

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 60, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano y los delitos de constreñimiento a delinquir y de inducción a delinquir como posibles fórmulas de solución

Francisco Bernate Ochoa



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

LA IMPOSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA
MEDIATA POR DOMINIO FUNCIONAL DE APARATOS
DE PODER EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO
Y LOS DELITOS DE CONSTREÑIMIENTO A DELINQUIR
Y DE INDUCCIÓN A DELINQUIR COMO POSIBLES
FÓRMULAS DE SOLUCIÓN

Bernate Ochoa, Francisco

La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano y los delitos de constreñimiento a delinquir y de inducción a delinquir como posibles fórmulas de solución / Francisco Bernate Ochoa.— Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.

36 p. —(Borradores de Investigación; 60)

ISSN: 0124-700X

Acción Penal / Apelación / Acusación / Delitos / Derecho Penal – Colombia / Recurso De Casación / Procedimiento Penal - Colombia / I. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Administración, Facultad de jurisprudencia / II. Título / III. Serie

345.05042 SCDD 20

LA IMPOSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA
MEDIATA POR DOMINIO FUNCIONAL DE APARATOS
DE PODER EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO
Y LOS DELITOS DE CONSTREÑIMIENTO A DELINQUIR
Y DE INDUCCIÓN A DELINQUIR COMO POSIBLES
FÓRMULAS DE SOLUCIÓN

Autor

Francisco Bernate Ochoa

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2011

Francisco Bernate Ochoa
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo
María José Molano

Diseño de cubierta
Fredy Johan Espitia Ballesteros

Diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSN: 0124-700X

Todos los derechos reservados
Primera edición: Septiembre de 2011

Hecho en Colombia
Made in Colombia

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	8
1. Razones que explican la implementación de la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en Colombia	8
2. Pasado y presente de la discusión en Colombia	9
3. Presentación de la tesis a demostrar en el presente escrito	10
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA INAPLICABILIDAD EN NUESTRO MEDIO DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO FUNCIONAL DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	12
1. Introducción	12
2. La regulación de la autoría y, en concreto, la autoría mediata en el Código Penal Colombiano del año 2000.....	15
III. EL CONSTREÑIMIENTO Y LA INSTIGACIÓN A DELINQUIR	24
1. Constreñimiento a delinquir.....	24
2. La instigación a delinquir	29
IV. CONCLUSIONES	32
V. BIBLIOGRAFÍA.....	34

LA IMPOSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO FUNCIONAL DE APARATOS DE PODER EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO Y LOS DELITOS DE CONSTREÑIMIENTO A DELINQUIR Y DE INDUCCIÓN A DELINQUIR COMO POSIBLES FÓRMULAS DE SOLUCIÓN

Resumen. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, ha venido aplicando la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder, para imputar responsabilidad a jefes de grupos armados al margen de la ley o a políticos vinculados con los mismos por los hechos cometidos por estas organizaciones. En el presente artículo sostenemos que esto no es posible ni resuelve la problemática de la violencia de género en este contexto, para lo cual se exploran los delitos de constreñimiento a delinquir y de instigación a delinquir para resolver esta problemática.

Abstract. The Supreme Court of Justice, in its Court of Criminal Cassation, has been implementing the theory of the mediate authority by functional domain of organized apparatus for attributing responsibility to the heads of armed groups outside of the law, or to politicians linked with the same for the acts committed by these organizations. In this article, we sustain that this is not possible and does not resolve the problem of gender violence in this context, exploring the crimes of compulsion to conspiracy and incitement to offenses to solve this problem.

I. INTRODUCCIÓN

1. Razones que explican la implementación de la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en Colombia

La aplicación en Colombia de la denominada teoría de la autoría por dominio funcional de aparatos de poder –obra de Roxin¹– es, en la actualidad, uno de los temas más discutidos en el convulso debate jurídico nacional, por varias razones que pasaremos a explicar a continuación.²

En primer lugar, las investigaciones que inició hace unos años la Corte Suprema de Justicia en contra de un grupo de parlamentarios por encuentros con grupos armados al margen de la ley, en ciertos casos se transformaron en condenas por estos hechos y, en algunas ocasiones, de allí derivaron investigaciones por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad.³ En estas últimas se busca –empleando la propuesta teórica– imputarles a miembros de la clase política colombiana los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley en contra de la humanidad.

En segundo lugar, tras la entrada en vigencia de la denominada Ley de Justicia y Paz, son muchos los crímenes que miembros –que podríamos denominar mandos medios al interior de organizaciones al margen de la ley– han reconocido como propios, con lo que surge la duda de cómo imputar los hechos cometidos por los subordinados a los superiores al interior de estas organizaciones, y se ha enarbolado como gran solución y novedad teórica la aplicación, para estos efectos, de la propuesta de Roxin a la que hicimos referencia anteriormente.

En tercer lugar, en los tiempos recientes, la realidad jurídica nacional ha gravitado en torno a las investigaciones por hechos ocurridos básicamente durante las convulsas décadas de los ochenta y los noventa; investigaciones en las que, además del debate sobre la imprescriptibilidad de las mismas, se ha discutido la manera de imputar los delitos a los jefes de organizaciones al margen de la ley o, incluso, a personas

1 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 275.

2 Por su parte, Velásquez Velásquez habla de un *tepestuoso desarrollo* de la figura. Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, D.C., 2010, p. 576.

3 Paradigmática Sentencia del 23 de febrero de 2010 y, sobre todo, del 3 de diciembre de 2010.

dentro del marco de la legalidad, como sucedió en la reciente condena al General Plazas Vega por los hechos acontecidos en la nefasta noche del mes de noviembre de 1985, en la que sucedió la toma del Palacio de Justicia por parte del Grupo Insurgente M-19 y su posterior retoma por parte del Ejército Nacional.⁴

En cuarto lugar, y acudiendo a la terminología de Luhmann, encontramos que esta propuesta ya ha sido aplicada con éxito en el entorno jurídico colombiano, más recientemente en Perú, en donde la condena contra el ex presidente Alberto Fujimori se fundamentó en la aplicación de la teoría anteriormente mencionada y se erigió como un verdadero paradigma en la región.

En conclusión, la realidad política, jurídica y social de nuestro país, así como de nuestro entorno, ha fomentado en Colombia la discusión y aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder –obra de Claus Roxin⁵–. Miremos ahora el desarrollo de esta discusión en el medio colombiano.

2. Pasado y presente de la discusión en Colombia

La discusión sobre esta propuesta en épocas del Código de 1980 era marginal, por cuanto, por una parte, el Código de la época no contemplaba –explícitamente– la autoría mediata; y, por otra, los fenómenos en la realidad y en la periferia jurídica no se compadecían con los actuales, de manera que, salvo anotaciones marginales, la discusión era inexistente.

