

# AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

## BALANCE JURISPRUDENCIAL

*José Joaquín Urbano Martínez\**

### INTRODUCCIÓN

La pretensión que se alienta con esta ponencia es realizar una aproximación crítica al tratamiento que la autoría y la participación han tenido en la jurisprudencia colombiana. Para realizar tal aproximación se tendrá en cuenta la postura que la jurisprudencia ha asumido frente a las exigencias que, para el ámbito de la autoría y la participación, se infieren de la Constitución y de la ley en el marco de un Estado constitucional de Derecho. Por ello se seguirá la siguiente secuencia argumentativa:

I. En primer lugar, se determinarán los motivos por los cuales al Derecho Penal moderno no le satisface un concepto unitario de autor y por qué, por el contrario, se empeña con ahínco en precisar las diferencias entre autores y partícipes.

II. En segundo lugar, se establecerán las diferentes posturas que en la historia más reciente han asumido el legislador y la jurisprudencia nacionales en materia de coparticipación. La importancia de este esfuerzo radica en que permite inferir los retos que la ley le ha planteado a la jurisprudencia y el papel que ésta ha asumido ante tales retos.

III. En tercer lugar, se determinará si los desarrollos jurisprudenciales de la coparticipación han sido coherentes o no con los fundamentos de tal institución y si a través de tales desarrollos se han superado o profundizado las deficiencias legislativas.

---

\* Profesor de la Universidad Externado de Colombia, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

## I. RAZÓN DE SER DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

### A. EVOLUCIÓN DOCTRINARIA DE LA COPARTICIPACIÓN

Como se sabe, en los primeros momentos del derecho penal moderno primó un *concepto unitario de autor*. De acuerdo con este criterio, todo el que aportaba una condición para la producción del resultado era considerado autor del mismo. Por lo tanto, no existía diferencia alguna entre autores y partícipes y tanto aquellos como éstos eran condenados a la pena fijada para el autor, pues esta calidad les asistía a todos aquellos que habían realizado un aporte a la comisión de la injusticia implícita en el delito.

Posteriormente, la doctrina empezó a manejar un *concepto extensivo de autor*. Este criterio se apoyaba aún en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Es decir, consideraba también como autores a todos los intervinientes en el delito. No obstante, frente a una realidad normativa que sancionaba a los partícipes con menor rigurosidad que a los autores, optó por realizar diferencias a partir de un parámetro subjetivo: el ánimo de autor o el ánimo de partícipe, según el caso. El concepto era extensivo porque los autores y los partícipes se consideraban aportantes de condiciones necesarias para la producción del resultado, sólo que a los últimos, por previsión legal, se les imponía una pena menor. Es decir, se consideraba que naturalísticamente no existían diferencias entre autores y partícipes y que las distinciones sólo se establecían a partir de un criterio normativo reflejado en la menor punibilidad de la complicidad. Es más, la ausencia de una regulación específica de los partícipes conducía a que se los sancionara con las penas fijadas para los autores.

Este tipo de construcciones teóricas y la marcada influencia que tuvieron en la jurisprudencia topaban con dos inconvenientes. En primer lugar, la experiencia indicaba que cuando una conducta punible se cometía con el concurso de varias personas, todas ellas podían no tener el mismo nivel de contribución para la producción de resultado antijurídico. No obstante, el manejo de un concepto unitario de autor no permitía realizar distinción alguna y por ello se parificaba el tratamiento punitivo de todos los aportantes. Además, el manejo de un concepto extensivo de autor asumía el distinto tratamiento del partícipe como una simple liberalidad legislativa. Y, en segundo lugar, a las decisiones judiciales que se proferían al amparo de tales doctrinas les era inmanente una ineludible sensación de injusticia: bajo el primer criterio, los partícipes podían ser condenados como autores y, bajo el segundo, los autores podían ser condenados como cómplices o éstos como autores.

Estos inconvenientes motivaron a la doctrina a promover un distinto tratamiento de la coparticipación. La manifestación de estos esfuerzos fueron las denominadas *teorías restrictivas de autor*. Para estas teorías, la distinción entre autores y partícipes no era normativa sino naturalística. Por lo tanto, no era que todos los que habían aportado distintas condiciones para la producción de un resultado antijurídico fueran autores y que el benévolo tratamiento de los cómplices obedeciera a una deferencia del legislador. En realidad era al contrario, la distinción entre autores y partícipes tenía

carácter ontológico; se trataba de una imposición de la naturaleza y el legislador se hallaba en el deber de establecer un tratamiento punitivo diferenciado que privilegiara al partícipe. En este caso, la solución era a la inversa: la ausencia de regulación expresa de la participación conducía a la impunidad pues el aporte del partícipe no estaba previsto en el tipo ya que la formulación legal de la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico en él contenida sólo recogía el comportamiento del autor.

Desde entonces, el sendero que sigue el derecho penal es el mismo: la búsqueda de criterios que permitan diferenciar autores y partícipes y promover un sistema punitivo que sea consecuente con el aporte que unos y otros realizan a la injusticia del delito. En esa dirección han surgido la *teoría objetivo formal*, que parte de la descripción contenida en el tipo para imputar la calidad de autor a quien la recorre con su comportamiento, ya sea íntegramente o a través de un acto ejecutivo que se adecua a él, y la calidad de partícipe a quien aporta un comportamiento no previsto en él; la *teoría objetivo material*, que atribuye la calidad de autor a quien aporta una causa a la producción del resultado y la calidad de partícipe a quien sólo aporta una condición, aunque sin precisar cuál es la diferencia entre causa y condición, y la *teoría del dominio del hecho*, que considera como autor a quien con su conducta se encuentra en capacidad de dejar correr o interrumpir la realización del tipo penal bien sea mediante el dominio de la acción –autoría directa–, el dominio de la voluntad –autoría mediata– o el dominio funcional –coautoría–.

Últimamente se ha planteado la *teoría normativa*, en la que el punto de partida para la distinción entre autores y partícipes no es una imposición de la naturaleza sino una construcción cultural: la persona responde penalmente con base en el rol que ocupa en la sociedad y en los deberes generales o especiales que debe cumplir en ella. Aquellos delitos que se cometen por infracción de deberes generales se asumen como delitos de organización y en ellos se distingue entre dominio del hecho formal, dominio de la decisión y dominio de la configuración, asumiéndose como autor aquél que organiza dentro de su ámbito de competencia y como cómplice aquél que aporta su actividad a la del autor. Y aquellos delitos que se cometen por infracción de deberes especiales se despliegan siempre a título de autor por quien se halla vinculado por ese deber, independientemente del alcance del aporte, y es partícipe quien interviene en la comisión del delito pero sin estar vinculado por ese deber<sup>1</sup>.

Como puede advertirse, la dogmática penal ha realizado profundos esfuerzos con la finalidad de superar el concepto unitario de autor. Para ello ha partido de criterios naturalísticos o de criterios normativos que, en uno y otro caso, han permitido establecer diferencias entre el autor y el partícipe. Todos estos esfuerzos, desde luego, son legítimos y, aunque hay aún mucho por hacer, a ellos se debe la claridad con que hoy se manejan muchos de los conceptos que hacen parte del instituto de la coparticipación.

---

1. ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. "Autoría y participación", en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 265 y ss.

## B. COPARTICIPACIÓN, DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No obstante lo expuesto, hoy deben tenerse en cuenta razones que legitiman aún más los esfuerzos de la doctrina por aportar elementos que contribuyan a la distinción entre autores y partícipes. Tales razones son, por una parte, el derecho de igualdad y, por otra, el principio de legalidad.

La primera de tales razones no viene determinada por una postura dogmática ni por el fundamento naturalístico o normativo en que ella se apoye, sino por un derecho fundamental: la coparticipación plantea un ámbito de realización del derecho fundamental a la igualdad en el derecho penal. De acuerdo con esto, hoy importa diferenciar al autor del partícipe porque éste, en razón de su menor aporte a la comisión del injusto, tiene derecho a un tratamiento punitivo de menor intensidad. Es decir, el esfuerzo de la doctrina contribuye a la realización del derecho fundamental a la igualdad mediante la imposición de penas que guarden una relación de equilibrio con el aporte que autores y partícipes tuvieron para la comisión de la conducta punible.

Es cierto, el legislador cuenta con una amplia capacidad de configuración para atribuir el carácter de delito a una conducta y para sancionarla con una pena. Y ello es así por cuanto se trata de un típico asunto de política criminal del Estado que se define con el concurso del Parlamento, pues éste es el escenario adecuado para promover el debate democrático que antecede a la legislación penal. No obstante, el Parlamento no es, ni mucho menos, absoluto para ejercer esa capacidad de configuración pues está limitado, desde dos perspectivas, por los derechos fundamentales. De un lado, porque si bien el derecho penal restringe los derechos fundamentales de los sujetos activos de las conductas punibles, no le está permitida cualquier restricción sino sólo aquellas que son compatibles con los fundamentos de la imputación penal. De otro lado, porque si bien el derecho penal es también un ámbito de protección de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de las conductas punibles, no debe suministrar cualquier protección sino aquella necesaria para ese propósito. Por lo tanto, cuando se trata de interferir tales derechos por medio del derecho penal, esa potestad legislativa debe ejercerse de tal manera que, en el primer caso, no se incurra en excesos injustificados y de tal forma que, en el segundo evento, no se incurra en déficit de protección penal. Y la pauta para el ejercicio de esa potestad en medio de esos extremos viene dada por el principio de proporcionalidad<sup>2</sup>.

