cuándo y hasta dónde intervenir, qué se protege con la pena y cómo tratar al delincuente en un Estado social y democrático de Derecho (Mir Puig, 1994).

Principio de culpabilidad

No existe acuerdo en la doctrina sobre el contenido del principio de culpabilidad, para algunos hace referencia únicamente a la proscripción de la responsabilidad objetiva, de la cual se derivan los componentes de la categoría dogmática que recibe la misma denominación. Para muchos otros, el principio de culpabilidad incluye la noción del derecho penal de acto.

En el presente análisis se concibe el principio de culpabilidad como fundamento no sólo de la referida categoría dogmática, sino también de las categorías de tipicidad y antijuridicidad, es decir, que se incluye en su contenido el llamado derecho penal de acto.

Para Fernández (2011) la culpabilidad o la responsabilidad penal por el hecho constituye la categoría en la que se resumen todas las demás. El autor desarrolla este principio en relación con el merecimiento de la pena, describiéndolo como algo indefectiblemente ligado a la comisión de un delito o a su participación en él de manera evitable, personal y restringida a actos externos. En sus palabras:

En este contexto, no merece la pena el que no ha hecho nada, esto es, el que no ha cometido el delito ni participado en él de manera evitable, y tampoco el que lo ha realizado bajo constreñimiento por circunstancias internas (inimputabilidad) o externas (caso fortuito, fuerza mayor, coacción insuperable, error invencible y demás supuestos de “no exigibilidad”). Por otra parte, el merecimiento de pena es algo estrictamente “personal” y por tanto no existe en virtud de acciones realizadas por otro u otros; también es algo severamente restringido a los “actos externos” y por tanto no puede fundarse solamente en el pensamiento, el deseo, la esperanza, el sentimiento y en general y ni si quiera en las resoluciones manifestadas o en la simple confianza de que el hecho se produzca sin nuestra intervención o interferencia. (p.56)

Entendiendo que el principio de culpabilidad comprende dos dimensiones, la responsabilidad por el acto y la proscripción de la responsabilidad objetiva, se procede a sentar las bases de este principio en el concepto de dignidad humana.

Dignidad humana: presupuesto

Antes de desarrollar su contenido, es menester hacer referencia al concepto de dignidad humana como presupuesto del principio de culpabilidad, entendiendo que las características del juicio de responsabilidad del hombre deben atender a su naturaleza como individuo de la especie humana. En este sentido, Fernández (2011) caracteriza los atributos de la persona- dignidad, autonomía, igualdad y libertad-, no sólo como normativos, no como meros supuestos o aserciones del Derecho, sino como presupuestos derivados de la existencia y de la realidad social del ser humano. También Gómez (2013), asertivamente, lo explica:

Con el hombre no sucede lo que acontece con el mundo físico; en tanto en la naturaleza los procesos y cambios ocurren por leyes causales que operan bajo su dinámica y

condiciones externas, la persona está dotada de conciencia, inteligencia, vida afectiva y volitiva, que la hace capaz de inferir mediante su acción en ciertos procesos causales e imprimirles dirección y sentido. El hombre es no sólo un “ser individual y social”, sino además un “ser pensante”, “sensible a los estímulos”, que puede mediante su acción voluntaria y reflexiva guiar su propia actividad, intervenir físicamente en el mundo externo, modificando y conduciendo ciertos procesos según su actividad voluntaria... Precisamente, en tanto por regla general posee esa facultad de configurar y dirigir sus actos conforme a sus propias representaciones y propósitos, es que puede afirmar su responsabilidad ... (p.21)

Considerando que el concepto de dignidad humana ha obedecido a diferentes modelos relacionados con el contexto histórico, se debe precisar que el concepto contemporáneo corresponde al valor inherente y absoluto del ser humano³, y que, desde mediados del siglo XX, la dignidad humana ha sido concebida como el fundamento de los derechos humanos y del Estado de Derecho. El contexto histórico de este concepto, según Habermas, se explica en la “nueva carga moral política y progresivamente adquirida en reacción a los crímenes y atrocidades de la segunda guerra mundial” (citado en Antonio Pele, 2015, p.8)

De manera concordante, Fernández (2011) considera que la dogmática del derecho penal contemporáneo se vio influenciada por la búsqueda de límites tras la segunda guerra mundial, acogiendo la noción de dignidad humana kantiana y materializándola en los derechos humanos internacionales.

³ Fernández (2011), partiendo del carácter universal e incondicional de la reconocida “dignidad” a todo individuo de la especie humana, plantea una fuerte crítica al funcionalismo radical propuesto por Jakobs en los siguientes términos: “De ninguna manera es admisible la tesis funcionalista radical de que es más persona el que más cumple sus deberes sociales y jurídicos, o que dicha calidad depende de que el individuo se comporte como persona dentro del orden social [...] Es desde luego insostenible la doctrina de que sólo tienen derechos humanos los que respetan los derechos humanos de los otros, pues en tales condiciones el imputado y el delincuente convicto no tendrían nunca derechos y por tanto no serían sujetos sino objetos, resultando por ello imposible la estructuración de un debido proceso democrático.” (p.152)

No obstante, cabe hacer alusión a los antecedentes del concepto contemporáneo de dignidad humana que como bien lo refirió Fernández (2011), se hallan en la ideología de las revoluciones burguesas y en el idealismo alemán. En el Renacimiento y en la Ilustración se replantó en términos antropocéntricos y laicos la noción de persona de la filosofía cristiana, que significó una conquista jurídica y política de las revoluciones burguesas. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se refleja dicha noción con el reconocimiento de derechos “naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Acompasado con lo anterior, en el idealismo alemán, reconocida especialmente en Kant y Hegel, se desarrolló la idea de la existencia de una prohibición moral de la instrumentalización del hombre, incluso por otro hombre o por la colectividad; prohibición universal y esencial para la condición humana.

Inclusive desde la defensa del positivismo jurídico, el concepto de dignidad humana no es meramente normativo (como creación del derecho o la moral), “sino que posee como elemento descriptivo que la persona es capaz de auto determinarse” (Fernández, 2011, p.153).

Sea el momento para clarificar que el concepto de dignidad humana hace referencia a todos aquellos atributos que posee cada individuo de la especie humana como ser capaz de auto determinarse. Fernández (2011) enuncia dichos atributos desde el punto de vista ético-social-jurídico y político de la edad moderna, atributos que han sido recogidos en la contemporaneidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, e inclusive desarrollados dentro de nuestro ordenamiento jurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- 1) Personalidad de derecho, esto es, centro de imputación de derechos y obligaciones ...2) Autonomía ética (su moral esté regida exclusivamente por las leyes que dicte su propia conciencia y pueden ser controvertidas, en términos kantianos, en normas de conducta universal) ...3) Prohibición de instrumentalización para realización de fines

ajenos...4) Sujeto con libertad para actuar y responsable moral y socialmente por sus actos y las consecuencia legítimas de los mismos ...5) Igualdad con todas las demás personas, en la sustancia ética y en los derechos y obligaciones del trato social y jurídico ... 6) Prohibición de ser sometido a pena o a tratos crueles, inhumanos, degradantes o discriminatorios ... 7) Derecho a la intimidad inviolable de cada persona y a la intangibilidad de su cuerpo y de su espíritu. (p. 155)

En la Constitución Política de 1991, artículo primero, se declara –“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Sin embargo, del texto constitucional no es posible identificar un concepto de dignidad humana, razón por la que ha sido labor de la Corte Constitucional desarrollar su contenido.

Velasco (2013) señala la Sentencia T-881 de 2002 como la decisión hito de la noción de dignidad humana en la Constitución Política de 1991; aclarando que fue en dicha decisión en la que se sintetizó el desarrollo jurisprudencial, se condensaron “los lineamientos funcionales de valor, principio y derecho fundamental autónomo desde las perspectivas de autonomía individual, condiciones materiales de existencia e intangibilidad de bienes no patrimoniales” (p.84).

En efecto, en la Sentencia T-882 de 2002 la Corte Constitucional reconoce tres líneas jurisprudenciales alrededor del concepto de dignidad humana. En la primera línea se identifica la dignidad humana como fundamento de la autonomía individual, materializada en diferentes libertades, como “la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino”,

y estudiada frente a la despenalización del consumo de dosis personal de drogas ilícitas⁴ y la readecuación de sexo de un menor⁵; o la libertad para decidir sobre su propia vida⁶.

La segunda línea jurisprudencial evidencia la relación entre la dignidad humana y determinadas condiciones mínimas de existencia, , por ejemplo, en situación de hacinamiento y condiciones de insalubridad en centros penitenciarios⁷. Igualmente, forma parte de los fundamentos de la Corte Constitucional para considerar que se entiende justificada la conducta de homicidio por piedad cuando media la voluntad del sujeto pasivo en caso de enfermos terminales.⁸

Por último, la Corte Constitucional vinculó el concepto de dignidad humana con la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, es decir, integridad física e integridad moral;

⁴ Análisis realizado en la Sentencia C-221 de 1994, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible el literal j del artículo 2 de la Ley 30 de 1986- Estatuto Nacional de Estupefacientes-, e inexecutable los artículos 51 y 87 del mismo Estatuto.

⁵ En la Sentencia T- 477 de 1995 se concedió la tutela a un menor de edad de los derechos a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a través de un tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación de mismo al haber sufrido mutilación de sus genitales a la edad de 6 meses.

⁶ En la Sentencia C-239 de 1997 se declaró exequible el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 – Código Penal- con la salvedad de que se entienda justificada la conducta cuando mediaba a voluntad del sujeto pasivo en caso de enfermos terminales.

⁷ Las acciones de tutela que se resolvieron en las decisiones T-596 de 1992 y T-296 de 1998 se motivaron por condiciones de insalubridad en los lugares de descanso de los internos de la penitenciaría de "Peñas Blancas" en el municipio de Calarcá y de la Cárcel del Circuito de Fusagasugá.

⁸ La Corte Constitucional en la Sentencia C- 239 de 1997 consideró “El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad [...] No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico”.

vinculación que se establece del estudio, entre otras situaciones, de medidas de seguridad indefinidas⁹, trabajos forzados y tratos crueles.¹⁰

Del desarrollo jurisprudencial, se colige que la Corte Constitucional le ha atribuido a la dignidad humana el carácter de valor, de principio y de derecho fundamental. Velasco (2013) señala que la Corte Constitucional define la dignidad humana como principio y como derecho acudiendo a sus ámbitos de protección, lo que conlleva a que se confunda con otros principios u otros derechos fundamentales:

Como una argumentación racional debe ser coherente, hay que advertir que la construcción del derecho de dignidad con énfasis en el proyecto de vida que tiene cada persona, tal como lo plantea la Corte Constitucional, incurre en error lógico en la medida en que, como se ha demostrado, el objeto protegido por el pretendido derecho de dignidad es el mismo amparado por otros derechos fundamentales, diluyendo la identidad de uno de esos derechos e infringiendo el principio lógico de identidad de cada uno; es la misma metodología equivocada que adopta la Corte Constitucional al predicar como protegido por el principio lo que igualmente se predica protegido por el derecho, lo que en últimas acarrea ausencia de certeza sobre las fuentes jurídicas y los respectivos puntos de apoyo. (p.125)

Respecto del carácter de valor, Velasco (2013) alude que, si bien la Corte omite señalar en qué consiste, ofrece varios criterios que conforman la dignidad humana, y que coinciden con los

⁹ En la decisión T-401 de 1992 la Corte Constitucional analizó tres acciones de tutela que resultan fácticamente homogéneas; acciones que se promovieron con ocasión a la negación de levantamiento de medidas de seguridad bajo el argumento de la ausencia de apoyo familiar que hacía temer por la integridad personal luego de adquirir la libertad, pese a contar con dictámenes médicos que referían una parcial recuperación.

¹⁰ En los hechos objeto de estudio de la Sentencia T-879 de 2001 se utilizaron las esposas para atar a una persona sindicada con el fin de evitar su fuga, pese a que se encontraba postrada en la cama de un hospital, en difíciles condiciones de salud y en grave deterioro de su integridad física.

atributos antes referidos, a saber: Condición humana; integridad física y espiritual; racionalidad, que a su vez conlleva a las características de ser único, irrepetible y autónomo; y derechos fundamentales.

Entendidos los atributos del ser humano que conllevan su dignidad, estatus considerado valor fundante del Estado social y democrático de Derecho, es menester precisar que son dichos atributos los que explican que el ser humano es un individuo responsable:

Como ser capaz de autodeterminación el hombre es un ser responsable por sus actos, por tanto, su dignidad comporta tanto deberes de abstención como deberes de autoconducción, a efectos de garantizar que todos los demás hombres sean tratados como dignos: la consideración de mi dignidad obliga a tomar en cuenta la intrínseca dignidad de los demás. (Gómez, 2013. P.24)

Dicho lo anterior, se procede a desarrollar el contenido del principio de culpabilidad, comprendido por dos premisas: (i) El hombre responde por sus actos, y (ii) la responsabilidad se determina en consideración de las condiciones individuales.

Derecho penal de acto

La idea de responsabilizar a los individuos por sus actos surge en el derecho penal liberal como respuesta a los abusos en los que incurrió el Estado absolutista. La autoridad civil, legitimada por designio divino, estaba facultada para castigar a todo individuo que representara un peligro para el soberano o para la iglesia, que era señalado de «hereje»¹¹.