El Código Penal de 2000 consagró expresamente la autoría mediata con ocasión de los procesos de justicia y paz, así como de las condenas producidas en otros Estados; así, la tesis de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder se fue asentando en nuestro medio gracias, primero, a la aparición de estudios académicos sobre la materia,⁶ y de sentencias que, si bien en principio no la reconocían, la fueron aceptando paulatinamente para aplicarla, en primer término, a cabecillas de grupos armados al margen de la ley y, en un segundo momento, a políticos relacionados con éstos.

Si realizamos un ejercicio a futuro, encontramos que el desafío al que se enfrenta nuestra judicatura –no sólo a nivel de las Altas Cortes, sino también en otros esce-

4 Sentencia del Juzgado 3º del Circuito Especializado de Bogotá, D.C., del 9 de junio de 2010.

5 Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 275.

6 Por todos, Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La autoría mediata en derecho penal*. Formas de instrumentalización. Ed Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2009.

narios— es el de imputar hechos con una clara connotación de violencia de género a las cabezas de las organizaciones criminales, aun cuando éstos no los cometieron personalmente. Es en ese momento cuando se verán las falencias de esta propuesta, lo cual necesariamente generará una problemática que conducirá a su reformulación o a su abandono.

Consideramos que en el caso de los delitos de propia mano, concretamente en la violación, se vislumbra el futuro de la discusión en Colombia. Los fiscales y jueces de la República deben enfrentarse a la violencia de género cometida por los miembros de grupos armados al margen de la ley, cuya investigación en nuestro medio, a pesar de la orden impartida de avanzar en el esclarecimiento de los hechos por la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2008 —precedido de una *declaratoria de Estado de Cosas inconstitucional* mediante la Sentencia T-025 de 2004—, se encuentra recién iniciada y observa una seria dificultad en lo dogmático para imputar a las cabezas de las organizaciones criminales los atentados de tipo sexual contra la población femenina, muy a pesar de la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder.

3. Presentación de la tesis a demostrar en el presente escrito

La tesis a demostrar en el presente escrito es que la propuesta de Roxin sobre autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder⁷ es inaplicable en nuestro medio, por lo que surge la necesidad de explorar otras alternativas para resolver la problemática de la imputación de los hechos cometidos por miembros de grupos organizados de poder a las cabezas de estas estructuras, con miras, primero, a evaluar el estado de la cuestión en nuestro medio y, segundo, a proponer fórmulas de solución a los inconvenientes que se presentan. Esto básicamente desde lo dogmático con el fin de resolver la temática de los criterios de imputación de responsabilidad penal a los jefes de organizaciones criminales por los hechos cometidos por los subordinados.

No sólo es importante la cuestión por cuanto pone de presente dificultades teóricas para la solución coherente de problemas en la práctica, sino además por cuanto es necesario revisar las bases teóricas con las que nuestra justicia ha resuelto los casos de los delitos de lesa humanidad, para determinar si estas mismas pautas resolverían los problemas de la violencia de género en el marco del conflicto armado colombiano, aspecto que marca el futuro de la discusión en nuestro medio.

⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 275.

Es así como el presente escrito pretende (i) demostrar la inaplicabilidad de las tesis de Roxin en nuestro medio (enfoque descriptivo-propositivo) para evaluar otras opciones de solución al problema (enfoque propositivo), como lo son los delitos de (ii) constreñimiento a delinquir e inducción a delinquir, a efectos de determinar su efectiva capacidad de rendimiento en la solución de problemas prácticos, tanto los que se afrontan en la actualidad como los que se avizoran relacionados con la violencia de género. Realizado lo anterior, (iii) presentamos nuestras conclusiones.

Antes de iniciar, es preciso hacer un reconocimiento a los autores mediatos de la presente investigación, que nace de una conversación informal sobre la cuestión con la doctora Gloria Lucía Bernal Acevedo, quien cada vez está más interesada en la violencia de género y en la justicia transicional, pero sin renunciar a su rigurosidad dogmática. Esta conversación se convertiría pronto en un verdadero interrogatorio para la doctora Lina María Céspedes-Báez, quien me orientó sobre la problemática de la violencia de género y la discusión sobre la consideración de la violación como atentado de género, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual conoce a su perfección.

Pero, sin dudas, quien realmente generó en mí el interés por realizar el presente estudio fue el profesor Fernando Velásquez Velásquez, quien no sólo organizó el exitoso evento "*Los estrategas del crimen y sus instrumentos: el autor detrás del autor en el Derecho Penal Latinoamericano*" en el mes de octubre de 2010, sino que además realizó una magistral exposición sobre la problemática en nuestro medio. Con su habitual generosidad intelectual, me permitió indagarlo al respecto y obtener así las bases sobre las que hoy presento esta propuesta.

Para estos verdaderos maestros del derecho colombiano va dirigido el presente estudio, como una modesta muestra de agradecimiento por su generosidad y desprendimiento intelectual para el suscrito, reconociéndome su discípulo y seguro admirador.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA INAPLICABILIDAD EN NUESTRO MEDIO DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO FUNCIONAL DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

1. Introducción

La tesis de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder⁸ –obra de Roxin⁹–, permitió la imputación a título de autores mediatos, a las cabezas de estructuras organizadas por los delitos cometidos por estos grupos, en su mayoría ejércitos, como sucedió en Alemania, Israel, Argentina y, más recientemente, en Perú.¹⁰ Además de lo ingenioso de la propuesta, la verdad es que es una tesis cuya valía radica en que permite evitar la impunidad derivada de las exigencias dogmáticas establecidas para la inducción –específicamente en punto de la exclusión de las instigaciones sucesivas– y la coautoría para las cabezas de organizaciones criminales al margen de la ley.

En Colombia la aplicación de esta tesis es relativamente reciente; más allá de alguna propuesta aislada en los años noventa, es con ocasión de los procesos de desmovilización en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y de la resurrección de procesos por hechos cometidos durante la década de los ochenta, de los cuales encontramos su aceptación por parte de la jurisprudencia colombiana.

Para realizar un recuento sobre la paulatina implementación de esta propuesta en Colombia, es necesario señalar que el antecedente más importante lo encontramos en la consagración legal de la autoría mediata en el Código Penal del año 2000, figura que no aparecía en su antecesor –el Código de 1980–, que apenas admitía la autoría directa y la coautoría como modalidades de autoría.

Consagrada la figura, lo siguiente fue la expedición de la Ley de Justicia y Paz con los consecuentes procesos de desmovilización y versiones sobre los hechos cometidos por los integrantes y jefes de estos grupos armados al margen de la ley, así como

8 Jescheck, H.H. & Weigend, Tomas. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Traducción de Olmedo Cardenete, Miguel. 5ª. Edición. Ed. Comares, Granada, 2002. p. 722.