De este modo, es el legislador el llamado a traducir en textos jurídicos las decisiones políticas que tome en el ámbito del delito y de la pena. No obstante, sin desconocer su legitimidad como instancia de configuración del derecho positivo y de diseño de la

---

2. CARLOS BERNAL PULIDO. "El principio de proporcionalidad de la legislación penal", en *xxiv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 157 y ss.

política criminal del Estado, debe respetar los límites impuestos por los derechos fundamentales como parámetros de racionalidad del Estado moderno: la prohibición de exceso y la interdicción de protección deficiente. Mucho más si en el mundo de hoy tales derechos se han positivizado en los textos constitucionales; se han dotado, en algunos casos, de la índole de cláusulas intangibles o de preceptos susceptibles de reforma sólo a través de procedimientos especialmente cualificados, o si, en otros contextos, se han asumido como límites materiales de los poderes de reforma constitucional<sup>3</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, existe una prohibición de exceso y una prohibición de protección deficiente para la ley penal. Y ocurre que uno de los ámbitos en los que puede haber lugar a un exceso en el ejercicio del poder punitivo del Estado es el de la coparticipación: ello sucede, por ejemplo, cuando el autor y el cómplice son sometidos por la ley a la misma pena. Se incurre en tal exceso porque, dado el menor aporte del cómplice a la comisión de la conducta punible en relación con el aporte del autor, su pena debe ser menor a la de éste. No obstante, como la prohibición de exceso es uno de los límites de la función legislativa, tal equiparación punitiva resultaría ilegítima. De allí que el legislador se halle en el deber de distinguir las consecuencias punitivas de autores y partícipes. De lo contrario, vulneraría la prohibición de exceso y configuraría tratamientos punitivos discriminatorios.

De este modo, el distinto tratamiento punitivo del partícipe es una consecuencia lógica del derecho fundamental a la igualdad: la punibilidad debe guardar correspondencia con el aporte que se tuvo en la producción de la injusticia implícita en el delito. Quien comete un delito propio debe tener mayor pena que quien determina a otro a cometerlo o, al menos, que quien colabora en la comisión de un delito ajeno. Si el reconocimiento del derecho a la igualdad impone que los iguales sean tratados de manera igual y que los desiguales sean tratados de manera desigual, los partícipes, dado su menor aporte a la comisión de la conducta punible, deben ser tratados con menor rigor punitivo que los autores.

Entonces, hoy existe un fundamento normativo superior que impone un distinto tratamiento punitivo del autor y del partícipe: el derecho fundamental a la igualdad. Y para que el respeto de este derecho fundamental sea cierto, el tratamiento legal diferenciado de autores y partícipes debe consagrarse en la parte general del estatuto penal y, algo muy importante, debe respetarse en la parte especial. De no ser así, esto es, de consagrarse cláusulas de diferenciación de autores y partícipes en la parte general para desconocerlas luego mediante regulaciones específicas de la parte especial respecto de delitos determinados, lo que se estaría haciendo es implementar dispositivos normativos que vacían de contenido las normas generales que, como forma de realización del derecho fundamental a la igualdad, consagran un tratamiento punitivo diferenciado a favor del partícipe.

---

3. Sobre los límites del poder de reforma constitucional, Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2004, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Pero también el principio de legalidad aporta elementos de juicio para una toma de postura en materia de autoría y participación. Ello es así por cuanto en una democracia impera la cláusula general de libertad de todas las personas, aunque, desde luego, con los límites derivados de los derechos de los demás y el orden jurídico. Y los límites a esa cláusula general de libertad, como salvaguardas de los derechos ajenos, deben ser fijados por la ley de manera expresa, clara y precisa pues todo aquello que a la persona no le está prohibido, le está permitido. De allí la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales como formulaciones legales de vulneraciones o puestas en peligro de bienes jurídicos.

Ahora bien, los tipos penales, que, como se ha visto, son de interpretación restrictiva, recogen sólo el comportamiento del autor y por ello, si no fuera por la participación como mecanismo amplificador del tipo, los comportamientos del determinador y del cómplice serían impunes. Gracias a tal mecanismo, el comportamiento del partícipe es penalmente relevante. No obstante, la interpretación de ese mecanismo amplificador debe ser también restrictiva, y debe serlo en dos sentidos: por una parte, únicamente es partícipe el que adecue su comportamiento a la descripción contenida en las normas que regulan su aporte y, por otra parte, un partícipe determinado no puede ser objeto de reproche a un título más gravoso que el que le corresponde.

De este modo, la imputación al partícipe de un juicio de responsabilidad que sea compatible con su aporte a la conducta punible y la proscripción de una imputación que exceda tal aporte son también una consecuencia necesaria del principio de legalidad.

### C. EL RETO DE LA JURISPRUDENCIA

Como se ha indicado, la coparticipación penal debe asumirse hoy como un espacio en el que hay lugar a la realización del derecho fundamental a la igualdad y el principio de legalidad, y de allí la necesidad de que la legislación consagre un tratamiento punitivo diferenciado a favor del partícipe. No obstante, surge un cuestionamiento: ¿qué ocurre cuando el legislador, en normas penales especiales, desconoce la prohibición de exceso, de tal manera que prevé para los partícipes, y en particular para los cómplices, penas equivalentes o aun mayores que las de los autores? En estos supuestos, ¿el ciudadano está condenado a sobrellevar tales excesos? O, por el contrario, ¿cuenta con instrumentos que le permitan ponerse al amparo de ellos?

En nuestro criterio, frente a casos concretos, es el juez penal el que cuenta con los elementos necesarios para circunscribir el poder penal del Estado a sus fundamentos y límites. Para cumplir esa tarea debe desplegar todos sus recursos hermenéuticos, de tal manera que le sea posible superar esas contingencias mediante la aplicación de los principios de la ley penal sustantiva y, en últimas, mediante el respeto de los fundamentos constitucionales de ésta. Incluso, si es necesario, puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora, frente al efecto general de la ley penal, es el juez constitucional el que está llamado a cumplir ese cometido. Esto es así porque la jurisprudencia constitucional ha admitido razones de antijuridicidad y culpabilidad como criterios para determinar si existe o no equilibrio entre los fines perseguidos por el legislador con una norma penal y el derecho fundamental correlativamente afectado, y con base en razones de tal índole ha decidido mantener normas penales en el ordenamiento jurídico o expulsarlas de él. Si ello ha sido así, no se ve por qué no se puedan incorporar también razones de tipicidad a tales criterios y, en particular, el limitado aporte del partícipe a la comisión de la conducta. Si se procediera de esa forma, se advertiría la ilegitimidad de aquellas sanciones que exceden el aporte del partícipe al punto de equipararlo punitivamente a un partícipe más comprometido o a un autor.

En estas materias, éste es el reto que debe asumir la jurisprudencia, pues la aplicación mecánica de una legislación que en materia de coparticipación no se aviene a sus fundamentos constitucionales y a sus normas rectoras o su convalidación por la justicia constitucional no se corresponden con el alto papel que debe cumplir la jurisdicción en una democracia constitucional.

## **II. DESARROLLOS LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN**

### **A. LEY 95 DE 1936**

En la Ley 95 de 1936 la autoría y la participación estaban reguladas en la parte general de la siguiente manera:

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

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

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

De acuerdo con este régimen, el cómplice necesario y el determinador se asimilaban al autor y estaban sometidos a la misma pena. Es decir, todos ellos eran coautores. El cómplice no necesario, en cambio, tenía una disminución punitiva de la sexta parte a la mitad de la prevista para el autor. Nótese cómo daba lo mismo cometer un delito propio, prestar una ayuda necesaria para que sea posible la comisión de un delito ajeno o determinar a otro a cometer un delito. Es decir, con la sola exclusión del cómplice no necesario, la ley manejaba un concepto unitario de autor. Por lo tanto, carecía de sentido sentar diferencias legales entre autores, determinadores y cómplices necesarios si a todos se los sometía a la misma pena.

La jurisprudencia era consecuente con ese régimen legal pues daba por sentado que no existían diferencias prácticas entre autores, cómplices necesarios y determinadores. Y como la ley no distinguía las consecuencias punitivas a que había lugar en cada caso, la identidad de cada uno de esos fenómenos reportaba una utilidad sólo académica: daba igual una imputación a título de autor, de cómplice necesario o de determinador. En tal sentido, p. ej., la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia expuso:

Los artículos 19 y 20 del nuevo C. P. distinguen entre coautores, cómplices necesarios y cooperadores no necesarios. En otros términos: no es lo mismo participación principal en el delito que complicidad necesaria.