¹¹ Beccaria en su tratado de los delitos y de las penas ya advertía, aunque bajo un argumento teológico, lo absurdo de la inescindible relación entre delito y pecado de la Edad Media: “Finalmente algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos. El engaño de esta opinión se descubrirá a los ojos de un indiferente examinador de las verdaderas relaciones entre hombres y hombres, y entre los hombres y Dios. Las primeras son relaciones de igualdad... Las segundas son relaciones de dependencia de un Ser perfecto y criador, que se ha reservado a sí solo el derecho de ser a un mismo tiempo legislador y juez porque él solo puede serlo sin

El hecho de que la autoridad religiosa y la civil estuvieran confundidas en una sola o que la una fundamentara a la otra, hizo que por mucho tiempo el Estado se abrogara la facultad de vigilar no sólo el cuerpo sino también el alma de las personas. En sociedades teocráticas como la medieval, delito y pecado se confundían en uno solo. (Grosso, 2003, p.397)

Esta idea se acentuó ante los atroces acontecimientos promovidos y ejecutados por el régimen nacionalsocialista alemán de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, cabe señalar que el desconocimiento de la idea de la responsabilidad por el acto, no sólo se observó en políticas estatales, también en doctrinas con pretendida científicidad dirigidas a la clasificación de los delincuentes. En el tema de clasificación de los delincuentes o tipos de autor (a veces con sentido criminológico y a veces con alcance normativo, esto es con influencia en la interpretación de los tipos penales, o como herramienta para la ejecución penitenciaria) trabajaron, de un lado, la escuela positiva italiana (Lombroso, Ferri) y, de otro, en Alemania, por ejemplo, Von Litz, Mezger, y Sauer, y Seelig en Austria. (Fernández, 2011. En referencia a Gómez Martín)

En el presente siglo se atribuye la difusión de la responsabilidad por características del autor a la idea de inseguridad constante que vive la sociedad por actos de terrorismo y delincuencia organizada, y que tiene como punto de partida los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001. Esta idea ha llevado a desarrollar la noción de “enemigo” en el derecho penal.

inconveniente. Si ha establecido penas eternas contra el que desobedece a su omnipotencia, ¿quién será el necio que osará suplir a la divina justicia, que querrá vindicar un Ser que se basta a sí mismo, que no puede recibir de los objetos impresión alguna de placer o de dolor, y que solo entre todos los seres obra sin relación? La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede sin revelación saberse por unos seres limitados. ¿Cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos? Podrán los hombres en este caso castigar cuando Dios perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al Omnipotente con la ofensa, pueden también contradecirle con el castigo”.

Zaffaroni (2005) identifica dos tipos de fundamentos del derecho penal de autor, entendiendo que en este sentido el delito es considerado “síntoma de un estado del autor”. Estos fundamentos son, por un lado, espiritualistas, y por otro lado, materialistas. Para los espiritualistas el delito es de naturaleza moral, y lo identifican como consecuencia de la elección de una vida pecaminosa, reprochando así, no sus conductas sino la existencia misma del individuo. Por su parte, el materialismo mecanicista considera el delito como una falla en un mecanismo pequeño, el individuo, que a su vez constituye un peligro para un mecanismo mayor, la sociedad, estableciendo así un “estado de peligrosidad”.

Ahora bien, es necesario indicar que la responsabilidad por el acto trasciende la esfera del derecho penal, es un límite al poder punitivo del Estado en sus diferentes manifestaciones. En este sentido, se encuentra consagrada como parte del derecho fundamental al debido proceso en la Constitución Política de 1991:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes *al acto que se le imputa*, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional precisa que el constituyente optó por un derecho penal de acto ajustado al modelo de Estado adoptado, y al fundamento de la dignidad humana:

El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona

humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

Retomando su contenido, la responsabilidad por el acto rechaza cualquier juicio de culpabilidad que se dirija exclusivamente al sujeto con prescindencia de un comportamiento específico, es decir que, el fundamento del castigo lo constituyen valoraciones abstractas del sujeto como la peligrosidad o la inmoralidad (Bustos y Hornazabal, 1999). De manera que, partiendo de la consideración del hombre como ser capaz de entender y auto determinarse, su culpabilidad solo puede fundarse en la decisión de incurrir en un hecho injusto que sea exteriorizada y ejecutada, es decir, en un comportamiento dirigido en forma consciente y voluntaria a la lesión de un bien tutelado por el derecho penal (Gómez, 2013).

Siendo la responsabilidad por el acto el primer baremo de legitimación del concepto de delito desde la modernidad hasta la contemporaneidad, su carácter imprescindible no ha constituido objeto de discusión de las diferentes construcciones dogmáticas del mismo, la pugna entre las diferentes teorías del delito ha girado en torno a su contenido.¹²

¹² Actualmente, el esquema del delito propuesto por Günther Jakobs es fuertemente criticado bajo el argumento de su desconocimiento de la responsabilidad por el acto, catalogado como "puro régimen de reacción extrema contra grados muy altos de peligrosidad" (Fernández, 2011).

En la doctrina se ha llegado a un acuerdo sobre tres características del «acto», para constituirse como límite de la responsabilidad penal, en primer lugar, que sea exteriorizado. La exteriorización del acto se refiere a su materialización en el mundo físico y su trascendencia al campo social. La conducta humana debe exteriorizarse a través de acciones u omisiones susceptibles de percepción sensorial (García, 2006), lo cual resulta importante “para el derecho penal en cuanto disciplina práctica y para el proceso penal en cuanto instituto democrático porque solo con esta configuración es susceptible de prueba y contraprueba en el debate judicial” (Fernández, 2011. p.190); característica que encuentra explicación en la misma incapacidad del Estado para coaccionar el pensamiento, de esta manera lo explica Jakobs (1997), citando por García (2006):

Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia. Un legislador juicioso no regula nunca procesos que están fuera de sus posibilidades de control cuando cualquiera sabe que ese control no existe. (p.295)

Pese a lo anterior, la razón de ser de dicho límite reside en que la legitimidad de intervención del Estado en las libertades de los individuos solo se configura frente a daños en derechos o libertades ajenas. De la capacidad del hombre para auto determinarse dimana el reconocimiento del libre desarrollo de su personalidad, siendo entonces indispensable que el acto, no sólo sea perceptible por los sentidos, sino que también trascienda a las relaciones sociales. Fernández (2011), en referencia a Vecchio (1927) y Cossio (1964), indica:

De consiguiente, el sentido “ontológico” de la acción jurídico-penal asume un perfil sociológico, un inmutable cariz de acción social que implica la relación interpersonal y la dimensión de sentido o valor con el sistema cultural ...Este concepto “social” de acción

no la priva, por cierto, de sus caracteres final y causal, sino que le confiere a estas categorías regentes un sentido especial: el de la interferencia intersubjetiva y la comunicación de un sentido de valor orientado a los bienes jurídicos ajenos. (p.189)

Aunada a la exteriorización del acto, la idoneidad para la lesión de bienes jurídicos es indefectible, partiendo de la idea de que el derecho penal tiene como objeto la protección de estos mismos. Bustos y Hormazabal (1999) , desde la defensa del bien jurídico como núcleo del delito, precisan que la manifestación del principio de culpabilidad por el hecho en la estructura del delito se observa en la tipicidad y la antijuridicidad; siendo la tipicidad la categoría que señala qué comportamientos significan riesgos para el bien jurídico, y la antijuridicidad el motivo por el que tales comportamientos se consideran contrarios a todo el ordenamiento jurídico, porque han afectado a ese bien jurídico.

Finalmente, el acto debe ser personal, lo que conlleva al rechazo de la responsabilidad por hechos ajenos y de la responsabilidad colectiva, también denominado “principio de personalidad o de autorresponsabilidad”. Al respecto, se considera inescindible la noción de responsabilidad por actos del rechazo de responsabilidad por actos ajenos o colectivos, no basta la existencia de la manifestación de una voluntad para la intervención del Estado en la libertad de un individuo, debe tratarse de su voluntad dirigida a la obtención de un resultado considerado lesivo. De lo que resulta, además, que la responsabilidad penal sea intransferible.

Proscripción de la responsabilidad objetiva

El principio de culpabilidad limita la responsabilidad penal a los actos que se llevan a cabo en ejercicio de la libertad de voluntad, de lo que se sigue que, la responsabilidad penal no pueda fundamentarse exclusivamente en la realización de un resultado lesivo a los bienes jurídicos tutelados.

Si bien la capacidad de entendimiento y autodeterminación es presupuesto del actuar consciente y voluntario, no puede el derecho penal presumir que todos los individuos en todo momento cuentan con la misma capacidad, justamente como consecuencia de la pretendida igualdad material del Estado social y democrático de derecho. Lo que implica que sea necesaria la valoración sobre las circunstancias particulares en las que actuó el individuo a fin de determinar que contaba con plena capacidad de entendimiento sobre sus actos y la lesividad de estos, y que tenía plena libertad de actuación; circunstancias que cataloga Fernández (2011) como “libertad interna” y “libertad externa”.

La valoración de dichas circunstancias es regulada en nuestro ordenamiento jurídico por disposición legal. En relación con la libertad interna, el artículo 33 del Código Penal- Ley 599 de 2000- contempla una serie de situaciones en las que el individuo no cuenta con la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de dirigir su comportamiento conforme a esta comprensión, a saber: “inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.

Igualmente, el artículo 32 del Código Penal consagra situaciones en las que el individuo no cuenta con la capacidad de dominar su comportamiento, bien porque su voluntad ha sido afectada por fuerzas externas, como la coacción, el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante; o bien, debido a la imposibilidad de actualizar su conocimiento respecto del significado social y jurídico de su acto.

Es la presencia de estos escenarios lo que imposibilita al individuo actuar libremente, es decir, que no le permite evitar el resultado lesivo, en consecuencia, no se justifica el merecimiento de la pena. Ante esta premisa es debido señalar que se ha suscitado una discusión sobre el fundamento de la culpabilidad, y a su vez de la pena, en la que se argumenta, que no es posible

demostrar empíricamente el libre albedrío o su afectación, partiendo desde una concepción determinista.

Resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa. Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte normativos, que concurren en el proceso de motivación racional con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y que, en definitiva, no puede dejar de decidirse por el motivo que, según su modo de ser —del que no es libre—, en el momento concreto e irrepetible le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Una tal decisión será propia del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó no pudo ser otra ante los concretos (e irrepetibles) factores concurrentes —incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento—, por mucho que, en un momento anterior o posterior, o introduciendo alguna variante, hubiera podido ser distinta. Si esto es así o, por lo menos, no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo. (Mir Puig, 1994, p.81)

A partir de esta crítica se formula un concepto de culpabilidad social por autores como Gimbernat, Roxin, Haseemer y Jescheck. La culpabilidad social consiste en dotar de contenido a «actuar de otro modo» con un modelo ficticio de comportamiento de la mayoría de los hombres comunes en la misma situación, teniéndose así, como culpable a una persona por la comparación con lo que otros hubieran hecho. “No sin razón se objetó desde el comienzo a la doctrina normativa

de la culpabilidad como “juicio de reproche”, que situaba la culpabilidad en la cabeza del juez- es decir, del poder-, y no en la del imputado, y por tanto el juicio de reproche era constitutivo, y no declarativo como pretendían los clásicos” (Fernández, 2011, p. 329).

Sobre la discusión es menester recordar que el ser humano ostenta determinados atributos que fundamentan su estatus jurídico, y, a su vez, este estatus jurídico se constituye como valor fundante del Estado social y democrático de derecho, con el que se ha buscado la superación de diferentes abusos del poder sobre grupos de seres humanos a lo largo de la historia. Dicho estatus jurídico no es otro que la dignidad humana. De manera concordante, Gómez (2013) afirma que “una tentativa doctrinal que pretendiera construir la culpabilidad sin libertad sería abiertamente violatoria del principio de dignidad humana, pues se haría culpable a la persona por comportamientos que no tenía la posibilidad de evitar” (p.75).

Conclusión preliminar

Del contenido del principio de culpabilidad se busca extraer los límites materiales comunes para las construcciones conceptuales sobre la intervención en el delito – autor y partícipe-, que permitan su legitimidad en el Estado social y democrático de Derecho.

En primer lugar, tanto autores como partícipes solo pueden ser responsables por actos externos, la mera pertenencia a un grupo o la afinidad con determinado plan criminal por sí mismas no pueden fundamentar la responsabilidad penal. Varios autores como Fernández (2011) consideran que la autoría mediata por aparatos organizados de poder desconoce esta aserción al abogar por una “responsabilidad funcional”.

En segundo lugar, autores y partícipes solo pueden ser responsables por actos idóneos para la lesión del bien jurídico o para la realización de un plan que se dirigía a la lesión del mismo. El grado de idoneidad permite la distinción entre autores y partícipes.

En tercer lugar, conforme con los límites antecedentes, autores y partícipes solo responden por el resultado lesivo gracias a la relación de los actos individuales con este resultado, no por una presunta “responsabilidad colectiva”.

Finalmente, cada autor o partícipe debe contar con la capacidad de entendimiento sobre sus actos y la lesividad de estos, y con la capacidad de dirigir su comportamiento, tanto en la realización del acuerdo como en la ejecución de los aportes acordados. Por este motivo los autores y los partícipes en la realización conjunta de un hecho solo puedan ser responsables a título de dolo. En esta limitación se fundamenta la autoría mediata con instrumento no responsable.

Principio de proporcionalidad

Antecedentes de la noción contemporánea

El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo se identifica mayoritariamente como herramienta hermenéutica frente a la colisión de derechos fundamentales, bajo la denominada tesis de ponderación. No obstante, al remontarse a los precedentes del Estado de derecho se advierte que este principio surgió como límite frente las interferencias del Estado en las libertades de los individuos, razón por la cual también ha sido llamado en la doctrina “prohibición de exceso”.