9 Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

10 La influencia de estos pronunciamientos en nuestro medio la pone de presente nuestra propia Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 23 de febrero de 2010.

la resurrección de procesos derivados de hechos cometidos en los años ochenta, sucesos cuya ocurrencia es casi simultánea. A estos hechos debe agregarse la creciente influencia que las tesis de Roxin tienen en nuestro medio, así como la existencia de decisiones que avalan su propuesta de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en otros Estados.

Este clima favorece la llegada de diferentes asuntos en los que la discusión se propició a nivel de nuestro Alto Tribunal, cuya jurisprudencia sobre la imputación de responsabilidad a jefes de grupos organizados de poder atraviesa tres etapas: la primera, la de la no aplicación de la propuesta de Roxin y la consecuente aplicación de la de institutos como la coautoría o la determinación para resolver esta problemática; la segunda, la de la implantación de la teoría de autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder para jefes y cabecillas de grupos armados al margen de la ley; y en tercer momento, la aplicación de la propuesta a miembros de la clase política colombiana involucrados con grupos armados al margen de la ley.

En la primera etapa encontramos fallos que resuelven la problemática planteada –la atribución de responsabilidad a los jefes de la organización– por la vía de la coautoría, como los fallos del 8 de marzo de 2001 y del 9 de noviembre de 2006, o por la vía de la determinación, como el fallo del 14 de febrero de 2002. En un segundo momento, encontramos la aplicación de la teoría de Roxin en nuestro medio para los cabecillas de los grupos armados al margen de la ley, etapa que inicia con el fallo del 7 de marzo de 2007, y que será reiterada en los fallos del 26 de abril de 2007, del 8 de agosto de 2007 y del 3 de diciembre de 2009. Por último, una tercera fase en la que, a partir del fallo del 23 de febrero de 2010, se aplica este criterio a miembros de la clase dirigente colombiana involucrados con grupos armados al margen de la ley.

Es importante mencionar que la aplicación de estas tesis en Colombia no deriva en una necesaria imputación al jefe de la organización criminal por los hechos cometidos por esta organización a título de autor, pues, como lo ha admitido la Sala, podrá atribuirse un hecho al jefe de la organización a título de autor o de partícipe, *según las particularidades de cada caso*.¹¹

Así pues, la situación actual en nuestro país la marca la recepción de la tesis de Roxin,¹² y permite la imputación –salvo casos excepcionales– a título de autor

11 Al respecto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación de 14 de noviembre de 2007, radicación 28017 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación de 26 de abril de 2007. Igual en Velásquez Velásquez, Fernando. *op. cit.*, p. 577.

12 Roxin, Claus. *op. cit.*, 2000, p. 275.

mediato, no sólo a los jefes de organizaciones criminales, sino también a miembros de la clase política relacionados con estas organizaciones.

En cuanto a los requisitos que en nuestro medio se exigen para la estructuración de la autoría mediata en estos casos, nuestra jurisprudencia, con fundamento en Roxin,¹³ ha señalado los siguientes: *(i) la autoría mediata como dominio de la organización; (ii) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; (iii) la necesidad del apartamiento del Derecho del aparato de poder; (iv) la disponibilidad hacia el hecho específico de la organización; (v) el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho; y, (vi) el dominio del resultado.*¹⁴

Por su parte, ya en la doctrina de la propia Corte se indican los siguientes:

- 1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal, las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;
- 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo, pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,
- 3). *Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.*¹⁵

Naturalmente este tipo de pronunciamientos cuenta, en la mayoría de los casos, con el aval de la opinión pública, pero resulta bastante cuestionable desde el sistema del delito contenido en nuestra legislación que, en nuestro criterio, no permite la aplicación de esta tesis, como pasaremos a demostrar para posteriormente evaluar la capacidad de rendimiento de las figuras de constreñimiento a delinquir o instigación a delinquir como figuras autónomas para resolver la problemática.

¹³ *Ibid.*, p. 275.

¹⁴ Sentencia del 3 de diciembre de 2009.

¹⁵ *Ibid.*

Es importante señalar que los precitados pronunciamientos de la Sala de Casación Penal se desarrollan en el marco de atentados contra la vida y desplazamientos forzados, por lo tanto queda pendiente la cuestión de los atentados de género que, marcará el norte de la discusión en Colombia. De esta manera, es necesario evaluar la fortaleza de la tesis en la actualidad, para resolver casos mucho más complejos desde lo dogmático, como los que vendrán en los tiempos futuros, relacionados, con los atentados de género.

2. La regulación de la autoría y, en concreto, la autoría mediata en el Código Penal Colombiano del año 2000

2.1 Introducción a la problemática

El campo de la autoría representa uno de los más álgidos y discutidos en la dogmática contemporánea, al punto que se ha convertido en uno de los asuntos más complejos en la actualidad. Ello no ha sido ajeno a nuestra cotidianidad judicial, en la que éste ha sido uno de los asuntos más polémicos de la jurisprudencia colombiana de los últimos diez años, en los cuales encontramos pronunciamientos sobre asuntos como la intervención del sujeto que adolece de la cualidad exigida por el tipo penal en los célebres fallos del interviniente;¹⁶ la coautoría en delitos imprudentes¹⁷ ha dado pie a novedosos y controversiales pronunciamientos jurisprudenciales.

Pero el tema más importante en la actualidad jurisprudencial de nuestro país es el de la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder, en tanto que responde a una necesidad práctica del sistema jurídico: la de imputar a jefes de grupos armados al margen de la ley, o a personalidades políticas con vínculos con este tipo de organizaciones, los hechos cometidos por los referidos grupos ilegales, sucesos que, en muchas ocasiones, trascienden a crímenes de lesa humanidad.

La importancia que ha tenido esta propuesta en los últimos años en nuestro medio, hace imperativo conocer cuál es la situación de la autoría en el Código Penal colombiano, para, posteriormente, analizar la figura de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder, con miras a evaluar la viabilidad de la aplicación de esta propuesta en nuestro medio.

16 Fallos del 25 de abril de 2002 y del 8 de julio de 2003.

17 Sentencia del 8 de noviembre de 2007.

2.2 La situación de la autoría en el sistema penal colombiano

Al igual que el Código Penal de 1980, el actual estatuto contiene una redacción bastante precisa en punto de la intervención de personas en el delito, pero la evolución en la materia se encuentra en la ampliación de la categoría de la autoría a supuestos no contemplados en el Código Penal de 1980, tal y como pasamos a analizar a continuación.

El Código Penal de 1980 regulaba en su Artículo 23 la autoría en los siguientes términos:

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

Nótese cómo nuestro estatuto de la época recogía en buena medida la teoría objetivo formal¹⁸ y sólo conocía como formas de autoría la directa y la coautoría, figura que era objeto de un intenso desarrollo jurisprudencial.