El artículo 19 C. P. establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámese cómplice necesario o coautor<sup>4</sup>.

La coparticipación criminosa –de acuerdo con la doctrina de los artículos 19 y 20– presenta estas figuras: la del que toma parte en la ejecución del hecho o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse, y la del que coopera de cualquier otro modo o presta –en cumplimiento de promesas anteriores– una ayuda posterior<sup>5</sup>.

Ahora, si bien en algún pronunciamiento la jurisprudencia alcanzó a intuir que en materia de coparticipación, lo que estaba en juego era la relación de proporcionalidad que debía existir entre el aporte que se tuvo en el delito y la pena, al punto de afirmarse que uno de los aspectos en que aparecía regulado el fenómeno de la complicidad era “Como concurso de acciones voluntarias que participan con diferente grado de eficacia en la realización del delito, por lo cual la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad de participación”<sup>6</sup>, se trató de una afirmación tangencial de la que no se extrajeron sus potenciales consecuencias.

Esta postura jurisprudencial era compatible con el limitado alcance que se le reconocía a la jurisdicción. La vigencia de una conciencia jurídica formalista no generaba espacios para una recepción crítica de la ley y para un cuestionamiento válido de sus limitaciones. Claro, el derecho de igualdad y el principio de legalidad estaban ya consagrados en la Constitución de 1886; sin embargo, no era tarea del juez concretarlos más allá de lo resuelto en las formulaciones legales, pues el formalismo es precisamente una comprensión del Derecho que piensa que no existe, al interior del Derecho, una dimensión

4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de noviembre de 1944. En el mismo sentido, sentencia del 18 de mayo de 1966.

5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de septiembre de 1951.

6. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de septiembre de 1946.



independiente de justicia o equidad, que el Derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos preexistentes, que la interpretación del Derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos<sup>7</sup>.

#### B. DECRETO 100 DE 1980

En el Decreto 100 de 1980, la autoría y la participación estaban reguladas en la parte general de la siguiente forma:

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

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

Esta regulación era muy deficiente. En primer lugar, confundía la autoría con la determinación; es decir, asimilaba a la autoría una modalidad de participación como la determinación o instigación. Además, parificaba el tratamiento punitivo de autores y determinadores. En segundo lugar, no regulaba instituciones que merecían consagración legal expresa como las modalidades de autoría: directa, mediata y coautoría. Finalmente, dejaba a la doctrina la decisión de un punto tan importante como la accesoriadad de la participación, es decir, el momento a partir del cual el partícipe, en consideración a la conducta del autor, responde como tal.

Ante una regulación tan deficiente, a la jurisprudencia le incumbía el papel de emprender construcciones doctrinarias que permitieran diferenciar, en primer lugar, la autoría de la participación y, en segundo lugar, las distintas modalidades de autores y partícipes. Es decir, dado el nivel de generalidad y la confusión con que la ley regulaba la coparticipación, la jurisprudencia debía asumir el reto de aportar criterios hermenéuticos que permitieran identificar las distintas alternativas que existían para aportar a la comisión de una conducta punible y que condujeran a sanciones punitivas congruentes con el aporte realizado.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia penal colombiana fue ambivalente. En múltiples pronunciamientos tornó aún más difusos los límites entre la autoría y la participación. Así, p. ej., en dos fallos de 1983<sup>8</sup> concluyó que la complicidad necesaria era una forma de autoría y que debía sancionarse como tal. Sin embargo, es discu-

7. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Edit. Legis y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 130 y 131.

8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 1.º de febrero y 19 de abril de 1983, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO; en estos fallos salvaron su voto los magistrados ALFONSO REYES

tible que un aporte necesario para la comisión de un delito ajeno equivalga a la comisión de un delito propio, pues si así fuera la única posibilidad de ser cómplice de un delito sería brindando un aporte que no resulta necesario para su comisión, es decir, interviniendo con un aporte que resulta irrelevante para la comisión del delito.

Por otra parte, en un fallo de 1991<sup>9</sup>, frente a un caso en el que varias personas cometieron un delito de hurto en una joyería y en el que todas fueron condenadas como coautoras, incluida la persona que cumplió la tarea de campanero, la Corte Suprema de Justicia no casó el fallo con el argumento de 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. Con esta interpretación se desconoció que la existencia del plan común es un atributo genérico de la autoría y de la participación, se terminó por asimilar al cómplice no necesario al autor y se optó por sancionarlo con la pena fijada para éste.

Pero no sólo se tornaron difusos los límites entre la autoría y la participación, sino que, además, se confundieron las distintas modalidades de ellas. En ese sentido, p. ej., es ilustrativo un fallo de 1983<sup>10</sup>, en el que la Corte Suprema de Justicia consideró que cuando la conducta del autor se realiza utilizando a otra persona como instrumento material se estaba ante un caso de autoría mediata y no ante un caso de autoría directa, como lo acepta pacíficamente la doctrina.

Como puede advertirse, bajo la vigencia del Decreto 100 de 1980 el panorama era el siguiente: la ley confundía una modalidad de participación –la determinación– con la autoría y no distinguía las distintas modalidades de esta última. Y la jurisprudencia manejaba un concepto tan amplio de autor que en él cabían el cómplice necesario e incluso al cómplice no necesario. En suma, según el régimen legal y su desarrollo jurisprudencial, se sancionaban como autores al autor propiamente dicho, al determinador, al cómplice necesario e incluso al cómplice no necesario.

Con todo, se debe reconocer que la Corte Suprema de Justicia en fallos de 1983, 1994 y 2000<sup>11</sup> aportó criterios muy valiosos para realizar una clara distinción entre la autoría y la determinación. No obstante, estos desarrollos no tuvieron consecuencias prácticas en razón del régimen legal entonces vigente, que, como el de ahora, parificaba el tratamiento punitivo de determinadores y autores. También a partir de un fallo de

---

ECHANDÍA, LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, quienes consideraron que no existía identidad entre autor y cómplice necesario.

9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de mayo de 1991, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ; salvaron su voto los magistrados GUILLERMO DUQUE RUIZ, DÍDIMO PÁEZ VELANDIA y JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, para quienes la situación del campanero no es constitutiva de coautoría, sino que se trata de un típico caso de complicidad en el delito.
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 1.º de diciembre de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA; 29 de julio de 1992 y 20 de junio de 1994, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, y 26 de octubre de 2000, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

1998<sup>12</sup>, la Corte Suprema de Justicia se valió de la teoría del dominio del hecho para explicar los distintos supuestos de coautoría, línea jurisprudencial a la luz de la cual el cómplice no necesario ya no debe responder como coautor sino como cómplice.

### C. LEY 599 DE 2000

Dado que se trata del Código Penal vigente, se realizará un estudio más detallado. En él se tendrá en cuenta la regulación que se hace de la autoría y la participación tanto en la parte general como en la parte especial de ese estatuto.

En cuanto a la parte general, la coparticipación está regulada de la siguiente manera:

Artículo 28. Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

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

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

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

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

Artículo 30. *Partícipes*. Son partícipes el determinador y el cómplice.

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

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

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

---

12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 1998, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR.

Como puede advertirse, esta regulación es más detenida y adecuada que la consagrada en estatutos anteriores. Entre otras cosas, se debe resaltar que se parte de una clara distinción entre autores y partícipes; que se consagran expresamente las distintas modalidades de autoría y participación; que se opta expresamente por el principio de accesoriedad limitada y que se concibe la figura del interviniente para poner fin a la tesis de la doble imputación cuando se trata de partícipes respecto de los cuales no concurre la calidad exigida en un tipo especial.

Con todo, si bien se ha estructurado un régimen legal mucho más claro y adecuado, tampoco dejan de presentarse dificultades pues un detenido examen de la parte especial del Código Penal permite advertir que en ella la autoría y la participación son desarrolladas de diversas maneras y que varias de éstas regulaciones contrarían sus fundamentos y el régimen consagrado en la parte general. En efecto, en la parte especial del Código Penal:

1. La *coparticipación* ha sido prevista como *circunstancia de mayor punibilidad*, en cuanto permite la agravación de la pena dentro del mínimo y el máximo fijado para el delito<sup>13</sup>. De acuerdo con esto, el solo hecho de cometer un delito entre varias personas, independientemente de la índole de la intervención, implica un mayor rigor punitivo.

2. La *coparticipación* ha sido prevista como *circunstancia específica de agravación punitiva* de los delitos de acceso carnal violento con persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida<sup>14</sup>; acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir<sup>15</sup>, y hurto y hurto calificado<sup>16</sup>. En estos casos, el concurso de personas en el delito incrementa el rigor punitivo, y lo hace al punto que aumenta el mínimo y el máximo de las penas imponibles. En razón de esto, la atenuación punitiva para el cómplice es sólo aparente pues su concurrencia a la comisión del delito constituye una circunstancia de agravación que neutraliza tal atenuante.