En los contractualistas, particularmente en John Locke, según Bernal (2014), se hallan los dos presupuestos filosóficos-políticos más importantes del principio de proporcionalidad, la libertad como bien inherente al individuo y el ejercicio de la facultad estatal para intervenir en esta

solo “en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad” (p.56). Incluso en el ámbito penal, Beccaria ya exigía en el siglo XVIII la proporción entre los delitos y las penas, proponiendo una escala de delitos, encabezada por los que atentaban contra la existencia de la sociedad, en defensa de la necesidad del pacto social¹³.

Además, en esta época el principio de proporcionalidad y los subprincipios que actualmente se conocen, tuvieron un importante desarrollo en el derecho policivo prusiano. Los subprincipios de necesidad y proporcionalidad estricta fueron esbozados en la doctrina de Carl Gottlieb Svarez, quien consideraba que las interferencias estatales en la libertad eran legítimas según su intensidad y sus objetivos. Por su parte, el subprincipio de idoneidad floreció en la idea acogida en la cultura jurídica prusiana de ejercer control sobre los actos estatales con base en su racionalidad teleológica, entendida como la motivación en fines relevantes para la comunidad. (Bernal, 2014)

En la extensión del principio de proporcionalidad del derecho administrativo al derecho constitucional, que tuvo lugar a lo largo del siglo XX, se destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en el análisis de constitucionalidad de las injerencias estatales en derechos fundamentales (Bernal, 2014).

Ponderación de derechos fundamentales

Hablar de ponderación de derechos fundamentales conduce, en primer lugar, a la caracterización de las normas que los consagran, si ostentan el carácter de regla o el carácter de

¹³ En palabras de Beccaria: “Supuesta la necesidad de la reunión de los hombres y los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, encontramos con una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público que se llaman delitos, y todas van aminorándose, por grados insensibles, desde el mayor al más pequeño”.

principio. Al respecto existen tres modelos, a saber, un modelo puro de principios, un modelo puro de reglas y un modelo híbrido. Robert Alexy (1993) propone un modelo en el que las normas de derechos fundamentales tienen un carácter doble, considerando que de las disposiciones de derechos fundamentales se desprenden normas que expresan el “deber ser” o principios, y que, de la colisión de estos principios, superando un proceso de ponderación, se obtiene una norma susceptible de subsunción o regla.

Robert Alexy formula su teoría de derechos fundamentales a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. La decisión, que, según Alexy, desarrolló por primera vez un concepto amplio de derecho fundamental, es decir, un concepto de derecho fundamental como principio, fue el fallo del caso Lüth¹⁴. De esta providencia se destacan tres ideas que siguen presentes en la jurisprudencia constitucional alemana, en primer lugar, que los derechos fundamentales no tienen únicamente el carácter de reglas, sino también de principios; en segundo lugar, que los derechos fundamentales superan la relación entre el Estado y los particulares, irradiando todo el sistema jurídico; y, en tercer lugar, que la colisión entre principios solo puede resolverse por medio de la ponderación (Alexy, 2009).

Antes de abordar la solución de la colisión de principios, es indispensable recordar la definición de principio de Robert Alexy, citada precedentemente. En aras de ofrecer un criterio cualitativo de distinción entre reglas y principios, alejado del criterio de generalidad, Alexy (1993) define los principios como mandatos de optimización, “que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo

¹⁴ Erich Lüth dirigió una invitación al público y al comercio cinematográfico de impedir la reproducción de las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, debido a que Harlan fue el más reconocido realizador de propaganda cinematográfica antisemita en el régimen nazi. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condenó a Lüth a frenar su invita citación frente a la película de Harlan, “Amada inmortal”, con fundamento en el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Alemán consideró que la invitación de Lüth se encontraba, en principio, protegido por la libertad de expresión.

depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (p.86). El autor se refiere con posibilidades jurídicas a los principios y reglas opuestos en determinada situación.

Ahora bien, según Alexy (1993), cuando dos principios colisionan en una situación particular, uno debe ceder al otro, no por cuestión de validez sino por cuestión de peso. Determinar de manera racional el peso de un derecho fundamental frente a otro en un caso particular es posible bajo un proceso de ponderación que se compone de tres etapas. Estas tres etapas han sido identificadas como subprincipios del principio de proporcionalidad.

La primera etapa corresponde al principio de adecuación o idoneidad. Con arreglo a este, el perjuicio de un derecho fundamental debe contribuir de modo alguno a la concreción del otro derecho fundamental, en una relación de medio-fin. De conformidad con Clérico y con Yi, citados por Bernal (2014), existen dos interpretaciones del subprincipio de adecuación que definen el grado de idoneidad del medio desde diferentes criterios. Desde una interpretación en sentido amplio, el medio solo es idóneo si cuenta con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la realización del fin. Desde una interpretación en sentido estricto, el medio es idóneo si tiene una relación positiva de cualquier naturaleza- eficacia, rapidez o seguridad-.

Bernal (2014) afirma que la doctrina mayoritaria acoge la interpretación en sentido estricto, argumentando que se debe entender que este subprincipio no exige el medio más idóneo, sino el que no carezca absolutamente de idoneidad. En primer lugar, señala Bernal (2014), que en la Constitución no se halla obligación alguna del legislador de elegir la medida más idónea para obtener sus fines, y, en segundo lugar, que una prematura declaración de constitucionalidad impide conocer motivos que se advierten solo en el examen de necesidad o de proporcionalidad en sentido estricto. En adición, Bernal (2014) considera que no es necesario verificar que en la práctica el

medio estudiado haya contribuido a lograr el objetivo, así como tampoco lo es asegurar el pleno cumplimiento de este; basta con contemplar la capacidad de facilitar la obtención parcial del fin.

La segunda etapa se conoce como subprincipio de necesidad y hace referencia al deber de elegir el medio menos lesivo para el derecho fundamental afectado. Clérico (2018), coincidiendo con otros autores, propone una estructura de tres elementos para realizar el examen de necesidad, siendo el primer elemento la existencia de más de un medio técnicamente adecuado; el segundo, la comparación de los medios en relación con el grado de idoneidad para la consecución del fin; y el tercero, la comparación de los mismos medios en cuanto a la intensidad de afectación del derecho fundamental. Según Bernal (2014), la elección de los medios alternativos para efectuar la comparación debe responder al criterio de “idoneidad equivalente”, que a su vez debe componerse de la mayor cantidad de variables posibles para reducir su cantidad.

Una vez concluido que un medio es idóneo y necesario bajo los criterios antes esbozados, en la siguiente etapa se debe determinar si este medio es proporcional en sentido estricto. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, el subprincipio de proporcionalidad estricta se compone de tres pasos: constatar el grado de afectación de un principio, comprobar la importancia de realización del otro y preguntarse si la realización del segundo justifica la afectación del primero (Alexy, 2009). La comparación de la magnitud de los derechos fundamentales en juego debe generar como resultado, para Bernal (2014), una relación de precedencia condicionada, en la que el peso de uno y otro derecho se establezca según la importancia material, el grado de afectación y el grado de realización.

En la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano, ante la colisión entre derechos fundamentales o principios constitucionales, se encuentra presente la importancia de definir criterios para su resolución en aplicación del principio de proporcionalidad. En la sentencia C-210

de 2007 la Corte Constitucional afirmó que la búsqueda de estos criterios no se traduce en una jerarquización de normas constitucionales, ni en la imposición de reglas absolutas. La finalidad de la Corte es definir criterios objetivos y verificables para analizar la constitucionalidad de la limitación a algún derecho fundamental. En esta búsqueda la Corte Constitucional ha recurrido al ejercicio de ponderación constituido por los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁵.

Ponderación en la determinación de las penas

Siendo las penas consecuencias jurídicas que implican la restricción de derechos fundamentales, en especial de la libertad de locomoción, su definición, aun cuando goza de un amplio margen de configuración legislativa, debe obedecer los límites constitucionales. Entre los límites constitucionales se encuentra el principio de proporcionalidad, que ha sido caracterizado en la doctrina penal como aquella correspondencia entre la sanción y la afectación al bien tutelado o entre la sanción y el grado de responsabilidad, en términos generales, que sea equivalente la gravedad de la pena a la gravedad del delito.

Otros autores han trasladado los juicios de ponderación al análisis de proporcionalidad de las penas, ubicando el grado afectación al bien jurídico o de responsabilidad en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, Fernández (2010) destaca tres razones a favor de la adopción de una concepción del principio de proporcionalidad en sentido amplio. La primera razón es la potencia discursiva, que surge de su amplio desarrollo en la jurisprudencia de tribunales constitucionales europeos. La segunda razón radica en el aglutinamiento y la sistematización de los límites del ius puniendi. Por último, Fernández (2010) considera que “...por primera vez, se otorga una efectiva virtualidad práctica a los límites del ius puniendi y, en especial, a los principios

¹⁵ Entre otras decisiones, Sentencia C-372 de 2011- Sentencia C-211/17: C-404 de 1998- Sentencia C-542/17: C-210 DE 2007: Sentencia C-648 de 2001 sentencia C-070 de 1996 C-007 DE 2018

de lesividad, ultima ratio, fragmentariedad, entre otros, en el control constitucional de las leyes penales” (p.67). Aunada a estos argumentos, la búsqueda de una justificación material de la pena encuentra asidero en el desarrollo consecutivos de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

En aras de comprender las razones aducidas, se debe partir del doble carácter del derecho penal frente a los derechos fundamentales, de lesión y de protección. La sanción penal constituye la restricción más drástica de la libertad de los individuos, a su vez, es la última herramienta a la que acude el Estado ante la afectación de derechos fundamentales.

Cuando se hace referencia a la afectación de los derechos fundamentales mediante la imposición de una pena, es imprescindible tener presente que no solo se lesionan los derechos que son objeto de la sanción, como la libertad de locomoción, existen otros derechos que son amenazados o perjudicados con la medida punitiva. Lopera (2005) formula tres categorías para estos derechos, ubicando en la primera aquellos que se ven afectados necesariamente, *verbi gratia*, los derechos políticos, los derechos a la intimidad personal y familiar, los derechos de reunión, de asociación, del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad de expresión¹⁶. La segunda categoría cobija los derechos fundamentales que se lesionan debido a las condiciones particulares en las que se ejecuta la sanción y que en principio no deben afectarse. A propósito, la Corte Constitucional declaró un “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, en las decisiones T-153 de 1998, T- 388 de 2013 y T-762 de 2015; además, en muchas otras decisiones la Corte ordenó el amparo de derechos fundamentales de personas privadas de su libertad. Estas declaraciones de inconstitucionalidad se fundamentan en las consecuencias sobre los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana, que generan el

¹⁶ Lopera (2005) cita la sentencia proferida por la Corte Constitucional, T- 153 de 1998, para ilustrar esta categoría de derechos fundamentales.

hacinamiento y las condiciones de insalubridad de los centros penitenciarios. En la terca categoría, Lopera (2005) hace alusión a las secuelas del reproche social contra la persona condenada, es decir, a la estigmatización que recae sobre ella y que puede persistir cuando ha culminado la pena formal.

Para iniciar el juicio de idoneidad, primera etapa de la ponderación de derechos fundamentales, el Estado debe contar un fin legítimo, que en el estadio del derecho penal no es otro que la protección de bienes jurídicos. En la doctrina este mandato se conoce como principio de lesividad. En aras de comprender el fin legítimo del derecho penal, es necesario hacer referencia al concepto de bien jurídico. El bien jurídico ha tenido diferentes definiciones enmarcadas en concepciones materiales y normativas, también denominadas metajurídicas (iusnaturalistas y socio-político criminales) y jurídico-positivas (Bustos, 1994).

Su origen es atribuido a Birnbaum, quien lo concibió desde una perspectiva naturalista, siendo el bien jurídico dado por la naturaleza y el desarrollo social, y reconocido por el Estado y el derecho; bajo esta idea el hombre era el bien supremo (Velásquez, 2002. P.49). Posteriormente, Binding consideró que el bien jurídico se hallaba en la norma jurídica, “entendiéndolo como todo aquello que a los ojos del legislador es de valor para el mantenimiento de la vida sana en de la comunidad” (Velázquez, 2002, p.49); bajo esta concepción el Estado era el bien principal. Regresando a una concepción material, Von Liszt afirmó que los bienes jurídicos son intereses de vida que nacen en las relaciones sociales, pero que son elegidos por el Derecho para ser protegidos (Puig, 1995). Siguiendo en una concepción material, los neokantianos hallaron el origen del bien jurídico en los valores culturales (Puig, 1995). Después del declive del bien jurídico, generado con la idea del delito como lesión al deber de la escuela nazi de Kiel, Welzel reivindicó el concepto de bien jurídico, definiéndolo como un estado social a través del que se protegen valores ético-sociales (Bustos, 1994).

En los últimos desarrollos han predominado las concepciones socio-político criminales. De un lado, desde una perspectiva funcionalista, Jakobs considera que el bien jurídico es “la validez fáctica de la norma, esto es, el bien jurídico penal reside en la garantía de las expectativas que el funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente, no admite condicionamiento...” (Bustos, 1994. P. 27). De otro lado, Roxin (1997) señala que la única fuente vinculante del bien jurídico en un Estado de derecho son los principios constitucionales, definiéndolo en las siguientes palabras:

...los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. (p.56)

Con independencia de la fuente del bien jurídico, un concepto legítimo en un Estado de derecho, siguiendo a Roxin (1997), debe evitar en la protección del derecho penal: 1. Conminaciones arbitrarias; 2. Finalidades puramente ideológicas; 3. Meras inmoralidades; 4. Preceptos que crean desigualdad entre los seres humanos; y, 5. Restricciones de la libertad de expresión.

Teniendo un fin legítimo determinado, en el juicio de idoneidad se debe analizar si la intervención del derecho penal es útil para proteger el bien jurídico pretendido. Puig (1995) concibe la utilidad del derecho penal en la capacidad de evitar delitos, aclarando que la eficacia de la pena no puede valorarse en los altos porcentajes de criminalidad, sino en los posibles triunfos,

esto es, en las personas que no han delinquido y lo hubieran hecho de no ser por la intimidación de la pena.