El nuevo estatuto recoge pronunciamientos jurisprudenciales en los que se acogió la teoría del dominio del hecho, y hace eco de las tendencias internacionales¹⁹ en la materia, cuando, en su Artículo 29 dispone:

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 concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

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

18 Sobre esta propuesta, por todos, Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 54. & Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª. Edición. Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 370.

19 Por todos, Berdugo Gómez de La Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé & Serrano Piedecasas. *Lecciones de derecho penal. Parte General*. 2ª. Edición. Editorial Praxis, Barcelona, 1999. p. 289.

Indiscutiblemente, el actual artículo es mucho más completo que su antecesor, y no sólo incorpora la tendencia nacional en punto de la superación de la teoría objetivo formal que recogía su antecesor, sino que además, al adscribirse a la teoría del dominio del hecho,²⁰ admite tanto la autoría directa, como la coautoría –con elementos objetivos y subjetivos tal y como lo plantea la tesis del dominio del hecho– y la autoría mediata,²¹ que, en medio de la preponderancia de la tesis objetivo formal propia del estatuto de 1980, era inadmisibles –desde el punto de vista legal– para entonces.

Así mismo, es de destacarse que en el actual estatuto se elimina de la regulación de la autoría la cuestión de la inducción, que se incorpora al acápite correspondiente a la participación criminal, y se le otorga igual tratamiento punitivo que a la autoría, pero diferenciándola claramente de esta última.

Se toma de la legislación española la regulación sobre el denominado *actuar por otro*,²² figura que, a pesar de su importancia, no ha tenido mayor desarrollo no sólo por la ausencia de casos prácticos con capacidad de generar pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, sino también por la lamentable tendencia en la parte especial a asignar responsabilidad penal al representante legal en el caso de hechos cometidos por personas jurídicas (ejemplo de ello es la regulación contenida en el Artículo 402 del Código Penal).

Lo interesante, para efectos del presente estudio, es la discusión sobre la autoría mediata en nuestro sistema. Sobre este asunto nos ocuparemos a continuación para, posteriormente, referirnos en concreto a la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder.

2.3 La autoría mediata en el Código Penal Colombiano y la posibilidad de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder en nuestro medio

Como se anotó anteriormente, una de las innovaciones del actual Código Penal la constituye la aceptación de la teoría del dominio del hecho y de la autoría mediata, en contraposición a lo que sucedía con el estatuto de 1980.²³

20 Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 372.

21 Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 582.

22 *Ibid.*, p. 583.

23 Idéntica situación ocurría en el Código Penal Español anterior al actualmente vigente.

De manera concreta diremos que la teoría del dominio del hecho²⁴ señala que la diferenciación entre autores y partícipes se da por cuanto los primeros se erigen como verdaderos señores del suceso criminal²⁵ y disponen de la facultad de determinar el cómo y el cuándo del hecho (dominio del hecho positivo), así como de la posibilidad de desistir del mismo (dominio negativo). Este dominio del hecho de que gozan los autores se encuentra ausente en los partícipes y constituye la diferencia entre ambas categorías.²⁶

La teoría del dominio del hecho²⁷ indica que este suceso se presenta cuando hay dominio material en la autoría, dominio conjunto en la coautoría y dominio de la voluntad en la autoría mediata.²⁸

En cuanto a esta última, que constituye el objeto de interés del presente escrito, se dice que el ejecutor material se encuentra subordinado a la voluntad del hombre de atrás, el denominado *autor mediato*, que acude al engaño o a la coacción para servirse del *autor material* o del *instrumento*, que es quien realiza finalmente el hecho.²⁹ La consecuencia natural de ello es la irresponsabilidad penal del ejecutor material, quien se encontrará amparado, en los casos de constreñimiento físico o moral, en una causal de ausencia de conducta³⁰ o, en los casos de instrumentalización por error, de atipicidad por ausencia de dolo y la consecuente responsabilidad penal en cabeza del *autor mediato*.

Fue en los años sesenta cuando Roxin³¹ aplicó la autoría mediata³² para responsabilizar a los jefes del ejército nazi por los hechos cometidos durante la época del exterminio, al señalar que en aquellos casos en que estuviéramos frente a una estructura jerárquica en la que los ejecutores de los hechos fuesen fungibles,³³ sería

24 Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 129 y ss. & Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 568.

25 Berdugo Gómez de La Torre, *et al.*, *op. cit.*, p. 289.

26 Stratenwerth, Günther. *Derecho penal. Parte General*. Traducción de Cancio Meliá, Manuel y Sancinetti, Marcelo. Ed. Aranzadi, 2000, p. 314; & Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 372.

27 Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

28 Berdugo Gómez de La Torre, *et al.*, *op. cit.*, p. 289. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 372; & Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª. Edición. Valencia, 2004, p. 434.

29 Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, p. 314.

30 Entendemos que tanto la *vis compulsiva* como la *vis absoluta* operan en nuestro sistema como causal de ausencia de conducta y no como causal de ausencia de culpabilidad.

31 Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 276.

32 Berdugo Gómez de La Torre, *et al.*, *op. cit.*, p. 290.

33 Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 278.

posible afirmar que el aparato es el instrumento del que se sirve el dirigente de la organización para cometer las conductas delictivas; de manera que es posible afirmar la autoría mediata en el dirigente del aparato, elemento que, a su vez, se entenderá como el instrumento del que se sirve el responsable penalmente.

A través de esta figura, que ya ha sido avalada no sólo por el Supremo Alemán, sino también por autoridades judiciales de América Latina, como sucedió en Argentina o, más recientemente, en Perú, se logró responsabilizar a los líderes de aparatos organizados de poder por hechos cometidos por sus subordinados, en casos en los que no era posible acreditar la coautoría o la inducción en los crímenes cometidos.³⁴

Esta propuesta es bastante funcional en términos de política criminal,³⁵ pues permite superar no sólo las dificultades probatorias para acreditar la inducción o la coautoría, sino también los inconvenientes dogmáticos que presenta el hecho de aceptar las inducciones sucesivas o en cadena –inadmisibles en la legislación colombiana–,³⁶ y además facilita la responsabilidad de los superiores jerárquicos de estructuras criminales.

En términos dogmáticos, lo revolucionario de esta propuesta se relaciona, primero, con la consideración de que el instrumento en la autoría mediata puede ser el aparato organizado de poder y no sólo el ser humano; y, segundo, con la posibilidad de que en la autoría mediata respondan tanto el autor material como el autor mediato, cuando en esta categoría se señala que la responsabilidad recae exclusivamente en el denominado *hombre de atrás*, siendo ésta la principal diferencia entre esta modalidad de autoría y la inducción como forma de participación.

En efecto, la literatura colombiana entiende que la diferencia entre la autoría mediata y la inducción está en la existencia de responsabilidad en cabeza del autor

34 La influencia de estos fallos en nuestro medio se hace evidente en la Sentencia del 3 de diciembre de 2010.

35 De hecho así lo señala nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que “...*el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal del problema jurídico...*”. Sentencia del 3 de diciembre de 2010.