13. Artículo 58: “*Circunstancias de mayor punibilidad*. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: [...] 10. Obrar en *coparticipación* criminal”.

14. Artículo 138: acceso carnal violento en persona protegida. Artículo 139: actos sexuales violentos en persona protegida. Artículo 140: “*Circunstancias de agravación*. La pena prevista en los dos artículos anteriores se agravará en los mismos casos y en la misma proporción señalada en el artículo 211 de este Código”.

15. Artículo 208: “*acceso carnal abusivo con menor de 14 años*”. Artículo 209: actos sexuales con menor de 14 años. Inciso 2.º adicionado artículo 33 Ley 679 de 2001: artículo 210: acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. Artículo 211: “*Circunstancias de agravación punitiva*. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 1. *La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas*”.

16. Artículo 239: hurto. Artículo 240, modificado artículo 2.º Ley 813 de 2003: *hurto calificado*. Artículo 241: “*Circunstancias de agravación punitiva*. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si la conducta se cometiere: [...] 10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o *por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto*”.

3. Algunas formas de *determinación* están consagradas como *tipos autónomos* que se cometen sin necesidad de que el determinado delinca, tal como ocurre con el constreñimiento para delinquir<sup>17</sup>, la instigación a delinquir<sup>18</sup>, la incitación a la comisión de delitos militares<sup>19</sup> y el soborno<sup>20</sup>. Está prevista también como una *forma de autoría*, tal como sucede con los actos de terrorismo<sup>21</sup>, la adopción irregular<sup>22</sup> y la conservación o financiación de plantaciones<sup>23</sup>. Otras modalidades de determinación están previstas como *circunstancias específicas de agravación punitiva*, tal como ocurre en la invasión de tierras y edificaciones<sup>24</sup>, la invasión de áreas de especial importancia ecológica<sup>25</sup>, el concierto para delinquir<sup>26</sup>, la rebelión y la sedición<sup>27</sup>.

- 
17. Artículo 184: “*Constreñimiento para delinquir*. El que *constraña* a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de 1 a 3 años”.
  18. Artículo 348: “*Instigación a delinquir*. El que pública y directamente *incite* a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa. Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de 5 a 10 años de prisión y multa de 500 a 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes”.
  19. Artículo 349: “*Incitación a la comisión de delitos militares*. El que en beneficio de actividades terroristas *incite* al personal de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin, incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.
  20. Artículo 444: “*Soborno*. El que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio, incurrirá en prisión de 1 a 5 años”.
  21. Artículo 144: “*Actos de terrorismo*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u *ordene llevar a cabo* ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de 15 a 25 años, multa de 2.000 a 40.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 15 a 20 años”.
  22. Artículo 232: “*Adopción irregular*. Al que *promueva* o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en prisión de 1 a 5 años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando: [...] 2. El copartícipe se aproveche de su investidura oficial o de su profesión para realizarla, caso en el cual se le impondrá, además, como pena, la pérdida del empleo o cargo público”.
  23. Artículo 375: “*Conservación o financiación de plantaciones*. El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o *financie* plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de 1 kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de 6 a 12 años y en multa de 200 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de plantas de que trata este artículo excediere de 20 sin sobrepasar la cantidad de 100, la pena será de 4 a 6 años de prisión y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.
  24. Artículo 263: “*Invasión de tierras o edificaciones*. El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos, incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena establecida en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión. El mismo incremento de la pena se aplicará cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural. Parágrafo. Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos”.

4. Algunas modalidades de *complicidad* están consagradas como *formas de autoría*. Así ocurre en los delitos de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores<sup>28</sup>, las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados<sup>29</sup>, el favorecimiento de contrabando por servidor público<sup>30</sup> y el favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados por servidor público<sup>31</sup>.

- 
25. Artículo 337: “*Invasión de áreas de especial importancia ecológica*. El que invada reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento, incurrirá en prisión de 2 a 8 años y multa de 100 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una tercera parte cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente, sin que la multa supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que *promueva, financie* o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella, incurrirá en prisión de 3 a 10 años y multa de 150 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.
26. Artículo 340, modificado artículo 8.º Ley 733 de 2000: “*Concierto para delinquir*. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de 3 a 6 años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de 6 a 12 años y multa de 2.000 hasta 20.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, *fomenten, promuevan*, dirijan, encabecen, constituyan o *financien* el concierto para delinquir”.
27. Artículo 467: rebelión. Artículo 468: sedición. Artículo 469: asonada. Artículo 470: “*Circunstancias de agravación punitiva*. La pena imponible se aumentará hasta en la mitad para quien *promueva, organice* o dirija la rebelión o sedición”.
28. Artículo 219A, adicionado artículo 34 Ley 679 de 2001: “*Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores*. El que utilice o *facilite* el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de 18 años, o para ofrecer servicios sexuales con éstos, incurrirá en pena de prisión de 5 a 10 años, y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad cuando las conductas se realizaren con menores de 12 años”.
29. Artículo 315: “*Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados*. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de 2 a 6 años y multa hasta de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva”.
30. Artículo 322, modificado artículo 73 Ley 788 de 2002: “*Favorecimiento por servidor público*. El servidor público que *colabore, participe*, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma *facilite* la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de 300 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 3 a 5 años. Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de 5 a 8 años, multa de

5. Algunas modalidades de *determinación y complicidad* están consagradas, en un mismo tipo penal, como *formas de autoría*. Ese es el caso del tráfico de migrantes<sup>32</sup>, de la trata de personas<sup>33</sup>, de la urbanización ilegal<sup>34</sup> y del favorecimiento de la fuga<sup>35</sup>.

---

1.500 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código”.

31. Artículo 322.1, adicionado artículo 74 Ley 788 de 2002: “*Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados*. El servidor público que *colabore, participe*, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma *facilite* la sustracción, ocultamiento o disimulo de hidrocarburos o sus derivados del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de los mismos por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando la cantidad de los hidrocarburos o sus derivados sea inferior a los 20 galones, incurrirá en multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 3 a 5 años. Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los 20 galones de hidrocarburos o sus derivados, se impondrá una pena de prisión de 5 a 8 años, multa de 50 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años. El monto de la multa no podrá superar el máximo de multa establecida en este código.
32. Artículo 188, modificado artículo 1.º Ley 747 de 2002: “*Del tráfico de migrantes*. El que *promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe* en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de 6 a 8 años y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria”.
33. Artículo 188A, adicionado artículo 2.º Ley 747 de 2002: “*Trata de personas*. El que *promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o participe* en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado, matrimonio servil, esclavitud con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona incurrirá en prisión de 10 a 15 años y multa de 600 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales al momento de la sentencia condenatoria”.
34. Artículo 318: “*Urbanización ilegal*. El que adelante, desarrolle, *promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita* la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de 3 a 7 años y multa de hasta 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la junta directiva cuando hayan participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora descrita. La pena privativa de la libertad señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales. Parágrafo. El servidor público que dentro del territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con acción u omisión diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en los incisos 1.º y 2.º del presente artículo, incurrirá en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 3 a 5 años, sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta”.
35. Artículo 449: “*Favorecimiento de la fuga*. El servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o *facilite* su fuga, incurrirá en prisión de 5 a 8 años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término. La pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando el detenido o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición



6. En muchos delitos, el *aporte de un sujeto calificado a la comisión de un delito común* ha sido previsto como una *circunstancia de agravación punitiva*. Así ocurre con la desaparición forzada<sup>36</sup>, la tortura<sup>37</sup>, el tráfico de inmigrantes y la trata de personas<sup>38</sup> y el terrorismo<sup>39</sup>, entre otros casos. En otros, tal aporte ha sido consagrado como un *tipo penal autónomo*. Es lo que sucede con el favorecimiento de voto fraudulento<sup>40</sup>.

7. En otros casos, el *aporte del extraneus* a la comisión de un delito especial ha sido tipificado como un *delito autónomo*. Es el caso del cohecho por dar u ofrecer<sup>41</sup>.

8. Finalmente, el *simple acuerdo previo* para la comisión de ciertos delitos ha sido previsto también como *tipo penal autónomo*. Es lo que se presenta en el concierto para delinquir, en la conspiración<sup>42</sup> y en la asociación para la comisión de un delito

---

forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este libro”.