Ahora bien, en cuanto al juicio de necesidad en el derecho penal, se traduce en la idea de recurrir a su intervención en mínimas situaciones. Estas situaciones se delimitan a través de dos criterios, la subsidiariedad y la fragmentariedad. La subsidiariedad, también denominada *ultima ratio*, implica que antes de acudir a la imposición de una pena, se acudió a otros medios de control social menos lesivos y estos fracasaron. Por su parte, la fragmentariedad dictamina que la imposición de una pena no procede frente a todas las lesiones de bienes jurídicos, sino únicamente ante las lesiones de mayor significancia en la vida social. El juicio de necesidad es especialmente relevante en el derecho penal, puesto que es la afectación legítima de derechos fundamentales más peligrosa del Estado; la restricción desmedida de la libertad individual ha caracterizado a los regímenes totalitarios.

Contando con un fin legítimo y considerando la imposición de la pena útil y necesaria, el siguiente paso consiste en determinar el contenido de la pena, cuál es la pena proporcional *stricto sensu*. El primer criterio para dar respuesta es la dignidad humana, pilar constitucional que hace incompatibles con un Estado social y democrático de derecho la pena de muerte, la pena de prisión perpetua y toda aquella que implique tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por consiguiente, solo puede ser proporcional la pena de multa y la pena privativa de la libertad, siempre que se encuentre temporalmente limitada.

El límite temporal de la pena de prisión se define, siguiendo los lineamientos de ponderación de derechos fundamentales, de acuerdo con el grado de lesión del bien jurídico protegido. Este grado de afectación depende del desvalor social de la conducta (de qué manera se

atenta contra el bien jurídico) y de la escala de los bienes jurídicos (qué tan importante es el bien jurídico en relación con otros).

Se podría concebir esta postura meramente retribucionista, al no contemplar necesidades de prevención especial y de prevención general. Empero, la doctrina ha procurado conciliar los fines de la pena en su determinación en teorías como del margen de libertad (judicial) y del valor de empleo. Según Magariños (1993), conforme a la primera teoría “la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo...dicho marco constituiría para el juez un espacio de juego dentro del cual podría moverse para graduar la pena con mayor precisión, según necesidades preventivas” (p.74). En cuanto a la segunda, se explica que:

...mientras que a la culpabilidad le asigna la misión de decidir por sí sola la duración de la pena (determinación de la pena en sentido estricto), a la prevención le otorga el rol de orientar, por sí sola también, la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (determinación de la pena en sentido amplio). (Pp. 74-75)

De manera mayoritaria los doctrinantes han coincidido en que la ponderación entre tiempo de prisión y afectación del bien jurídico, va más allá de la retribución. Este contrapeso es la manifestación del principio de culpabilidad como límite del poder punitivo, bajo la idea de que el Estado no puede castigar con una pena que desborde el acto cometido. En consecuencia, los fines preventivos, si bien no quedan excluidos de la fundamentación de la pena, deben enmarcarse en los límites de la culpabilidad (Cfr. Roxin, citado por Magariños, 1992). Abandonar el grado de afectación de un derecho fundamental, como la libertad individual, solo en criterios preventivos, generaría una instrumentalización legalizada del ser humano.

Conclusión preliminar

El principio de proporcionalidad, particularmente el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, exige distinción entre las consecuencias jurídicas impuestas a autores y partícipes. La manera en que se atenta contra un bien jurídico no es igual cuando más de una persona interviene en el hecho lesivo. El desvalor social de los actos de autoría es distinto de los actos de participación, por consiguiente, el tipo de pena y la cantidad de pena a imponer varían.

En la doctrina se han desarrollado diferentes criterios para determinar quién es autor y quién es partícipe, criterios que no solo permiten atribuir responsabilidad penal por un hecho particular, también influyen en la punibilidad. El desvalor social de las acciones varía en las diferentes teorías sobre autoría, de manera que, la cercanía a la lesión del bien jurídico puede guiarse por aspectos objetivos y/o subjetivos. Empero, la legitimidad de estos criterios en un Estado social y democrático de derecho se define finalmente por su sujeción al principio de culpabilidad.

Concepto de autor

La autoría ha sido una de las figuras más discutidas en la dogmática penal. Estas discusiones han trascendido las apreciaciones teóricas, debido a su peso en la justicia material, al ser los criterios de autoría los que definen quién debe responder penalmente por determinado hecho. Cabe señalar que la conceptualización de autor conlleva su distinción con otras figuras de intervención, que han sido enmarcadas en la denominación de “participes”.

Los conceptos de autor se han desarrollado al interior de los diferentes esquemas del delito, y como lo indica Roxin (2000), han respondido a los giros metodológicos del pensamiento jurídico-penal. No obstante, es habitual hallar en la doctrina tres categorías para clasificar las definiciones de autoría, a saber, concepto unitario, concepto extensivo y concepto restrictivo. Esta categorización se basa en la aceptación o no de la distinción entre los intervinientes del delito y en la naturaleza de esta distinción.

Concepto unitario

En esta categoría se encuentran las teorías que niegan la distinción entre autores y partícipes, es decir que, para estas teorías cualquier persona que interviene en el delito es considerada autor de este, siendo prescindible hablar de vínculos de accesoriedad entre las responsabilidades individuales.

Es preciso manifestar que existen diferentes vínculos de accesoriedad. De un lado, se encuentra la accesoriedad cualitativa, “que supone hacer depender el hecho del partícipe de ciertas cualidades del hecho del autor principal (tipicidad y antijuridicidad en la accesoriedad limitada, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la accesoriedad estricta...)” (Díaz, 2014, p.108). De

otro lado, está la accesoriedad cuantitativa, que conlleva a que “sólo se castigue la actuación del partícipe cuando el autor ha llegado en su propia actuación a una fase de ejecución que se considera ya injusto...” (Díaz, 2014, p.122).

Dentro de los antecedentes más próximos, en el esquema clásico del delito se erigió por primera vez un concepto unitario de autor. La explicación del delito a través de los cursos causales de la naturaleza, implica reconocer que todas las acciones que produjeran el resultado lesivo son equivalentes -teoría de equivalencia de las condiciones-. Por consiguiente, siendo necesaria cada acción para producir el delito, cualquiera que realice una de estas *conditio sine qua non*, es considerado autor. En palabras de V. Litz, citado por Roxin (2000):

Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en este, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participa en la producción del resultado... (p. 24)

Siendo todos los intervinientes del delito valorados uniformemente en sus contribuciones, asalta la duda si la pena a imponer es la misma. Heimberger, citado por Díaz (2014), se refiere a la consecuencia en la punibilidad de la lógica causalista:

El autor, el coautor, el cómplice, el inductor, todos ellos colocan condiciones, todos ellos son por eso causas del resultado. Debido a su igual necesidad para el resultado, el legislador debe otorgarme el derecho de aplicarles el mismo marco penal a todos ellos como intervinientes en el mismo hecho. No me debe obligar a distinguir donde me falta la posibilidad de distinción. (p. 66)

Si bien el esquema clásico del delito está superado, Fernández (2012) considera que Jakobs, en su concepción funcional sistémica del delito, retorna a un concepto unitario de autor, aun cuando insistentemente toma distancia de nociones naturalistas.

Jakobs (1998) sitúa el fundamento de la responsabilidad penal en el quebrantamiento de un rol, que consiste en “un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes...” (p.26). Para este autor la lesión material de bienes jurídicos es un criterio meramente naturalista, que es deficiente para soportar la imputación de un injusto penal.

...la afirmación de que al menos el injusto realizado de propia mano es injusto propio, sigue conteniendo en cierta medida una capitulación frente a datos naturalistas. Por ellos, ha de formularse una pregunta radical, desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio? A la hora de emprender la búsqueda para encontrar una respuesta, en primer lugar, ha de asumirse que el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo, por ejemplo, el disparo del asesino sobre su víctima, por sí mismo no es más que un dato naturalista. (Jakobs, 1998, p. 80)

El ejemplo citado cobra relevancia para el derecho penal, según Jakobs (1998), si el disparo es “expresión de sentido de una persona competente”, es decir, si constituye el quebrantamiento de las expectativas normativas de determinada persona. Es menester indicar que, en su teoría, las expectativas normativas no se dirigen a una persona naturalísticamente concebida, sino a un destinatario, que puede ser también un colectivo (unión de varias personas).

Frente a la existencia de un colectivo, Jakobs (1998) señala que la imputación del injusto a cada una de las personas que lo conforman, se basa en la organización que tiene sentido para alcanzar consecuencias delictivas, no en las acciones particulares de cada cual. De lo que concluye que “no es la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio” (p. 81).

La lectura que hace Reyes (2007) de la teoría de Jakobs, podría refutar su categorización en el concepto unitario de autor. En primer lugar, Reyes (2007) justifica la idea de “acción colectiva” en una teoría de la imputación objetiva, argumentando que:

Si lo objetivo de la imputación objetiva (en un sentido normativo como el que aquí se expone), está dado por el análisis de que desde la perspectiva del Derecho penal se hace de la conducta de alguien en cuanto ser social (no como individuo), la configuración de este primer gran elemento de teoría del delito no debe variar por el simple hecho de que esta conducta objeto de valoración haya sido desarrollada conjuntamente por un número plural de personas; por el contrario, el hecho de que la imputación objetiva no evalúe conductas desde el punto de vista del individuo sino desde la perspectiva de un ser social, permite sostener de manera coherente que cuando se está en frente de una acción colectiva el juicio de imputación objetiva sigue siendo viable en el mismo sentido, esto es, como una valoración sobre la significación social del comportamiento y no sobre el aspecto individual del mismo. (pp.106-107)

Posteriormente, Reyes (2007) precisa que Jakobs no rechaza la existencia de un vínculo de accesoriedad cualitativa, sino que cambia su contenido, al explicar que “la responsabilidad de todos los intervinientes es accesorio respecto de la acción colectiva” (p.115). Este vínculo implica que la actuación individual sólo es penalmente relevante si la acción colectiva es considerada como

la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado. Inclusive, Jakobs (1998) recurre a la accesoriedad cuantitativa para sostener que:

El cómplice o el inductor, también el coautor que por su parte no ejecutan, sólo son punibles cuando, como suele formularse, el hecho principal entra en un estadio punible. Esta es la consecuencia de la doctrina aquí desarrollada según la cual la ejecución es propia de cada uno de los intervinientes. Por ello, un hecho, con independencia de que sea preparado y llevado a cabo por un solo autor o por varios, sólo pasa una vez- y no por separado para cada uno de los intervinientes –del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa... (p.82)

Al respecto, se debe puntualizar que la interpretación de estos vínculos de accesoriedad, evidentemente, no implica el reconocimiento de diferencias cualitativas entre autores y partícipes; por el contrario, reafirma que la responsabilidad de todos los intervinientes es igual. Entonces, la cuestión es cuál es la función de los aludidos vínculos de accesoriedad, si esta emerge de la necesidad de imputar un resultado típico a alguien, que, por sus acciones, en principio, no se adecuaba la descripción del delito. No se justifica hablar de vínculos de accesoriedad que dependen de una figura ficticia, sobre la que, además, no es posible predicar la responsabilidad penal, para imputar un resultado típico a un individuo que es responsable por hacerse parte de un grupo con sentido de consecuencias delictivas.

Reyes (2007) también clarifica que la teoría de Jakobs reconoce diferencias “cuantitativas” de los aportes, y que estas, aunque no alteran el fundamento de la responsabilidad colectiva, sí influyen en la determinación de la pena.

Sobre este aspecto, Díaz (2014) advierte que, tanto en autores causalistas (*verbi gratia*, en Heimberger) como en autores modernos, no se rechaza la idea de que en la individualización de la pena se reflejen características del aporte de cada interviniente. Interpretando a Kienapfel, Díaz (2014) señala que la negación de accesoriedad conlleva a que cada interviniente responda por su propio injusto y culpabilidad, no a que el injusto y la culpabilidad de todos sean iguales. De manera que, lo fundamental en un concepto unitario de autor es que todos los individuos que participan de un resultado típico responden de manera autónoma, cada cual, como autor, y no que la cuantía individual de la pena sea la misma en todos los autores.

Con todo lo anterior, se concluye que un concepto unitario de autoría les atribuye responsabilidad penal a todos los causantes del resultado típico bajo un mismo título, autores, sin atender características objetivas ni subjetivas del comportamiento individual. Esta responsabilidad tuvo en un primero momento un fundamento causal, empero, en una teoría normativista, en extremo funcionalista, se evidencia un postulado equivalente. En adición, se dice que la consecuencia inexcusable de considerar a todos los intervinientes como dueños del resultado, es la inexistencia de vínculos de accesoriedad cualitativos objetivos o subjetivos y cuantitativos.

Concepto extensivo

Un concepto extensivo de autor no se distancia del fundamento causalista, puesto que concibe, igualmente, que todo aquel que causa el resultado típico es autor. La distinción radica en que acoge criterios subjetivos, en algunas teorías, para justificar las distintas figuras de las normas positivas, teniendo las normas sobre participación como causas de disminución de la punibilidad. En palabras de Bustos y Hormazábal (1999):

Para estas teorías, la razón de que la ley establezca una respuesta penal diferente para el cómplice no significa que sea sustancialmente diferente al autor. Sólo son causas de restricción de la pena establecida por razones político-criminales por el legislador. (pp. 282-283)

Los criterios subjetivos más conocidos corresponden a las teorías del dolo y a la teoría del interés. En el primer grupo se encuentran las teorías que distinguen a autores y partícipes por la naturaleza de su voluntad, siendo la voluntad de los partícipes dependiente de la de los autores. Por su parte, la teoría del interés hace referencia al *animus auctoris* y al *animus socii*, siendo autores quienes actúan con interés propio en el hecho, y partícipes, de quienes no se predica este interés.

Las teorías de dolo se pueden observar en autores a lo largo del siglo XIX, como Watcher y Halschner, Janka, Schwartz, Nagler y v. Buri citados por Roxin (2000); quien destaca a v. Buri como el representante más influyente, debido a su injerencia en la jurisprudencia alemana, y refiere la idea central de su teoría en los siguientes términos:

Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad del autor y la dependencia de la del partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor. (p.74)

Así mismo, Roxin (2000) señala que un autor más reciente aboga por la teoría del dolo y la equipara con la teoría del domino del hecho. Se trata de Bockelmann, quien manifiesta que: “Lo que distingue el dominio del hecho del autor del del partícipe es precisamente la peculiaridad

psíquica que caracteriza a este, consistente en la subordinación de su dolo a una decisión del hecho ajena” (Citado por Roxin, 2000, p.73).

Sobre los autores de la teoría del interés, Roxin (2000) nombra a Feuerbach, Henke, Köstlin, Geib e incluso v. Buri. No obstante, la teoría del interés es especialmente conocida en virtud de dos casos de la jurisprudencia alemana, los denominados “caso de la bañera” y “caso del espía”.

En el caso de la bañera, se juzgó y condenó como cómplice a una mujer que, a solicitud de su hermana, mató de propia mano a un bebé recién nacido, considerando que la autora de la muerte era la madre del niño, por ser quien tenía un interés propio.

...dos hermanas solteras quedaron embarazadas en época similar, una de ellas perdió el bebé, pero al enterarse su padre que estaba embarazada, amenazó con expulsar a cualquiera de sus hijas de la casa si esa situación se volvía a presentar. La segunda hermana siguió adelante con su embarazo y, cuando dio a luz, con la ayuda de su hermana que ya había perdido el bebé, tomó la resolución que había que deshacerse del recién nacido. Para ello, rogó a su hermana que le quitara la vida al niño, petición a la que esta accedió ahogando al pequeño. (Arias, 2019, p. 30)

En el segundo caso, se juzgó y condenó en calidad de cómplice a un agente secreto que mató a dos agentes exiliados, siguiendo instrucciones del gobierno federal alemán, siendo las muertes interés de quienes encomendaron la misión.

Estos dos casos hacen ostensible el desconocimiento por parte de las teorías unitarias y extensivas de autoría del principio de culpabilidad, particularmente del derecho penal de acto y sus consecuencias en cuanto justicia material. Equiparar acciones que perceptiblemente son

distintas, diluye el objeto de responsabilidad penal del individuo, lo hace incierto, con la posibilidad de abarcar cualquier circunstancia.

Ahora bien, resulta menester aclarar que, un concepto extensivo no se caracteriza necesariamente por recurrir a criterios subjetivos para intentar explicar las diferenciaciones legislativas entre autores y partícipes. Desde criterios objetivos se ha tenido igual propósito. Por ejemplo, Mezger contemplaba con un fundamento causalista, limitado por la causalidad adecuada, que, en principio, todos son autores por la equivalencia causal de sus acciones, salvo que la ley establezca que cierta acción deba ser responsabilizada bajo una figura distinta a la autoría. A juicio de Mezger, “aquel que ha causado mediante su acción el tipo penal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio” (citado por Díaz, 2014, p. 246)

En últimas, el carácter extensivo tiene su razón de ser en la interpretación de los tipos penales. Si se entiende que cualquier persona que influye en el resultado típico es autor, se extiende la interpretación de la descripción típica. En cambio, si se piensa que sólo pueden incurrir en el resultado lesivo ciertos sujetos por determinadas características de sus acciones, se infiere que el concepto de autor es estrecho, restrictivo; siendo necesario acudir a amplificadores del tipo, como lo son las cláusulas de participación, para que puedan ser penadas acciones secundarias.

Concepto restrictivo

Un concepto restrictivo de autor definitivamente toma distancia de la equivalencia de aportes en la realización del delito, diferenciando a autores de partícipes por la materialidad de sus aportes y la sujeción de estos a la descripción típica. Algunas teorías se basan en criterios objetivo-formales y otras en criterios objetivo-materiales. Retomando la última idea formulada en el acápite

anterior, cabe citar a Díaz (2014), en relación con el postulado principal de un concepto restrictivo de autor:

...no todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, sino sólo algunos de ellos. Gracias a la existencia de preceptos que castigan expresamente otras formas de intervención, pueden estas entrar en el campo de lo punible; por tanto, los preceptos sobre participación en sentido estricto son causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio), son causas de extensión de lo típico, pero que tienen unas características especiales frente a las figuras de autoría que se derivan de los tipos penales de la parte especial: la sumisión al principio de accesoriedad... (p.356)

Las teorías objetivo-formales son aquellas que conciben como autor a quien realiza por sí mismo, total o parcialmente, la acción descrita en el tipo penal. Su auge en la doctrina alemana se remonta entre las décadas de 1910 y de 1930, aunque en el siglo XIX ya contaba con defensores. Entre los primeros representantes más reconocidos de estas teorías se encuentran Beling, Max Ernst Mayer y Liszt (Cfr. Roxin, 2000).

Díaz (2014) precisa que el verdadero fundamento de este concepto de autor es la adecuación a la ley, aunque parezca elemental. Sin embargo, también aduce dos fundamentos que trascienden la mera sujeción a la ley, a saber, el argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad y el argumento del lenguaje común o concepciones populares.

Sobre la mayor reprochabilidad, los defensores del concepto objetivo-formal señalan que es autor quien realiza acciones ejecutivas, toda vez que estas acciones son más peligrosas, más graves, expresan un mayor grado de energía criminal. Frente a este fundamento, Díaz (2014) precisa que más que hablar de peligrosidad, se trata de merecimiento y necesidad de la pena; y que estos criterios pueden justificarse en que es el sujeto que realiza acciones ejecutivas quien contraría

directamente el mandato del legislador, o en que se encuentra más próximo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es decir que, “supone una cercanía tan grande al hecho que el legislador quiere evitar ...que hace que la posibilidad de que el acontecimiento tenga lugar se convierta en algo mucho menos remoto que en el momento anterior a emprender dicha acción”(Díaz, 2014, p.393).

En cuanto al lenguaje común, los defensores de las teorías objetivo-formales argumentan que el contenido literal de las descripciones típicas se identifica con el lenguaje ordinario, siendo claras cuáles son las acciones punibles. De igual forma, afirman que las acciones ejecutivas coinciden con la concepción popular de autoría. Al respecto, con razón, Díaz (2014) refuta que:

El lenguaje común carece de precisión suficiente como para delimitar formalmente las distintas figuras de intervención en un hecho y, desde luego, los criterios valorativos populares o sociales de los fenómenos de intervención no coinciden necesariamente con los empleados por el Derecho, menos quizá en este tema que en otros, pues tales valoraciones se fijan sobre todo en lo reprochable o perverso de la conducta, más que en cuestiones técnicas sobre si la responsabilidad de un sujeto debe ser autónoma o accesoria, pues en esta cuestión juegan más bien componente de alto contenido jurídico (principio de garantía, delimitación de la tipicidad, etc.) ... (p.398)

Con independencia de lo discutible de los pretendidos fundamentos, la definición objetivo-formal de autor brinda un parámetro racional de restricción de los tipos penales, solucionando, en principio, la ambigüedad generada por los conceptos unitarios y extensivos. A pesar de ello, este concepto no es suficiente para abarcar todos escenarios de autoría, crítica en la que concuerdan varios doctrinantes; en una teoría objetivo-formal sobre autor no hay cabida para la autoría mediata, y difícilmente se explica la coautoría.

Por su parte, las teorías objetivo-materiales contemplan como autor, tanto a quien realiza la conducta típica, como a quien actúa de manera causal e indispensable para la realización del resultado típico. La primera manifestación de este concepto en la doctrina alemana, se encuentra en Feuerbach y en Birkmeyer, quienes partieron de fundamentos causales para sostener que “el autor es causa en tanto que el cómplice solamente es condición del resultado típico” (Fernández, 2012, p.806).

Otros autores también recurrieron a fundamentos causales para concebir los aportes de los partícipes como no necesarios. Por ejemplo, según Baumgarten, cómplice es “aquel que, omitiendo su acción, sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido, en cuanto a momento y circunstancia de detalle, tal como se cometió” (Baumgarten, 1916, como se citó en Roxin, 2000, p.59). Así mismo se observa en Liepmann:

...su comportamiento no es decisivo para el resultado, de manera que eliminando su actividad simultáneamente decayera a la vez algún elemento del tipo delictivo, sino que simplemente propicia en el sentido de que por medio de él se aumenta la posibilidad de que otros cometan. (Liepmann, 1900, como se citó en Roxin, 2000, p.59)

De igual modo, en las teorías objetivo-materiales se desarrollaron conceptos de autor con un fundamento distinto al causalista. En este sentido, se encuentra la teoría de la simultaneidad, que distingue entre participación previa, simultánea y posterior. Fue acuñada en el Derecho italiano medieval y acogida, principalmente, por el Derecho angloamericano. En la doctrina alemana, aunque no aplicada en su totalidad, se recurre a elementos temporales para limitar los aportes de coautores y partícipes. Tal es el caso de Gallas en un concepto de dominio del hecho: “No basta la participación en el planteamiento o preparación del hecho. El coautor debe, más bien, tomar parte también en el ejercicio del dominio del hecho” (Roxin, 2000, pp. 63-64).

De otro lado, alejándose de un concepto estructurado, muy delimitado, y abogando por la atención a las circunstancias concretas de cada caso, se encuentra el criterio de la supremacía del autor; identificado en Dahm y Richard Schmidt. Roxin (2000) explica la teoría de Dahm, denominada “objetiva popular”, en los siguientes términos:

Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular, se presenta como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento en las mismas circunstancias aparece como subordinado. (Roxin, 2000, pp.69-70)

Finalmente, en las teorías objetivo-materiales se enmarca la teoría del dominio del hecho, que es hoy en día la más aceptada y desarrollada en la doctrina y en la jurisprudencia, al menos en los delitos comunes y dolosos. El origen de la teoría del dominio del hecho, como teoría diferenciadora de autores y partícipes, se remonta mayoritariamente a Welzel; sin embargo, Díaz (2014) y Roxin (2000) coinciden en que el primer postulado se encuentra en Lobe, quien, en su crítica a la teoría subjetiva de la jurisprudencia alemana, manifestó:

Lo esencial para la autoría no es sin embargo sólo la presencia de una voluntad del contenido, querer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe además también 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. Sólo cuando en realidad también sucede esto puede hablarse de una actividad propia y de una voluntad de cometer el hecho “como propio”. Quien sea autor se determina, por esto, según estas dos características subjetivo-objetivas. Subjetivamente: la representación que acompaña a la voluntad y le da su dirección se orienta a producir el resultado; objetivamente: la acción

derivada de la voluntad debe ser realmente dominada y guiada en su ejecución por la voluntad. Así se hace posible también una delimitación suficiente de la participación respecto de la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva tendente a la producción del resultado. (Díaz, 2014, pp.476-477)

La teoría de Welzel, a diferencia de la de Lobe, tuvo mayor reconocimiento. La primera referencia se ubica en 1939, en la obra que desarrolla el concepto de autor desde su teoría final de acción, en los siguientes términos:

Lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, de que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad, le pertenece específicamente como obra propia. En ello es indiferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si este es la realización con consciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho. El criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho. (Citado en Díaz, 2014, pp.477-478)

En las palabras de Welzel es ostensible la importancia de criterios subjetivos, al punto de ser considerada su teoría como una evolución de la teoría del dolo (Cfr. Roxin, 2000). Esta importancia tiene razón de ser en el concepto de acción final, sin que ello implique que la distinción entre autores y partícipes se determine netamente por criterios subjetivos. Roxin (2000) recurre a

las precisiones que hace el autor sobre inducción y autoría mediata, para demostrar con claridad la preponderancia del aspecto objetivo:

La autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor. (p.90)

Siguiendo con otros representantes de la teoría del dominio del hecho, se expone a Maurach, que, también partiendo de la teoría final de acción, define dominio del hecho como “el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico. Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o hacer continuar, a su albedrío, la realización del resultado total...” (Citado por Roxin, 2000, p.91). A diferencia de Welzel, Maurach admite la existencia de autoría mediata en el sujeto de atrás, aun cuando el sujeto que ejecuta la conducta actúa dolosa y culpablemente. Consideración que merece discusión, como lo señala Roxin (2000), debido a que el autor no explica claramente de qué manera pueden ambos simultáneamente tener el dominio del curso del hecho.

Gallas es otro representante de la teoría del dominio del hecho. Este autor toma como punto de partida la teoría objetivo-formal y la perfecciona con el concepto final de acción. En un primer momento, explica la autoría de modo distinto en los delitos de mera actividad y en los delitos de resultado. Manifestando frente a los primeros que “autoría y participación no pueden distinguirse en tanto que aportaciones causales al resultado, pero sí como acciones de distinto contenido de sentido” (Citado por Roxin, 2000, p. 93). Posteriormente, desdibuja esta distinción considerando que tanto delitos de resultado como de mera actividad pueden ejecutarse bajo la idea de dominio del hecho; idea consistente en que una acción de sustracción (de autor) también se puede atribuir a quien origina un desplazamiento posesorio, aunque no de propia mano, siempre que tenga

dominio del hecho. Postulado que se puede ejemplificar con las consideraciones sobre el jefe de la banda:

Ciertamente él no pone manos a la obra; pero su presencia y función directiva están tan vinculadas al hacer de los compinches, y son tan decisivas a tal efecto, que también él contribuye a dominar el hecho, apareciendo por eso como co-perpetrador en la acción de sustraer. (Citado por Roxin, 2000, p.94)

El sentido normativo del dominio del hecho, defendido por Gallas, se observa de manera clara en la negación de punibilidad sobre el autor detrás del autor:

El dominio del hecho por medio de la utilización de otro como instrumento debería hallar su límite allí donde el Derecho considera el hacer del que actúa directamente como libre y, por tanto, fundamentador de responsabilidad personal, puesto que, medido por el baremo de esta orientación de valores, un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominado por otro, es decir, como no libre. (Citado en Roxin, 2000, p.95)

Por último, sin dejar de advertir que existen muchos otros doctrinantes alemanes, españoles e, inclusive, colombianos, que han usado el criterio de dominio del hecho para formular sus conceptos de autoría, se hará referencia a Roxin. Este autor ha sido de los más difundidos, estudiados y criticados por la doctrina.

Roxin (2000) inicia sus consideraciones con la estructura que debe tener un concepto de autor para evitar definiciones alejadas de la realidad y que generen inseguridad jurídica. Entre un concepto incierto, característico de las teorías unitarias y extensivas, y un concepto muy restringido, incapaz de explicar todas las formas de intervención que puedan presentarse, Roxin

propone un concepto abierto. La apertura del concepto se traduce en la existencia de un procedimiento descriptivo que permita construcciones particulares.

...el concepto abierto, tal como se entiende aquí, se caracteriza porque la descripción, ciertamente, por una parte, delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, porque, allí donde lo imprescindible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. (p.148)

Con el propósito de formular un concepto abierto, Roxin (2000) define al autor como la figura central del acontecer delictivo, pero estima que es necesario desarrollar esta definición en cada una de las formas de intervención, agrupándolas en tres categorías autoría única, autoría mediata y coautoría, por las siguientes razones metodológicas.

En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con estos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional). (p.149)

Del análisis de los tres tipos de autoría, Roxin (2000) concluye que un sujeto es autor cuando: (i) Realiza la acción típica personalmente; (ii) hace que otro ejecute el hecho, siendo el otro, jurídicamente, no libre, “o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su

comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una máquina de poder organizada” (p.337); y (iii) lleva a cabo un aporte al hecho, funcionalmente significativo y en fase ejecutiva.

Además de ser un concepto abierto, para Roxin (2000) la definición de dominio del hecho no puede ser únicamente ontológica, ni meramente teleológica. Pese a que el punto de partida de su construcción es la acción final y a que contiene elementos ónticos, como “dominio”, muchos otros elementos de todos los tipos de autoría requieren de una interpretación limitada por la valoración jurídica.

La verificación de la autoría mediata y de la coautoría, que se basan respectivamente en la dirección configuradora de sentido del curso causal y en la dependencia funcional, requieren un acto de intelección espiritual. E incluso en la autoría simple sólo es posible hablar de un criterio descriptivo en la medida en que los tipos se compongan de elementos perceptibles sensorialmente. (p.353)

Ahora bien, pese al minucioso trabajo de Roxin, el enunciar su teoría como un concepto abierto ha suscitado críticas equiparables a las de los conceptos unitarios y extensivos. En este sentido, Fernández (2012) expresa:

El variopinto concepto roxiniano de dominio del hecho no responde a un contenido general y preciso, como se ha dicho ya, sino que se presenta en varias manifestaciones o concreciones y el mismo Roxin lo propone como “concepto abierto”. Desde luego esto lo torna valorativamente inseguro y jurídicamente acomodaticio o por menos intuitivo en buena medida, aunque “dominio” quiere decir señorío, control y pertenencia y la expresión “del hecho” remite al acontecer fáctico. En cualquier caso “abrir” los conceptos del tipo o de la

imputación es burlar flagrantemente el principio de estricta legalidad penal, propiciando la analogía *in malam partem*, porque todo elemento incierto o indeterminado del tipo solo puede usarse por libre creación o valoración del intérprete. (p.834)

Al respecto cabe señalar que, justamente Roxin, previendo las consecuencias de inseguridad jurídica y de resultados irracionales de las teorías que lo precedieron, pretende construir una estructura metodológica para identificar los elementos orientativos, como él los denomina “principios regulativos”, que resultan comunes a los tipos de autoría.

Roxin parte de la idea de que la autoría no puede predicarse únicamente de la descripción normativa, ni puramente de la descripción causal (final), razón por la que es premeditado llenar de contenido el ser la figura central, sin pasar antes por un proceso inductivo. En efecto, Roxin termina por indicar criterios claros y estables para que saber quién es autor cuando actúa solo y cuando actúa con otros.

En consecuencia, la crítica sobre la teoría del dominio del hecho de Roxin es más útil si versa sobre las consecuencias de los principios regulativos particulares, más que sobre la referencia a un concepto abierto. Por ejemplo, no parece existir discrepancia frente al dominio de acción, propia de la realización del delito en cabeza de un solo individuo. Por el contrario, el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, ha recibido innumerables cuestionamientos.

Conclusión preliminar

En primer lugar, un concepto unitario-causal de autor, si bien atribuye responsabilidad individual de acuerdo a la intervención en la generación de un resultado típico, desconoce que todos los actos no son igualmente lesivos, haciendo de la pena una respuesta desproporcional. Pese a que defensores del concepto unitario admitan la remisión a criterios particulares para la

individualización de la pena, el marco punitivo para la determinación individual es igual en todos los autores. Es más, desde una concepción causalista extrema, un concepto de autor con el que cualquiera que cae en un curso causal es responsabilizado penalmente, haría imposible la vida en sociedad.

No siendo sólo problema de la causalidad, en el concepto de autor del funcionalismo sistémico radical se desfigura el derecho penal de acto, al ser responsabilizado cada individuo por su pertenencia un grupo con sentido de consecuencias delictivas, sin consideración alguna sobre sus aportes particulares.

En segundo lugar, un concepto extensivo, al concebir materialmente equivalentes a todos los intervinientes en el delito, incurre en los mismos defectos de un concepto unitario. Ahora, buscar criterios diferenciadores en elementos subjetivos, además de su dificultad probatoria, ocasiona consecuencias contrarias a la justicia material, como se evidencia en la jurisprudencia alemana.

En tercer lugar, un concepto restrictivo, además de proporcionar seguridad jurídica, en principio se ajusta al derecho penal de acto, al reconocer que la responsabilidad individual varía según la acción particular y que no toda acción es igualmente lesiva. Adicionalmente, se considera que, entre las teorías restrictivas, las del dominio del hecho conjugan más criterios (objetivos, subjetivos, normativos, causales) que evitan lagunas conceptuales. Esta apreciación no supone que todas las construcciones de dominio del hecho se ajustan a los principios de culpabilidad y proporcionalidad; tal como sucede con el contenido del aporte esencial en la coautoría, que merece la atención del siguiente capítulo.

Aporte moral en la coautoría

La realización de una conducta típica por un solo individuo no ha acarreado mayor dificultad en la doctrina, ni en la jurisprudencia. No se discute su responsabilidad a título de autor si es quien ejecuta la acción descrita en el tipo. Las dudas sobresaltan cuando más de un individuo ha intervenido en la realización de un delito -a título de qué responde cada individuo y por qué-.

Hasta el momento se ha dicho que una solución compatible con los postulados de una Estado social y democrático de Derecho, es aquella que inicia con la diferencia entre autores y partícipes, en virtud de las acciones individuales. Siendo el siguiente aspecto por resolver, la identificación de los criterios que indican quién es autor y quién es partícipe.

En esta segunda tarea, la teoría del dominio del hecho concibe como una característica imprescindible de los coautores presentar un aporte esencial en la ejecución del delito. Al ser aún vaga la expresión “aporte esencial”, la Corte Suprema de Justicia (colombiana) en el año 2003 planteó que un aporte esencial, no sólo es material, también puede ser de carácter moral. Planteamiento que seis años más tarde se modificó.

Dicho esto, cabe anunciar que se pretende en el presente análisis tomar como objeto de estudio el aporte moral en la coautoría, extraído de las decisiones enunciadas, así como, ubicarlo en un referente teórico y someterlo al baremo de los principios materiales de culpabilidad y proporcionalidad.

El aporte moral en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia

El 21 de agosto de 2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso extraordinario de casación, con radicación número 19213, promovido por la defensora

del Luis Francisco Betancur Celis, quien fue declarado penalmente responsable por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, como coautor del concurso de delitos de homicidio agravado y tentativa de hurto calificado agravado. Luis Francisco Betancur Celis fue condenado a la pena principal de 34 años y 4 meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 20 años, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, sin derecho a la condena de ejecución condicional. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. El fundamento fáctico de la responsabilidad penal de Luis Francisco Betancur Celis, en palabras de la Corte, consistió en:

Cuatro personas –Francisco Betancur Celis, conocido como “Milton” o “Clinton”; El “Chaqueto”; John Fredy y César Augusto Mendoza Mendoza- provenientes de Florencia y más cercanamente de Armenia, carecían de dinero. Por ello, y porque dos de ellas portaban armas de fuego, acordaron “atracar” un taxi. Pidieron una carrera al conducido por el señor Madrid Álvarez, y avanzado un terreno, en un sector boscoso, le dijeron que les entregara la plata que llevara. Como no se logró, uno de los tres que se habían acomodado atrás le disparó, el vehículo perdió su ruta, los cuatro ocupantes de inmediato se apearon y otro abrió fuego a la parte trasera del automotor. Cada uno se fue por su lado –se “abrieron”- y, posteriormente, dos de ellos fueron aprehendidos por la policía.

La defensora de Luis Francisco Betancur Celis formuló el cargo de violación directa por aplicación indebida del artículo 29 de la ley 599 de 2000, argumentando que su defendido no desplegó comportamiento alguno, pese a que conocía el plan de sus compañeros, siendo nulo su aporte en la ejecución del hecho delictivo.

En sus consideraciones, la Corte aclara que, aunque los hechos ocurrieron en vigencia del decreto ley 100 de 1980, de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, la figura de la coautoría

en la ley 599 de 2000 presenta iguales requisitos, a saber, acuerdo y decisión plural, y aporte importante durante la ejecución del delito. Con el propósito de explicar estos requisitos, la Corte los abordó clasificándolos en una fase subjetiva y una fase objetiva, encontrándose dentro de la última “el co-dominio funcional del hecho”; co-dominio que consiste en que todos los individuos “se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos”. Sobre el comportamiento esencial, la Corte precisó:

Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que, si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral – “espiritual”-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

Es finalmente con la apreciación del aporte moral que la Corte concluyó que Luis Francisco Betancur Celis, sin lugar a dudas, era coautor, tal como fue declarado por los juzgadores de primera y segunda instancia. Aunque no de manera pormenorizada, la Corte señaló sobre el aporte en la ejecución de Luis Francisco Betancur Celis, que:

Por eso tiene toda la razón el Tribunal cuando, repítase, afirma:

“En el caso subjudice el fin primordial de los implicados era el apoderamiento del dinero que llevaba consigo el conductor del vehículo. En esa tarea debían cumplirse varias funciones como el amedrentamiento, la intimidación, la misma apropiación de la plata, la vigilancia de las reacciones de la víctima u otras personas que de manera circunstancial lleguen al área, y la huida con el propósito del ilícito”.

Esta descripción sobre los elementos de la coautoría fue reiterada, sin aclaración o modificación alguna, en más de una decisión¹⁷ de la Corte Suprema de Justicia. Empero, en la sentencia de casación proferida el 02 de septiembre de 2009, en el proceso con radicación número 29221, la Corte consideró necesario precisar las definiciones consagradas en la mencionada decisión, en virtud de los desarrollos dogmáticos citados previamente. En cuanto a la naturaleza del aporte, puntualizó:

Para la configuración del instituto se requiere en los términos inequívocos del artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, que el aporte objetivo o material (pues no se puede hablar de coautoría por contribución moral o meramente espiritual) sea esencial, valga decir, necesario para la realización del hecho.

Más allá de afirmar que un aporte esencial no puede ser moral o meramente espiritual, la Corte no lo explica. Aun cuando indica que recurre a desarrollos doctrinales para precisar la línea jurisprudencial de la coautoría, no profundiza en los argumentos particulares para descartar de plano el carácter moral o espiritual. Tampoco de la solución de los hechos estudiados en la

¹⁷ La referencia a este precedente se puede encontrar en decisiones como: Sentencia del 08 de julio de 2009, en proceso con radicación 31085; sentencia del 25 de marzo de 2004, en proceso con radicación 18308; sentencia del 05 de diciembre de 2007, en proceso con radicación 26753; sentencia del 09 de agosto de 2010, en proceso con radicación 31748; sentencia del 26 de octubre de 2006, en proceso con radicación 22733; sentencia del 14 de octubre de 2009, en proceso con radicación 26266; y sentencia del 24 de julio de 2007, en proceso con radicación 33507.

sentencia, es posible extraer motivo alguno para hacer esta afirmación, toda vez que, la resolución del caso se centra en el momento del *iter criminis* en el que se realizó el aporte.

En efecto, el Tribunal de manera errónea adecuó la conducta de Paula Andrea Calle Piedrahita al instituto impugnado, pues de acuerdo con lo fáctico allegado a la investigación y reconocido por el *ad quem* se observa que ella entró en escena en tiempos posteriores a los de la consumación de los delitos de secuestro extorsivo y hurto agravado calificado.

Se advierte que esa sola circunstancia, sin entrar al análisis acerca de si el aporte de ella fue de importancia o no, la pone fuera de los alcances del co-dominio funcional de esas conductas punibles y la ubica en una actitud de complicidad...

No obstante, lo que interesa de estas decisiones es el objeto de controversia. Por consiguiente, sin restarle importancia, el análisis no se detendrá en el efecto vinculante de las providencias citadas, más que para recordar que, finalmente, por medio de las decisiones judiciales toman relevancia las reflexiones teóricas, haciéndose evidentes sus consecuencias en términos de justicia material.

Correspondencia teórica del aporte moral

La teoría del dominio del hecho en la legislación colombiana

La primera paso para ubicar el aporte moral en un referente teórico, es determinar si la legislación colombiana se adscribe a una teoría de autor, bien sea de manera expresa o por vía de interpretación jurisprudencial. Del código penal actual (ley 599 de 2000), la primera característica que se advierte es la adopción de un concepto restrictivo, debido a las disposiciones que dedica para diferenciar cualitativamente a los intervinientes del delito y el marco punitivo que designa a cada uno. Fernández (2012) lo afirma con algunos matices.

El Código actual se caracteriza en el t3pico por las siguientes notas:

- a) Establece una diferencia cualitativa o conceptual entre autores y part3cipes, mentando las diversas modalidades de unos y otros;
- b) Del autor asume un concepto que, aunque restrictivo en sentido t3cnico – porque no subsume las formas accesorias de participaci3n-, resultada bastante amplio porque incluye a los autores directos, inmediatos o de propia mano, a los autores mediatos, a los coautores y a los que actúan en lugar de otro ...

De las descripciones de cada categor3a de autor, especialmente de la coautor3a, se observa la superaci3n de elementos netamente normativos (objetivo-formales) y la hibridaci3n entre elementos objetivos y subjetivos, caracter3sticas propias de la teor3a del dominio del hecho. D3az (2004) coincide con esta idea, pero concibe la construcci3n del c3digo insuficiente.

Da la impresi3n de que el legislador colombiano ha optado por plasmar (o, mejor, intentar plasmar) una concepci3n de la coautor3a coincidente con la que sustenta un sector, no el m3s exigente, por cierto, de los defensores de la teor3a del dominio del hecho. Pues parece conformarse con el acuerdo con divisi3n del trabajo y una cierta importancia en la contribuci3n (no se seala cu3l, ni siquiera por aproximaci3n o a modo de ejemplo), lo que los defensores del dominio del hecho (o, al menos, los m3s precisos de ellos) suelen caracterizar como esencialidad de la contribuci3n. Desde una perspectiva algo m3s restrictiva, que, en principio, no parece haber adoptado el legislador colombiano,

Roxin y quienes le han seguido (por cierto, todos los defensores espaol3s de la teor3a del dominio del hecho) exigen para la coautor3a un dominio funcional del hecho, que aade a los requisitos sealamados uno m3s: que la aportaci3n del coautor se realice en fase ejecutiva. (D3az, 2004, p. 22)

La definición insuficiente del código sobre los requisitos de la coautoría explica la concreción del contenido en conceptos como el aporte moral. Sin embargo, la estructura pretendida por el actual código es un paso evolutivo en relación con la legislación anterior. La descripción escueta del código penal de 1980 suscitó disimiles interpretaciones jurisprudenciales desde la teoría objetivo-formal, e inclusive, con elementos de teorías subjetivas. Estas elecciones doctrinales tienen su razón de ser en los esquemas del delito acogidos en ese entonces.

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. (Hernández, 2008, p. 7)

En la jurisprudencia colombiana sobresale un caso paradigmático, como se destacan en Alemania los casos de la bañera y del agente secreto, debido al resultado desproporcional en la atribución de responsabilidad, derivado de la preponderancia de elementos subjetivos. Se trata del denominado caso del campanero. En sentencia del 10 de mayo de 1991, la Corte resolvió no casar la decisión de segunda instancia, en la que se declaró responsable a título de autor, a una mujer que distrajo la atención del personal de seguridad en un asalto bancario. La mayoría de los magistrados coincidieron en asegurar que “todas las actividades dimanantes del plan común de los

copartícipes se integraban a la autoría y eran imputables a tal título, cualquiera fuese el acto de intervención” (Urbano, 2004, p. 10). Tan sólo tres magistrados se apartaron de la decisión mayoritaria, sosteniendo que para ostentar la calidad de coautor se “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” (Hernández, 2008, p. 6).

El salvamento de voto de los tres magistrados es de las primeras referencias de la jurisprudencia colombiana a la teoría del dominio del hecho. Con la expedición del código de 2000 las referencias se hicieron más frecuentes, aunque con evidentes rezagos de las teorías subjetivas.

Elementos de la coautoría en la teoría del dominio del hecho

Al ser clara la pretensión del legislador del 2000 de definir los elementos de la coautoría bajo los criterios de la teoría del dominio del hecho, se procede a estudiar las definiciones que la doctrina ha brindado sobre estos.

Roxin explica la coautoría a partir del concepto de dominio funcional del hecho, entendido como el dominio conjunto del acontecimiento a través de la división de tareas esenciales en la ejecución. Ante apreciaciones críticas, como la de Shcroder (citado por Roxin, 2000), que afirma que el coautor tiene únicamente dominio sobre su aportación y no sobre el hecho global, Roxin (2000) justifica el dominio funcional en los siguientes términos:

Lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho como se señala en las posturas de Lange y Sax [autores que conciben la coautoría como una forma de autoría mediata]; pero tampoco ejerce un

dominio parcial, como opina Shroder, sino que el dominio completo reside en manos de varios, de manera que estos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. (pp. 307-308)

Para que exista un dominio conjunto del hecho delictivo, la doctrina ha sido pacífica en señalar que deben concurrir los siguientes elementos: Un plan común, en el que se divide la comisión del delito, y una contribución esencial en fase ejecutiva. Las discusiones se han suscitado, particularmente, en el contenido de la contribución.

Existencia de un plan común. Ningún doctrinante, ni juzgador ha rechazado que es necesario un nexo subjetivo entre los intervinientes para que el dominio sea conjunto. Este nexo subjetivo es el acuerdo de voluntades que recae sobre la ejecución del hecho y sus consecuencias, y que resulta indispensable para que “las acciones no sean simplemente coincidentes sino debidamente coordinadas que impliquen direccionamiento a la realización del delito como objetivo común” (Hernández, 2004). Lo que, por supuesto, excluye de la coautoría la denominada autoría accesoria¹⁸.

El acuerdo de voluntades también constituye un límite en la imputación del resultado, puesto que evita que se les imputen los excesos, no previstos en la división de funciones, de uno de los intervinientes a los demás, garantizando en esta medida el principio de culpabilidad-proscripción de responsabilidad objetiva-. No obstante, la existencia de un acuerdo de voluntades no implica que se encuentren completamente definidos todos los detalles del plan, en consecuencia, el límite de la imputación se encuentra en aquellos resultados comprendidos al menos en términos de dolo eventual del coautor (Roxin, 2000). Tampoco exige “el conocimiento

¹⁸ La autoría accesoria se presenta cuando varias personas, sin tener conocimiento sobre las otras, contribuyen a la ejecución del resultado típico, es decir, que actúan de manera accidental o coincidente.

personal de todos los intervinientes, lo importante es que se sepa que el trabajo se ha repartido y que otra u otras personas se encargarán de cumplir las demás tareas...” (Hernández, 2004, p. 4).

Pese a que el acuerdo o plan común es necesario, no es suficiente para distinguir la coautoría de la complicidad. Atribuirle responsabilidad como coautor a un interviniente en el delito, con base exclusivamente o preponderantemente por acogerse al plan común, dirige la solución hacia las concepciones subjetivas extensivas de la autoría.

En cuanto a las características del acuerdo, este puede ser previo o concomitante con la ejecución, expreso o tácito. Por ejemplo, en los casos de coautoría sucesiva, en la que un individuo se suma a la ejecución del hecho ya iniciado, con una contribución esencial.

Contribución esencial en fase ejecutiva. A diferencia del plan común, el significado de “contribución esencial” ha suscitado diversas controversias doctrinales. Sin embargo, de estas discusiones se extraen dos alternativas para definir su contenido: (i) que la contribución se realice en fase ejecutiva y que sea indispensable para generar el resultado típico, o (ii) que la contribución consista en ejecutar acciones típicas¹⁹.

La primera alternativa fue formulada por Roxin (2000), al indicar que “es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido” (pp.310-311).

¹⁹ En relación con estas alternativas, es necesario clarificar que en la jurisprudencia Colombiana se encuentra la distinción entre coautoría propia y coautoría impropia. La primera se configura cuando varias personas, aún con división del trabajo, ejecutan todas acciones descritas en el tipo penal. La segunda, cuando, en virtud de la división del trabajo, algunas personas realizan acciones no típicas, ni ejecutivas. Esta distinción no ha estado contemplada en la legislación y amplía mucho más el concepto de autor.

Cabe puntualizar que, en otros autores alemanes representativos de la teoría del dominio del hecho, como Welzel y Maurach, no se observa la exigencia de que la contribución se realice en fase ejecutiva, siendo posible para ellos que actos preparatorios fueran atribuibles a título de coautor (Cfr. Roxin, 2000). Salvo Gallas que, siguiendo el sentido normativo de esta teoría, comprende que los actos en fase de preparación no pueden ser equivalentes a los descritos en el tipo.

Para Roxin (2014) la contribución sólo puede prestarse en fase ejecutiva, puesto que, quien presta una contribución en fase preparatoria, aun siendo relevante, deja en manos de otros la ejecución, renunciando así a su dominio. Aunque no es indispensable que se encuentre en el lugar de la producción del resultado, precisión que manifiesta Roxin en relación con los casos de autoría intelectual, en la que, desde una posición alejada, “el coautor coordina por radio las contribuciones de los coautores que operan sobre el terreno (en el lugar) o quien da instrucciones u órdenes telefónicas durante la ejecución es él mismo también coautor (p.152).

Corrigiendo la justificación de Maurach en los casos de autoría intelectual, Roxin (2000) aclara que su atribución de responsabilidad no se fundamenta en el merecimiento de la pena equivalente al del autor de propia mano, sino en que “la empresa caería en la confusión y fracasaría si la central de mando se viniera debajo de repente” (p.311).

Acudiendo a argumentos de justicia material y de legalidad, Fernández (2012) sostiene que la contribución de un coautor sólo puede brindarse en fase ejecutiva, en razón a que, si “la punibilidad de cualquier autor sólo comienza con la realización de actos ejecutivos con los que aparece la tentativa, ningún coautor puede ser sancionado con menos...desbordando el marco de garantía de los tipos y los criterios de la imputación personal” (p.864).

Respecto de la esencialidad de la contribución, Roxin (2014) precisa que puede predicarse tanto de actos estrictamente ejecutivos, como de acciones no típicas, siempre que de estos dependa el éxito del plan. Es en este punto en el que cobra importancia la segunda alternativa enunciada, puesto que, para algunos defensores de la teoría del dominio del hecho, sólo es posible que una contribución sea esencial si se encuentra en la descripción típica.

En el segundo grupo se encuentra Díaz, quien critica el dominio funcional de Roxin por alejarse del carácter restrictivo de autor, de igual modo, todas las afirmaciones que en la teoría del dominio del hecho describan acciones no contenidas en los tipos. Frente a esta crítica, Díaz formula el criterio de “dominio positivo y conjunto del hecho”, que surge de comprender que:

...existen diferencias de dominio (quien sujeta a la víctima o vigila en el robo no puede producir la muerte o lesiones o el robo –no mata ni lesiona ni sustrae–, mientras que el que clava el cuchillo o sustrae, decide –determina positivamente– la muerte, lesiones o robo –mata, lesiona o sustrae–), los términos son lo de menos, y lo importante es que existe una diferencia que a su vez puede (no necesariamente debe, aunque yo creo que sí) fundamentar una diferente valoración jurídica de las conductas. (Díaz, 2004, p. 26)

Para Díaz, el dominio funcional de Roxin sólo confiere al sujeto un dominio negativo, de impedir el resultado, no de producción de este, pues el dominio sobre el “sí y el cómo” del hecho, únicamente está en manos de quien ejecuta la acción típica. En la misma línea se ubica a Luzón Peña (Citado por Díaz, 2014), que llega a esta solución en la búsqueda de criterios que respondan a delitos tanto dolosos como imprudentes. En aras de una mejor comprensión de su idea, Díaz (2004) ilustra:

El que realiza una aportación esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el “sí” del hecho, detenta un poder sobre el “no”, sobre la “no producción” del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. (p.25)

En los casos de análisis de todas las teorías, quien sujeta a la víctima y el jefe de la banda, Díaz no admite existencia de coautoría por las razones antes citadas, enmarcándolos en la figura de complicidad necesaria²⁰, pero advirtiéndole que, de estar tipificadas estas acciones de manera independiente, serán autores de estos delitos (Cfr. Díaz, 2014).

Retomando la explicación de Roxin, es necesario precisar que la acción de la que depende el éxito del plan es descrita como “aquella con la que sostiene o se viene abajo lo emprendido” (Roxin, 2000, p. 311). Esta capacidad de dominio es entendida en el escenario en el que autor no lleva a cabo la acción que le corresponde según la división de trabajo, y con esta abstención el plan fracasa, más no bajo la idea de que puede hacer algo (activo) que interrumpa la ejecución.

Sobre la posibilidad de que acciones no típicas sean constitutivas de aporte esencial, Roxin (2000) clarifica que son parte del complejo de acción inseparable del tipo, recurriendo a la fórmula de Frank que “amplió el comienzo de la ejecución a los actos que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen, para una concepción natural, como parte de esta”.

²⁰ Fernández (2012) distingue la complicidad necesaria de la coautoría, precisando que: “Tanto la contribución del coautor como la del cómplice necesario son “esenciales” para la concreta realización del plan delictivo, pero la del último es indirecta porque él no participa en el proceso de lesión del bien jurídico sino que simplemente lo hace posible o eficaz para otro”. (p.856)

De cualquier modo, pese a que el límite de las contribuciones esenciales está dado por el inicio de la fase ejecutiva, queda un margen de interpretación propio del carácter abierto propugnado por Roxin para el dominio del hecho. Sin perjuicio de ello, Roxin se refiere a un aporte concreto, aludido por otros representantes de la teoría del dominio del hecho, con el que definitivamente no es posible controlar la ejecución del plan.

Este aporte es el reforzamiento psíquico, evidenciado desde los planteamientos de Welzel y Gallas, en los que se afirma que el coautor ejecuta la voluntad de otros o que su decisión se ve reforzada por la influencia de los otros, hasta posturas en la jurisprudencia alemana en las que se concibieron frases de aliento como contribuciones esenciales. Al respecto advierte Roxin (2000):

Por intenso que sea su interés en el suceso y por relevante que sea su influencia psíquica, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones, lo que hagan depende exclusivamente de ellos, no pudiendo hablarse de coautoría del no ejecutor (p.311).

Igual postura presenta Gutiérrez en la doctrina española (citada por Hernández, 2004, p.7), al señalar:

... ni la mera intervención en el acuerdo ni la mera presencia en la ejecución (aun existiendo una predisposición en el sujeto a actuar en caso necesario) pueden ser suficientes para calificar al sujeto como coautor, ni siquiera cuando las mismas sirvan para reforzar o fortalecer la decisión delictiva previa del ejecutor [...] no resulta plausible afirmar la responsabilidad a título de coautor mediante un apoyo psíquico.

Con estas precisiones sobre el apoyo psíquico se da paso al análisis central propuesto, puesto que, el aporte moral definido por la Corte Suprema de Justicia va más allá del reforzamiento

de la voluntad de los coautores, de manera que, resulta necesario abordar cada una de las hipótesis descritas en la aludida decisión del año 2003.

Análisis del aporte moral

El aporte moral, como fue definido en la sentencia proferida el 21 de agosto de 2003, está constituido por dos alternativas fácticas. En primer lugar, concebido como la presencia definida que “refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto... incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos”. En segundo lugar, concebido igualmente, como la presencia definida en la ejecución, pero con la finalidad de aumentar la intimidación de la víctima.

La primera expresión que salta a la vista es la “presencia definida”, que puede interpretarse como la presencia en la ejecución del plan delictivo, de manera consciente y voluntaria. A lo largo de este trabajo se ha afirmado que atribuir un resultado típico a un individuo, por su pertenencia o afinidad a un grupo, constituye un evidente desconocimiento del principio de culpabilidad. Estar de acuerdo con un plan criminal puede resultar socialmente reprochable, sin embargo, no legitima al Estado para intervenir punitivamente si no ha ocasionado daño alguno; en el derecho penal, si no ha lesionado o al menos puesto en peligro un bien jurídico. No hacer más que estar presente, hecho analizado de manera aislada, por supuesto, no configura una acción delictiva.

Ahora bien, la Corte pretende darle trascendencia jurídica al hecho de estar presente, de manera consciente y voluntaria en la ejecución de un delito, asignándole a esta presencia una función particular, el reforzamiento psíquico de sus compañeros. En los discursos teóricos sobre autoría, los vínculos subjetivos son de gran relevancia, en inclusive, suficientes para fundamentar la responsabilidad a título de autor en conceptos extensivos, sobre los que ya se manifestó no

considerarlos acordes a las exigencias del derecho penal de acto. Tanto autores como partícipes solo pueden ser responsables por actos externos e idóneos para la lesión del bien jurídico o para la realización de un plan que se dirigía a la lesión de un bien jurídico. La mera pertenencia a un grupo o la afinidad con determinado plan criminal por sí mismas no pueden fundamentar la responsabilidad penal. Por consiguiente, autores y partícipes solo responden por el resultado lesivo cuando existe una relación en los actos individuales y el resultado, no por una responsabilidad colectiva. El querer la comisión de un delito y el grado de interés o voluntad, inclusive cuando son exteriorizados verbalmente, no llegan al ámbito de lo punible hasta que se emprendan acciones lesivas.

En un concepto restrictivo de autor, de forma más precisa, en la teoría de dominio del hecho, aunque no de manera mayoritaria, se argumenta que la función de reforzamiento psíquico no es necesaria para dominar la ejecución de un delito, puesto que, quienes realizan acciones ejecutivas son libres y capaces de auto determinarse. Bajo este razonamiento, que valga decirlo es consecuente con el postulado de dignidad humana, el reforzamiento psíquico hasta parece redundante en la configuración de la complicidad. Es menester aclarar que, no se está hablando de un consejo técnico o el aporte de información importante para la comisión del delito, se está haciendo referencia al hecho de animar a alguien a ejecutar un plan delictivo cuando ya lo está llevando a cabo. En últimas, el estar presente para animar a otro a cometer un delito no es una conducta idónea para lesionar bienes jurídicos. En un escenario extremo en el que la persona ni siquiera hace una manifestación verbal, solo está de pie junto al autor, es imposible considerar la exteriorización de su voluntad.

La Corte también le asigna a la presencia definida la función de intimidación de la víctima. No se discute que la intimidación de la víctima puede ser imprescindible para ejecutar un delito, e

inclusive puede ser parte de la descripción típica en algunos casos. Hay dos ejemplos recurrentes en la doctrina que ilustran esta idea. De un lado está la persona que intimida a los trabajadores del banco, mientras sus compañeros se apropian del dinero, y de otro lado, está la persona que somete a la víctima con violencia mientras que su compañero la accede. Lo que es discutible es, si el estar presente, sumando el número de delincuentes, es una acción de intimidación o se requiere un acto adicional como ejercer violencia o verbalizar amenazas. La exteriorización de la voluntad y la idoneidad para lesionar bienes jurídicos, exigencias del derecho penal de acto, responden a esta discusión requiriendo de actos adicionales como violencia o amenazas sobre la víctima. El estar presente únicamente para sumar el número de personas que conforman el grupo delictivo, no podría considerarse como un acto externo, idóneo e indispensable para la realización del plan criminal.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena, si su determinación depende del grado o la cercanía a la lesión del bien jurídico, el poner en duda la verdadera existencia de un acto idóneo para generar dicha lesión, más aún cuando se pone en duda la exteriorización de la voluntad, lleva a concluir que no existe fundamento para la imposición de una pena, haciendo que resulte totalmente desproporcional sancionar a ese sujeto con una pena de autor.

Las finalidades atribuidas por la Corte a la presencia definida, no le permiten tener el carácter lesivo necesario para constituir responsabilidad penal a título de autor. El reforzamiento psíquico y la intimidación a la víctima, en los términos planteados, no son determinantes para que se genere el resultado típico. Ahora bien, de concluirse en un caso particular que la pretendida finalidad ayudó, aunque no de manera decisiva, en la ejecución del delito, el límite punitivo es el establecido a los partícipes; la pena de autor no sería más que una medida desproporcional.

Conclusión

En un Estado social y democrático de Derecho la legitimación de los elementos del delito no puede limitarse a su descripción legal. El respeto por la dignidad humana y la garantía de igualdad material, requieren que los desarrollos teóricos y las interpretaciones judiciales aprueben las exigencias de los principios materiales de culpabilidad y proporcionalidad.

Exigencias que consisten en que la responsabilidad penal se fundamente en actos, exteriorizados, personales, lesivos, conscientes y voluntarios, y en que la pena, como toda restricción de derechos fundamentales, sea útil, necesaria y proporcional a la responsabilidad individual.

En el ámbito de la autoría, las teorías que se basan en la idea que todo aquel que participa en la realización del delito, aporta en igual proporción a su ejecución, por el hecho de conocer y querer el resultado o por el hecho de incidir de cualquier modo, dan paso a concepciones peligrosas y desproporcionadas de la responsabilidad penal.

Un concepto que no atiende la entidad del acto, aun cuando este se encuentre inmerso en un plan delictivo, extiende las barreras del derecho penal a escenarios arbitrarios: un Estado castigando actos sin relevancia jurídica y limitando la libertad del ciudadano a su criterio.

Dicho esto, se reafirman las críticas de la doctrina en relación con conceptos unitarios y extensivos. Es evidente que la ausencia de límites claros, materiales y objetivos sobre quién es autor de un delito, genera decisiones judiciales injustas.

En consecuencia, se hallan en la teoría del dominio del hecho, con sus distintos desarrollos, criterios más estables de interpretación que no desbordan el derecho penal de acto y la

proporcionalidad de las penas; sin desconocer que también existen bajo su estructura, construcciones contrarias a estos principios.

En la legislación colombiana, la distinción entre autores y partícipes ha estado presente en los dos últimos códigos penales, con más elementos descriptivos en la ley 599 de 2000. Empero, la interpretación de los criterios que distinguen estas dos figuras, ha sufrido desviaciones hacia concepciones extensivas de autoría. Un ejemplo de ello es la decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de agosto de 2003, en el asunto con radicación 19213.

En esta providencia, la Corte adoptó el criterio de la relevancia del aporte para la configuración de la coautoría, lo que en principio no vislumbra la preponderancia de elementos subjetivos para su distinción de la participación, ni aboga por una responsabilidad colectiva. Sin embargo, al precisar qué tipo de aportes son considerados esenciales, da cabida a que una persona sea responsable y sometida a una pena a título de autor por encontrarse en el lugar de los hechos, de manera consciente y voluntaria, sin incurrir en acciones que tengan relevancia jurídica. Concluyendo que, consentir y beneficiarse del plan bastan para ser sujeto de punibilidad, sin incurrir en acto diferente, en la ejecución del delito, que estar de pie.

La pretensión de la Corte por dotar de significado el simple hecho de estar presente, con las finalidades de reforzamiento psíquico e intimidación a la víctima, acentuó la carencia de lesividad de la conducta y de proporcionalidad de la consecuencia.

El aporte moral no es una contribución que permita responsabilizar legítimamente a un individuo por la comisión de un delito, ni siquiera si tiene lugar en fase ejecutiva. Imputarle el resultado delictivo, aun cuando el individuo tuvo conocimiento y quiso su ocurrencia, por

contribuir moralmente al plan, desconoce el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, cuyas exigencias son indispensables para evitar intervenciones arbitrarias del Estado en el derecho a la libertad, a través de una pena legalmente establecida.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Arce, J. (1990). Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Madrid: Editorial Civitas.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No.11.
- Arias, C. (1999). La coautoría en el Derecho penal. Bogotá: Leyer Editores.
- Beccaria, C. Tratado de los delitos y de las penas. Traducción de: Martínez, N. (2015). Universidad Carlos III de Madrid.
- Bernal, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos, J. y Hornazabal, H. (1999). Lecciones de Derecho Penal. Madrid: Editorial Trotta.
- Bustos, J. (1994). Introducción al derecho penal. Bogotá: Temis.
- Clérico, L. (2018). Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Díaz y García Conlledo, M. (2014). La autoría en Derecho Penal. Ediciones jurídicas de Santiago.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano. Derecho Penal Y Criminología, 25(76), 33-66

- Fernández Cruz, J. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17(1), 51-99.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal, parte general: Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (2012). *Derecho Penal: Parte General. Teoría del delito y de la pena*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista internacional de filosofía política*, ISSN 1132-9432, N° 17, 2001, págs. 31-46
- García, V. (2006). *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Gómez, J. (2013). *Tratado de Derecho Penal. Vol.V*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Grosso, M. (2003). El concepto del delito en el nuevo código penal. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hernández, J. (2004). La coautoría. *Derecho Penal y Criminología*. 25, 75 (1), 97-110.
- Hernández, J. (2008). Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho. *Derecho Penal y Criminología*. 29, 86-87 (1), 13-28.
- Jakobs, G. (1998). La imputación objetiva en el Derecho penal. Traducción de: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,
- Lopera, G. (2005). El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo Foro Penal*, ISSN 0120-8179, N.º. 67, 2005, págs. 11-37.
- Magariños, M. (1993). *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena en Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

- Pele, A. (2015). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. Revista Brasileira de Direito, ISSN-e 2238-0604, Vol. 11, N°. 2.
- Puig, S. (1994). El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Editorial Ariel.
- Puig, S. (1995). Derecho penal: Parte general. Barcelona: PPU.
- Quinche, M. (2010). Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Silva, J. (2012). Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución Política Colombiana de 1991. Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012) pp. 141-158
- Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea].
<<https://dle.rae.es>>
- Reyes, Y. (2007). Intervención delictiva e imputación objetiva. Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, ISSN 1692-1682, N°. 21, págs. 5-32
- Roxin, C. (1997). Derecho penal: Parte general. Tomo I. Traducción de: Lunzón Peña, Díaz y García y Remesal. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 7a ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Roxin, C. (2014). Derecho Penal: Parte General. Traducción de: Lunzón Peña, Díaz y García y Remesal. Madrid: Civitas.
- Urbano, J. (2004). Autoría y participación. Balance jurisprudencial. Derecho Penal y Criminología. 25, 75 (1), 197-226.
- Velázquez, F. (2002). Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis.

Velasco, Y. (2013). La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Criterios* Vol. 6 Núm. 2: (Julio- diciembre)

Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Leyes y jurisprudencia

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-221/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 1994).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 1997).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-210/07 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 2007).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-881/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 2002).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 1995).

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-596/92 (M.P. Ciro Angarita Barón; 1992).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-296/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 1998).

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-041/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 1992).

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-879/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso con radicación 19213 (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 2003).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso con radicación 29221 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 2009).

Constitución Política de la República de Colombia. 1991.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097.