36 De igual criterio en la legislación española, Muñoz Conde quien señala que un requisito de la determinación en la legislación española es que la misma “...*sea directa, es decir, debe haber una relación personal e inmediata entre el inductor y el destinatario de la incitación. Esta exigencia impide la apreciación de la que se conoce como inducción en cadena, en la que el inductor inicial incita a otro sujeto para que induzca a su vez a un tercero a delinquir*”. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 446.

material para el caso de la determinación,³⁷ que no se presenta en el caso de la autoría mediata, pero ambas figuras comparten todos los demás requisitos. Es por ello que un sector de nuestra doctrina afirma que no es posible, en nuestro medio, aplicar la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, y por lo tanto debe acudir, en casos como los analizados, a la coautoría o a la determinación.³⁸

Nosotros entendemos que ello es así, esto es, que en nuestro medio no es aplicable la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder por los siguientes argumentos.

Primero. Por la redacción del Artículo 29 del Código Penal. En efecto, éste señala que la autoría mediata se presenta cuando se instrumentaliza *a otro*. Esta expresión, en el contexto del sistema penal, se emplea para referirse a seres humanos, como cuando el homicidio penaliza el causar la muerte de *otro*. En tal sentido, no puede realizarse una interpretación extensiva de esta norma para señalar que la expresión *otro* abarca a un instrumento, un elemento no humano.

Segundo. De la misma redacción del Artículo 29 de nuestro Código Penal se desprende que la responsabilidad en la autoría mediata se limita al *hombre de atrás*, y queda impune el denominado instrumento. Hay que notar que la norma limita la autoría a quien realiza el hecho *valiéndose de otro como instrumento*, lo cual deja claro que este último es irresponsable penalmente.³⁹

Ésta era la tesis original de nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando sostuvo que

*...cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el 'hombre de atrás' es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad– o es inimputable”.*⁴⁰

37 Por todos, Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 575.

38 Crítico sobre esta propuesta, Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 575.

39 Sobre ello, señala nuestra Corte Suprema de Justicia que “No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquella con instrumento responsable”. Sentencia del 3 de diciembre de 2010.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, reiterada en auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268. Este criterio es variado en la Sentencia del 23 de febrero de 2010.

En conclusión, consideramos que la aplicación de la teoría del dominio del hecho por dominio funcional de aparatos organizados de poder no es viable en nuestro medio.

Es necesario entonces, evaluar, someramente, la posibilidad de resolver estos asuntos por la vía de la coautoría, tal y como en su momento lo realizó nuestra Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, consideramos que esta hipótesis debe ser igualmente descartada porque la característica de la coautoría es la existencia de una resolución conjunta para realizar el hecho; es en últimas, una resolución horizontal.⁴¹ Por el contrario, cuando estamos en presencia de aparatos organizados de poder, si bien habría un objetivo común, ello no es suficiente para hablar de una resolución conjunta, ni mucho menos podemos encontrar una estructura horizontal, sino que estamos frente a estructuras verticales, argumento suficiente para descartar la coautoría.

Tanto la solución a los casos de estructuras organizadas de poder por la vía de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder, como la de la coautoría serían innecesarias si nuestro Código Penal admitiese las determinaciones sucesivas, pues se cumpliría, en el caso de las cadenas de mando, el anhelo político criminal de responsabilizar a las cabezas de la organización y se impondría la misma pena para éstos que para los autores materiales de los hechos criminales. Sin embargo, consideramos que las inducciones en cadena no son admisibles en nuestro medio por expresa disposición legal, por cuanto nuestro Código Penal establece que la determinación debe realizarse “*a otro*”.⁴²

Sentadas las bases en el sentido de considerar improcedente la aplicación de la propuesta de Roxin en nuestro medio, y ante la no viabilidad de resolver la cuestión por la vía de la coautoría, ora de las determinaciones sucesivas, es necesario señalar que, aun a pesar de la admisión en Colombia de la tesis de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder, esta propuesta va a resultar insuficiente a la hora de resolver la problemática de la violencia de género, misma que, avisoramos, marca el horizonte de la discusión en nuestro país, como demostraremos ahora.

41 Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 573. Bagigalupo, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. 4ª. Edición, Ed. Akal, Madrid, 1997, p. 355.

42 De otra postura, admitiendo las inducciones sucesivas o en cadena, Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 587.

Una de las principales críticas a la teoría del dominio del hecho es su evidente incapacidad para resolver los eventos de los delitos especiales y de los delitos de propia mano,⁴³ en los que quien domina el hecho carece del condicionante exigido por la norma penal –para los delitos especiales– o no realiza la conducta incriminada por sí mismo –para el segundo evento enunciado–.⁴⁴ Naturalmente, la crítica que es válida para el todo también lo es para la parte, como lo es la autoría mediata, que no se presentará si el hombre de atrás –quien domina el hecho por dominio de la voluntad, o de aparato organizado de poder, en la terminología de Roxin– no realiza directamente la conducta exigida por el tipo penal en el delito de propia mano, o no cumple las calidades exigidas por el respectivo precepto.

Uno de los clásicos delitos de propia mano es el acceso carnal violento⁴⁵ –principal manifestación de la violencia de género–, en el que se exige que el autor efectivamente realice la penetración, lo que impediría –dogmáticamente– la autoría mediata en este reato.⁴⁶ Si partimos de este supuesto, encontramos que los esfuerzos que se han realizado para implementar la tesis de Roxin en nuestro medio resultarían insuficientes a la hora de resolver la violencia de género, momento en el cual debe acudir a otras soluciones –incluida la discutible propuesta de admitir el acceso carnal violento por omisión– o replantear toda la teoría del dominio del hecho, lo cual implicaría, ni más ni menos, que una reinterpretación de toda nuestra normativa penal.

En conclusión, no solamente la tesis de la autoría mediata es inaplicable en el sistema legal colombiano, sino que sus rendimientos son escasos para resolver la problemática en nuestro medio. Por ello, es necesario acudir a otras soluciones que no solamente resulten coherentes con nuestro marco normativo –por lo que deben descartarse las propuestas de las inducciones sucesivas y de la coautoría–, sino que además permitan la solución de la problemática de la violencia de género, como se planteó anteriormente.

Dada la insuficiencia de los preceptos contenidos en la parte general de nuestro Código para resolver esta problemática, es necesario evaluar la normativa contenida

43 Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, p. 314.

44 Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 568.

45 *Ibid.*, p. 569.

46 Sobre la imposibilidad de la autoría mediata en el delito de propia mano, Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 575. Categórico, Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 386.

en la parte especial del estatuto a fin de explorar fórmulas de solución a la cuestión planteada.