36. Artículo 165: “*Desaparición forzada*. El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de 20 a 30 años, multa de 1.000 a 3.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de 10 a 20 años. A la misma pena quedará sometido, el *servidor público*, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.
37. Artículo 179: “*Circunstancias de agravación punitiva*. Las penas previstas en el artículo anterior se aumentarán hasta en una tercera parte en los siguientes eventos: [...] 2. Cuando el agente sea un *servidor público* o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquél”.
38. Artículo 188: del tráfico de inmigrantes. Artículo 188A: trata de personas. Artículo 188B. Adicionado. artículo 3.º Ley 747 de 2002: “*Circunstancias de agravación punitiva*. Las penas para los delitos descritos en el artículo (sic) 188 y 188 A, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando: [...] 4. El autor o partícipe sea *servidor público*”.
39. Artículo 343: “*Terrorismo*. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de 10 a 15 años y multa de 1.000 a 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de 2 a 5 años y la multa de 100 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Artículo 344: “*Circunstancias de agravación punitiva*. Las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior, serán de 12 a 20 años de prisión y multa de 5.000 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando: 1. Se hiciere copartícipe en la comisión del delito a menor de 18 años [...] 4. *El autor o partícipe sea miembro de la fuerza pública o de organismo de seguridad del Estado*”.
40. Artículo 392: “*Favorecimiento de voto fraudulento*. El servidor público que *permita* suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de 1 a 4 años”.
41. Artículo 407: “*Cohecho por dar u ofrecer*. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años”.
42. Artículo 471: “*Conspiración*. Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de 1 a 2 años”.



contra la administración pública<sup>43</sup>. En este último delito, la ley, al disponer que si interviene un particular se le impondrá la misma pena, equipara punitivamente al autor con el partícipe interviniente.

De este modo, no cabe duda que la Ley 599 de 2000, en su parte general, hace una regulación que está a tono con las actuales construcciones doctrinarias referidas a la autoría y la participación. No obstante, del examen integral de ese estatuto se infiere que existen casos en los que el legislador consagra un concepto unitario de autor y en virtud del cual los determinadores, los cómplices y aun los intervinientes tienen la misma pena que el autor (trata de personas, utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, adopción de un menor sin cumplir los requisitos legales, urbanización ilegal, favorecimiento al contrabando, favorecimiento de fuga y, para el caso de los intervinientes, asociación para cometer un delito contra la administración pública); que existen casos en los que el legislador consagra un tratamiento punitivo más drástico para los partícipes que para los autores (así ocurre con los promotores –determinadores– de invasión de áreas de especial importancia ecológica y con los promotores de los delitos de rebelión y sedición), y que existen casos en los que es más gravoso ser cómplice de un delito ajeno que autor de ese mismo delito (violación, actos sexuales abusivos y violación y actos sexuales abusivos en persona protegida).

Entonces, frente a la Ley 599 de 2000, el panorama es muy diferente de aquél que se presentaba en presencia de anteriores estatutos. Mientras en éstos la regulación que se hacía de la autoría y la participación en la parte general presentaba muchas deficiencias, en el estatuto vigente la regulación que se hace es detallada, armónica y compatible con la doctrina más autorizada. No obstante, se topa ahora con un grave inconveniente: esta regulación detallada, armónica y doctrinariamente respaldada es controvertida por múltiples disposiciones de la parte especial en las que se consagra un concepto unitario de autor y en las que se sanciona con más rigor al partícipe que al autor.

Frente a este panorama, a la jurisprudencia le sigue asistiendo el reto de racionalizar la aplicación de la ley penal de tal manera que, en materia de autoría y participación, tal aplicación sea consecuente con el fundamento de esa institución: la realización del derecho fundamental a la igualdad y el respeto del principio de legalidad. Es decir, le asiste el reto de desarrollar alternativas hermenéuticas orientadas a que el partícipe, fundamentalmente el cómplice<sup>44</sup>, sea sometido a un tratamiento punitivo diferenciado y disminuido respecto del que corresponde al autor y a que del aporte del partícipe se haga una interpretación restrictiva en los dos sentidos ya indicados.

---

43. Artículo 434: “Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública. El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por esta sola conducta en prisión de 1 a 3 años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor. Si interviniere un particular se le impondrá la misma pena”.

44. No cabe duda que la determinación de las formas de coparticipación está sometida a consideraciones

No obstante lo expuesto, las particularidades de esa nueva regulación hacen que el papel a cumplir por la jurisprudencia asuma nuevas dimensiones: por una parte, el esfuerzo jurisprudencial debe encaminarse a elaborar una doctrina que de manera razonable permita determinar los alcances de las modalidades de autoría y participación que han sido objeto de regulación: la autoría directa, la autoría mediata, la coautoría, el actuar por otro, la determinación, la complicidad y el interviniente. Y, por otra, debe orientarse a inaplicar o a minimizar la aplicación de aquellas disposiciones de la parte especial que contrarían el fundamento constitucional de la coparticipación y las cláusulas generales de desarrollo de la autoría y la participación.

En estas condiciones, surge, entonces, otro cuestionamiento: ¿la jurisprudencia colombiana ha asumido ese papel?

### III. LA AMBIVALENCIA DE LA JURISPRUDENCIA

#### A. LA JURISPRUDENCIA PENAL

A tres años de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, quizá sea prematuro intentar un balance sobre los desarrollos jurisprudenciales que se han hecho de esa normatividad en materia de autoría y participación. Esto por cuanto desentrañar el alcance de las normas jurídicas exige un proceso de decantamiento dilatado en el tiempo que coloque a la jurisdicción ante la gran variedad de hipótesis fácticas que aporta la vida en sociedad; que permita comprender la multiplicidad de alternativas hermenéuticas al alcance del juez; que conduzca a comprender también la necesidad de construir una doctrina que respete los fundamentos de la institución a aplicar y que ofrezca soluciones razonables y orientadas siempre a la realización de la justicia. Mucho más si en un contexto como el nuestro la permanencia de la ley penal y la seguridad jurídica son poco menos que imposibles, pues la avalancha de disposiciones penales torna difícil el

---

valorativas. No obstante, ese contenido valorativo debe sujetarse a límites para que no se caiga en la arbitrariedad. Tales límites están constituidos por los fundamentos de esa institución y por los desarrollos que de ella hace la ley mediante cláusulas generales. Si se respetan tales límites, es posible formular una imputación penal de manera compatible con tales fundamentos y desarrollos. Ello permite diferenciar autores de partícipes, fundamentalmente autores de cómplices pues, dado el menor rigor punitivo con que se sanciona a éstos, tal diferenciación resulta muy relevante en la práctica judicial. La distinción de autores y determinadores también es muy importante, pero no se puede desconocer que, dado que unos y otros se someten a las mismas penas, tal diferenciación no reporta las mismas utilidades prácticas derivadas de la diferenciación entre autores y cómplices. La determinación siempre ha sido identificada como una forma de coparticipación con el mismo contenido de injusticia de la autoría y de allí que entre nosotros, y aun en otros contextos, se haya llegado al punto de considerar que el determinante es un autor, que en otras épocas se lo haya calificado como autor intelectual y que se haya asumido que los efectos punitivos para él debían ser los mismos que los del autor. Con todo, se impone precisar que hoy la determinación no se asume como una forma de autoría sino de participación, aunque, dada la índole de la intervención en la comisión de la conducta punible, la pena es la misma que la del autor. Esto explica que la función de racionalización de la legislación referida a la coparticipación que aquí se plantea como inherente a la jurisprudencia, si bien está referida a la participación como institución, se circunscriba fundamentalmente a la complicidad.

papel de la jurisprudencia. Baste recordar que en tres años el Código Penal ha sido reformado por las leyes 679, 733, 738, 747, 777, 788 y 813 en materias como delitos sexuales, secuestro, concierto para delinquir, receptación, trata de personas, lavado de activos, tráfico de moneda falsificada, contrabando y hurto.

No obstante, en el poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del Código Penal sí se pueden identificar varios pronunciamientos muy relevantes en tres aspectos puntuales de la coparticipación: el interviniente, la participación omisiva en los delitos de acción y la participación en los delitos especiales.

### *1. El interviniente*

Como se sabe, una de las mayores innovaciones del Código Penal vigente en materia de coparticipación fue la incorporación de la figura del interviniente. De acuerdo con el artículo 30 de ese estatuto, “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra a su realización se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

De una interpretación sistemática del Código Penal se infiere que no se trata de una nueva forma de coparticipación, sino de una cualificación de que son susceptibles los partícipes cuando concurre el presupuesto exigido en esa norma. Múltiples razones avalan este alcance de la institución:

- En primer lugar, de acuerdo con el artículo 28, “Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. Obsérvese que la norma no habla de los intervinientes como una forma autónoma de coparticipación; se trata, por el contrario, de una institución de carácter accesorio.
- En segundo lugar, del contexto del artículo 30 se infiere que la calidad de interviniente no se predica de los autores pues ella aparece regulada en la norma que desarrolla a los partícipes.
- En tercer lugar, ese alcance de la institución se infiere también de la índole de los delitos especiales, los cuales sólo pueden ser cometidos como autores por las personas en quienes concurra la calidad especial exigida en el tipo, y no por aquellos que no tienen tales calidades especiales.
- En cuarto lugar, tal alcance se infiere también de la idoneidad de la institución para superar la alternativa de la doble imputación por la que se había inclinado un sector de la doctrina como solución a la intervención de un sujeto no calificado en la comisión de un delito especial.
- En quinto lugar, tal alternativa hermenéutica resulta compatible con el concepto diferenciado de autor por el que opta el Código Penal y con el carácter accesorio y no principal de la participación.