Las opciones que encontramos para el efecto fueron las de constreñimiento a delinquir e inducción a delinquir, contenidas en la parte especial de nuestro Código Penal y que, en nuestro sentir, pueden marcar el camino correcto para resolver la problemática planteada. Procedemos entonces a su estudio para, posteriormente, evaluar su capacidad de rendimiento.

III. EL CONSTREÑIMIENTO Y LA INSTIGACIÓN A DELINQUIR

1. Constreñimiento a delinquir

1.1 Concepto

Nuestro Código Penal contempla este delito como una especie del género *constreñimiento ilegal*, conducta que consiste en constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa (Art. 182 CP). De este género se derivan diferentes subtipos que compar-ten un mismo núcleo comportamental, pero que varían según la finalidad perseguida por el agente o según si concurren determinados elementos normativos.

Es así como son especies del constreñimiento ilegal los siguientes delitos:

- Constreñimiento a apoyo bélico (Art. 150), en el que incurrirá quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa.
- Constreñimiento a delinquir (Art. 184), que se presenta cuando alguien constriña a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor.
- Constreñimiento a la prostitución (Art. 214), el cual se comete cuando alguien, obrando con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriñe a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución.
- Extorsión (Arts. 244 y 245), que comete quien constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero.
- Constreñimiento al sufragante (Art. 287), en el que incurre la persona que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.

En sí mismo el constreñimiento ilegal es un atentado contra la libertad personal, en concreto, contra la libre autodeterminación de la persona. En los supuestos reseñados anteriormente estamos frente a reatos pluriofensivos que involucran la ofensa a otro interés jurídicamente tutelado, como son: el Derecho Internacional

Humanitario, la autonomía personal, la libertad sexual, el patrimonio económico y el régimen electoral, respectivamente.

El común denominador de todas las formas de constreñimiento es que la responsabilidad penal es exclusivamente de quien constriñe a otro a realizar un hecho, mientras que quien actúa bajo coacción física o moral en todos los supuestos de estos delitos será irresponsable penalmente por actuar en ausencia de conducta, como lo establece el Artículo 32.8 del Código Penal, que contiene la insuperable coacción ajena como eximente de responsabilidad.

Esta consideración de la coacción ajena como excluyente de la conducta es la que nos permite plantear la solución a la problemática desde la autoría mediata, pues si se considera que esta situación excluye la culpabilidad como una demostración de la inexigibilidad de otra conducta, en virtud del principio de accesoriedad limitada que rige nuestro estatuto penal, nada impide que el hecho cometido por el constreñido se impute al hombre de atrás en condición de determinador de la conducta, con la misma pena del autor material.

La pregunta entonces es la siguiente: si nuestro Código Penal contempla expresamente la figura de la autoría mediata (Art. 29) y una de las formas de esta autoría es el dominio de la voluntad por coacción, ¿por qué existen estas modalidades delictivas específicas en las que el elemento común es la existencia de un dominio del hecho por dominio de la voluntad? La respuesta es que en estos supuestos el Código Penal consagra estas figuras típicas específicas para evitar una eventual impunidad en la conducta de quien constriñe a otro, derivada ya de la no concurrencia de los requisitos estructurales de la autoría mediata en casos concretos, dado que la conducta realizada por el constreñido se relaciona con un delito especial o con un delito de propia mano, ora de la atipicidad de quien comete el hecho bajo inducción.⁴⁷

Miremos lo anterior:

- En el constreñimiento a apoyo bélico estamos frente a un delito de propia mano, en el que el sujeto activo pasa a servir a las fuerzas armadas de la parte adversa. Por ello, el autor mediato, quien obliga a otro a realizar esta conducta, estaría en una situación de atipicidad en tanto que no sirve a las fuerzas armadas de la parte adversa, por lo que se sanciona de manera autónoma el

47 Autoría mediata en conductas atípicas. Jescheck, H.H. & Weigend, Tomas. *Op. cit.*, p. 717; & Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 381.

acto de constreñimiento con estos fines, a efectos de evitar una atipicidad de la conducta.

- El constreñimiento a delinquir se presentará en los casos de autoría mediata por dominio de la voluntad en casos de coacción cuando la figura cometida no permita estructurar la autoría mediata, como sucede cuando el hombre de atrás no cumple con los requisitos exigidos por el tipo, como sucede en los casos de delitos especiales (v.gr. la inasistencia alimentaria o los delitos de omisión impropia), o en los reatos de propia mano como el falso testimonio⁴⁸ o el acceso carnal violento.
- El constreñimiento a la prostitución se erige como figura autónoma por cuanto el hecho al cual se constriñe a la persona –la prostitución– no es delictivo, lo que impediría estructurar una autoría mediata en el supuesto de que alguien obligue a otro a ejercer el comercio carnal, conducta claramente atentatoria contra la libertad, integridad y dignidad sexual, intereses jurídicamente tutelados con este delito. Lo mismo sucede con el constreñimiento al sufragante, en el que este último actúa legítimamente, ejerciendo su derecho al sufragio, pero constreñido por el *hombre de atrás*.
- En la extorsión, quien realiza el acto de disposición patrimonial es la persona constreñida, por lo que no hay un apoderamiento de cosa mueble ajena por parte del hombre de atrás, lo que generaría una atipicidad frente al delito de hurto y por ello la consagración de esta figura específica. Lo mismo sucede en el caso de la concusión, que no es nada diferente a una extorsión cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

1.2 Elementos del delito de constreñimiento a delinquir

Estamos frente a un delito común en el que incurre quien constriñe a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, lo cual se explica por lo mencionado *supra*.

La modalidad comportamental es la de constreñir, esto es, la de obligar a alguien, vía fuerza moral o fuerza física, a realizar una conducta en contra de su voluntad. En el caso específico de este delito, se constriñe a otro a realizar una *conducta punible*.

En los términos del Artículo 9º del Código Penal, se entiende por *conducta punible* un comportamiento típico, antijurídico y culpable, pero es claro que quien actúa

48 Este reato como delito de propia mano, Roxin, Claus, *op. cit.*, 2000, p. 853.

bajo constreñimiento de un tercero actúa amparado por una causal de ausencia de responsabilidad, como lo es la insuperable coacción ajena, que en nuestro medio excluye la conducta. Por esta razón, consideramos anti técnica la redacción de este artículo, pues el constreñido no realiza una conducta punible, en tanto que en su actuar no concurren todos los elementos de la misma enumerados en el precitado Artículo 9° de nuestro estatuto punitivo, por lo que, entendemos, sería más acertado hacer referencia a la realización de un hecho típico por parte del constreñido.

En estos términos, lo que se sanciona es el constreñimiento a la comisión de una conducta típica por parte de un sujeto que actúa bajo coacción, y queda la duda de lo que sucede cuándo se constriñe a otro a realizar una contravención, pues pueden realizarse dos interpretaciones al respecto. Primero, sostener que estamos frente a un supuesto de constreñimiento ilegal –el género–, y, segundo –la que consideramos correcta–, que seguimos frente a un constreñimiento a delinquir –la especie–, por cuanto, de acuerdo con lo que señala el Artículo 19 del Código Penal, la conducta punible –término que emplea el delito de constreñimiento a delinquir– se divide en delitos y contravenciones.

Se trata de un delito residual que se aplicará cuando el hecho no sea sancionado con pena mayor. Esto significa que esta figura deberá aplicarse exclusivamente cuando, en el caso concreto, no se puedan estructurar los requisitos de la autoría mediata por dominio de la voluntad, como sucede en los delitos especiales en los que el hombre de atrás no cumple los requisitos exigidos por el respectivo tipo penal, o en los delitos de propia mano cuando el hombre de atrás no realiza la conducta exigida por el tipo específico,⁴⁹ pues sabido es que uno de los requisitos de la autoría mediata es que las calidades exigidas por el tipo concurren en el denominado *hombre de atrás*.⁵⁰ Cuando la conducta cometida por el sujeto constreñido no se encuentre tipificada por la norma penal,⁵¹ deberá aplicarse la figura específica, como sucede con el constreñimiento a la prostitución, o aplicarse el constreñimiento ilegal. En contra, si la conducta cometida por el instrumento es un delito común o un

49 Sobre la autoría mediata en delitos especiales y de propia mano, cfr. Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, p. 314.

50 Jescheck, H.H. & Weigend, Tomas. *Op. cit.*, p. 716. Por su parte, Velásquez Velásquez descarta la posibilidad de estructurar la autoría mediata en el delito especial. Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 575. Nosotros consideramos que ello es viable cuando el hombre de atrás cumpla con la cualificante establecida en la norma. Compartimos su postura en torno a la inadmisibilidad de la autoría mediata en los delitos de propia mano.

51 Jescheck, H.H. & Weigend, Tomas. *Op. cit.*, p. 717.

delito especial, pero el hombre de atrás cumple con los requisitos establecidos por el respectivo tipo penal, debe aplicarse la figura cometida por el instrumento y no esta figura residual del constreñimiento a delinquir.

En conclusión, el constreñimiento ilegal permite resolver los supuestos de autoría mediata por dominio de la voluntad en los casos tanto de coacción para la comisión de delitos especiales, como de constreñimiento a la comisión de delitos de propia mano, eventos en los que es improcedente la autoría mediata. La redacción de este delito como subsidiario, que permite la criminalización de formas de autoría mediata en eventos en los que esta última es improcedente, es la demostración de que en la estructura del sistema penal colombiano no es posible estructurar autorías mediatas en las que sean responsables tanto el autor directo como el autor mediato –presupuesto de la tesis de Roxin en comentario–.

A partir de allí, los requisitos para que pueda aplicarse esta figura no difieren sustancialmente de aquéllos previstos para la autoría mediata, pues será necesario que el sujeto constreñido realice cuando menos actos ejecutivos de la figura a la cual fue constreñido. Estos actos además deben ser supuestos de riesgos desaprobados, y solamente podrá aplicarse esta figura en casos de delitos dolosos, siendo improcedente la aplicación de este punible en los supuestos de reatos imprudentes. Naturalmente, es una figura que admite la coautoría, como sucede cuando varios sujetos coaccionan a otro para que cometa una conducta típica.

A pesar de la importancia de esta figura, consideramos que no resuelve el problema de la autoría mediata en casos de aparatos organizados de poder, por cuanto en estos escenarios –delincuencia organizada– no converge el constreñimiento, en tanto que el autor, aunque fungible, no obra constreñido, sino por su propia voluntad, al compartir un objetivo común con la estructura criminal de la que forma parte.

Adicionalmente, en el constreñimiento a delinquir, la responsabilidad recae exclusivamente en quien ejerce dominio de la voluntad del instrumento, por lo que no se cumpliría el anhelo político criminal de responsabilizar penalmente, tanto al autor material, como al autor *detrás del autor*.

Frente a la imposibilidad de resolver la problemática por la vía de la autoría mediata, la problemática de la atribución de responsabilidad a las cabezas de organizaciones criminales, misma que se da no sólo por cuanto la autoría mediata excluye la responsabilidad del ejecutor, sino por cuanto el constreñimiento a delinquir tampoco resuelve la cuestión en los términos planteados, sólo nos queda la posibilidad de

mirar la instigación a delinquir, como figura en la parte especial que puede resolver la problemática planteada. Sobre esto nos ocupamos a continuación.

2. La instigación a delinquir

La instigación a delinquir aparece contenida en el Artículo 438 del Código Penal y sanciona a *quien pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos*. A diferencia del delito de constreñimiento a delinquir, estamos en este supuesto en un delito que atenta contra la seguridad pública.

Al igual que en el supuesto anterior, estamos frente a un delito común y que, si bien no lo expresa directamente, es igualmente subsidiario por cuanto se aplicará únicamente en el evento en que no concurren los supuestos de la determinación contenida en el Artículo 30.2 del Código Penal y que define la determinación como una forma de participación.

Sin embargo, la doctrina nacional⁵² –siguiendo en ello la literatura foránea– ha señalado los requisitos para que se presente la instigación. Entre ellos está que sólo procede para delitos dolosos, que debe ser directa, específica y para cometer un delito determinado, el cual debe llegar, cuando menos, a actos ejecutivos y constituir un riesgo desaprobado. Así mismo, la conducta del instigador es la que determina la resolución del instigado, lo cual excluye los consejos, sugerencias o el reforzamiento del plan criminal previamente concebido por el autor.

Se trata, como acertadamente lo entiende la doctrina nacional, de un delito de *doble dolo*, en la medida en que requiere que tanto el determinador como el determinado actúen con dolo.⁵³ Por último, el contenido de la inducción limita la responsabilidad del determinador que no será imputado por lo que suceda más allá de aquello a lo que indujo al autor directo,⁵⁴ como sucede cuando alguien paga a otro para que golpee a un tercero y se le termina causando la muerte. En este caso, el inductor responderá como determinador del delito de lesiones personales, pero no sucederá lo mismo con el homicidio, que será responsabilidad exclusiva del autor directo.

Una de las principales dificultades que encontramos en la práctica en punto de la determinación es el problema de las determinaciones sucesivas, que sería la forma

52 Por todos, Velásquez Velásquez, Fernando, *op. cit.*, p. 586.

53 Bagigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 355.

54 *Ibid.*, 386.

propia de operar de los aparatos criminales, en el que “A” –jefe de la banda– da la orden a “B” para que convenza a “C” de que cometa un determinado delito. En estos casos consideramos que nuestro Código Penal no permite estructurar la determinación en casos de determinaciones sucesivas.