– En sexto lugar, tal interpretación resulta compatible con los deberes especiales de sujeción que vinculan al sujeto calificado con el bien jurídico tutelado y no al particular, y con la consecuente necesidad de someter a éste a menores consecuencias punitivas que las fijadas para aquél.

– Finalmente, como lo ha advertido la doctrina, tal postura hermenéutica es compatible con los antecedentes legislativos de la norma, con la doctrina de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Supremo español, y con el tratamiento que la figura del interviniente ha tenido en la legislación comparada como la española y la alemana<sup>45</sup>.

De acuerdo con ello, no el autor sino el determinador y el cómplice deben asumirse como intervinientes. En tal virtud, el determinador que no tenga las calidades exigidas en el tipo tiene derecho a la rebaja de la pena dispuesta para el interviniente, y el cómplice que tampoco tenga las calidades exigidas en el tipo tiene derecho a la misma rebaja pero acumulada a aquella que le corresponde en razón de la índole de su participación en el delito.

En este orden de ideas, al autor no puede atribuírsele la calidad de interviniente pues para ser considerado autor debe reunir las calidades especiales exigidas en el tipo, y es precisamente la ausencia de tales calidades la razón de ser del interviniente. Si a esta institución se le da ese alcance, se desnaturalizan los delitos especiales pues entonces éstos podrían ser cometidos también por autores que no están vinculados al bien jurídico por deberes especiales de sujeción.

No obstante lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia ha optado por esta última interpretación. Así, en la sentencia del 25 de abril de 2002 consideró que podía ser interviniente el coautor; el autor mediato; el miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente; el determinador y el cómplice<sup>46</sup>. Y luego, en la sentencia del 8 de julio de 2003 estimó que la calidad de interviniente se aplica sólo en un sentido restrictivo al *coautor* de un delito especial en el que no concurre la cualificación prevista en el tipo. Es decir, primero manejó un concepto amplio de interviniente en el que tenían cabida, a más de los partícipes, los autores, y luego manejó un concepto restrictivo de interviniente en el que, contrariando la índole de la institución, sólo tienen cabida los *coautores no calificados*<sup>47</sup>.

No cabe duda que partícipes en un delito especial pueden ser sujetos calificados o no calificados. Pero la situación de éstos no es la misma de aquellos ya que no están

45. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 117 y ss.

46. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002. M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

47. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003. M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

vinculados por deberes especiales de sujeción al bien jurídico penal y por ello el contenido de injusticia de su comportamiento es menor. Este es el motivo por el cual el partícipe no calificado tiene derecho a una rebaja de pena no prevista para el partícipe calificado. La situación del autor, en cambio, es distinta ya que éste, por definición, siempre debe ser un sujeto calificado y por ello no puede ser beneficiario de una atenuante reconocida a quien no está vinculado por deberes derivados de esa calidad. No obstante, en razón de la citada línea jurisprudencial y del reexamen a que fue sometida, se vuelve al concepto unitario de autor, se desvirtúa el carácter accesorio de la participación y se desnaturalizan los delitos especiales.

## 2. *La participación omisiva en los delitos de acción*

Los hechos que en este caso ocuparon la atención de la Corte Suprema de Justicia fueron estos: varias personas se movilizaban en un taxi y no respetaron un retén instalado por la Policía Nacional. Dos agentes, a bordo de una motocicleta, emprendieron la persecución del automóvil. Uno de los ocupantes bajó del vehículo, disparó contra los agentes y le causó la muerte a un policía. Dos de los ocupantes del vehículo, distintos a aquél que había disparado, fueron condenados como cómplices de homicidio.

La Corte Suprema de Justicia, en un fallo del 4 de abril de 2003<sup>48</sup>, casó oficiosamente la sentencia condenatoria y absolvió a los procesados argumentando que no se encontraban en posición de garante.

Para determinar el alcance del fallo debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el delito de homicidio investigado y juzgado no fue cometido por omisión sino por acción. En efecto, una de las personas que se movilizaban en el vehículo bajó de él y percutió el arma contra los agentes de la policía que los perseguían en una moto, causándole la muerte a uno de ellos. En segundo lugar, debe precisarse que el conductor del taxi y uno de los pasajeros fueron condenados en segunda instancia como cómplices omisivos de ese homicidio. Por lo tanto, se estaba ante una complicidad omisiva en un delito de acción.

Ahora bien. En el ámbito de los delitos de omisión impropia es autor todo el que, frente a una situación típica y encontrándose en posición de garante, incumple el deber impuesto por la norma de tal manera que se produce el resultado antijurídico, y ello siempre que se halle en capacidad de realizar la acción y de evitar la realización del resultado. De acuerdo con esto, si el copartícipe es garante responde como autor en todos los casos y nunca como partícipe. Pero si el copartícipe no es garante y aporta a la comisión del delito de omisión impropia –p. ej., induciendo al garante a abstenerse de evitar el resultado– responde como partícipe y no como autor. Y en el ámbito de los delitos de acción, los partícipes pueden serlo por acción o por omisión

---

48. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2003. M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

pero, en este último evento, si el copartícipe se encuentra en posición de garante se está ante una autoría por omisión impropia simultánea a la autoría por comisión de otro.

En conclusión, bien sea que se esté ante un delito de omisión impropia o ante un delito de acción simultáneo a una omisión de esa índole, quien se halla en posición de garante responde como autor y no como partícipe. Por el contrario, quien no está en posición de garante puede ser partícipe tanto de delitos de acción como de omisión<sup>49</sup>. Y esto es lógico pues si se tiene el deber jurídico de evitar el resultado, sólo hay dos alternativas: se cumple el deber y se evita el resultado o, en su lugar, se incumple el deber y no se evita el resultado. Pero no existe una alternativa intermedia: determinarse o colaborar a sí mismo a incumplir el propio deber y a no evitar el resultado antijurídico, pues el incumplimiento de tal deber seguido de ese resultado genera una imputación a título de autoría.

Entonces, frente al caso que se analiza, como se estaba ante un delito de homicidio por acción en el que habían participado omisivamente los recurrentes, y lo habían hecho en calidad de cómplices, existían dos alternativas hermenéuticas: la primera, asumir que su intervención no estuvo precedida de una posición de garantía y que por lo tanto debía considerarse su responsabilidad como cómplices, y la segunda, asumir que su intervención estuvo precedida de una posición de garantía y que por ello debía considerarse su responsabilidad como autores. No obstante, no era razonable confundir esos planos para argumentar que los recurrentes no podían ser cómplices por no hallarse en posición de garantía pues, como se ha visto, los cómplices, por definición, son ajenos a ella.

En esta medida, no es fundada la argumentación de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la imposibilidad de condenar a los procesados como cómplices omisivos de un delito de homicidio por acción por no encontrarse en posición de garantes, pues si lo hubiesen estado la imputación precedente era por autoría y no por complicidad. De acuerdo con esto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que casó la condena impuesta en segunda instancia, no debió basarse en el hecho de que los cómplices no hubiesen estado en posición de garantía pues, por definición, no podían estarlo. De haber sido así, su responsabilidad no era como cómplices sino como autores.

### *3. La participación en los delitos especiales*

El caso en el que se pronunció la Corte Suprema de Justicia fue el siguiente: un servidor público, actuando de común acuerdo con un particular, indujo en error a su

49. Como lo expone ROXIN, “cabe decir que la delimitación entre autoría y participación en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación y que, no obstante, la doctrina dominante, que en caso de autoría comisiva simultánea siempre califica de cómplice al que omite infringiendo su deber, va tambaleándose a pesar de los últimos intentos de apuntalarla. El nuevo artículo 13 StGB deja lugar en este ámbito para el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, y muchos estudios nuevos reconocen la autoría por omisión en caso de autoría por comisión simultánea de otro”: CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 710.

superior para que emitiera un acto administrativo cumpliendo una sentencia que reconocía una prestación económica, pero luego se estableció que la sentencia era falsa y que, en consecuencia, no había lugar al pago. El primero fue condenado como autor de prevaricato por acción y peculado por apropiación, y el último fue condenado como autor de peculado culposo y absuelto por el prevaricato. El recurrente, en uno de los cargos planteados, manifestó que el servidor público condenado como autor de prevaricato no tenía la capacidad funcional para emitir resoluciones o proferir dictámenes y por ello pidió que se casara el fallo. La Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia pese a que el condenado por prevaricato no tenía la atribución legal de proferir el acto manifiestamente contrario a la ley, y se limitó a afirmar que la condena procedía a título de determinador, calidad que en ningún momento del proceso había sido imputada<sup>50</sup>.

Para comprender el alcance de esta sentencia, debe tenerse en cuenta que el recurrente en casación había sido condenado como autor del delito de prevaricato, no como determinador. Y ese fue el fallo que la Corte dejó vigente. Por lo tanto, al no casar esa sentencia asumió que en el derecho penal colombiano puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber quien no tiene la calidad para reputarse sujeto activo calificado, lo que, desde luego, controvierte las decantadas elaboraciones precedentes tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Para contrarrestar este efecto, la sentencia se esfuerza por imputarle al actor la calidad de determinador, cuando era claro que en las sentencias de instancia había sido condenado como coautor.

De acuerdo con esto, la Corte Suprema de Justicia, por una parte, no tuvo en cuenta que en el recurrente no concurría la calidad requerida en el tipo y que por ello no podía ser condenado como autor de un delito especial y, por otra, varió la imputación pues asumió que la condena se profirió a título de determinador, cuando era claro que esta calidad no había sido imputada en la acusación ni en la condena y que sobre ella no se había ejercido el derecho de defensa. Esta última situación es muy relevante pues a nadie escapa que una imputación a título de determinador de un delito especial exige una estrategia de defensa muy distinta a la planteada por una imputación a título de autoría.

Estas implicaciones eran tan relevantes que cuatro magistrados salvaron su voto por considerar, de manera fundada y con estricto apego a la índole jurídica de los delitos especiales, que éstos sólo podían ser cometidos por quien reunía los atributos necesarios para reputarse sujeto activo calificado; que al recurrente no se lo había condenado como determinador sino como autor, y que el fallo debía casarse<sup>51</sup>.

---

50. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2004. M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN y JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

51. Salvaron su voto los magistrados MAURO SOLARTE PORTILLA, ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, HERMAN GALÁN CASTELLANOS y MARINA PULIDO DE BARÓN.

## B. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como se lo indicó anteriormente, también la jurisprudencia constitucional se halla vinculada al deber de racionalización de la ley penal en materia de autoría y participación. No obstante, se topa con un inconveniente pues hasta este momento la parificación punitiva de los autores y los partícipes, especialmente de los cómplices e intervinientes, no ha sido planteada como un problema constitucionalmente relevante. Hasta donde se tiene conocimiento, la Corte Constitucional se ha pronunciado sólo en una ocasión respecto de una norma legal que maneja un concepto unitario de autor. Se trata de la sentencia C-157 de 1997, que declaró exequibles los artículos 1.º y 2.º de la Ley 308 de 1996<sup>52</sup>.

El artículo 1.º de la Ley 308 de 1996 modificó el artículo 367 C. P. de ese entonces, que tipificaba el delito de invasión de tierras o edificaciones, y el artículo 2.º de esa ley adicionó a ese estatuto el artículo 367 A, en el que se tipificó el delito de urbanización ilegal. Esta última disposición, reproducida hoy en el artículo 318 C. P., constituye un caso paradigmático de manejo legal de un concepto unitario de autor pues, de acuerdo con ella, “El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley, incurrirá por este solo hecho en prisión de 3 a 7 años y en multa de 200 a 400 salarios mínimos legales vigentes”.

Nótese cómo la norma establece que es autor de urbanización ilegal no solo el que adelante, desarrolle o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción sin el lleno de los requisitos legales; sino también el que promueva, patrocine, induzca o financie tales actos y el que los tolere o colabore en ellos. Es decir, tanto el que adelanta, desarrolla o permite tales actos, como el que los determina o colabora en su realización, se reputa autor de tal conducta punible. De acuerdo con tal régimen, entonces, la participación no es posible frente a esa conducta pues todos los copartícipes responden como autores de ella.

Estas normas fueron demandadas ante la Corte Constitucional. El actor planteó que tales disposiciones vulneraban la Carta por resultar contrarias al régimen constitucional y legal de la propiedad y la posesión, y al derecho a la vivienda digna de los colombianos.

Frente a los cargos formulados, ese tribunal argumentó que “las disposiciones demandadas no quebrantan principio ni precepto alguno de la Constitución Política”. Luego expuso que el artículo 1.º de la ley, relativo a la invasión de tierras, no era inexecutable “por la circunstancia de que el legislador haya previsto el aumento de la pena hasta en la mitad, con el objeto de castigar al promotor, organizador o director de la invasión, ya que éste, en su condición de autor intelectual del ilícito, obra gene-

---

52. Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1997, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.



ralmente con mayor premeditación y conocimiento de causa y no necesariamente con la misma premura y necesidad que pudieran alegar en su defensa los invasores despojados de todo recurso”. Y en relación con el artículo 2.º de la ley, relativo a la urbanización ilegal, consideró que “Las penas previstas en estos casos –3 a 7 años de prisión y multas de 200 a 400 salarios mínimos legales vigentes–, aplicables por el sólo hecho de no acogerse el urbanizador al cumplimiento de la ley, guardan proporción con la magnitud del daño social que la urbanización ilícita ocasiona y con la amenaza que su extensión representa para los habitantes del territorio”.

En cuanto a lo expuesto por la Corte Constitucional respecto de la primera de las normas demandadas, hay que indicar que cabría entender que legitimó que al determinador se lo sancione con mayor rigor punitivo que al autor, y que lo hizo acudiendo a una terminología que, como el autor intelectual y la premeditación, hace mucho hicieron crisis en el derecho penal moderno. No obstante, debe tenerse en cuenta que en ese supuesto se está ante un sujeto que ha determinado a múltiples personas a cometer una conducta punible y que la efectiva comisión de tal conducta por todas ellas incrementa el contenido de injusticia del comportamiento. Por lo tanto, frente a tales supuestos, tendría razón de ser la agravante dispuesta para el determinador. Tal es el alcance del pronunciamiento, y de allí por qué no pueda entenderse que en supuestos diferentes sea procedente sancionar al determinador con mayor rigor que al autor de la conducta punible.

Y en cuanto a lo relacionado con los cargos formulados contra la segunda norma, hay que indicar que ellos nada tenían que ver con la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la formulación del derecho o con la vulneración del principio de legalidad por la parificación punitiva de autores y partícipes. No obstante, la Corte, al afirmar que “las disposiciones demandadas no quebrantan principio ni precepto alguno de la Constitución Política”, parecería dar a entender que el control constitucional se extendió también a tales cargos y que en esas condiciones la parificación punitiva de autores y partícipes es coherente con la Carta.

Con todo, este alcance no puede dársele a ese fallo pues el problema examinado fue la legitimidad de la urbanización ilegal como tipo penal y no la legitimidad del concepto unitario de autor adoptado en la segunda de las normas demandadas. No cabe duda que la tipificación del delito de urbanización ilegal no contraría disposición constitucional alguna; por el contrario, es consecuente con la necesidad de proteger derechos ajenos como fundamento de la imputación penal. Pero el manejo de un concepto unitario de autor plantea una problemática diferente, pues en este caso ya no se discute la legitimidad de una conducta punible, sino el ejercicio arbitrario de poder legislativo en la punición de los partícipes de un delito cuya legitimidad no se discute. Por lo tanto, tratándose de un problema constitucional diferente, no abordado directamente por la Corte, sobre el mismo no existe un pronunciamiento con valor de cosa juzgada absoluta sino relativa y, por ende, es susceptible de plantearse ante ese tribunal<sup>53</sup>.

Ahora, si esto llega a ocurrir, es de esperar que esa corporación examine la relevancia constitucional del manejo legal de un concepto unitario de autor ejerciendo un control que vaya más allá de la simple facultad de eliminar exabruptos legales, como ha sucedido en ocasiones, pues si se procede de esa manera no se pasará de advertir en ese punto *un ejercicio normal de la amplia capacidad de configuración normativa del Congreso*. De obrar de esta forma, así como la justicia constitucional encontró que no contrariaba la Carta una norma legal que fija un *quantum* único como pena mínima y máxima para un delito, con todos los insalvables problemas de proporcionalidad que de allí se infieren, así también podría concluir, contra lo que hace más de 50 años ya tenía claro el finalismo, que el legislador es autónomo para atribuirle al partícipe una calidad que no tiene –la de autor– y para sancionarlo como tal.

Es de destacar que el artículo 375 C. P. tipifica la conservación o financiación de plantaciones de estupefacientes y la sanciona con pena de 6 a 12 años de prisión; el artículo 377 tipifica la destinación ilícita de muebles o inmuebles a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes y la sanciona con pena de 6 a 12 años de prisión; el artículo 381 tipifica el suministro a menores de droga que produzca dependencia o los induzca a usarla y lo sanciona con pena de 6 a 12 años de prisión; el artículo 382 tipifica el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos y lo sanciona con pena de 6 a 10 años de prisión, y el artículo 383 tipifica el porte de sustancias y lo sanciona con pena de 1 a 2 años de prisión. Según el artículo 384, el mínimo de estas penas se duplica cuando concurre alguna de las circunstancias de agravación punitiva allí relacionadas. De este modo, las penas a imponer, de acuerdo con los artículos anteriores, son fijas, pues el mínimo duplicado equivale al máximo. Incluso, en un evento, el mínimo de la pena es superior al máximo.

Las citadas disposiciones, y otras, fueron demandadas ante la Corte Constitucional. Esta corporación, en la sentencia C-689 de 2002, emprendió “el análisis de las penas establecidas en los artículos acusados” y las declaró exequibles. Para ello argumentó que “al legislador le asiste una amplia potestad de configuración normativa en materia de delitos y sanciones”; recordó que “mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos

---

53. Sobre la diferencia entre cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa, la Corte Constitucional, en el auto 174 de 2001, expuso: “La primera es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido objeto de estudio, siempre que en la providencia no se indique lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión. La segunda, por oposición, admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”.

puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado”; afirmó que solamente “en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad” correspondería al juez constitucional pronunciarse y concluyó que, “En el presente caso, el presupuesto exigido por la jurisprudencia no se configura, pues no se ve en ninguna de las disposiciones acusadas, ni en el aumento de las penas a que se ha hecho referencia, una ‘innegable desproporción’ o ‘palmaria irrazonabilidad’ que haga evidente el desconocimiento de los mandatos constitucionales”<sup>54</sup>.

En virtud de esta decisión, cuando se trata de los citados delitos y concurren las referidas circunstancias de agravación punitiva, los jueces no tienen la facultad de graduar la pena y ésta será la misma independientemente de la gravedad del delito cometido. Es decir, quedaron compelidos a imponer penas mínimas que son iguales a las penas máximas e incluso, en un caso –tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos– quedaron compelidos a imponer una pena mínima que excede a la pena máxima. Es muy llamativo que, frente a disposiciones legales tan carentes de sentido como éstas, se niegue que se está ante una *innegable desproporción* o ante una *palmaria irrazonabilidad*; que se concluya que se trata de ejercicios legítimos de la facultad de configuración normativa del legislador que no contrarían la Carta, y que se opte por mantenerlas en el ordenamiento jurídico sin realizar, al menos, un esfuerzo que permita condicionar los *quantum* punitivos de tal manera que no se propicie la manifiesta vulneración del derecho de igualdad y del principio de proporcionalidad. Es cierto, la responsabilidad por la promulgación de normas de esa índole le corresponde primero al legislador; sin embargo, el juez constitucional también se halla, como se ha visto, en el deber de racionalizar tales dispositivos para ajustarlos a sus fundamentos superiores y a sus principios generales.

Por estos motivos es que se afirma que, en caso de llegar a plantearse la relevancia constitucional del concepto unitario de autor, es de esperar que el control constitucional se extienda a la razonabilidad y a la proporcionalidad de las normas, de tal manera que se identifiquen el principio de legalidad y el derecho a la igualdad en la formulación del derecho como los ámbitos constitucionales afectados con las normas que consagren tal concepto unitario de autor, y se examine el desconocimiento de la prohibición de exceso en que incurrió la ley penal al atribuirle al partícipe una calidad que no tiene y al fijar para él una pena que no guarda correspondencia con su aporte al delito. Esta intensidad del control constitucional constituiría una garantía para que en el ordenamiento jurídico no permanezcan normas penales tan ilegítimas como aquellas que equiparan punitivamente al cómplice con el autor.

En suma, como puede advertirse, la jurisprudencia penal y constitucional de nuestro país han sido ambivalente en el desarrollo de la coparticipación y por ello, si bien se han dado pasos importantes en la construcción de una doctrina fundada y coherente en esa materia, aún están pendientes esfuerzos orientados a racionalizar los alcances

---

54. Corte Constitucional. Sentencia C-689 de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

de la ley penal, tanto mediante la delimitación de la autoría y la participación y las categorías comprendidas en cada una de ellas, como mediante la minimización del alcance de aquellas disposiciones especiales que contrarían los fundamentos de tales instituciones. En el ámbito de la autoría y la participación, éste es el reto que hoy le asiste a la jurisprudencia colombiana.

## CONCLUSIONES

1. Hoy concurren argumentos constitucionales derivados del derecho fundamental a la igualdad y del principio de legalidad para renunciar a un concepto unitario de autor y para, en su lugar, distinguir entre autores y partícipes. En razón de ello, de un lado, la pena debe ser proporcional al aporte que el copartícipe tuvo en la comisión de la conducta punible y, de otro, sólo debe considerarse partícipe a quien adecue su comportamiento a la descripción contenida en las normas que regulan su aporte y ningún partícipe debe ser objeto de un reproche a un título más gravoso que el que le corresponde.

2. El legislador no es absoluto para configurar el régimen legal de la coparticipación pues la prohibición de exceso y el principio de legalidad le imponen el deber de distinguir entre autores y partícipes y de someter a éstos últimos, fundamentalmente a los cómplices, a penas menores que las previstas para aquellos. El cumplimiento de este deber le impone dos exigencias: por una parte, la consagración de cláusulas generales que ordenen ese tratamiento diferenciado y, por otra, el estricto respeto de esas cláusulas por parte de las normas que integran la parte especial de los estatutos represores.

3. En nuestro país, no obstante los importantes avances de la legislación vigente, la regulación legal de la coparticipación no ha sido consecuente con el derecho fundamental a la igualdad y con el principio de legalidad, pues ésta en algunos casos ha sido prevista como circunstancia específica de agravación punitiva; en otros eventos la determinación y la complicidad han sido previstas como formas de autoría, y en otros casos al interviniente se le impone la pena del autor. En razón de ello, existen casos en los que el autor, el determinante y el cómplice de una conducta punible son sometidos a la misma pena: la del autor.

4. Esa deficiente regulación legal plantea un reto para la jurisprudencia: constituirse en un espacio de racionalización del régimen legal de la coparticipación. Para asumir ese reto, podría partir de argumentos constitucionales, como el derecho fundamental a la igualdad y el principio de legalidad, y de argumentos legales, como los principios rectores del Código Penal y la cláusula general de tratamiento diferenciado del partícipe. Con base en tales argumentos podría inaplicar las normas que parifican el tratamiento punitivo de autores y partícipes, atenerse al régimen general de la coparticipación y sancionar al partícipe, fundamentalmente al cómplice, con una pena menor a la del autor. Incluso podría aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

5. Este reto ha sido asumido de manera ambivalente por la jurisprudencia penal colombiana pues, sin desconocer la importancia de muchos de sus aportes, algunas de sus construcciones intensifican las consecuencias de la deficiente regulación legal de la coparticipación y unifican el tratamiento punitivo de autores y partícipes. Ello ha sido así al punto que frente a anteriores legislaciones se reputó autor al cómplice necesario y al cómplice no necesario y, frente a la legislación vigente, se considera autor al interviniente que no reúne las calidades requeridas por un delito especial; se exige posición de garante para el partícipe omisivo de un delito de acción y se admite que puede ser autor de un delito especial quien no tiene la calidad de sujeto activo calificado.

6. Ese reto no ha sido asumido por la jurisprudencia constitucional pues hasta ahora ese problema no le ha sido específicamente planteado. Aunque existe una sentencia en la que se declaró exequible una norma que manejaba un concepto unitario de autor, el cargo examinado no fue el de violación del principio de legalidad y del derecho a la igualdad por la parificación punitiva de autores y partícipes y, por ello, tal pronunciamiento no constituye precedente para el tema que se analiza. De plantearse tal problemática ante la justicia constitucional, es de esperarse que el control constitucional no se asuma, como ha ocurrido en varias ocasiones, como un simple control de extremos que sólo habilita la extirpación de exabruptos legales, sino como una instancia de verificación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la legislación penal, pues lo que está en juego es el respeto del principio de legalidad penal y del derecho fundamental a la igualdad en la formulación del derecho.

7. Hasta tanto la actual legislación penal se mantenga vigente, es de esperar que la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal emprendan la tarea de racionalizar la deficiente regulación legal de la autoría y la participación, pues de esa manera aproximarán la jurisdicción a aquello que es de su esencia: la realización de la justicia. En el ámbito de la autoría y la participación, esto no será así en tanto se considere que el legislador se halla legitimado para consagrar un concepto unitario de autor; se reputa autor al interviniente que no reúne las calidades requeridas por un delito especial; se exija posición de garante para el partícipe omisivo de un delito de acción; se admita que puede ser autor de un delito especial quien no tiene la calidad de sujeto activo calificado, y se estime que al cómplice y al interviniente se les pueda imponer la pena de aquello que no son: autores. Por ello urge que la jurisprudencia colombiana asuma ese papel y que lo haga para ratificar aquello que el juez es en una democracia constitucional: el realizador de la justicia y el defensor, por excelencia, de los derechos de los ciudadanos; incluidos, desde luego, aquellos que son objeto de imputación penal.