Consideramos que esta dificultad es la que justificaría la existencia de la determinación a delinquir, figura que debería aplicarse en los casos de determinaciones sucesivas sin sacrificar la dogmática jurídico penal.

Sin embargo, la norma contenida en nuestro Código Penal presenta dos elementos normativos que dificultan su aplicación en esta problemática, y limitan las bondades que esta figura tendría para resolver el problema acá planteado, como lo es la atribución de responsabilidad a las cabezas de organizaciones criminales sin necesidad de forzar la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder. En efecto, la norma en comento exige que la instigación sea “*pública*” y “*directa*”, con lo que pretende prevenir eventos de reuniones públicas en las que un sujeto convence o persuade a otros para que cometan un delito, como podría suceder en una convención xenófoba en la que el líder de la misma incita a que los asistentes cometan un crimen de genocidio.

Pareciera pues que la diferencia de esta figura con la determinación contenida en la parte general del Código Penal –y que justificaría su inclusión en la normatividad– radica en que para que se presente este reato no es necesaria la realización de actos ejecutivos por los *determinados*, siendo ésta una clásica figura de peligro que se consumaría con la sola incitación a terceras personas para la comisión de conductas delictivas. En contra, reiteramos, para que se presente la determinación como forma de participación de un delito concreto, se requiere la realización de actos ejecutivos propios de la figura contenida en la parte especial.

Claramente esta redacción evita su aplicación a casos de inducciones sucesivas, como sucedería en los aparatos organizados de poder, y deja el problema planteado sin solución.

Consideramos necesario modificar la redacción de esta norma para eliminar los condicionantes de público y directo, y así indicar simplemente que incurrirá en este delito quien *fuera de los casos establecidos para la inducción determine la comisión de conductas delictivas*, con lo que claramente se resolvería el problema, y se permitiría por esta vía judicializar, de manera dogmáticamente correcta, tanto a la cabeza de la organización como al autor material de los hechos cometidos por la misma.

Esto es coherente con el planteamiento dogmático realizado en el presente estudio, en el que se entiende la coacción ajena como excluyente de la conducta y no de la culpabilidad, pues cuando se comprende de manera contraria, es posible la solución de la determinación a supuestos en los que el determinado obra bajo una causal de ausencia de culpabilidad. Esta solución, sin embargo, no resuelve la cuestión de las inducciones sucesivas, pues, a nuestro entender, no genera responsabilidad penal en nuestro estatuto punitivo.

Naturalmente esta solución –la apertura de la figura de la inducción a delinquir a las inducciones sucesivas– permite resolver la problemática de la violencia de género, en tanto que las figuras de propia mano permiten todas las modalidades de participación, y limitan sólo el concurso de personas a título de autores, coautores o autores mediatos.

IV. CONCLUSIONES

Realizado el anterior estudio, nos permitimos concluir lo siguiente:

La tesis de la autoría mediata ha sido implementada en nuestro país a partir de la reforma penal del año 2000, para lo cual han sido determinantes situaciones políticas, como los procesos de desmovilización, y jurídicas, como la existencia de procesos por hechos cometidos en los años ochenta y las condenas proferidas en otros Estados contra dirigentes de estructuras de poder.

La tesis de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder ofrece una respuesta político criminalmente correcta para la solución de delitos cometidos por estructuras organizadas de poder, y ello ha sido reconocido expresamente por nuestra Corte Suprema de Justicia.

A pesar de lo anterior, esta propuesta no es aplicable en nuestro sistema penal por expresa disposición de nuestro Código Penal, que establece una exclusiva responsabilidad, en el caso de la autoría mediata, para el hombre de atrás, sin permitir una corresponsabilidad entre el instrumento y quien lo instrumentaliza, como se desprende de la redacción de la norma.

Tampoco en nuestro estatuto son admisibles las soluciones de la coautoría, por inexistencia de relación horizontal propia de esta modalidad de concurso de personas en el delito, ni la de la inducción, por cuanto entendemos que las inducciones sucesivas no son punibles en nuestro Código Penal.

La solución de la inducción tampoco es posible por cuanto el constreñimiento es una causal de ausencia de conducta y, en virtud del principio de accesoriedad limitada que rige nuestro estatuto, si el instrumento obra coaccionado y, por ende, en causal de ausencia de conducta, no habría responsabilidad para quien determina –mediante coacción– a otro a cometer la conducta punible.

Mientras el pasado de nuestra dogmática penal sobre la materia estaba dado por la implementación y conceptualización de esta propuesta en nuestro medio, el presente lo marca su aplicación para dirigentes políticos relacionados con grupos armados al margen de la ley, y el futuro lo determina la cuestión sobre la violencia de género en el marco del conflicto armado, asunto sobre el cual esta propuesta se marca manifiestamente insuficiente. Esto conllevará su revisión, que a la vez terminará, o en una reformulación, o en la implementación de nuevas propuestas.

Las figuras del constreñimiento a delinquir no satisfacen la cuestión planteada, por cuanto supone la irresponsabilidad del instrumento, al igual que en la autoría mediata.

La redacción actual de la instigación a delinquir es igualmente insuficiente para resolver la problemática planteada, por lo que se propone una modificación en su redacción actual para permitir la criminalización, por esta vía, de las inducciones sucesivas.

V. BIBLIOGRAFÍA

Bagigalupo, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. 4ª. Edición. Ed. Akal, Madrid, 1997.

Berdugo Gómez de La Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé, Serrano Piedecabras. *Lecciones de derecho penal. Parte General*. 2ª. Edición. Editorial Praxis, Barcelona, 1999.

Jescheck, H.H. & Weigend, Tomas. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Traducción de: Olmedo Cardenete, Miguel. 5ª. Edición. Ed. Comares, Granada, 2002.

Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La autoría mediata en derecho penal. Formas de instrumentalización*. Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2009.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 7ª. Edición. Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 372.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª. Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de: Cuello Contreras, Joaquín & Serrano González de Murillo, José Luis. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Stratenwerth, Günther. Traducción de: Cancio Meliá, Manuel & Sancinetti, Marcelo. Ed. Aranzadi, Madrid, 2000, p. 314.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, D.C., 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

- Sentencia del 8 de marzo de 2001.
- Sentencia del 14 de febrero de 2002.
- Sentencia del 25 de abril de 2002.
- Sentencia del 8 de julio de 2003.
- Sentencia del 29 de septiembre de 2003.

- Sentencia del 9 de noviembre de 2006.
- Sentencia del 26 de abril de 2007.
- Sentencia del 8 de noviembre de 2007.
- Sentencia del 14 de noviembre de 2007.
- Sentencia del 7 de marzo de 2007.
- Sentencia del 8 de agosto de 2007.
- Auto de única instancia de 10 de junio de 2008
- Sentencia del 3 de diciembre de 2009.
- Sentencia del 23 de febrero de 2010.
- Sentencia del 3 de diciembre de 2010.

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia