

# **TESIS DOCTORAL**

2017

## **DELITOS POR OMISIÓN Y ATRIBUCIÓN DE AUTORÍA POR OMISIÓN, COMO COMPONENTES ESENCIALES DE LA TEORÍA DEL DELITO**

**LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES**

**ALFONSO SERRANO MAÍLLO, Profesor titular. UNED.**

TESIS DOCTORAL

2016

**DELITOS POR OMISIÓN Y ATRIBUCIÓN DE  
AUTORÍA POR OMISIÓN, COMO COMPONENTES  
ESENCIALES DE LA TEORÍA DEL DELITO**

AUTOR: LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS

Titulación previa: Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Doctor (sic) en Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho penal y  
Criminología

DIRECTOR: ALFONSO SERRANO MAÍLLO

TESIS DOCTORAL

2016

**DELITOS POR OMISIÓN Y ATRIBUCIÓN DE  
AUTORÍA POR OMISIÓN, COMO COMPONENTES  
ESENCIALES DE LA TEORÍA DEL DELITO**

AUTOR: LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS

Titulación previa: Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Doctor (sic) en Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho penal y  
Criminología,

DIRECTOR: ALFONSO SERRANO MAÍLLO

# INDICE

RESUMEN.....	4
ABSTRACT .....	4
PALABRAS CLAVE .....	4
KEY WORDS.....	4
INTRODUCCIÓN .....	5
1. ESTRUCTURALISMO Y FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL .....	7
1.1 ESCUELA CLÁSICA: FUNCIONALISMO ORIGINAL.....	12
1.2 ESTRUCTURALISMO: INFLUENCIA DEL POSITIVISMO .....	17
1.2.1 Causalismo Clásico .....	17
1.2.2 Concepción Normativa.....	22
1.2.3 Finalismo .....	25
1.2.4 El Sentido Social de la Acción.....	35
1.2.5 Nuestra visión estructural.....	39
1.3 FUNCIONALISMO .....	44
1.3.1 El Punto Central del Comportamiento.....	44
1.3.2 Funcionalismo actual .....	45
1.4 ANÁLISIS INTEGRAL.....	52
1.4.1 “Concepto y Sistema” de SILVA SÁNCHEZ .....	52
1.4.2 El Concepto de Omisión de LACRUZ LÓPEZ .....	61
1.4.3 Estado de la cuestión .....	64
1.5 LA OMISIÓN EN COLOMBIA .....	75
1.5.1 Primeros Códigos de la República.....	76
1.5.2 Código Penal de 1890 .....	77
1.5.2.1 Influencia de la Escuela Clásica Italiana .....	80
1.5.2.2 Principios Normativos en el Código de 1890 .....	82
1.5.3 Código Penal de 1936 .....	83
1.5.4 Código Penal de 1980 .....	90
1.5.5 El Código Penal actual, Ley 599 de 2000.....	95
1.5.6 Jurisprudencia actual colombiana: Omisión y Posición de Garante .....	97
1.5.7 Omisión Propia y expansión del derecho penal.....	114
2. COAUTORÍA, DIRECTA E INDIRECTA .....	116
2.1 AUTORÍA INDIVIDUAL .....	120
2.1.1 Autoría directa.....	120
2.1.2 Autoría Indirecta o Mediata .....	122
2.1.3 Comparación de normas española y colombiana .....	126
2.2 AUTORÍA PLURAL O COLECTIVA: COAUTORÍA .....	129
2.2.1 Coautoría Directa .....	139
2.2.2 Coautoría Indirecta o Mediata .....	144
3. LA OMISIÓN COMO FORMA DE COAUTORÍA MEDIATA .....	187
CONCLUSIÓN .....	197
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	200
LEGISLACIÓN COLOMBIANA .....	207
DOCUMENTOS OFICIALES .....	208

## **RESUMEN**

En los conflictos armados internos e internacionales se cometen atrocidades y crímenes masivos, por miembros de las fuerzas del Estado o por su omisión del deber de garantizar los derechos de todos sus ciudadanos, así como por organizaciones ilícitas con connivencia de las autoridades. En los últimos tiempos están comenzando a ser sometidos al juzgamiento ordinario o por justicia transicional, por cortes que no cuentan con una teoría penal sólidamente preestablecida y aceptada, adecuada para abordar esos fenómenos colectivos, como se anuncia que próximamente se aplicará en Colombia al poner fin a una guerra interna de más de cincuenta años. El derecho penal se ha construido para delitos individuales de autores individuales o de pequeños grupos y una o pocas víctimas, y por eso los conceptos de autoría y participación son muy insuficientes a esos propósitos.

En este trabajo se busca definir cómo la teoría penal de la autoría debe ampliarse para recoger tanto esa acción criminal como la omisión del deber de garantía, en la forma de coautoría indirecta o mediata, incluida la que se comete a través de Aparatos Organizados de Poder. Para ello se hace necesario hacer previamente un breve recorrido sobre algunos principios y conceptos básicos de la doctrina penal sobre esta materia.

## **ABSTRACT**

In internal and international armed conflicts atrocities and massive crimes are committed by members of the State forces or by their omission of duty to protect the rights of all its citizens, as well as by illegal organizations with the silence of the authorities. In recent times they are beginning to be subject to ordinary prosecution or transitional justice by courts which do not have a firmly prescribed and accepted, adequate penal theory to address these collective phenomena, as hopefully will soon be implemented in Colombia to end a domestic war of more than fifty years. Criminal law has been built for individual offenses of individual or small groups of perpetrators and one or few victims, so the concepts of perpetration and participation are insufficient for these purposes.

This paper seeks to define how the theory of criminal responsibility should be extended to cover both the criminal action as the omission of the duty to guarantee, in the form of indirect or mediate co-perpetration, including through Organised Power Structures. It makes necessary to previously try a brief tour on some principles and basic concepts of criminal doctrine on this matter.

## **PALABRAS CLAVE**

Estructuralismo. Funcionalismo. Acción y Omisión. Comisión de delitos por Omisión. Autoría. Autoría Individual. Autoría Colectiva. Autoría Directa. Autoría Indirecta o Mediata. Aparatos Organizados de Poder. Autoría Mediata por Omisión en Aparatos Organizados de Poder.

## **KEY WORDS**

Structuralism. Functionalism. Action and Omission. Crimes by Omission. Perpetration by Omission. Individual perpetration. Collective Perpetration. Direct Perpetration. Indirect, Mediated Perpetration. Perpetration through Organised Power Structures.

## INTRODUCCIÓN

En una situación de batalla en un conflicto armado el Comandante militar legítimo que está en el frente guarda silencio cuando escucha a su inmediato subcomandante dar órdenes ilícitas a subalternos para la desaparición forzada de enemigos, quienes en efecto desaparecen. Es él coautor indirecto, por omisión, con ese subcomandante, con esos subalternos y con los ejecutores? No se puede afirmar que no existiera el propósito común, ni que la contribución con su silencio no fuera esencial, ni que no demuestre un dolo equivalente al de la comisión activa del delito, aún más reprochable por el mayor deber de garantía que ostentaba. Pero la doctrina penal generalmente aceptada no le ha dado reconocimiento a la figura resultante, que debe definirse como coautoría mediata por omisión.

Para la adopción de ésta categoría será necesario poner en juego dos piezas, cada una de la mayor dificultad teórica en la doctrina penal, como son los delitos por omisión, y la coautoría; y dentro de ésta última, explorar una subclase todavía poco elaborada, o de plano negada, como es la coautoría indirecta.<sup>1</sup>

La UNED propuso hace largo tiempo la pregunta *Delitos de omisión, ¿Una fractura en la teoría del delito?*, pregunta que nos sugirió un problema de investigación de largo alcance y nos permitió hacer un abordaje general del tema para concluir que la omisión no es ninguna fractura, sino por el contrario una complementación necesaria e indispensable para la teoría del delito. Para presentar este tema es ineludible postular los principios generales con los que afrontamos el examen y el sentido del Derecho penal. En el Capítulo 1 definimos esos principios generales y con ellos reseñamos el concepto de omisión que adoptamos como el más plausible.

La evolución del concepto de *delito por omisión* se observa a través de los desarrollos de la teoría general del delito que han ido proponiendo los doctrinantes en diferentes épocas, sin duda determinados por los textos legales vigentes y los casos concretos que se han visto precisados a enmarcar dentro de esos textos legales. Aunque lo han hecho sin solución de continuidad, a posteriori se encuentran coincidencias y desacuerdos que permiten agruparlos en “teorías” o “escuelas” a pesar de que posiblemente ellos mismos muchas veces no estarían de acuerdo con la clasificación en la que se los quiera presentar.

Debe tenerse en cuenta que el progresivo avance de la sociedad, en aspectos como la técnica, la tecnología, la ciencia, el aumento de la población y el crecimiento de la

---

<sup>1</sup> “Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual”. Roxin (2007, 270).

economía, con sus tensiones internas propias del crecimiento y acomodación de intereses, van definiendo cuáles conceptos requieren mayor desarrollo. Por eso históricamente en un comienzo solo se desarrollan las proposiciones teóricas sobre las conductas activas y dolosas, después se pone a la orden del día el problema de las conductas imprudentes, dentro de éstas se incluyen las omisiones negligentes, se definen y tipifican las omisiones punibles más evidentes, y finalmente se identifican en una categoría autónoma los delitos cometidos por omisión no tipificada, sin que este haya sido un progreso lineal o pacífico, ni se pueda dar por terminado.

El espectro del problema a investigar resulta así muy extenso. Además sería iluso acercarse en este nivel a la extensión y profundidad de trabajos como los de los profesores en quienes nos apoyamos y que nos ofrecen no solo el panorama histórico sino sus luces críticas. Por ello este trabajo tiene un objetivo más limitado, si se quiere: identificar a grandes pasos el camino recorrido por la ley y la doctrina; pero también más utilitarista: fijar una posición con fines prácticos, esto es, para ser aplicado en el ejercicio judicial en casos de gran trascendencia y significado, específicamente en el contexto de conflicto armado interno como el que tiene lugar en Colombia hace más de cincuenta años, pero eventualmente aplicable en otras latitudes.

Como el propósito de este trabajo es la elaboración de categorías de utilidad y aplicación práctica para resolver el problema planteado, la definición del delito cometido por omisión debe acompañarse del estudio de la forma como la jurisdicción puede declararla, esto es, la forma como puede ser atribuida la coautoría omisiva al comandante concreto, con sus subalternos y ejecutores para que les sea derivada responsabilidad penal. Para llegar a ella es preciso hacer un sucinto recorrido por el desarrollo doctrinal sobre la autoría colectiva y mediata, tema en el que la doctrina es aún escasa, incompleta y nada pacífica. Ese es el tema de la coautoría mediata, del que se trata en el Capítulo 2.

En el Capítulo 3, después de la visión panorámica de la mano de los más prominentes autores, este trabajo desemboca en la presentación del caso hipotético-real propuesto: se explora en el derecho penal de contexto colectivo, social o político, la coautoría mediata por omisión; se plantea cómo se puede pronunciar la jurisdicción para atribuir responsabilidad penal al comandante militar que actúa en el frente de batalla, por su omisión del deber de protección como garante, al no evitar la ejecución de instrucciones delictivas para la desaparición forzada de personas. Se concluye que –a diferencia de lo que ha postulado la doctrina mayoritaria vigente– sí es procedente la declaración de coautoría mediata y por omisión.

El cierre teórico sobre estos temas está lejos de alcanzarse, pero esperamos dar pasos útiles en su comprensión y en la construcción de un modo práctico de aplicación.

## ***1. ESTRUCTURALISMO Y FUNCIONALISMO EN DERECHO***

### ***PENAL***

Una manera de entender la ciencia del Derecho Penal es como el conjunto completo de las proposiciones que se han formulado para ejercer el control social mediante la asignación de penas a las conductas contrarias a los bienes jurídicos que el legislador ha escogido como dignos de tutela. Pero hay otras diferentes maneras de entenderla; cada rama del saber define su objeto desde varios puntos de vista dentro del amplio espectro que se extiende entre los extremos posibles de la forma de abordarlo: estructuralista y funcionalista, según que el énfasis se haga en el examen de los elementos componentes del objeto de estudio, o en su interrelación y funcionamiento para producir el resultado final.

Ocupados con el tema de cómo atribuir responsabilidad penal a los superiores por conductas punibles omisivas en el marco de una batalla dentro de un conflicto armado interno, y teniendo la percepción de que se deben conjugar los conceptos de delito por omisión y autoría indirecta, nos vemos obligados a examinar estructural y funcionalmente esos dos elementos de la teoría del delito para poder afirmar finalmente si enunciarlos de esa manera conjunta se compadece con el conjunto del saber penal.

Por ello nos vemos impelidos a exponer primeramente qué se entiende por estructuralismo y por funcionalismo en las ciencias humanas y sociales, y cómo ello se refleja en el Derecho Penal, específicamente en la teoría del delito y sus efectos en la atribución de autoría por omisión. Se revisará a continuación cómo se representan esas formas de abordaje en cada una de las escuelas de pensamiento, y finalmente se podrá sugerir cómo pueden ser asumidas las principales líneas de la autoría colectiva indirecta por omisión dentro de una teoría integral, sin pretender repetir ni menos igualar los profundos estudios que ya existen sobre cada uno de los grandes componentes del problema bajo examen, sólo tomar de ellos la esencia de sus hallazgos.

El conocimiento de la naturaleza por el hombre, o ciencia natural, procede por mecanismos uniformes de observación y registro de los fenómenos, descomposición hasta el límite posible de sus objetos de conocimiento en elementos, identificación de las propiedades de cada componente, recomposición de los cuerpos, y en la agregación y desagregación constantes para definir y establecer la forma como se comunican, interrelacionan, reaccionan y producen resultados. Por ello era más fácil que inicialmente se llamaran *ciencia* sólo los saberes de lo físicamente perceptible. Pero ya a comienzos del siglo XIX, dentro de la consciencia de lo que era ciencia natural, se comenzaba a reconocer la existencia de otros saberes que podían ser sometidos a otras formas de observación y análisis, como fueron las observaciones políticas y jurídicas de Jeremías Bentham y las formulaciones sobre filosofía y sociología de Augusto Comte.

No necesariamente todo campo del saber está llamado a ser ciencia, en el sentido de conformar un cuerpo teórico de leyes consistentes y uniformes. Para que el estudio de un fenómeno social merezca tal apelativo se requiere que sus manifestaciones sean pasibles de observación uniforme, sistematización y formulación de leyes apropiadas, con las características de repetición y verificabilidad que las caracterizan. Pero además no todo saber tiene que ser ciencia para merecer la dedicación del esfuerzo intelectual de los estudiosos o para cumplir un papel trascendental en las relaciones sociales. Hay numerosas formas del saber que no son ciencia y que son indispensables para un pacífico y satisfactorio desarrollo social. Una de ellas, en nuestro concepto, es el Derecho en general y específicamente el Derecho Penal.

El panorama general del saber nos ofrece la SOCIOLOGÍA como estudio (estructural y funcional) de la sociedad, la Ciencia POLÍTICA como ciencia de la *dirección* de la sociedad, la CRIMINOLOGÍA como estudio de las conductas que se desvían de las aceptadas por la sociedad y su reacción frente a ellas, y la POLÍTICA CRIMINAL, llamada a articular el diagnóstico criminológico y la acción política fijándole contenidos y metas al sistema judicial del Estado mediante las normas positivas que se le ordena aplicar. El DERECHO, como campo del saber, aunque en esos términos no es una ciencia, es el instrumento que utiliza la Política para regular la conducta de los individuos. El DERECHO PENAL se ocupa del control social mediante la asignación de penas a las conductas contrarias a los bienes jurídicos legalmente tutelados.

Pues bien, después de estas consideraciones, podemos definir como *estructuralismo* el método o forma de aproximación al objeto de conocimiento con énfasis en el análisis de las partes o elementos componentes del objeto en estudio, y de las relaciones entre esos componentes a un nivel cercano o inmediato.<sup>2</sup>

Por otra parte, *funcionalismo* es el método que se enfoca principalmente en la identificación e interpretación de las formas de relación entre los componentes del objeto de conocimiento y de las relaciones del objeto en su contexto.<sup>3</sup> Obliga al estudio de cada categoría dentro del sistema en el que se desempeña, desde el punto de vista de la necesidad a la que responde; por ejemplo: la pena en su sentido, justificación y utilidad, su *función* ya no dentro de un sistema cerrado de Derecho penal, sino dentro del sistema social para el que existe y por el que existe.<sup>4</sup>

Así, en las ciencias naturales el estudio taxonómico y anatómico de la biología es estructuralista, mientras que el estudio fisiológico, ergonómico y ecológico es funcionalista. Con razón se utiliza el símil de la fotografía y el cine para ilustrar las relaciones entre el estudio estructural y el estudio funcional de una materia.

---

<sup>2</sup> POUILLON, J. (1969) 15, LEVI-STRAUSS, C. (1974) 27, GUTIÉRREZ PANTOJA, G. (2001) 191, 195.

<sup>3</sup> POUILLON, J. (1969) 22.

<sup>4</sup> Las obras centrales de dos de los más destacados autores de Derecho penal actual, CLAUS ROXIN Y GÜNTHER JAKOBS, comienzan por fijar la función de la pena en el sistema general del Derecho, aunque desde el punto de partida adoptan diferentes enfoques que marcan todo su desarrollo; ROXIN (1997) 41, lo enfoca como mecanismo de protección de bienes jurídicos, JAKOBS (1997) 12, como la necesidad de vigencia del sistema normativo. Los grandes profesores colombianos CARLOS LOZANO y LOZANO (1950), LUIS CARLOS PÉREZ (1962) se ocupan principalmente del Delincuente y del Delito, después de una historia general del derecho penal.

Las relaciones entre estos dos métodos de abordaje del análisis son de íntima implicación y dependencia. El estudio funcional requiere y depende del avance del estudio estructural. Pero ha sido frecuente que los académicos adopten un sesgo de preponderancia por uno u otro de los métodos, con efectos de parcialización o soslayo del otro, y es por ello que con frecuencia se convierten en “ismos”, como forma de calificar el peso unilateral o predominante de una forma de abordar la descripción y solución de problemas en cada campo determinado del saber.

En las ciencias sociales como la antropología, la sociología, la economía y la política, el debate entre estructuralismo y funcionalismo ocupó la atención de la academia principalmente alrededor de los años 60 del siglo XX. Hoy en día es generalmente aceptado que un estudio completo de un fenómeno debe incluir las dos perspectivas de análisis en una combinación ponderada, aunque qué tanta ponderación se observe es un juicio valorativo de difícil imparcialidad.

No hay una definitiva separación entre los dos métodos, como no hay teorías propuestas definitivamente unilaterales. Lo que hay son énfasis conscientes o inconscientes de los autores o grupos de investigación sobre el modo de avocar y examinar sus temas. Incluso a veces no se reconocen fronteras entre ellos, como al afirmar que una estructura no tiene contenido, sino que es el contenido mismo.<sup>5</sup> Así, un estructuralista no excluirá por completo la función que desempeña el elemento que está

---

<sup>5</sup> LEVI-STRAUSS, C. (1974) 53.

estudiando dentro de la institución jurídica o dentro de la sociedad, y un funcionalista se replanteará la definición o concepto sobre cada elemento en razón de los resultados que implica dentro del funcionamiento general del sistema que esté estudiando. En la formulación de posiciones, respuestas a problemas o teorías desde uno u otro punto de vista, se construye progresivamente el acervo de conocimiento de una ciencia.

Esa línea de pensamiento progresivo, a veces en zigzag e incluso con retrocesos, está presente también en el Derecho penal, en los temas que aquí en especial nos interesan, la acción, la omisión, la autoría. Por ello, avanzando en nuestro cometido, citaremos los hitos que se han identificado en la doctrina con respecto a estos temas.

### ***1.1 ESCUELA CLÁSICA: FUNCIONALISMO ORIGINAL***

Ocupándonos de la evolución jurídica sólo desde la era moderna, podemos afirmar que la “Escuela Clásica”<sup>6</sup> es principalmente funcionalista, en la medida en que Beccaria, Feuerbach, Hegel, el Código de Napoleón, y sus más tardíos representantes como CARRARA, comparten el interés en formular y afincar la vigencia de unos principios generales básicos esenciales que representan el advenimiento de una nueva era: la del Estado de Derecho, la legalidad de los delitos, los procedimientos y las penas,

---

<sup>6</sup> Quedaron bautizados como clásicos por descarte de todos los que no fueran positivistas, hecho a posteriori por FERRI en 1880 con cierto dejo despectivo, aunque hubiera gran heterogeneidad de ideas y tendencias entre ellos. Sobre estos desarrollos, MEZGER, E. (1955) 24-37; VELÁSQUEZ, F. (2007) 171.

la comprensión del porqué y para qué de la función del derecho en general dentro de la sociedad, y del derecho de castigar en especial.

Veamos que para CARRARA el delito es la “*infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso*” (se resalta).<sup>7</sup>

La preponderancia funcional de su visión está claramente representada en la presencia en esta definición de los conceptos “*infracción de la ley del Estado*”, “*promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos*”, y “*socialmente dañoso*” que no dejan duda sobre su concepción del derecho punitivo como una parte de un sistema social que tiene unas finalidades o funciones de protección de los derechos individuales en la sociedad, y que se desarrolla cuidadosamente a lo largo de su *Programa*.

Pero naturalmente el estudio estructural no les es ajeno, como que aún hoy se utilizan las definiciones y elaboraciones, por ejemplo, de FEUERBACH sobre elementos básicos como el dolo de primer grado, el dolo eventual, la imprudencia, etc.

Para el estudio de la omisión es importante destacar que ya en esa escuela se tiene enunciado que el acto externo del hombre puede ser *positivo o negativo*: puede

---

<sup>7</sup> CARRARA, F (1996) 43.

presentarse como una acción o como una omisión, pero siempre es considerado como un *acto*. Este además debe ser *moralmente* imputable, con lo cual se expresa el aspecto de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), de la culpabilidad efectiva basada en el libre albedrío,<sup>8</sup> y de la imputación moral más allá de la causación física.

El **acto negativo** ya ofrecía dos de las grandes dificultades para el entendimiento de la que hoy llamamos comisión por omisión: por una parte la contradicción entre la acción y la no-acción, el concepto de que la nada no produce nada, y desde allí que sin acción no puede haber delito; por otra parte, que por disposición de la ley existe la *no-acción* que acarrea consecuencias punitivas.

Los desarrollos doctrinarios y legislativos de su momento no alcanzaron una consistencia suficiente para hacer frente a las nuevas corrientes de pensamiento, de modo que comenzó a hacer carrera la interpretación causalista, -intuitiva en sus comienzos, después teorizada-, y con ella la aceptación de la impunidad en la omisión impropia por falta de una acción física a la cual ligar el resultado lesivo.

Legislación sobre omisión propia sí existió y ha existido prácticamente siempre, por ejemplo en la legislación colombiana desde la República, como se reseñará adelante. Esta clase de omisión no es la que especialmente nos ocupamos de considerar pues aunque también comporta cuestionamientos sobre la ausencia de causalidad por una

---

<sup>8</sup> AGUDELO, N. (1996) 20.

acción física, la expresa imputación de pena por la ley parece dispensar de su detallada justificación teórica.

Con el tiempo el giro *moralmente imputable* del concepto clásico fue abandonado para introducir el *causalmente imputable*, donde causal es solamente lo físicamente comprobable.<sup>9</sup> Ahí podemos identificar el problema y un principio de solución no causalista.

En esta teoría clásica del delito<sup>10</sup> se entiende la culpabilidad como la forma que toman los procesos síquicos normales, dolo o culpa. En ellos se centró la atención inicialmente en el elemento puramente psicológico de la *voluntad*, a partir del que se pudiera elaborar una imputación dentro del principio fundamental formulado a comienzos del siglo XIX por HEGEL: sólo puede llamarse imputación a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío.<sup>11</sup>

Como resultado inmediato de los avances modernos (la Ilustración, el siglo de las luces, la enciclopedia, y los aportes intelectuales de la revolución francesa de 1789), se colocó al ser humano como centro de interés, considerando sus expectativas y derechos

---

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESUS M. (2006) 6.

<sup>10</sup> En muchos autores se encuentra cierta confusión en la notación de las escuelas o tendencias y por ello debemos precisar que una es la escuela clásica, la que se ha dado por representar en CARRARA, otra es el causalismo clásico, y otra es la neocausalista que muchos llaman neoclásica o neokantismo. El neokantismo es una forma remozada del causalismo, sin que Kant fuera causalista, pues lo que hizo fue diferenciar entre mundos que se rigen por la causalidad y mundos que se rigen por la imputación; la confusión no está en Kant sino en quienes han bautizado las escuelas del Derecho Penal, y en quienes no desarrollaron el mundo de la imputación, y de la imputación de las omisiones.

<sup>11</sup> REYES ALVARADO, Y. (2005) 4.

como ser individual dotado de dignidad, igual a los demás seres humanos ante la ley. Se busca hacer realidad el concepto de dignidad humana: *Todo ser humano es un fin en sí mismo, no es un objeto ni instrumento de otro.*<sup>12</sup> Ello en derecho penal implica tenerlo en cuenta en sus facultades plenas, dentro de las que es crucial el libre albedrío; expresión inmediata de ese albedrío es la voluntad, cuyo ejercicio en la acción personal delictiva tomará la forma de dolo o culpa.

En Colombia se adoptó la teoría carrariana desde el siglo XIX y con las categorías de dolo y culpa persistió largamente aún bajo el Código Penal de 1936 que introdujo aspectos del positivismo. Se entendió el dolo como “*la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley*”,<sup>13</sup> sin que el Código lo definiera.<sup>14</sup> La culpa sí fue definida por la ley; LUIS CARLOS PÉREZ la explicaba como la otra forma de actividad síquica, en la que el agente ocasiona un resultado de daño “o de peligro” no querido, que es efecto únicamente de su “imprevisión, negligencia, imprudencia”, “o de una simple violación de reglamentos”.

Es funcionalista el consignar, desarrollar, y enseñar que la ley ha sido promulgada por el Estado *para seguridad de todos los ciudadanos*. Ese es todo un programa teleológico; hace consciencia de que el Derecho punitivo tiene una muy específica misión dentro del sistema global de control y dirección de la sociedad. Si observamos

---

<sup>12</sup> KANT, IMMANUEL (1996) 49.

<sup>13</sup> CARRARA, citado por PÉREZ, LUIS CARLOS (1976) 84.

<sup>14</sup> El Código Penal colombiano de 1936 reemplazó al de 1890; conservó en su mayor parte los institutos de éste, e introdujo elementos de peligrosismo y defensa social, característicos del positivismo.

cuidadosamente encontraremos que en lo posterior no se ha vuelto a plantear tal caracterización y articulación del concepto de delito dentro de la sociedad, hasta cuando las obras de ROXIN y JAKOBS, cien años después, avocan el Derecho penal desde la perspectiva de la función de la pena en la sociedad.

## ***1.2 ESTRUCTURALISMO: INFLUENCIA DEL POSITIVISMO***

### ***1.2.1 Causalismo Clásico***

La otra tendencia resultante y representativa de los postulados de la Ilustración y de la revolución francesa de 1789, pero un poco más tardía, es la “escuela positivista”, reflejo del desarrollo de las ciencias naturales y del deseo de hacer “ciencia” también en el campo de lo humano, de lo social y de lo jurídico. Sus cultores parten de que el objeto de la ciencia del Derecho debe ser única y exclusivamente el derecho positivo, como expresión cierta y segura del objeto de estudio, posible de someter a estudio organizado y sistemático. Así, no deben tener cabida las consideraciones valorativas que no estén escritas en la ley, pues son contrarias a las características de delimitación del objeto de estudio que debe tener una ciencia.<sup>15</sup>

La enunciación que hizo Kant de las diferencias entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, y de la relación de causalidad como conexión necesaria de causa a efecto

---

<sup>15</sup> CARDENAL, S (2002) 86.

en los fenómenos del ser que pueden ser estudiados por el hombre bajo un método de observación y análisis (ciencia),<sup>16</sup> fueron acogidas en el ámbito jurídico con el deseo de hacer ciencia en el derecho penal, por estudiosos que le asignaron prevalencia a la relación causal (física) en el resultado que la ley calificara como delito, con desmedro – en nuestro parecer- de otros aspectos de similar importancia en el análisis de la conducta humana, y que no habían sido desconocidos por Kant.

Por referirse principalmente a los hechos físicos observables y tomar como exclusivo objeto de estudio el derecho positivo, se los agrupa como positivismo o causalismo positivista. La acción, entonces, se tenía que registrar ante todo como un movimiento corporal, inervación muscular que producía efectos de cambio en el mundo exterior, y se hacía el esfuerzo de identificar la omisión para encontrarla de alguna manera relacionada con un movimiento corporal en el que habría alguna forma de aplicación de energía.

El profesor JUAN MANUEL LACRUZ pone de presente que la necesidad de distinguir los comportamientos activos y omisivos fue una consecuencia lógica del triunfo de los planteamientos naturalistas dentro del derecho penal a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, pero que aun dentro de ese triunfo ya era clara la dicotomía entre partir del estudio de la naturaleza de las cosas, donde rige el principio

---

<sup>16</sup> KANT enuncia también la relación de imputación en los fenómenos del deber ser, pero –en nuestro concepto- los estudiosos quisieron equivocadamente encuadrar el estudio de la conducta penal en el mundo del ser. Cfr. CASSIRER, E. (2003) 153.

de causalidad, o partir de un punto de vista puramente normativo, para hacer la distinción.<sup>17</sup> Las fórmulas normativistas no serían las más aceptadas entonces, ni las mejor formuladas, tal vez, pero estuvieron siempre presentes, en alguna medida, a veces a regañadientes, tímida o vergonzantemente, otras veces con mayor convicción, como reseña en los trabajos de GUSTAV RADBRUCH,<sup>18</sup> WILHELM GALLAS,<sup>19</sup> GÜNTHER SPENDEL<sup>20</sup> y del mismo KARL ENGISCH tardío<sup>21</sup>.

La teoría clásica, sicologista y voluntarista, era la mayoritariamente aceptada y vigente a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, mientras se comenzaba a formular y reflejar progresivamente el positivismo jurídico. En éste, la acción es entendida como un movimiento sensorialmente perceptible y que produce una modificación en el mundo exterior. Ya en 1873 von Buri la proponía así. Al limitar de esta manera la acción a lo causal-físico, no puede explicar los delitos por omisión, a pesar de que como fórmula salvadora BELING en 1905 afirmara que en la omisión había una causalidad típica representada en la contención de los nervios motores.<sup>22</sup>

El énfasis en la causalidad física llevó a una pléyade de pensadores a elaborar intrincadas proposiciones sobre la teoría de la equivalencia de todas las condiciones:

---

<sup>17</sup> LACRUZ, J. (2003) 90.

<sup>18</sup> Ibidem, 111

<sup>19</sup> Ibidem, 114

<sup>20</sup> Ibidem, 118. Una obra influenciada por este autor, SERRANO MAILLO, A. (1995).

<sup>21</sup> Ibidem, 149, 162

<sup>22</sup> BELING, E (1944). VON LISZT, F. (1927), citados por REYES ALVARADO, Y, op. cit. 7-50.

cada una de las condiciones que contribuye al surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa y todas tienen valor equivalente.

Para limitar los excesos de imputación que de ella se podrían derivar, recurren a fórmulas como las de la *conditio sine qua non*: un suceso es causa de un resultado si no puede ser suprimido mentalmente sin que ese resultado desaparezca; o a la más avanzada de *las condiciones legales*: una conducta es causa de un resultado cuando ha sido seguida de efectos en el mundo exterior con las cuales está conectada en virtud de las leyes de la experiencia.<sup>23</sup>

Como la nada no puede ser causa de nada, para entender las omisiones llegan algunos autores a proponer una causalidad hipotética o cuasi-causalidad, entendida como cuando introduciendo mentalmente la acción no realizada probablemente el resultado dañoso no se habría presentado, con una probabilidad rayana en la certeza. Esta supuesta solución no resulta satisfactoria pues un vínculo entre dos acontecimientos que solo hipotéticamente hubieran podido ocurrir no pasa de ser una hipótesis más, y al administrar justicia no podemos argumentar con hipótesis para superar la duda razonable, sino que debemos hacerlo con evidencias y reglas de experiencia probadas o aceptadas.

Es por ello que compartimos con REYES ALVARADO y defendemos en este trabajo que la omisión como causa de resultado o como delito surge sólo en el plano

---

<sup>23</sup> REYES ALVARADO, Y. Op., loc. cit.

valorativo, jurídico o normativo, o del deber ser, no en el plano de la causalidad física que es propia del mundo del ser que estudian las ciencias naturales.<sup>24</sup>

Aquí hacemos un recuento general de la teoría desde esta posición, para que puedan explicarse los desarrollos posteriores, especialmente en cuanto al concepto de culpabilidad, pues si bien la omisión plantea inicialmente problemas de imputación típica, todas las categorías se implican mutuamente.

Por lo pronto y para nuestros efectos, dentro de una concepción psicológica de la culpabilidad, la ubicación sistemática de la imprudencia era sencillamente paralela a la del dolo en el ámbito de la culpabilidad, en la división mecánica del delito en dos partes; por un lado lo objetivo de la conducta conformaba el *injusto*,<sup>25</sup> por el otro lado lo subjetivo conformaba la culpabilidad, y la omisión era solo una forma de imprudencia. A la vez que debía existir una relación de causalidad física como nexo material entre la conducta del agente y el resultado típico sin campo a valoración, debía estar presente un nexo psicológico, una constatación y descripción de la previsión o previsibilidad como relación de casualidad psicológica entre la voluntad del agente y la realización material del hecho. Esta definición del nexo psicológico se tuvo como aceptable para el dolo, era adaptable para la culpa consciente o con representación, pero era impracticable para la

---

<sup>24</sup> Ibidem, 46

<sup>25</sup> *Unrechtstypus* debería traducirse como *tipo de lo ilícito*. Del Tratado de Derecho Penal de MEZGER fue introducido el término *injusto* por el profesor Rodríguez Muñoz, relata el profesor JOSÉ CEREZO MIR (2001) 120. En principio no nos parece afortunado ese término porque implica el concepto de *justicia* mientras que la intención original de los autores era solo la contrastación de la conducta con la disposición legal; debiera decirse *lo ilícito* como concepto de conducta contraria a la ley.

culpa sin representación. Para la omisión era útil y aplicable la existencia del nexo psicológico, pero persistía la ausencia de acción física sin la que no era atribuible un resultado.

---

### **1.2.2 Concepción Normativa**

Las propuestas de los formalistas y positivistas clásicos como BELING y VON LISZT generaron respuestas de los autores que aún dentro del mismo marco causalista buscaban una mejor explicación para temas como el de la omisión y la culpa sin representación. Para MEZGER la acción será el *hacer o dejar de hacer* querido, como concepto de nivel superior que engloba las dos formas; para RADBRUCH la diferenciación de acción u omisión no es problema porque lo que importa es el tipo, a partir del cual se elabora el análisis penal. No encuentra que haya un concepto genérico para acción y omisión, frente a otros autores que sí lo encontraban, en el *comportamiento* (RITTER, HIPPEL, MAYER, MEZGER).<sup>26</sup>

En cuanto a la culpabilidad plantean que no se entiende, o no se entiende exclusivamente, como un nexo psicológico, sino que supone una valoración negativa, un juicio de reproche<sup>27</sup> por el no cumplimiento (omisión) de un deber de cuidado exigido en general en las relaciones sociales con relevancia jurídica, las que sí tienen en cuenta

---

<sup>26</sup> FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS (2002) 4.

<sup>27</sup> “La culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza sino en las cabezas de otros”. MEZGER, E. (1955) 129.

la previsibilidad objetiva que ya daba sustento al nexo psicológico. Ese cuidado general exigido se califica como *deber objetivo de cuidado*, mientras que la consideración del autor individual y concreto en las circunstancias concretas del caso en estudio definen si el deber de cuidado es exigible en ése caso y así constituyen un *deber subjetivo de cuidado*.

Al tenerse en cuenta elementos adicionales como estos deberes de cuidado, así como circunstancias individuales como el estado de necesidad, se supera la consideración puramente psicológica y se pasa a la concepción normativa de la culpabilidad que comienza a resolver las deficiencias de aquella, ya que permite reprocharle a un agente su comportamiento así no se haya dado cuenta de que podía causar un resultado, a la vez que la sola previsión de la causación del resultado no necesariamente lleva a imputarlo como imprudencia. Naturalmente subsisten problemas, como el de por qué ha de tratarse la imprudencia en la culpabilidad y no en el injusto, si se tiene en cuenta que el injusto también es contrariedad a la norma que debe generar reproche.<sup>28</sup>

El principio de culpabilidad impone distinguir entre lo que es obra del autor para atribuírselo, de lo que no lo es y se puede llamar una desgracia, y por ello no se le puede atribuir. La llamada culpa inconsciente es atribuible cuando el resultado es consecuencia de la libertad de organización de la conducta de la persona y lo podría haber evitado en

---

<sup>28</sup> MIR PUIG, S. (2003) 273.

la medida en que hubiera aplicado un mayor cuidado o diligencia exigible a cualquier ciudadano.<sup>29</sup>

El desarrollo posterior del concepto había sido propuesto por ENGISCH, para quien la imprudencia debe ser trasladada al injusto, pues si la acción es ajustada a la norma de cuidado no puede ser antijurídica, y en la forma propuesta hasta entonces se afirmaría que la conducta era típica y antijurídica –lo que implica ya un juicio de desvalor de la realización del hecho-<sup>30</sup> para luego desecharla como punible por estar ajustada al deber de cuidado, lo que contiene una evidente contradicción. Por ello es necesario considerar el deber de cuidado ya en el análisis del injusto como parte de su aspecto objetivo-normativo, y luego en el juicio de culpabilidad examinar el poder individual del autor de observar ese cuidado objetivamente debido.

Esta consideración fue fundamental para comenzar a entender el tipo como compuesto de elementos objetivo y subjetivo, o de un tipo objetivo y un tipo subjetivo como componentes del injusto, negándole la exclusividad de lo subjetivo al análisis de culpabilidad.

Finalmente, es interesante registrar que ENGISCH también compartió en alguna forma la idea de la *teoría social de la acción*, según la cual el tipo no consistía en un mero proceso causal sino que requería incluir las realidades y valoraciones sociales. Por

---

<sup>29</sup> FEIJÓO, B. (2003) 56.

<sup>30</sup> WELZEL, H. (2006) 75.

ello podía entrar al concepto de tipo el elemento no descrito expresamente de *deber de cuidado externo*, válido no solo para el delito imprudente, sino también para el doloso. La norma no prohíbe resultados sino conductas, aunque el tipo incluya el resultado. La conducta adecuada para la causación de un resultado fue identificada como el elemento de consideración típica que permitiera la sistematización de los conceptos de la dogmática penal. Nuevamente, entonces, encontramos que aunque clasifiquemos una tendencia de pensamiento como estructuralista o funcionalista, están en ella ínsitos los elementos propios de la otra tendencia, pues difícilmente un pensador adopta una posición unilateral absoluta.

---

### **1.2.3 Finalismo**

WELZEL parte del postulado según el cual es evidente que los seres humanos organizan libremente sus acciones de acuerdo a fines, de modo que las acciones no son en sí mismas procesos causales, sino que hacen parte de procesos determinados de acuerdo con los fines (propósitos, intenciones) del actor. Ese es el planteamiento que separa el causalismo del finalismo: “Así podríamos llegar hasta una estructura básica de la acción. La acción en sentido estricto y preciso es la actividad de la intención humana. Hacer real las intenciones significa utilizar como medios factores causales del mundo externo... Causalidad, en sentido específico, es una categoría ciega; ella es el orden del proceso ciego e indiferente de la intención del impulso: el efecto es la resultante “ciega” de los componentes causales de motivaciones presentes. ... En consecuencia toda la acción, en todas sus fases, es una unidad de sentido real dominada por una voluntad

formadora de la intención, una realización de la voluntad en el sentido significativo, es decir, la realización del sentido de acción impuesto por la voluntad. Todo ello está ausente en los puros casos de causación, incluso en los evitables. Pero si la acción como fenómeno social es objeto del derecho penal, entonces está claro que la diferencia entre acción como expresión de sentido y “acción” como mero causante evitable, también relevante jurídicamente, prohíbe en cierta medida la equiparación entre la acción final y la causación evitable en su estructura objetiva. Esta confusión de la estructura básica final con la causación imprudente (acción en otro sentido) –pero no en el denominado tipo “objetivo”- debería conducir hacia erradas construcciones básicas, porque ella destruyó la característica más decisiva de la acción final (dolosa) como real expresión de sentido de voluntad final a favor de puras relaciones causales. El punto de partida primario de la dogmática jurídica es acción final (dolosa)”.<sup>31</sup>

Ahora bien, “El poder de la voluntad no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin.”<sup>32</sup>

En nuestro concepto el finalismo de WELZEL se encuentra a medio camino entre el casualismo-ontologismo y la percepción funcional del significado del derecho penal en la sociedad. En una misma obra es patente: lo primero no deja duda si se tiene en cuenta

---

<sup>31</sup> WELZEL, H. (2003) 30-32; vid. también SERRANO MAILLO, A. (1999) 225-255.

<sup>32</sup> WELZEL, H. (1970) 276.

su afirmación de estructuras ontológicas subyacentes en la conducta humana regulada por el derecho, y cuando explica por ejemplo la estructura ontológica de la omisión: “Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. ... En realidad, acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptible de ser regida por la voluntad final, y lo segundo cuando en la introducción sobre Sentido y Misión del Derecho Penal parte de su función ético-social para postular que la Misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad.”<sup>33</sup>

En cuanto a las particularidades de la dogmática de la omisión, precisa WEZEL que no se pueden simplemente transferir los mismos principios desarrollados para los delitos por acción, porque sencillamente una omisión no es una acción. “Bajo el elemento común a ambos conceptos del ‘poder final del hecho’ [hoy dominio del hecho] acción y omisión se comportan como A y no A. A la omisión le falta la realización de la acción. Por ello, al aplicar al delito de omisión las reglas desarrolladas en relación al delito de comisión, tienen que ‘invertirse’ por así decirlo, ‘los signos’. ... La diferenciación entre delito de comisión y de omisión se orienta de acuerdo a la causalidad o no causalidad de la conducta. Si el autor ha causado dolosa o culposamente el resultado típico, se ha

---

<sup>33</sup> *Ib.*, 277.

realizado el delito de comisión. Si falta, en cambio, a la conducta delictiva la causalidad para el resultado, sólo cabe en consideración un delito de omisión”.<sup>34</sup>

A pesar de los cambios que poco a poco debió introducir a su teoría, esa posición esencial es la que se mantiene: “*Actividad intencional o final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin.*”<sup>35</sup> Ahora bien, la ley refleja las características de la acción real, de modo que solo tipificará acciones que implican una finalidad representativa de un desvalor ético-social. Entonces estamos de nuevo frente a la culpabilidad por voluntad (WELZEL es en principio ontologista, como dijimos atrás), lo que plantea el problema de definir como típicas unas conductas imprudentes que no representan una intención o finalidad típica del autor. De nuevo, en el delito doloso no hay dificultad pues el dolo se puede diferenciar la causalidad relevante de la irrelevante, pero en el delito culposo no aparece en principio un criterio para esa diferenciación.

WELZEL identifica el mismo aspecto objetivo de la acción en el delito doloso y en el culposo, y este es el *cuidado necesario en el tráfico* (por la enunciación que hace el código civil alemán),<sup>36</sup> de donde se requiere considerar el riesgo permitido y la adecuación social de la conducta. La diferencia debe estar entonces en el aspecto subjetivo. El tipo doloso comprende tipos de injusto finales, y el imprudente, tipos de

---

<sup>34</sup> Ib., 280.

<sup>35</sup> WELZEL, H. (2006) 41.

<sup>36</sup> Este cuidado necesario en el tráfico ya era considerado por diferentes autores con base en la ley civil, pero era claro que debía ser aplicado en derecho penal bajo mayores exigencias como tener en cuenta, más que en el derecho civil, las circunstancias individuales y subjetivas del agente. Cfr. MEZGER, E (2004) 178.

injusto evitables. El dolo es dominio final del hecho y la imprudencia es “causación evitable”.<sup>37</sup> Por ello puede formular un aporte trascendental: “Los delitos dolosos e imprudentes se diferencian ya en el tipo de injusto”.

En nuestra opinión la palabra inicialmente utilizada por WELZEL, intención o intencionalidad, como sentido de fin o finalidad, es mucho más descriptiva del concepto que quiere plantear y por eso al hacer los reemplazos del caso se logra un mejor entendimiento del debate y sus derivaciones.

Que un delito sea imprudente intencional (imprudente final) es una afirmación contradictoria, absurda. Por eso había de quedarse con la proposición de que la imprudencia no era más que finalidad potencial o falta de una mejor dirección final para evitar el resultado. El tipo de injusto imprudente sería la producción meramente causal de un resultado lesivo. Incluso llega a compartir en los años 1940 el giro de MEZGER: la conducta imprudente no es más que una forma raquítica de finalidad humana, es pura causación.<sup>38</sup>

NIESE enunció que la intención potencial no es intención (finalidad potencial no es finalidad); estos eventos se reducían a la no ejecución de lo prescrito por una norma, de modo que el concepto de acción en los delitos por imprudencia (por ahora sólo en éstos) no está determinado ontológica sino normativamente. Si el dolo es finalidad penalmente

---

<sup>37</sup> WELZEL, H. (2003) 53.

<sup>38</sup> FEIJÓO, B. (2003) 85.

relevante, el no-dolo o imprudencia es finalidad penalmente irrelevante. La conducta imprudente no se desvalora porque se dirija intencionalmente (finalmente) a un resultado típico, sino porque no utiliza con el debido cuidado los medios escogidos para la realización de una conducta no típica.<sup>39</sup>

La incompatibilidad de la finalidad potencial con la intencionalidad en la que se basa su teoría lo llevó a abandonar esa solución y optar por la del deber objetivo de cuidado, por la que se reprocha la no observancia de ese deber exigible en el desarrollo de la acción. Como esta es una posición objetivista contraria al subjetivismo de la teoría finalista, soluciona la crítica afirmando que la acción omitida descuidadamente debió ser intencional, de modo que en el delito por imprudencia la atención se centra en la ausencia de conducción final de una conducta dirigida a evitar el resultado lesivo.<sup>40</sup>

Para MEZGER, el finalismo se equivoca radicalmente en cuanto no reconoce que hay finalidad óntica en la acción humana, y *una finalidad diferente, normativa*, que la ley no prevé sino para los delitos dolosos, lo que se comprueba con la simple existencia de conductas y actores sin dolo, es decir, sin una relación normativa.<sup>41</sup>

A partir de la última elaboración continuó WELZEL sobre el concepto de lo injusto de los delitos culposos determinando que se basan también en que la acción humana es una obra (final), donde la voluntad parte del fin, selecciona los medios de la acción

---

<sup>39</sup> Ibidem, 87. CEREZO MIR, J. (2001) 34.

<sup>40</sup> REYES ALVARADO, Y. Op. cit. 59.

<sup>41</sup> Ibidem, 60

necesarios para lograrlo y debe atender las consecuencias que la selección y uso de esos medios puedan producir; considera que en ese punto interviene el orden jurídico para ordenar que en la realización de la acción se observe el cuidado necesario para evitar consecuencias (lesivas o indeseables).

Encuentra WELZEL (ya en 1961) que en los delitos culposos la acción típica no está definida en la ley, que sus tipos son abiertos pues el juez debe complementarlos en cada caso con un criterio que será el cuidado necesario en el tráfico (las relaciones sociales), de modo que en el tipo culposo se considerará ineludiblemente ese cuidado necesario fundamentado en la previsibilidad objetiva y la conducta prudente dentro del principio de confianza, y el resultado de lesión o de peligro del bien jurídico. Así puede afirmar luego que “*Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad*. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad *antijurídica* –tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo como si *no aplica la dirección final mínima exigida*- una resolución de voluntad *conforme con la norma*.”<sup>42</sup>

Así llega WELZEL a su formulación de la “teoría del injusto personal” según la cual:

a) unas normas prohíben la producción intencional de un resultado indeseado por el ordenamiento jurídico (delitos por comisión);

---

<sup>42</sup> WELZEL, H. (2006) 110-128.

b) otras normas desvaloran la forma de utilización de los medios sin el cuidado necesario al realizar una acción indiferente para el derecho (delitos por imprudencia), y

c) otro grupo de normas desvalora la no realización de acciones obligadas por una norma (delitos por omisión).<sup>43</sup>

En el injusto personal el dolo queda trasladado de la culpabilidad al tipo subjetivo, de donde partirá también la teoría de la imputación objetiva.<sup>44</sup> Se conserva como elemento de este tipo imprudente la *previsibilidad objetiva* del resultado típico, es decir que debe ser previsible *ex ante* por una persona común que se encuentre en la misma situación del autor. Así se excluyen los cursos causales inadecuados a la producción de ese resultado (la acción típica debe ser socialmente adecuada en cuanto encierre una tendencia lesiva). Ingresas como elemento del tipo imprudente la categoría *el riesgo permitido*, como límite de esa previsibilidad objetiva, pues no toda acción de la que puede preverse un resultado típico implica una infracción al cuidado debido. Si no se impusiera ese límite no se permitiría ninguna clase de riesgos, lo que es un imposible en la actividad social.

Realizar acciones dentro del riesgo permitido, o no realizar las que no son riesgo permitido, es el ejercicio del deber de cuidado debido propio de una persona prudente y

---

<sup>43</sup> FEIJÓO, B. (2003) 95.

<sup>44</sup> ROXIN, C. (1997) 998.

razonable situada en la posición del autor, concepto desarrollado tras una larga doctrina como elemento objetivo determinado normativamente, que con WELZEL se termina definiendo como elemento objetivo del tipo de injusto. De este modo la medida de lo correcto en las relaciones sociales no corresponde a consideraciones subjetivas. Las motivaciones o formación de la voluntad de manera contraria a la norma son un problema de culpabilidad, no de la tipicidad o determinación del riesgo permitido.

En un comienzo WELZEL había considerado que el ejercicio o no ejercicio del cuidado debido era un análisis relativo a la antijuridicidad de la conducta. Con la adopción del criterio objetivo del hombre prudente promedio este ejercicio del cuidado debido quedó anclado en el juicio de tipicidad, de manera que cuando la persona concreta se comporta de manera cuidadosa no se puede afirmar que realizó una infracción al deber de cuidado y por lo tanto no realizó un tipo imprudente, lo que es muy diferente a afirmar que sí realizó un tipo pero que este resulta no antijurídico.<sup>45</sup>

La culpabilidad para WELZEL, los finalistas y en gran parte para los neoclásicos queda limitada al concepto de reprochabilidad de la conducta fincada necesariamente en la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), como requisito de umbral, y en el libre albedrío como resultado del retroceso de las formas innatas e instintivas de conducta animal, pérdida compensada por la capacidad de pensamiento racional que hace al hombre responsable de sus acciones, desvinculadas de las “reglas del juego” innatas de

---

<sup>45</sup> FEIJÓO, B. (2003) 96.

la conducta instintiva.<sup>46</sup> Dentro de ese pensamiento racional verifica la existencia de la capacidad de dirección de la voluntad, y con esa base puede enunciar los elementos de la reprochabilidad como conocimiento o cognoscibilidad de la realización de la conducta típica y la exigibilidad de la obediencia al orden jurídico dentro de las circunstancias concretas del autor en el hecho.<sup>47</sup>

Entonces, si más allá de la causalidad, la acción es conducción finalista o intencional de un proceso causal, como en la omisión no hay causalidad tampoco habrá finalidad. KAUFMANN plantea el principio inverso según el cual todo lo que esté en la acción faltará en la omisión. La búsqueda de un concepto genérico a acción y omisión arriba con él a la *capacidad de acción*, de modo que la conducta será la actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad. Con esta fórmula podríamos decir que cuando se ejerce (con voluntad) la capacidad de acción, estamos ante un delito por acción, y cuando no se ejerce con voluntad la capacidad de acción tendremos un delito por omisión.

Aunque siguiendo al profesor LACRUZ LÓPEZ hemos observado que NIESE, ENGLISH y el mismo WELZEL en algunos momentos enfocaron el problema desde el punto de vista de las relaciones sociales o en su significado interrelacional, las formulaciones prevalecientes de WELZEL y KAUFMANN se consolidan como elaboraciones de los elementos predicables de la interioridad del individuo humano,

---

<sup>46</sup> WELZEL, H., citando a KONRAD LORENZ. (2006) 135.

<sup>47</sup> Ibidem, 193.

como capacidad acción, finalidad de la acción, escogencia de medios, etc., por lo cual debemos identificarlos como estudiosos estructuralistas de la teoría del delito en general y del delito omisivo en particular. Aún ENGISCH, con su postrera aceptación de que en el concepto de aplicación de energía para determinar si la conducta era activa u omisiva, permanece imbuido de la visión estructuralista positivista, cuando precisa que el vocablo energía no debe tomarse necesariamente en su significado físico o externo, sino de manera más general, de modo que la acción no se debe identificar como movimiento corporal, ni la omisión con pasividad, con lo que abre la posibilidad de separarse de la visión puramente naturalista, sin decidirse del todo.<sup>48</sup>

---

#### ***1.2.4 El Sentido Social de la Acción***

Un intento de alejarse de la visión naturalista de la acción que imperaba bajo el causalismo, paralelo al surgimiento del finalismo de WELZEL, es el de la interpretación del sentido social de la acción propuesto por EBERHARD SCHMIDT, a partir de los años 1930.<sup>49</sup> Propone que no se dependa del aspecto externo de un comportamiento, de su realización positiva del resultado o su no evitación, sino del sentido social que el comportamiento significa. En realidad fue un importante esfuerzo para observar el problema desde un punto de vista externo, diferente al interno que utilizaba el causalismo y desde el individualismo del autor, y fue una interpretación admitida

---

<sup>48</sup> LACRUZ, J. (2003) 248

<sup>49</sup> Ibidem 200, 211.

temporalmente por otros autores, pero no obtuvo éxito perdurable y fue progresivamente abandonado porque en últimas fijaba la calificación positiva o negativa de la acción en otra sede subjetiva, la del calificador de la conducta, con el consiguiente efecto de inseguridad o posibilidad de arbitrariedad en la adjudicación del derecho.

Más adelante OTFRIED RANFT propone que lo importante del sentido social del comportamiento social es el de si se realizó en defensa de bienes propios; pero por una parte para esta eventualidad existen otras figuras como la de estado de necesidad y legítima defensa, y por otra parte no aborda ni resuelve directamente el problema de la delimitación entre lo activo y lo omisivo, quedándose en una apreciación puramente subjetiva, desde el punto de vista del autor o de su intérprete, del comportamiento externamente verificable, precisamente como resultado de la indefinición del criterio o significado del sentido social del comportamiento.<sup>50</sup>

Esta y otras posturas en realidad tienen más que ver con los llamados *comportamientos ambivalentes*, nombre que nos parece inadecuado pues refleja más la presencia simultánea de comportamientos activos y omisivos, mientras que la ambivalencia tendría que predicarse de un solo comportamiento que a la vez fuera activo y omisivo. La solución a la presencia de comportamientos múltiples, o de aspectos activos u omisivos en un comportamiento, no es más difícil que la solución a cada uno de ellos o a la trascendencia o “reprochabilidad” que se les asigne, lo que nos

---

<sup>50</sup>Ibidem 212.

deja más claro el campo de estudio, sobre un comportamiento individual del que se quiere pronunciar si se trata de una acción o de una omisión.

Filosóficamente podría decirse que toda acción es a la vez la omisión de su contrario, o que toda omisión es la negación de acción, con lo cual no avanzaríamos un ápice en la solución del tema, porque de lo que se trata es de poder definir un evento concreto como activo, o como omisivo, no de destacar su cara activa o su cara omisiva. El asunto deviene difícil, y es el que se trata de dilucidar para darle tratamiento típico y para deducir la punición debida, cuando no salta a la vista la evidencia de que se trata de una acción o de una omisión.<sup>51</sup> Pero para ello es necesario un replanteamiento del significado mismo de las categorías lógicas con las que se maneja el discurso jurídico, en el que la causalidad naturalista, la del mundo del ser, debe transformarse para aceptar que no toda acción es ontológicamente causal, que la conducta omisiva es una entidad definida y diferente a la activa, que no toda causalidad física proviene de una conducta humana activa, en fin, “*que no todo comportamiento humano es una acción*”,<sup>52</sup> y por lo tanto una acción físicamente causal puede ser un comportamiento humano activo u omisivo, de donde podemos barruntar que la solución no está en el estudio naturalístico o fenomenológico, sino posiblemente en el social y relacional.

Un expediente fácil para aparentemente resolver la incógnita, se nos antoja, es el de utilizar un mecanismo grandilocuente pero vacío, el de un supuesto principio que se

---

<sup>51</sup>Ibidem 71.

<sup>52</sup>Ibidem, 394.

llamaría *in dubio pro commissionis*, aceptado por varios autores pero sólo a manera de mecanismo útil para salir del paso ante la dificultad de definición y la necesidad de seguir adelante en el discurso o en la toma de decisiones, no como un punto de llegada con pretensiones de teoría consolidada.<sup>53</sup>

Lo que se puede asegurar es que el desarrollo dogmático no sigue una progresión de etapas, sino que continuamente han estado presentes las formulaciones alternativas y aun contradictorias, con predominio de unas sobre otras por períodos que se traslapan pero nunca extinguen a los contrarios. Si encontramos funcionalismo en CARRARA, elementos de valoración social en ENGISCH o WELZEL, con el largo período que cubren, a la vez y hasta el presente siguen teniendo vigencia y aceptación las teorías causales naturalistas puras o moduladas. Por ejemplo, para la década de 1980 registra BACIGALUPO que para la distinción entre acción y omisión se ha impuesto el llamado por JESCHECK *criterio de causalidad*: “Si alguien ha causado el resultado mediante un hecho objetivamente adecuado al tipo y positivo, éste será el punto de vinculación decisivo para el derecho penal”; que coetáneamente para RUDOLPHI “la distinción dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo omisión”. En la misma época, para OTTO, la distinción entre acción y omisión tiene rango secundario. Lo decisivo en la resolución de un caso es establecer si alguien ha creado, mediante “liberación de

---

<sup>53</sup>Ibidem, 218.

energías”, un peligro para el bien jurídico, pues todo el que lo haya hecho responderá por la concreción del peligro en el resultado, tal como lo requiere el “principio de la elevación del riesgo”.<sup>54</sup> Es decir, con variaciones, todas son fórmulas causalistas de acción y omisión.

### ***1.2.5 Nuestra visión estructural***

La visión estructural de la conducta humana, entonces, debe ser diferente a la visión naturalista, pero debe procurar el mismo rigor de los naturalistas para que sea útil y admisible en el discurso exploratorio que pretende asignar consecuencias jurídicas a los conceptos que logre construir.

En nuestra opinión una de las dificultades introducidas por el naturalismo al estudio jurídico de la conducta humana es la traslación de léxico o conceptos sin adecuada crítica previa. Así, al ocuparse de la conducta activa u omisiva como fuente o característica de causa de modificaciones en el mundo exterior, no se ha reconocido en todo su valor el elemento común a ellas, aunque se lo ha considerado permanentemente en la elaboración de las diversas explicaciones que intentan resolver el problema, que es la decisión voluntaria individual.

---

<sup>54</sup> BACIGALUPO, E. (1989) 225.

En el mundo natural no se hablaría de acción o de omisión, sino de presencia y ausencia de elementos o factores. No cabe la menor duda de que en presencia de determinados elementos y factores habrá determinados resultados, lo que designamos con el nombre de ley de causalidad.

En el comportamiento humano, en presencia de condiciones naturales, fisiológicas, emocionales y culturales, ante determinados estímulos se presentarán reacciones dispares. Estas tomarán la forma de acción o de omisión, equivalentes como expresión humana, como expresión de la voluntad individual, único factor diferenciador frente a los estímulos del mundo natural. Se la llama de diferentes maneras (libre albedrío, capacidad de autodeterminación) y adopta diferentes facetas según el modo y el momento de su formación y expresión, como se ha hecho en los campos psicológico y antropológico. Hasta ahí llega la descripción estructural de la conducta humana en general, sin referirla a los efectos jurídicos.

Esto nos sugiere que la búsqueda de una categoría superior, genérica, que abarque tanto a la acción como a la omisión, no podía ser encontrada simplemente porque estas son las manifestaciones específicas de un origen común: la conducta voluntaria individual.

Esa conducta, individual, de origen estructural, tiene trascendencia jurídica sólo en cuanto se manifiesta en comportamiento externo sancionado por la ley, sin importar aún si esta sanción es de un tipo penal, si este es positivo o negativo, activo o pasivo, activo

u omisivo. Si no trascienden no son –no deben ser- objeto de consideración jurídica (*cogitationis poenam nemo patitur*). “Los fenómenos que no trascienden, ni tienen vocación de trascender más allá de la esfera del propio sujeto, carecen del peso suficiente para constituirse por sí solos en objeto de interés jurídico penal”.<sup>55</sup> Pero toda consideración jurídica o tipificación de una conducta individual es un producto social, creado a través del funcionamiento de un grupo humano a través de un período más o menos extenso, mediante unos mecanismos también sociales. Es decir, la conducta individual, omisiva o activa, sólo tiene existencia jurídica desde su consideración funcional. Por lo tanto su estudio debe hacerse bajo la luz que arroje el conocimiento colectivo, convencional y funcional por excelencia.<sup>56</sup>

En la observación general de la abundante teoría acerca de la acción y de la omisión como no-acción, o como comportamiento que engloba esos dos conceptos, o de la conducta voluntaria o involuntaria imputable, debe tenerse en cuenta que el vacío legal, donde lo hay –por ejemplo en Alemania a comienzos del siglo XX-, es el motivo principalísimo para la profusa producción filosófica a la luz de las ideas en boga en esa sociedad y el contraste de sus interpretaciones para permitir la cabida dentro del ejercicio judicial penal de situaciones omisivas que se intuían punibles pero no eran reconducibles a los tipos positivos de acción.

---

<sup>55</sup> LACRUZ, J. (2003) 415.

<sup>56</sup> No quiere decir esto que acción y omisión sean ontológicamente lo mismo; no son idénticas, aunque puedan ser jurídicamente equivalentes.

Esas construcciones teóricas han sido replicadas con enorme dedicación en la doctrina y en la jurisprudencia de España, de Latinoamérica y Colombia, en nuestro concepto sin mucho criterio selectivo, si se tiene en cuenta que en ordenamientos jurídicos como el de Colombia, donde desde tiempos ya viejos –como se verá- ha estado previsto que la omisión es una forma de cometer los delitos, a la par con la acción; en esas condiciones, la construcción filosófica de la equivalencia entre acción y omisión pasa y debe pasar a un segundo plano, y consecuentemente la descalificación de la autoría por omisión o de la coautoría mediata por omisión debe adquirir otras dimensiones.

Será la norma, como veremos con los hallazgos del profesor SILVA SÁNCHEZ, la que venga a resolver las insuficiencias del ontologismo en la subsunción de los hechos a los conceptos jurídicos. Es interesante destacar al respecto la observación en la misma línea del chileno GÓMEZ TOLEDO,<sup>57</sup> de cómo para algunos autores la omisión no tiene sustrato previo alguno al enunciado típico mismo: Así, el juicio normativo se asienta sobre la nada (sin referencia a la acción realizada efectivamente o a inactividad total del sujeto, posible pero difícil de imaginar) y consiste en la frustración de la expectativa social de comportamiento por la no realización de la “acción esperada”; la omisión solo adquiere un significado en el ámbito normativo por el hecho de que se realizan juicios sobre esa nada, y así dirán que “el concepto de omisión tiene un contenido valorativo (no realización de la acción mandada por el ordenamiento jurídico penal), no existe en

---

<sup>57</sup> GÓMEZ TOLEDO, P. (2009) 69.

él un sustrato real prejurídico: en lo ontológico es una nada.” según Bubnoff, citado por SILVA SÁNCHEZ.<sup>58</sup> Encuentra que de la misma opinión es SUSANA HUERTA TOCILDO, para quien la omisión es una nada y solo adquiere significado en el plano normativo, cuando se formulan juicios de valor sobre esa nada que carece de toda realidad. Esta fundamentación de la omisión en la tipicidad implica negar la posibilidad de encontrar un sustrato material común a la acción y la omisión y parten del rechazo a la posibilidad de un supraconcepto.<sup>59</sup>

Anota GÓMEZ TOLEDO que “Los múltiples afanes de la doctrina alemana por encontrar un supraconcepto se justifica por cuanto el par. 1 StgB se refiere sólo a las acciones como constitutivas de delito, por lo cual los autores debían encontrar la manera de dar cabida en el concepto de acción a esta forma comisiva tan especial como es la omisión, de lo contrario se debería concluir que las omisiones, por no ser acciones en sentido estricto, no podrían dar origen a un delito. Podemos ver que la situación en Chile es diferente por cuanto el artículo 1º del Código Penal se refiere expresamente a la acción y a la omisión como modalidades del delito”,<sup>60</sup> de manera que es similar la situación en Colombia, donde ya el artículo 1º del Código Penal de 1890 establecía: “*El delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna*

---

<sup>58</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. (2006) 119.

<sup>59</sup> GÓMEZ TOLEDO (2009) 70, citando a HUERTA TOCILDO, SUSANA. Problemas fundamentales de los delitos de omisión. Madrid, 1995.

<sup>60</sup> Ib, loc. cit.

*pena. En sentido más lato, la palabra delito se extiende a todo **acto u omisión** que apareje pena al responsable, ...”*; dos códigos más han regido, hasta el artículo 25 del Código Penal actual, del año 2000, el que prevé expresamente que la conducta punible puede ser realizada **por acción o por omisión**.

### **1.3 FUNCIONALISMO**

El abordaje de los problemas a partir de las relaciones entre los elementos que componen las unidades conceptuales en que se presentan constituye, según lo que hemos venido definiendo, la visión o método funcional, o funcionalismo.

La agrupación de autores bajo la idea del *sentido social de la acción* es ya un intento de tipo funcionalista para resolver el problema propuesto, de la delimitación entre acción y omisión, en cuanto lo que procura es entender el problema desde el punto de vista ya no del movimiento corporal del autor, o de la aplicación de energía en ese movimiento, sino de la interrelación entre actores, personas, cuerpos en acción. Fallido el intento, como muchos y por las razones expuestas, se sitúa en un nivel de observación intermedio entre lo natural-humano y la opción social-humana, y aporta la iniciativa de que el punto de partida necesario y útil para el estudio de la cuestión puede ser otro.

#### **1.3.1 El Punto Central del Comportamiento**

Resalta el profesor LACRUZ LÓPEZ otra tendencia presente en el largo discurso de los autores alemanes sobre este problema, poco detallado en sus propias exposiciones

pero muy sugerente de nuevas alternativas. Con base en las propuestas de EXNER y MEZGER, ya en los años 30 y 40, se las identifica como “*punto central de la reprochabilidad*”, o “*punto central de la conducta del autor*”, mejor ésta para evitar la carga significativa de *reproche* como prejuzgamiento sobre culpabilidad, según las cuales en los casos de disyuntiva sobre tomar una conducta como acción o como omisión lo fundamental es analizar *hacia dónde cae el reproche*, la *dirección* de la valoración jurídica, para decidir cómo se la califica.<sup>61</sup> No se proponen la definición de las características internas que hacen a la conducta activa diferente de la omisiva, por eso no son propiamente estructuralistas.<sup>62</sup>

Sin embargo, esta propuesta no resulta finalmente próspera porque no aporta criterios útiles sobre cómo se ha de definir la dirección de esa valoración jurídica, de manera que con su enunciación solo se cuenta con una fórmula vacía, una postura normativa carente de contenido,<sup>63</sup> lo que por lo demás será una característica recurrente en las construcciones de esta tendencia.

### **1.3.2 Funcionalismo actual**

Informan generalmente autores como MIR PUIG<sup>64</sup>, ROXIN<sup>65</sup> y FEIJÓO<sup>66</sup> que una conjugación de neoclacisismo y finalismo es la doctrina dominante en Alemania y en

---

<sup>61</sup> LACRUZ, J. (2003) 228.

<sup>62</sup> Ibidem 234.

<sup>63</sup> Ibidem 245.

<sup>64</sup> MIR PUIG, S. (2003) 273

España. En la práctica de Colombia se observa que se recurre tanto a la fórmula positivista causalista como a la normativa inicial y a la finalista para la resolución de los casos corrientes. Pero en general, la doctrina no se ha detenido en el esfuerzo de desarrollar concepciones más ajustadas a la realidad y a la coherencia teórica que en ciertos eventos son necesarias para decidir con más coherencia según las características muy particulares que presentan.

Es importante destacar que contra el positivismo que excluía los aspectos valorativos en la ciencia del derecho, debate que no es solo del Derecho penal sino de toda la teoría y la filosofía del derecho reflejada en el debate HART-DWORKIN, hoy se acepta generalmente que también los preceptos del derecho penal son e importan valoraciones humanas por el legislador y por el juez. Todas las valoraciones son tentativas emocionales y artísticas para aproximarse a los “valores” existentes “en sí”, y los juristas nos ocupamos del valor “justicia”.<sup>67</sup> “Como dice RADBRUCH... los juicios valorativos no pueden ser objeto de conocimiento sino de sólo de reconocimiento”... y ello implica que la actividad del jurista debe ocuparse de los aspectos ontológico, lógico y axiológico.<sup>68</sup>

“Sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad sosteniendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso

---

<sup>65</sup> ROXIN, C. (1997) 201.

<sup>66</sup> FEIJÓO, B. (2003) 95, 107.

<sup>67</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, C. (2003).

<sup>68</sup> MEZGER, E. (1995) 33.

del resultado), y en cambio la culpabilidad el “desvalor de la actitud interna” (GALLAS, JESCHEK, WESSELS) o el “poder evitar” (y consiguiente responsabilidad) del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. El entendimiento material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice al sistema finalista, se mantiene en las teorías modernas del delito. ...”<sup>69</sup>

Veámos que en ciencias sociales como la sociología, economía, antropología, desde alrededor de los años 1960 se dio un intenso debate sobre el enfoque estructuralista o funcionalista de sus estudios. Cada tendencia reconoce la importancia de la otra, pero las teorías se adscriben a una u otra según el énfasis que se proponen o que les es atribuido por los académicos. Y que después de encarnizadas luchas, hoy en día es más o menos pacífico entender que ambos y cada uno de estos enfoques son indispensables para llegar a una visión acertada y omnicompreensiva de los fenómenos objeto de la ciencia.

El reflejo de ese debate se presenta en el campo del Derecho, de manera destacada en el Derecho Penal, pronto a partir de los años 1960 pero con escaso impacto y efecto práctico en las decisiones judiciales. En realidad no es extraño que los debates de las ciencias se traigan tarde al mundo jurídico, porque este es un saber que tiene vida

---

<sup>69</sup> ROXIN, C. (1997) 203.

bastante independiente de la academia científica y muy dependiente, en cambio, del ejercicio político –que es muy activo e inestable-.

La perspectiva funcionalista requiere un previo estudio estructural de cada categoría o elemento componente del objeto de conocimiento, pero cada elemento tendrá un contenido coherente con la visión del sistema total. La perspectiva estructuralista se queda a la mitad del camino luego de definir las categorías de la conducta individual; y decimos que se quedan a mitad de camino no porque no se hayan planteado la importancia de la teoría o del delito en la sociedad, sino porque concluyen considerándolo y regulándolo como un fenómeno individual sin desarrollar sus planteamientos de trascendencia social.

El funcionalismo no pierde –o trata de no perder- de vista que el fenómeno *delito* y su correlato *pena* son categorías del mundo social, donde *sociedad* es un sistema complejo en el que se interrelacionan o actúan comunicativamente sus componentes según roles o funciones que a cada uno le corresponden o le son dados por las circunstancias concretas en que suceda su existencia dentro de ese sistema social. Es sintomático que las principales obras de sus dos más desatacados exponentes contemporáneos, CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS (obras citadas), se inicien con capítulos destinados al estudio de los *finis de la pena*, diferentes a los usuales de otros autores, la acción individual o las facetas de la conducta humana individual.

Dentro de la visión global que hemos propuesto sobre los métodos del estructuralismo y el funcionalismo es importante precisar que los aspectos funcionales se fueron desarrollando paralelamente al especial énfasis estructural del positivismo y el finalismo: LISZT destacaba la consideración político criminal,<sup>70</sup> pero la mantenía totalmente separada del Derecho Penal porque aquella implicaba un método inductivo de análisis del delito y del delincuente mientras el estudio positivo del Derecho requiere un análisis lógico-deductivo.<sup>71</sup> El positivismo se preocupaba por y se basaba en la sociología criminal y la defensa social aunque se haya enfocado en el individuo como objeto de estudio criminológico. Teorías ensayadas en el causalismo para limitar los efectos de la equivalencia de las causas, la *conditio sine qua non*, la causalidad adecuada (de acuerdo con las reglas generales de vida y la experiencia general), la causalidad relevante (la equivalencia causal de las condiciones no implica su equivalencia jurídica), la causalidad legal, y la adecuación social de la conducta,<sup>72</sup> por ejemplo, reflejan la conexión ineludible entre las categorías dogmáticas en estudio con el contexto social en el que se desarrollan e interesan al Derecho penal.

Curiosamente WELZEL es reconocido por su teoría finalista, individualista, subjetivista y por ello estructuralista. Ello se debe a que él mismo y sus seguidores se enfocaron sólo en este aspecto de sus planteamientos iniciales y generales; pero desde el comienzo de esos planteamientos ya llamaba al estudio de los fenómenos que interesan

---

<sup>70</sup> MEZGER, E. (1995) 32.

<sup>71</sup> FORERO, J. (2002) 11.

<sup>72</sup> REYES, Y. (2005) 23.

al derecho penal con el prisma de su inclusión e importancia en el sistema social, cuando criticaba la consideración de los bienes jurídicos como objetos estáticos o piezas de museo, desconociendo su volatilidad y flexibilidad, y cuando llamaba a los juristas a estudiar otras ciencias sociales y humanas para una mejor comprensión y evolución del derecho penal.<sup>73</sup>

Esa es la dirección que han tomado dos tendencias funcionalistas más destacadas en el universo actual del derecho penal: el llamado funcionalismo moderado o escuela de la política criminal liderada por CLAUS ROXIN, y el llamado funcionalismo radical o escuela de la prevención general positiva representada por GUNTHER JAKOBS. Ambas son sin duda funcionalistas porque plantean sus sistemas del derecho penal a partir de un concepto global, social, sistémico: la función o finalidad que tienen las penas y las medidas de seguridad en la sociedad, y de allí cómo definen el sistema del derecho penal.

La comisión de un delito por imprudencia es un problema de tipo, y la imputación objetiva es un problema de tipicidad. Si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma, el resultado no se imputa por la sola teoría de le

---

<sup>73</sup> WELZEL, H. (2003) 147.

equivalencia de las condiciones, sino por criterios que fundamentan la conducta imprudente.<sup>74</sup>

Pero más allá de los estrictos criterios de imputación objetiva (creación de riesgo no permitido, realización de ese riesgo, relación de *causalidad* entre ellos), se utilizan por varios autores otros criterios de imputación, generalmente propuestos en las consideraciones de otras tendencias o escuelas: la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad, la cognoscibilidad, la evitabilidad, la superación del riesgo socialmente adecuado, el nexo de antijuridicidad, el encuadramiento en el fin de protección de la norma, la advertibilidad.

Para ROXIN, no se precisan ulteriores criterios a los de imputación objetiva si la norma no contiene especiales descripciones de la conducta. De acuerdo con JAKOBS, esas inclusiones llevan a entender el delito imprudente como un delito de omisión, la del deber de cuidado.<sup>75</sup>

Registran BUSTOS y HORMAZÁBAL que, desde los años 1970, ROXIN intenta una reestructuración del delito desde una perspectiva teleológica político-criminal de la función de la pena. Cuáles son los fundamentos o argumentos que permiten atribuir al autor la afectación es el problema de la imputación objetiva o imputación al tipo objetivo del injusto. Prescinde del comportamiento y con ello del riesgo, porque el

---

<sup>74</sup> ROXIN, C (1997) 998.

<sup>75</sup> Ibidem. 1000.

riesgo está ligado al comportamiento y no al resultado. Informa que los finalistas acogen la imputación objetiva sin sustituir el concepto de culpa pero dándole otro contenido, donde ya no será la inobservancia del cuidado objetivo (estar al margen del riesgo permitido), sino la inobservancia del deber de cuidado individual o subjetivo. Esta identidad entre cuidado objetivo y riesgo permitido no sería válida según JAKOBS, pues si la conducta es ilícita no es aplicable el riesgo permitido, pero sí se puede discutir si hubo o no hubo falta del cuidado exigido.<sup>76</sup>

## **1.4 ANÁLISIS INTEGRAL**

Habiendo precisado las características distintivas de las aproximaciones estructuralista y funcionalista, y reconocido que la consideración no debe ser unilateral, pasamos a observar los avances que presentan una visión integral, resumidos en los planteamientos de los profesores SILVA SÁNCHEZ y LACRUZ LÓPEZ, así como nuestras conclusiones.

### **1.4.1 “Concepto y Sistema” de SILVA SÁNCHEZ**

El profesor JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ enunció, ya en 1986, que la omisión es el juicio de imputación de la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico. En su estudio resulta muy

---

<sup>76</sup> BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. (1996) 169.

interesante el análisis normológico que diferencia entre normas primarias de mandato y de prohibición, cómo sus contenidos pueden tomar formas preceptivas o prohibitivas. De allí, el concepto de *comisión* se vincula a la existencia de un contenido material prescriptivo de no intromisión en la esfera jurídica ajena, y homológamente el de *omisión* se vincula a la existencia de un contenido material prescriptivo de prestación positiva.<sup>77</sup>

Sin embargo, nos parece desde esta humilde esquina, que hay un par de aspectos que se pueden tratar de otra manera, menos excluyente o disyuntiva, menos binaria se diría hoy, entre mandato y prohibición, y que tiene incidencia importante en el entendimiento de la omisión. SILVA SÁNCHEZ hace una relación muy ilustrativa del debate lógico-jurídico que han sostenido los autores, principalmente alemanes, LUDEN, RÖDIG, BERKEMANN, WRIGHT, KAUFMANN, GLASER, BARWINKEL, ZAFFARONI, BORCHERT, entre otros.<sup>78,79</sup> Identifica dos tendencias, la tesis de que la distinción

---

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2006) 195.

<sup>78</sup> *Ib.*, 187-193.

<sup>79</sup> En cuanto al análisis lingüístico y lógico hoy en día habría que actualizar y en lo posible desarrollar las propuestas de FERRAJOLI (2014), quien en sus primeros 29 teoremas trabaja las combinaciones posibles entre acciones y omisiones permitidas y prohibidas:

Si de algo no está permitida la omisión, está permitida su comisión; Para todo tema vale que o está permitida su comisión o está permitida su omisión; De ningún tema están no permitidas tanto la comisión como la omisión; Lo que está prohibido no está permitido, y viceversa; De lo que es obligatoria la comisión no está permitida la omisión y viceversa; Si una omisión está prohibida, entonces no está permitida, y viceversa; De lo que es obligatoria la omisión no está permitida la comisión, y viceversa; De lo que está prohibida la comisión es obligatoria la omisión, y viceversa; De lo que es obligatoria la comisión está prohibida la omisión, y viceversa; Lo que está permitido no está prohibido, y viceversa; De lo que está permitida la comisión no es obligatoria la omisión, y viceversa; De lo que no está prohibida la comisión no es obligatoria la omisión, y viceversa; De lo que está permitida la omisión no es obligatoria la comisión, y viceversa; Si una omisión está permitida, entonces no está prohibida, y viceversa; De lo que no es obligatoria la comisión no está prohibida la omisión, y viceversa; Lo que es obligatorio no está

entre mandato y prohibición es material y formal, se deriva de una distinción primaria, prejurídica, entre acción y omisión, entiende que las prohibiciones exigen omitir una acción y los mandatos exigen la realización de una acción, diferenciados por el criterio material dado por la diversidad ontológica esencial entre acción y omisión, mientras el criterio formal corresponde a consideraciones político-criminales. *“Esta tesis se derrumba, pues, desde el momento en que muestra incorrecto el planteamiento ontológico que le sirve de base”*, lo cual compartimos y se corresponde con la posición ya adoptada de la atribución política de consecuencias a los hechos sociales.

La otra tesis es la distinción puramente formal, apoyada en Kelsen y Savigny. *“Así, Kelsen, al indicar que el mandar se puede formular también como prohibir y viceversa, según se introduzca la acción o la omisión. Una acción es una omisión prohibida y al revés”*. La diferenciación resultaría secundaria, nada esencial, pues *“nada se opone a que un contenido normativo se pueda formular como mandato o como prohibición. El que se haga de un modo u otro dependerá de consideraciones prácticas o de técnica*

---

prohibido; Si de algo es obligatoria la comisión, no es obligatoria su omisión; Lo que es obligatorio está permitido; Lo que está prohibido no es obligatorio; Si de algo está prohibida la comisión, no está prohibida su omisión; Si de algo está prohibida la comisión, no está permitida su omisión; Para todo tema vale que su comisión no está prohibida o no es obligatoria; Para todo tema vale que o su comisión no es obligatoria o está permitida; De ningún tema está prohibida y a la vez es obligatoria su comisión; De ningún tema está prohibida la comisión y a la vez no permitida la omisión; De ningún tema es obligatoria y a la vez no permitida la comisión.

Estos, además de otros 26 teoremas que incluyen lo facultativo (los anteriores incluyen sólo lo permitido y prohibido) nos informan cómo puede ser rica y difícil la combinación de situaciones concretas en las que se imbrican las conductas de acción y omisión. FERRAJOLI no termina de precisar las que tienen exclusiva trascendencia penal, ni nosotros lo logramos aún, lo cual señala que hay todavía mucho camino por recorrer en este campo, el que sin duda podrá ayudar a dilucidar de mejor manera el tema que nos ocupa. Cfr. FERRAJOLI (2014) Tomo III, 33-37, y sus desarrollos.

*legislativa que, no obstante, en nada modifican el contenido de lo normado.”* Con la notación de la lógica simbólica pasa el autor a formular las ecuaciones que significan:

Obligatorio socorrer = Prohibido no socorrer

Prohibido matar = Obligatorio no matar

*“Puede señalarse como común a las firmas preceptiva u prohibitiva que, en ambos supuestos se deben realizar una conductas y no se deben realizar otras. Una forma expresa qué se debe realizar y la otra qué no se debe realizar. Pero de todo ello - aspectos formales- no cabe extraer conclusión alguna relativa a cuestiones esenciales.”*

Compartimos la consecuencia de esta tesis, pero el punto que queremos señalar es uno que se desliza y se tiene posteriormente como aceptado: que la diferenciación de acción y omisión es prejurídica, puramente formal lingüística. No creemos acertado que esa diferenciación sea prejurídica en manera alguna, pues los mandatos y las prohibiciones no son sólo conceptos lingüísticos diferentes, sino que ambos tienen origen normativo superior, ya sea en la Constitución Política como en España o Colombia, ya en los principios y valores aceptados si se trata de un ordenamiento consuetudinario que reconozca el Estado de Derecho.

Así, el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia establece: *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.* El artículo 15 de la Constitución Española enuncia: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o*

*degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempos de guerra.* El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, aplicable a varios países que se rigen por el *common law*, en su artículo 2, dice: *Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal a un reo de un delito para el que ley establece esa pena. ...*

Los giros *El derecho a la vida es inviolable, Todos tienen derecho a la vida, El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley*, son todas normas primarias de mandato, aunque muchas veces se las ha tenido como principios o valores no exigibles o ejecutables directamente. Las normas de prohibición son también primarias, contrapartida tácita: “*No matarás...*”. Entonces no es en normas de mandato o de prohibición donde se encuentra la posibilidad de diferenciación entre comisión y comisión por omisión.

Las normas generalmente contenidas en los códigos penales son condicionales, resultantes: “El que mate a otro tendrá X pena”, que equivale a decir “Si A mata a B, tendrá una pena X”. Sin embargo, en este debate lingüístico-lógico-jurídico se las ha tomado como normas de mandato, siendo en realidad condicionales dependientes de la vulneración de las de mandato y de prohibición.

Si la norma de mandato dice *Las autoridades militares están instituidas para proteger a todas las personas en su libertad*<sup>80</sup>, la norma de prohibición es tácita y dice “*No desaparecerás personas*”, y es condicional la norma del Código Penal *El que desaparezca forzadamente a otro tendrá una pena*<sup>81</sup>. Se han violado la norma de mandato y la de prohibición cuando una autoridad ha desaparecido o ha dejado que unos subalternos desaparezcan a otra persona. La norma que aplica el juez es la condicional, dependiente de cuando ese mandato y prohibición se demuestran vulneradas.

Si la norma de mandato dice *La pareja deberá sostener a los hijos y educarlos mientras sean menores*,<sup>82</sup> y *La familia tiene la obligación de asistir y proteger al niño*,<sup>83</sup> la norma de prohibición, tácita, establece *No faltarás a tus obligaciones para con tus hijos menores*, el Código Penal impone la norma condicional consecencial *El*

---

<sup>80</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 2-2: *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

<sup>81</sup> Código Penal de Colombia, artículo 165: *Desaparición forzada. El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación y de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión...*

*A la misma pena quedará sometido el servidor público, ...*

<sup>82</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 42-5

<sup>83</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 44-2. *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. ...*

*que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos  
incurrirá en prisión...*<sup>84</sup>

Este ejemplo es de una omisión propia, aunque su texto utiliza un verbo aparentemente activo pero de contenido omisivo: sustraerse al cumplimiento de un deber es lo mismo que no cumplir un deber o mandato preestablecido en la norma positiva primaria y confirmado por una norma de prohibición también primaria pero tácita.

Estas consideraciones nos permiten adelantar un punto al que deberemos volver: la figura de delitos de infracción de deber, que ROXIN contrapone a los delitos de dominio,<sup>85</sup> no tiene una justificación argumentativa ni una utilidad práctica, pues todos los delitos son infracción de deber o mandato, a la vez que comisión de la prohibición de ese mandato, independientemente de que la norma penal, condicional y consecuencial de lo anterior se redacte de manera positiva o negativa, y todos los delitos implican alguna forma de dominio de su autor sobre el hecho que causa el resultado.<sup>86</sup>

Todo esto nos comprueba cómo en la realización del tipo penal, lo esencial es que se viola un mandato y una prohibición; que se enuncie en la ley penal como una comisión o como una comisión por omisión no es el debate esencial; es accesorio, residual,

---

<sup>84</sup> Código Penal de Colombia, artículo 233: El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión...

<sup>85</sup> ROXIN, C. (2014) 179 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. ROXIN, C. (2014) 763.

complementario, aunque trascendental a la responsabilidad individual, lo que se resuelve en el próximo capítulo, de las formas posibles de la autoría criminal.<sup>87</sup> De este modo, podemos afirmar que el debate no es ontológico, pero tampoco es lingüístico, ni lógico: es normativo.

Por otro lado, insiste SILVA SÁNCHEZ en una tripartición de los delitos por omisión, en cuanto unos son idénticos a los de comisión activa, otros se sancionan por infracción de deberes de solidaridad cualificada –por posición de garante-, y otros por infracción de deberes de solidaridad mínima –omisión propia-. En nuestra opinión tal clasificación no corresponde a una necesidad, a un objetivo ni a una razón que la justifique.<sup>88</sup>

Los que se califiquen como idénticos a los de comisión activa reciben esa definición precisamente porque la apreciación de la conducta con todas sus circunstancias suprimen toda duda de que la acción sea equivalente a la omisión, como lo enuncia el Código Penal colombiano y lo hemos concluido atrás, incluso con este mismo autor; por otro lado, él mismo precisa que la solidaridad no es un bien jurídico penalmente

---

<sup>87</sup> Este modo de ver las cosas no es nada nuevo, pero no se observa y por ello se han desarrollado tantos debates accesorios. Los deberes tienen generalmente como contenido una omisión, y solo pueden ser lesionados mediante una acción, no con una omisión. Así lo exponía FEUERBACH: “Siempre que una persona tenga un derecho a la exteriorización real de nuestra actividad, en esa medida existen delitos de omisión. Pero como la obligatoriedad originaria del ciudadano solo se refiere a omisiones, por eso un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico especial a través del cual sea fundamentada la obligación de actuar, sin este fundamento no se es delincuente por omisión.” Citado por PERDOMO, J. (2001) 22.

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2006) 467-480.

tutelado, si bien es un principio constitucional correspondiente con la adopción del estado social de derecho (en Colombia según el artículo 95 superior), luego no está en el *leit motiv* de la tipificación punitiva, como si están las normas superiores que citamos en los ejemplos anteriores. Así mismo, dejamos dicho que no se trata de infracciones de deber por el contrario a formas de dominio del hecho, porque en todos hay infracción de deber y en todos hay alguna forma de dominio del hecho.

No se trata de que se equiparen a los de comisión activa; se equiparan en la pena, pero se atribuyen porque la posición de garante está prevista en la ley, ya sea la innominada o alguna de las especiales que describe para proteger ciertos bienes jurídicos especiales, como se verá adelante (1.5.5). Y las omisiones impropias existen porque su recurrencia ha permitido al legislador separarlas del fondo común para darles control político específico: cuando se sanciona la omisión de pago al Estado por el agente retenedor de impuestos no se protege el principio de solidaridad, sino el bien jurídico de la administración pública.<sup>89</sup>

En fin, si bien entendemos que el profesor SILVA SÁNCHEZ no se matricula en una tendencia determinada, sus formulaciones corresponden, en nuestro parecer, a una visión plenamente funcional integral, por dos aspectos:

---

<sup>89</sup> Código Penal colombiano, artículo 402. *Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal incurrirá en prisión...*

- No elabora su argumento desde el punto de vista interno de los componentes de la conducta individual del autor sino de la interrelación del autor con otras personas, intromisión en la esfera jurídica ajena.
- El postulado inescapable es el de que tanto la comisión activa como la comisión por omisión son un juicio de imputación legal, no una resultante de causalidad naturalística.

### ***1.4.2 El Concepto de Omisión de LACRUZ LÓPEZ***

Este autor, principal guía para el presente tema como profesor que fue del mismo en el período de investigación, después del completo recorrido que se ha reseñado aquí acerca de la delimitación de los conceptos de acción y omisión como fenómenos que para algunos requieren diferenciación tajante, mientras para otros su identidad es indisoluble, opta por la visión -que compartimos- de que la figura procedente en derecho es una caracterización normativa que queda mejor definida cuando se aborda desde la relación entre el sujeto, su comportamiento y el mundo exterior, nos lleva al rechazo de la causalidad como eje de la caracterización de acción y omisión y a adoptar un concepto de omisión orientado a las necesidades del derecho penal.

Define el comportamiento omisivo como la ***no realización de una actividad finalista por quien tenía la capacidad de realizarla***, donde esta capacidad comporta unas características externas e internas, subjetivas y objetivas, muy definidas y que se deben considerar de manera concreta en cada caso. Discriminemos sus elementos: ***(I)***

*no realización de una actividad finalista (2) por quien (3) tenía la capacidad de realizarla.*

El primer elemento parece tautológico (*no realización de una actividad finalista*), pero no es tal: al definir que se trata de una actividad finalista implica que se trata de una finalidad específica que tiene valor social o interrelacional; se vierte en este elemento el concepto de sistema, como conjunto social y jurídico en funcionamiento dentro del cual se desempeña el actor, con todas las facultades, competencias, derechos y obligaciones, y con todas sus circunstancias, objetivas y subjetivas, de manera que el factor funcional queda plenamente presente.

En el segundo elemento (*quien*) está presente y explícito el factor estructural constituido por el individuo actor compuesto por todas sus características y atributos de persona habilitada para comportarse en sociedad, pues al hablar de actividad nos referimos a la reacción ante determinados estímulos, que tomará la forma de acción o de omisión, equivalentes como expresión humana, ambas resultado de un solo factor diferenciador frente a los estímulos del mundo natural: la voluntad individual. Estamos hablando aquí de que el actor manifestó su voluntad en la forma de no realizar una actividad finalista, porque el sustrato de toda consideración jurídica es el hombre, la persona humana en su integridad individual y en relación con sus congéneres.

El tercer elemento (*tenía la capacidad de realizarla*), además del aspecto estructural –disposición y habilidad física del actor para realizar la tarea- implica los conceptos

funcionales de conocimiento o cognoscibilidad del objetivo finalístico de la actividad esperada,<sup>90</sup> y de la exigibilidad<sup>91</sup> o expectativa<sup>92</sup> en cabeza del actor.

Frente a la posición escogida por el autor, de que en el aspecto subjetivo del comportamiento omisivo basta con que el actor hubiera tenido la posibilidad de representarse el objetivo de la actividad que no realizó, en principio parecería contrario al principio de legalidad deducirle una responsabilidad penal por no haber sabido lo que podía haber sabido; pero este efecto se precisa cuando se aclara que ese conocimiento debe ser concreto, es decir, que a esa persona en esas circunstancias específicas le fuera exigible saber que debía desarrollar esa actividad y aun así no la realizara;<sup>93</sup> esta claridad debe ser patente en un caso donde se juzgue una omisión concreta, pues de lo contrario se corre el serio riesgo de atribuir una responsabilidad sin causalidad jurídica del resultado.

En el caso concreto propuesto, por ejemplo, al comandante de la operación militar le debe ser exigible por su preparación para el cargo y función que desempeña, saber que debe interponer su mando para evitar que se ejecuten las órdenes de los subalternos que están disponiendo los pasos necesarios que llevarán a la desaparición forzada de combatientes enemigos derrotados y prisioneros.

---

<sup>90</sup> LACRUZ, J. (2003) 426.

<sup>91</sup> Ibidem, 466.

<sup>92</sup> Ibidem, 462.

<sup>93</sup> Ibidem, 469.

Podemos concluir que la exposición del profesor LACRUZ LÓPEZ se inscribe en el entendimiento integral del problema propuesto, como una manifestación de la necesidad de abordaje equilibradamente estructural y funcional, y por lo tanto que no hay lugar a pregonar una fractura de la Teoría del Delito en su conjunto porque se incluya el concepto de delitos por omisión, sino que por el contrario así se logra ofrecer una sistema coherente sobre su estructura y su funcionamiento como mecanismo de dirección y control de la sociedad.

### ***1.4.3 Estado de la cuestión***

Observamos que el funcionalismo es aceptado en la academia, aunque a veces con cierto recelo en la academia o sin darle su nombre; es usual que se lo cuestione por su léxico de ruptura con el comúnmente aceptado, más que por la correspondencia de sus conceptos con la visión sistémica de la sociedad y del derecho penal dentro de ella. Sin embargo, en cuanto a la tendencia radical o normativa sus formulaciones permiten interpretar que pretende la prevalencia del respeto de la norma por la norma en sí, más que la protección de bienes jurídicos adoptados por la sociedad y el legislador como dignos de tutela, lo que fomenta un normativismo a ultranza que hace temer por la vigencia del Estado de Derecho contemporáneo, en cuanto el centro de atención se desplace, del hombre, a la norma como bien jurídico superior.

Relata ROXIN que en la época del nacional-socialismo se adelantaron cambios que sirvieron a la destrucción planificada del Estado de Derecho y su transformación en una

dictadura totalitaria, representada en la anulación del principio *nullum crimen sine lege proevia*. Se podía castigar un hecho no solo cuando previamente había sido declarado punible por la ley, sino cuando “merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular”,<sup>94</sup> con lo que se abrían las puertas a la manipulación ideológica del Derecho penal.

Por su parte FORERO RAMÍREZ comenta sobre la Escuela de Kiel, representativa en esa época del Derecho penal de autor –a la persona no se la sanciona por lo que hace sino por lo que es-, en la que SHAFFSTEIN enuncia que el delito no es una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sino la lesión de un deber, y de allí se construye la idea de delito como lesión a un deber del individuo con el Estado. Con base en esto es DAHM quien elabora el concepto de delito como traición, alta traición, o traición a la patria, de donde ya el delito no es una lesión a un bien jurídico sino la percepción de falta contra un deber de fidelidad, una traición de un individuo a su pueblo.<sup>95</sup> Por esta vía se abre el peligroso camino del derecho penal al servicio de la fidelidad a una idea, ideología, partido o líder político, en un mundo contemporáneo donde los populismos de derecha e izquierda están presentes nuevamente y serán previsiblemente recurrentes.

Encontramos que se deslizan allí dos falacias que han permitido el rechazo –en nuestra opinión por temor de señalamientos sobre lo políticamente correcto- de aspectos

---

<sup>94</sup> ROXIN, C. (1997) 120.

<sup>95</sup> FORERO RAMÍREZ, J. (2002) 4.

parciales que son correctos, útiles y respetuosos del Estado de Derecho y del Derecho penal de acto:

- 1) No es necesariamente contradictorio que el delito sea una lesión a un bien jurídico o lesión a una norma que señala un deber jurídico. Todas las personas sometidas a un ordenamiento jurídico tenemos deberes que se condensan en respetar ese ordenamiento, el que se discrimina progresivamente en diferentes niveles, y entre ellos uno primordial es el que protege los derechos de los asociados. Los principales derechos son elevados por el legislador a la categoría de bienes jurídicos penalmente tutelados, y esa tutela se detalla en diferentes tipos penales. Entonces, todo delito es una lesión a un bien jurídico que a la vez está protegido por un deber contenido en una norma superior.
  
- 2) Los deberes de los individuos no son necesariamente para con un Estado, cualquiera sea su conformación, sino para con un Estado democrático legítimamente constituido. Si un gobierno totalitario representa momentáneamente al Estado, una reacción política adecuada debe modificar -se espera- esa situación para que los deberes del individuo se mantengan porque representan los principios constitucionales de la democracia.

Esta consideración nos coloca en el límite ineludible entre política y Derecho penal, al que no se le debe huir sino tenerlo presente y hacerlo efectivo en las decisiones

judiciales concretas que lo imponen, como la del caso que preside este trabajo y todos los casos que se derivan del conflicto armado interno.

La Constitución Política de Colombia, por ejemplo, en su artículo 95 establece que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes; que son deberes de la persona respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, entre otros. En este Estado se adopta como un postulado fundante el que se debe aplicar un derecho penal de acto, y así se desarrolla en el Código Penal y en el procedimiento penal, por contraposición con el derecho penal de autor.<sup>96</sup>

Sin embargo, el derecho penal de autor no es necesariamente representativo de un Estado totalitario. Por ejemplo, Holanda, Reino de los Países Bajos, es hoy un Estado democrático, monárquico constitucional, reconocido como especialmente libertario y tolerante. Sin embargo su teoría penal es expresamente de derecho penal de autor.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup>Constitución Política de Colombia. Artículo 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

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

<sup>97</sup> En la publicación oficial “Nederlandse Strafvordering”, página 32, se lee: “... Daderstrafrecht. De Rechter stelt deze vragen, omdat we in Nederland het daderstrafrecht kennen. Dat wil zeggen dat in een strafzaak rekening wordt gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Dat is iets anders dan het daadstrafrecht, waarin idereen die een strafbaar feit heeft gepleegd ook een zelfde straf krijgt.” Esto es: “Sistema Penal de los Países Bajos. “... Derecho penal de autor. El Juez formula estas preguntas porque en Holanda observamos el derecho penal de autor. Esto quiere decir que en un asunto penal se tienen en cuenta las circunstancias personales del acusado. Esto es diferente al derecho penal de acto, en el que todo el que ha cometido un hecho punible recibe la misma pena”.

Por ello creemos que se deben superar con madurez los etiquetamientos o estigmatizaciones políticas o emocionales, y valorar en su objetiva dimensión los planteamientos de toda línea de pensamiento, para aceptar o rechazar con argumentos racionales sus propuestas. Así, la idea general de delito como lesión de un deber (de mandato o de prohibición, positivo o negativo)<sup>98</sup> no tiene que estar necesariamente vinculada con la ideología política que regía cuando fue originalmente formulada. Sus vicios posteriores en la argumentación son los que deben ser establecidos con claridad y rechazados política y jurídicamente.

En ese sentido, observamos en el funcionalismo radical, en general, un sobredimensionado culto a lo abstracto e impersonal, contra lo concreto y vivencial, muy en la línea filosófica de Hegel, Kelsen y Hart, en cuanto pone por encima de los bienes jurídicos concretos tutelados por el legislador el bien jurídico abstracto de *la vigencia de la norma*. Por ello se la llama también *normativista* a esta tendencia. Ello no nos parece por sí mismo bueno o malo, acertado o desacertado. Es simplemente la ubicación en un grado diferente, superior, de abstracción dentro del discurso. Los interlocutores simplemente deben tener claro en cual nivel se sitúan para sostener el debate, sin ligarlo malévolamente o sesgadamente con una ideología política. Así, tengamos en cuenta:

---

<sup>98</sup> SILVA, J M. (2006) 196.

- Encontramos acertado afirmar que el mundo social no está regulado de manera ontológica sino normativa, aunque toda conducta tenga un sustrato ontológico, lo cual por lo demás confirma la visión kantiana: hay un mundo del ser que se rige por la ley de *causalidad*, y un mundo del deber ser en el que rige la *imputación*. En el mundo del deber ser, si a una situación se le aplica un estímulo el resultado será el que la sociedad le impute en ese momento y lugar por medio del órgano que tenga el poder de hacer la imputación, y si el procedimiento se repite en otro tiempo o en otro lugar el resultado imputado podrá ser diferente.
- Ciertamente los aspectos del mundo social no se rigen por la causalidad natural y no pueden ser estudiados por una ciencia natural. Mientras el objeto de estudio *sociedad* puede ser estudiado por una ciencia social, la sociología, que tiene establecidas unas leyes científicas probadas y probables, lo jurídico no es objeto que responda a esas leyes, sino que responde a la política como ejercicio de la dirección de la sociedad.

El mundo de lo jurídico se rige por la imputación, es decir, por la atribución convencional de resultados a hechos o situaciones. El delito no existe ontológicamente, es sólo atribución contingente de un resultado a un supuesto de hecho social, según la voluntad política prevaleciente en una sociedad y época determinadas. Ejemplos de regulaciones legales diferentes para los mismos hechos son incontables en el derecho comparado o en la historia de cada orden jurídico. Por eso creemos que los cultores del derecho penal del positivismo causalista individual erraron cuando se encaminaron a

estudiarlo bajo el prisma de las leyes naturales como si se tratara de objetos del mundo del ser, y por ello no desarrollaron unas líneas de pensamiento propias del mundo del deber ser. El funcionalismo, por enfocarse en el sistema total como organización convencional de los seres humanos, clarifica que a determinadas conductas la sociedad –el legislador- les imputa determinados resultados, independientemente de la forma de relación o del nexo de causalidad que en el mundo natural se pueda identificar.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la omisión, como conducta humana de no hacer lo que impone un deber jurídico, en determinados casos se somete a pena, por imputación del legislador. No necesita un nexo de causalidad natural, sino que responde a una relación jurídica, convencional, atribuida, imputada de manera general y previa por quien tiene el poder en esa sociedad de imputarla. La nada no causa nada, dentro del mundo natural. La nada, la omisión, en el mundo del deber ser sí puede causar un resultado de pena, el que le impute quien tiene el poder delegado de imputarlo. Si se quiere, hay una causalidad jurídica que es diferente a la causalidad natural, y es la que permite afirmar que aún sin un movimiento corporal la conducta humana puede generar un resultado lesivo a un bien jurídico que el legislador ha protegido.

Decíamos que el surgimiento del positivismo causalista equivocó el camino al pretender que el objeto de conocimiento, la ley positiva, pudiera tener las características de un objeto de conocimiento de las ciencias naturales. No las tiene, porque el delito no existe ontológicamente, sino políticamente, como medio de organizar y controlar la sociedad. Por ello hemos afirmado desde un comienzo cual es el orden de los niveles de

conocimiento que asumimos en nuestro trabajo, de mayor a menor en grado de abstracción: sociología, política, criminología, política criminal, Derecho, Derecho penal.<sup>99</sup>

También es cierto que el positivismo no fue ajeno a los intereses funcionales de la sociedad, como lo deja saber su directriz de la defensa social como fin del derecho penal, la función de las penas como rehabilitación social del delincuente y las medidas de seguridad como garantía para el autor y para la sociedad, entre otros conceptos. Pero dentro del positivismo prevaleció como aporte conocido y aplicado el estudio estructuralista del sujeto *Delincuente* que expresaba el fenómeno social u objeto *delito*. Del delincuente, primero mediante la búsqueda del origen del delito en las fosas del cráneo y las circunvoluciones del cerebro del individuo, después en los niveles de las enzimas y catalizadores de reacciones químicas de los fluidos corporales. Del delito, en la diferenciación microscópica y taxonómica de los elementos de la conducta delictual que llevó del tipo objetivo al injusto culpable siempre referido al ser humano individual en su comportamiento externo y sus facultades mentales, intelectuales y psicológicas.

En esa línea, WELZEL representa una propuesta de salida del causalismo hacia el funcionalismo, aunque se quedó en el primero o no alcanzó a desarrollar sus tesis sobre el segundo. En efecto, la intencionalidad o finalidad de la acción del individuo delincuente que obliga a reconsiderar la culpabilidad como aspecto psicológico para

---

<sup>99</sup> Supra, Pág. 9

llevar el dolo (y la imprudencia) al injusto, sigue siendo un esfuerzo de definición de la estructura de los elementos componentes de la conducta delictual. Había propuesto WELZEL la consideración de la acción en su contexto e implicaciones sociales, por ejemplo en aquella advertencia de que los tipos no fueran considerados como objetos de museo, estáticos, sino cambiantes dentro del continuo cambio social. También hacía hincapié en la necesidad de que el jurista fuera conocedor de otros campos del saber para que la teoría jurídica estuviera acompañada a los desarrollos sociales y científicos,<sup>100</sup> esfuerzo que aún se echa de menos en lo jurídico-penal.

Precisamente es la consideración del desarrollo de las ciencias sociales, y el profundo debate entre estructuralismo y funcionalismo, el que finalmente se proyecta en la teoría del delito con los trabajos representados por ROXIN y JAKOBS que hemos considerado. Dejamos dicho que una ciencia necesita el estudio estructural de sus elementos para proceder a hacer el estudio funcional de sus categorías, de modo que los esfuerzos causalistas son un importante aporte para la continuidad teórica. Pero es ahistórico que la academia o la administración de justicia penal se estanquen y no asuman el todo social como supremo guía del esfuerzo intelectual y operativo para el avance del crucial mecanismo de dirección de la sociedad que es el Derecho penal.

Por eso, como decíamos frente al funcionalismo moderado, en nuestro concepto es acertado afirmar que toda conducta típica es infracción a un deber (esto es, un deber

---

<sup>100</sup> WELZEL, H. (2003) 47, 147.

social, un comportamiento legítimamente esperado, una expectativa social). Aunque normalmente la forma de expresión en la ley penal no lo pone de presente en cada tipo, lo lleva implícito: el homicidio como descripción activa “el que mate a otro” lleva implícito el deber de respetar la vida, enunciado en la Constitución Política. No puede existir un tipo penal que no sea protección de un bien jurídico cuyo deber general de respeto está amparado en la Constitución.

Ahora bien, cuando el deber jurídico de impedir un determinado resultado es incumplido por el obligado y su resultado configura un tipo penal, la omisión de cumplimiento es la base legal de la imputación del tipo, de modo que todos los delitos implican una omisión. Para esto debemos subir un grado de abstracción desde la ley y tener presentes los útiles conceptos de *norma de determinación* como aquella en la que se basa el injusto como imperativo, y la *norma de valoración*, la que nos impone que la realización antijurídica del tipo se desaprobe por el Derecho como algo que *no debe ser*.<sup>101</sup> Así ingresa el concepto del deber de garantía y la regulación legal sobre en cuáles casos la omisión del deber de garantía configura el delito por omisión.

Es interesante que esas normas de determinación y valoración no sean predicables – o aún no hayan sido predicadas- de todas las omisiones de deberes del individuo frente a la sociedad. Siempre se había echado de menos una clasificación de los delitos por la gravedad del atentado según el bien jurídico del que se tratara, pues no puede ser lo

---

<sup>101</sup> Ibidem, 322

mismo irrespetar la vida en un homicidio que irrespetar los derechos de aduana, por ejemplo. La clasificación sí la había hecho el legislador de manera innominada en cuanto las penas asignadas tratan de corresponderse con esa gravedad del atentado, pero esa punición resulta muchas veces incoherente. Ahora, en el caso colombiano, según el artículo 25 CP, como veremos adelante, cuando la omisión impropia produce un resultado lesivo que vulnera los bienes jurídicos de la Vida e integridad personal, la Libertad individual, o la Libertad, integridad y formación sexuales, se le asigna una pena. Cuando la omisión impropia causa lesión a otro bien jurídico, es impune, en principio, si el autor no tiene un deber general de garantía sobre el bien jurídico en cuestión. Esto nos informa que el legislador ha concluido que aquellos bienes jurídicos son superiores, anteriores a cualquiera otra tutela y merecedores de una presunción de conocimiento y aceptación por todas las personas, pues a nadie se le permitiría excusarse por error de tipo ni de prohibición sobre las formas básicas de estos delitos: matar, secuestrar o violar a otro vulnera lo más básico de la dignidad humana y por ello la sola omisión impropia de quien ha asumido una posición de garante es bastante para imputar el resultado.

En resumen, podemos compartir que “... en los delitos de omisión se responde porque se defraudó también una expectativa de omisión y esta defraudación se produjo a su vez por omisión; en los comisivos, se defraudó también una expectativa de omisión, pero la defraudación se produjo por acción. Precisamente porque hemos definido el Derecho con base en las expectativas, podemos decir que la forma en que

una expectativa sea defraudada (por acción o por omisión) es totalmente irrelevante. Lo que cambia es la forma de la defraudación –activa u omisiva- pero no la defraudación misma ni la expectativa. Existe esa libertad de organización de la que hablamos, pero como expectativa, y no acciones u omisiones. ... con base en lo anteriormente expuesto, afirmamos pues que una diferenciación entre acción y omisión carece de relevancia; lo relevante será si se defraudaron las expectativas y no cómo éstas fueron defraudadas.”<sup>102</sup> “... Por último, una discusión sobre la posibilidad de establecer una diferencia entre la comisión y la omisión, argumentando que son conceptos pertenecientes a planos distintos, esto es, que la acción pertenecería al plano ontológico y la omisión al normativo, resulta estéril: en cualquier caso la acción jurídico-penalmente relevante no es la de la esfera ontológica, sino... la acción en sentido normativista.”<sup>103</sup>

## ***1.5 LA OMISIÓN EN COLOMBIA***

En este capítulo haremos una corta referencia a la evolución histórica del Derecho penal colombiano en general y a los principios de regulación de la omisión propia e impropia en el derecho colombiano. La propia, por el interés que posteriormente nos pueda ofrecer para un examen de tipos específicos; la impropia, porque es el núcleo de interés de éste trabajo. En ésta haremos especial énfasis sobre la regulación actualmente

---

<sup>102</sup> Javier Sánchez-Vera (1997) 45.

<sup>103</sup> Ib, 52.

vigente por su enorme importancia práctica, con selección de jurisprudencia y algunos casos de ejemplo para discusión.

### ***1.5.1 Primeros Códigos de la República***

La normatividad adoptada por la metrópoli española era de aplicación generalizada en sus territorios coloniales, entre ellos el virreinato de la Nueva Granada que vino a ser República de Colombia. Continuó en vigencia después de la independencia declarada en 1810 y consagrada en 1819, hasta 1837 cuando se expidió el primer Código Penal de la República, basado en el liberalismo francés y europeo de la época, pero todavía bastante signado por la ideología católica de una iglesia ampliamente dominante sobre el poder político. La moral establecida y las costumbres a ella ligadas no dejaban de hacerse presentes en la confusión entre lo pecaminoso y lo delictivo, las formas de aplicar las penas como la de muerte con una parafernalia de expiación, etc.<sup>104</sup>

Con los avatares de la inestabilidad ideológica y política fueron expedidos varios códigos por los Estados, como el Cundinamarca de 1858, que después se adoptó para la República de 1886, con incorporación de algunos limitados avances de los conocimientos y tendencias penales de la época<sup>105</sup>.

Se identificaban como delitos algunas omisiones (propias):

---

<sup>104</sup> Cfr. CORDOVEZ MOURE J.M. (1962) 932, Reminiscencias de Santa Fe de Bogotá. Todavía en 1870 se aplicaba la pena de muerte con un rito cargado de simbolismos entre religioso y civil.

<sup>105</sup> Texto disponible en la Sección de Libros Raros y Manuscritos de la Biblioteca Luis Angel Arango, Banco de la República, Bogotá.

*Art. 168, omisión de formalidades o diligencias para las elecciones,*

*Art. 393, omisión maliciosa de partidas en libros de actas, protocolos o registros de escribano, notario, juez o funcionario,*

*Art. 394, omisión de asiento de partidas (contables),*

*Art. 487, omisión de cargo legítimo en examen o fenecimiento de cuentas,*

*Art. 489, omisión de formalidades sustanciales en los procesos tal que los anule,*

*Título XI, Delitos y culpas de los funcionarios y empleados públicos en ejercicio de sus funciones. Capítulo VII, De la omisión, demora y otras faltas en la persecución de los delincuentes, administración de justicia, prestación de protección y servicio público. Arts. 555 a 560.*

### **1.5.2 Código Penal de 1890**

Para actualizar las características de la escuela clásica (delito como infracción de la norma legal y responsabilidad basada en el libre albedrío), se propuso hacia 1890 un nuevo código; finalmente no fue adoptado como cuerpo completo que replanteara los principios y métodos establecidos, sino que introdujo cambios limitados, pero importantes, dentro del estatuto vigente. Al nuevo se lo criticó de ser una recopilación

legislativa sin estructura conceptual, pero con todo no dejó de significar algún avance de actualización con las corrientes entonces predominantes en Europa.<sup>106</sup>

En este Código de 1890 se previó que el delito podía ser activo u omisivo, sin mayor desarrollo en cuanto a la omisión impropia que hoy conocemos. Se tipificó la omisión propia en el artículo 740, omisión de socorro y omisión de aviso a la autoridad u otra persona de la necesidad de socorro, y en el artículo 741 la omisión de información a persona extraviada sobre el camino a seguir.

Este Código responde a la corriente filosófica conocida como *la propuesta ilustrada del derecho penal*, que representa un cambio de paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, su antecesor. El punto de partida lo representa un nuevo entendimiento del Estado, que pierde el carácter metafísico que lo acompañó en las épocas anteriores y pasa a ser concebido como un ente abstracto resultante de la suma de las voluntades de los individuos –centro de esta nueva ideología–, personas que ceden en su favor una porción de sus derechos a cambio de la protección que este ente abstracto les proporciona.

A este nuevo entendimiento del Estado debe adicionarse la recepción de la filosofía racionalista propia de la Ilustración, caracterizada por la noción del individuo como ser racional, capaz de acceder al conocimiento gracias al empleo de la razón, y el

---

<sup>106</sup> BERNATE OCHOA, FRANCISCO. En Revista Estudios Sociojurídicos, Bogotá, Julio 2004. Págs. 533 y ss.

consecuente replanteamiento de todas las instituciones de la vida social, las que serán explicadas en términos racionales, ya no religiosos.

Dentro de este marco conceptual, se propone la secularización del poder punitivo en contra del carácter religioso y autoritario que venía ostentando, con las siguientes consecuencias para el sistema criminal:

a. Al producirse una separación entre delito y moral se modifica el fundamento de la sanción criminal. El delito no será entendido en adelante como un acto pecaminoso, sino que se parte del concepto de nocividad del comportamiento. Así, delito será aquella conducta que interfiera en la órbita de acción de otro ciudadano, y no simplemente un acto contrario a la moral establecida. De allí que en el marco del Estado liberal no encuentren explicación los delitos de omisión en los que claramente no hay una conducta de interferencia con derechos reconocidos a otros, sino por el contrario, una abstención relacionada con una actuación que se debió ejecutar teniendo en cuenta la situación de la persona frente al bien jurídico tutelado.

b. La función de la pena deja de ser la expiación del delincuente, y encontrará su finalidad en la necesidad de prevenir nuevos delitos. Se hace presente el denominado principio de proporcionalidad de las sanciones, en tanto que si lo que se busca es prevenir el delito, la pena debe ser ajustada a la conducta que se endilga al procesado. Por el contrario, si las penas son excesivamente altas, ello podrá incentivar la comisión de delitos más graves, pues si el delincuente recibe la misma sanción cuando comete

uno de tales reatos, que uno menos grave, no habrá suficiente motivación para que se abstenga de cometer el más grave.

c. Reconocimiento del principio de legalidad que representó un punto de inflexión y avance para el derecho penal, e igualmente es fruto del pensamiento liberal de la ilustración. Así, si el legislador es el legítimo representante de los intereses de los ciudadanos; solamente él, en su carácter de tal, es quien puede determinar, con claridad y precisión, las conductas que se considerarán nocivas, y señalar la respectiva sanción para los mismos; ésta debe ser aplicada por el juez, quien al no ostentar la representación del pueblo, se debe limitar a aplicar la ley sin poder para interpretarla. Es evidente la introducción –tardía- del concepto de Beccaria de que la función jurisdiccional debe limitarse a ser la boca de la ley, lo que en su momento era un avance porque significaba el sometimiento de la arbitrariedad o discrecionalidad del ejercicio de poder político por los jueces, aunque después nos veremos en la necesidad de reconocer la necesidad de la interpretación judicial.

### ***1.5.2.1 Influencia de la Escuela Clásica Italiana***

Bajo Escuela Clásica italiana se entienden agrupados los principales pensadores que alrededor de la segunda mitad de los años 1800 abogaron por un nuevo derecho penal, replanteando las relaciones entre éste y el modelo de Estado, y cuestionando tanto su legitimidad como su función dentro de la sociedad. Heredera de la obra de Beccaria,

esta nueva escuela parte igualmente de un fin: los intentos por limitar la –hasta entonces– omnipotente potestad estatal que crea un consecuente esquema de delito.

Así, aplicando el método deductivo, se parte de que el delito es un ente jurídico, en tanto que su esencia radica en la violación de un derecho. Se afirma igualmente por los cultores de esta escuela la necesidad de nocividad de la conducta, siendo el daño un elemento necesario pero no suficiente para que podamos hablar de la presencia de un reato, y aparece la necesidad de la concurrencia de un acto externo, con lo cual hace aparición el principio del acto, también necesario pero no suficiente, en tanto que se requiere igualmente del elemento moral.

Se parte de la base de que el hombre es libre –lo cual es igualmente fruto de la ideología de la Ilustración– y por ende, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el *libre albedrío*, es decir, en la posibilidad que tiene el hombre, en cuanto ser racional, de optar por el bien o por el mal. La pena cumplirá la función de restablecer el orden que ha sido quebrantado con la conducta criminal, concepto muy hegeliano de negación de la negación del quebrantamiento de la norma.

Como consecuencias de los anteriores postulados tenemos las siguientes:

a. Se reitera la necesidad del carácter lesivo de la conducta, elemento que si bien será necesario, no será suficiente.

b. El delito es la resultante de fuerzas morales y fuerzas psíquicas, que deben ser consideradas en su causa y en su efecto:

- Fuerzas morales en su causa. Se refiere al libre albedrío, es decir, el delito debe provenir de una voluntad libre, inteligente y sana.

- Fuerzas morales en su efecto. Se refiere al temor que se genera para los buenos y el mal ejemplo para los malvados.

- Fuerza física en su causa. Es el comportamiento físico del hombre individual actor que se declara autor de la conducta.

- Fuerza física en su efecto. Es el mal o perjuicio que ocasiona ese autor con el delito.

### ***1.5.2.2 Principios Normativos en el Código de 1890***

Tanto el Código Penal de 1837, como el de Cundinamarca y el de los Estados Unidos de Colombia de 1873 que tuvieron vigencia limitada, definen el delito como *la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena.*

En esa línea, el Código de 1890 definía el delito de la siguiente manera más comprensiva:

*Art. 1º. El delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena. En sentido más lato, la palabra delito se extiende a todo acto u omisión que apareje pena al responsable, y entonces comprende las culpas, las tentativas, las conjuraciones y las propuestas para delinquir. El*

*contexto de cada disposición sirve para indicar el sentido en que debe tomarse dicha palabra.*

La doctrina refiere como un hito de la ideología de esta época la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 20 de octubre de 1898, referida al elemento carrariano de ser el acto moralmente imputable, en la que afirmó:

*“Uno de los elementos esenciales para que un hecho criminoso ejecutado por una persona sea imputable a ésta como delito, consiste en que ese hecho haya sido ejecutado con libertad y voluntad por parte del agente que lo ejecuta; luego si obró sobre el agente una violencia física o moral que lo privó de la libertad, entonces el hecho no es moralmente imputable al agente, no hay hecho criminoso y no puede castigársele. ...”*

Se mantuvieron en este ordenamiento, con pocas variantes de redacción, los tipos omisivos del Código anterior, en los artículos 363, 469, 471, 538, 657, 755-4, 863.

### ***1.5.3 Código Penal de 1936***

Sin que hubiera pausa en la inquietud académica, finalmente se adoptó el Código Penal de 1936, el que cuenta con una notoria presencia del positivismo jurídico-penal. Tuvo una fuerte influencia del proyecto Ferri, obra del principal exponente de la Escuela Positivista que data de 1921.

Este código continuó con la virtud de tener expresamente prevista la omisión como forma de cometer el delito, lo cual habría de facilitar la interpretación y aplicación de la ley, en comparación con el silencio del SGTB que ha generado tanta disquisición, aunque productiva desde el punto de vista filosófico:

*Artículo 11. Todo el que incurra en una infracción prevista por la ley penal es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.*

*Se infringe la ley penal por acción u omisión.*

Se ha puesto de presente que si bien en este Código la influencia del positivismo era notoria, no era total, pues por ejemplo, limitaba las penas, lo cual era extraño a la teoría positivista donde la duración de la sanción dependía de la duración de la situación de peligrosidad del sujeto, sin que fuera posible hablar de límites mínimos o máximos al respecto.<sup>107</sup> La defensa social era el fundamento de la sanción, tomaba la peligrosidad como parámetro para establecer el *quantum* de la pena (artículos 37 y 38), sancionaba la tentativa no idónea y el delito imposible (artículo 18) y establecía las instituciones de la condena y libertad condicionales, así como el perdón judicial (artículos 80 y ss.).

El Código además de prever que se infringía la ley penal por acción o por omisión, estableció varias conductas omisivas (propias): El prevaricato por omisión, artículo 168: “*El funcionario público que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado...*”; los abusos de

---

<sup>107</sup> Agudelo, N. (1996) 48.

autoridad de los artículos 162: *“El funcionario que omita, rehúse o retarde la ejecución de un acto al que legalmente esté obligado,...”*, 174: *“El funcionario... que teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad,...”*, 175: *“El funcionario... que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya investigación le corresponda de oficio,...”*, 177: *“El militar o agente de la fuerza pública que rehúse o retarde indebidamente apoyo pedido por autoridad competente...”*; el encubrimiento del artículo 201: *“El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad,...”*, la fuga de presos del inciso 2 del artículo 205: *“Si la fuga se verificare por acto u omisión culposos del funcionario...”*, el delito de peligro común del artículo 263 (derogado en 1970), *“Al que omita colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación,...”*, la detención arbitraria del artículo 297: *“Al encargado de la dirección de una penitenciaría,... que no cumpla o retarde la orden de liberación,...”*, la inasistencia alimentaria, introducida por la Ley 75 de 1968: *“Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas... Hay falta de asistencia moral cuando se incumplan voluntariamente las obligaciones... si el estado de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada”*.

Tal vez la primera más precisa consideración doctrinal del delito de omisión en el derecho colombiano se encuentra en CARLOS LOZANO Y LOZANO, ya bajo el

Código de 1936, para quien se asemejaba al delito ordinario en el que se produce un resultado mediante una acción. La comisión por acción o por omisión es solo un modo de ejecución material del delito. Si bien la infracción consiste casi siempre en una acción, "... en algunas hipótesis la ley, por razones de orden público, impone a ciertas personas la obligación de obrar; en tal caso la infracción consiste en una abstención, en una omisión. Esta obligación de obrar pesa generalmente sobre personas investidas de un carácter público, sobre los funcionarios." "...se pregunta si en ciertos casos una omisión considerada como contraria al interés general basa para constituir un delito y a determinar la aplicación de una pena, bien que no consista en la violación de una orden positiva dada por la ley. Se ha discutido si la omisión es o no una forma de actividad. Para resolver el punto es preciso distinguir: cuando se trata de delitos intencionales es evidente que la omisión puede ser una forma de acción, pues proviene de un propósito positivo. ..." el delito de comisión por omisión se asemeja al delito ordinario, en que produce un resultado nocivo que suele obtenerse mediante una acción. En la omisión consciente encuentra aplicable la solución severa del derecho antiguo que se basaba en precedentes del derecho romano y canónico, "quien puede y no impide, realiza" (*qui peut et n'empêche, péche*). Registra que como las legislaciones modernas no ofrecen la manera de resolver estos casos, los tribunales consideran que no es posible considerar una abstención como causa, por ejemplo, de la muerte de una persona, pero no lo comparte; considera evidente que si se desatiende el rigor literal de la ley para obedecer su contenido ideológico debe aplicarse la pena del homicidio a quienes obtienen directa o indirectamente esa muerte. En su concepto es necesario declarar responsabilidad penal

en estos casos pues de lo contrario se sacrifica el interés social y se autorizan los más inicuos atentados so pretexto de rendir homenaje al principio *nullum crime sine lege*. Para él es claro que el avance de la humanidad trae una depuración de la moralidad que incluye el aumento de la imposición por ley de actos positivos a los individuos, para beneficio social.<sup>108</sup> Defiende el criterio de tener en cuenta no tanto las características materiales del hecho sino la personalidad del autor y los motivos por los que ha obrado, de modo que poco interesa la manera como ha consumado el delito.

El concepto de peligrosidad queda muy claro en este coautor del Código de 1936, quien no en vano se reconocía seguidor de Ferri y del positivismo. Pero a las mismas conclusiones se puede llegar –llegará este trabajo- por medio de otras consideraciones, que pretendemos propias del análisis integral. Es decir, no creemos necesario renunciar al *nullum crimen* para justificar la punición del delito por omisión.

LUIS CARLOS PÉREZ, el más destacado teórico penal colombiano, diferenciaba la conducta que positivamente atropellaba la obligación de no hacer (no hurtar) como delito por acción, y la conducta negativa que vulnerara un precepto que obliga a hacer, como omisión simple o pura. Ésta no consiste en quedarse inactivo, como el que no se arroja a un río para salvar a otro, sino en violar un deber, como cuando un funcionario no cumple un acto obligatorio, como el de no libertar a un detenido. Traía ya también la diferencia entre los “*auténticamente omisivos*” con los llamados de comisión por

---

<sup>108</sup> LOZANO Y LOZANO, C. (1950) 150-152.

omisión, “cuya esencia es una inactividad física con resultados iguales a los de la verdadera acción: la madre que se abstiene de alimentar a su hijo, provocándole la muerte. Estas infracciones no son omisivas en el preciso significado de la expresión, sino activas, y no requieren, como las omisivas puras, una obligación preceptuada por la ley o reglamento”.<sup>109</sup>

Regía entonces la teoría carrariana, desde el siglo 19, y en las categorías de dolo y culpa pervivió largamente aún bajo la vigencia del Código Penal de 1936 que introdujo aspectos del positivismo. Se entendía el dolo como “*la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley*” (Carrara)<sup>110</sup> aunque el Código no lo definiera. La culpa sí estaba definida por la ley. LUIS CARLOS PÉREZ la explicaba como *la otra* forma de actividad síquica, en la que el agente ocasiona un resultado de daño “o de peligro” no querido, el que es efecto únicamente de su “imprevisión, negligencia, imprudencia,” y con bastante objetivismo, “o de una simple violación de reglamentos”.

El artículo 12 rezaba:

*Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29 [inimputables], son intencionales o culposas.*

---

<sup>109</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS (1976) 80.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, 84.

*Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente en evitarlos.*

Es claro que esta era una formulación clásica individualista y de carácter subjetivo ya que consideraba el hecho culposo como un defecto de la atención o un vicio de la inteligencia, cualidades o facultades necesarias para prever los resultados de la conducta. Partía de la previsibilidad como base ineludible, lo que diferencia el resultado de lo fortuito.

En la misma fórmula podía entenderse también presente la teoría neokantiana, la que introdujo la consideración de la llamada *representación* (Liszt, Frank). LUIS CARLOS PÉREZ encontraba que escasamente se diferenciaban por los vocablos utilizados,<sup>111</sup> pero en realidad esa representación involucra un proceso mental o intelectual más objetivo que la sola escogencia o decisión voluntaria, pues ella sucede ya sea de manera intuitiva o de manera estructurada según las experiencias y conocimientos previos del sujeto. Se previeron dos formas:

- La culpa o imprudencia *inconsciente, sin previsión, o sin representación*, imputable cuando el agente no prevé los alcances de su acto “habiendo *podido* preverlos”. En esa forma original introducía la dificultad de si se sancionaba la simple imprevisión o debía sancionarse una violación de un deber de previsión como cuando (hoy) la

---

<sup>111</sup> Ibidem, 92.

ley enuncia “*debió haberlo previsto*”. Pero se destaca que la norma parte de la base de la previsibilidad del resultado.

- Culpa o imprudencia *consciente, con previsión, o con representación*, imputable cuando el agente prevé las consecuencias de su acto pero las desatiende, confía en que no se van a presentar, es decir, ejerce una confianza imprudente.

#### **1.5.4 Código Penal de 1980**

Bajo la influencia de los avances de la dogmática principalmente alemana y española, con elementos de neokantismo y finalismo, se adoptó el Código Penal de 1980. En el artículo 19 enuncia que el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Es importante observar el artículo 21:

*Causalidad: “Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.*

*Quando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”.* (Se resalta)

En su texto original o bajo su vigencia se tipificaron las siguientes conductas omisivas propias: Prevaricato por omisión, art. 150: “*el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones,...*”. Abuso de autoridad por omisión de denuncia, art. 153: “*El servidor público que teniendo conocimiento de la*

*comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad,...*”. Fraude a resolución judicial, art 184: *“El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial,...”*. Omisión de control, en lavado de activos, art. 247B: *“El empleado o directivo de una institución financiera o de una cooperativa de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por los artículos...”*. Omisión de información, en los delitos contra los recursos naturales, art. 245 Bis: *“El administrador o representante legal, el responsable directo, el presidente y/o el director que teniendo conocimiento de la presencia de plagas o enfermedades infectocontagiosas en animales o recursos forestales o florísticos que puedan generar una epidemia y no dé aviso inmediato a las autoridades competentes... ”*. Mora en entrega de documentos relacionados con una votación, art. 255: *“El empleado oficial que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de los documentos...”*. Denegación de inscripción, art. 259: *“El empleado oficial a quien legalmente corresponda la inscripción de candidato o lista de candidatos para elecciones populares que no cumpla con esta función o la dilate o entorpezca...”*. Inasistencia alimentaria, art. 263: *“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos... ”*. Omisión de informes, en el secuestro, art 9 de la Ley 40/93: *“El que conociendo los planes o actividades encaminadas a la ejecución de un delito de secuestro no diere aviso oportuno a las autoridades, o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento,... ”*. Omisión de aviso, ibidem, art 10: *“El que no diere aviso a las*

*autoridades de un secuestro o desaparición de cuya ocurrencia tenga conocimiento directo,...”*. Omisión de acto propio de sus funciones, Ibidem, art 33: *“El empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones en relación con la prevención, investigación o juzgamiento de una extorsión o un secuestro,... ”*. Desconocimiento de habeas corpus, art. 275: *“El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus... ” ...*

Es notorio el aumento de tipos omisivos propios. En la parte general, es destacable que se comenzó a dar cabida expresa a varias formas de interpretación del delito por omisión (impropia) con los artículos 19 y 20 citados. Claramente se establece que el resultado puede ser consecuencia de la omisión punible, a pesar de que la tradición causalista entonces reinante la considerara una contradicción insoluble. No evitar un resultado, pudiendo evitarlo, es un “hecho” punible si se tiene el deber jurídico de evitarlo. De modo que ingresó a la legislación, aunque sin mayor desarrollo inmediato, el concepto del deber jurídico de garantía, o de evitación de un resultado lesivo.

ALFONSO REYES ECHANDÍA (1985) destacaba la necesidad de distinguir la omisión propia de la impropia, siendo ésta la simple inactividad como medio para lograr un resultado susceptible de obtenerse ordinariamente mediante conducta positiva, “como cuando la madre decide ocasionar la muerte de su hijo recién nacido,

absteniéndose de alimentarlo. Se dice en estos casos que el autor incurre en delito de comisión por omisión”.<sup>112</sup> Más específicamente enseñaba:<sup>113</sup>

“*Conducta típica omisiva*. La conducta típica puede consistir también en una *omisión*, vale decir, en un no hacer cuando se estaba jurídicamente obligado a hacer. Como en la modalidad del comportamiento positivo, en este también es necesario hacer referencia a su contenido psicológico y material. Es claro que estas dos expresiones deben entenderse en sentido relativo, ya que la omisión es básicamente una actitud negativa de nuestra volición.

“El nuevo C.P. se refiere específicamente a este fenómeno al señalar que ‘cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo’.

“Sobre este particular señala SCHONE siguiendo a KAUFMANN: Antes de ser ejecutada la acción del hombre tiene que representarse el objetivo de la acción y desde allí hacia atrás en el pensamiento, seleccionar los medios de consecución del fin. Por consiguiente, es un presupuesto para que se llegue a una acción, una representación de un objetivo, desde el cual pueda partir el proceso de planeamiento, la posibilidad de reconocer los medios de la acción y la posibilidad de realización física de lo planeado. Con otras palabras: lo que

---

<sup>112</sup>REYES ECHANDÍA, A. (1990) 145.

<sup>113</sup>REYES ECHANDÍA, A. (1998) 375.

convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida a la acción ausente, con los componentes físicos y síquicos nombrados. O formulado todavía de otra manera: a la omisión pertenece la finalidad potencial”<sup>41</sup>

41 WOLFGANG SCHÖNE, “Acción, omisión y conducta”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. I, núm. 2, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1978, pág. 11.

Subrayamos ese aparte para que posteriormente se pueda comparar y encontrar cómo es cercano con las posiciones de la doctrina más aceptada actualmente.

La confusión entre delito culposo y por omisión ha estado presente en la doctrina colombiana, como en ANTONIO VICENTE ARENAS, para quien la mayor parte de los delitos culposos se cometen por omisión (negligencia), pero también los hay que provienen de omisiones dolosas del agente, como el prevaricato por omisión donde el funcionario público se niega a ejecutar un hecho al que está legalmente obligado.<sup>114</sup>

La equivalencia estructural entre acción y omisión fue abordada de maneras diferentes; mientras desde los más tradicionales como LUIS CARLOS PÉREZ hasta contemporáneos como GÓMEZ PAVAJEAU y FERNANDO VELÁSQUEZ entienden que el artículo 21 del Código Penal de 1980, inciso 2, (*Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo*) se refería a las omisiones impropias, GÓMEZ MÉNDEZ considera que ese artículo era sólo el

---

<sup>114</sup> FORERO, J.C., (2002) 82.

fundamento de la omisión propia, pues en ellos el juicio de reproche tiene como fundamento el no evitar el evento cuya producción se tenía el deber jurídico de impedir.

### **1.5.5 El Código Penal actual, Ley 599 de 2000**

El Código Penal del 2000 avanzó de manera importante en el tratamiento de la omisión y de la comisión de los delitos por omisión en Colombia. Veamos las normas generales que enmarcan el tema:

*Art. 9. **Conducta Punible.** Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. ...*

*Art. 10. **Tipicidad.** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

*En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.*

*Art. 25. **Acción y omisión.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*

*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del*

*bien jurídico protegido, o que se le haya encargado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley.*

*Son constitutivas de posiciones de garante las siguientes situaciones:*

*1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*

*2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*

*3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

*4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

*PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.*

Una manera de cometer por omisión una conducta punible queda entonces mejor enmarcada dentro de la normatividad hoy vigente en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición de garante de manera general prevista en los incisos 1 y 2 del art. 25, o por la que se adquiriera por la configuración específica de alguna de las situaciones fácticas contenida en esos numerales. La regulación en general implica:

- 1) Tener a su cargo la protección concreta del bien jurídico, o que se le haya encargado de protegerlo

- 2) Tener el deber jurídico de evitar un resultado típico
- 3) Tener la posibilidad de evitar ese resultado
- 4) No evitarlo

La previsión del párrafo permite precisar que hay una generalidad abstracta en la que puede ser configurada la comisión por omisión, aplicable por tanto a cualquier clase de delitos, mientras que hay unas especificidades –las de los numerales del artículo- en las que sólo se puede derivar responsabilidad si los bienes jurídicos afectados son los señalados taxativamente, vida, libertad personal y libertad sexual.<sup>115</sup>

### ***1.5.6 Jurisprudencia actual colombiana: Omisión y Posición de Garante***

La jurisprudencia colombiana se ha ocupado en algunas ocasiones de este concepto, tanto desde el punto de vista abstracto de la constitucionalidad de la figura como para casos concretos de su aplicación. En este trabajo nos ocupamos principalmente de la posición general de garante, que es atribuible a las autoridades del Estado, como el caso

---

<sup>115</sup> Esta previsión es muy interesante porque implica que el legislador ha establecido una diferenciación de categorías de bienes jurídicos, privilegiando a algunos por encima de los demás, diferenciación que puede comenzar a ser utilizada en analogía porque se echa de menos en la regulación de otros efectos procesales de efectos sustanciales.

Así, para la imposición de detención provisional mientras se adelanta un juicio, o para la concesión domiciliaria de esa detención, o para la suspensión de una pena impuesta, una prisión domiciliaria, se podrá tener en cuenta como factor de gravedad del delito el que se encuentre dentro de los bienes jurídicos señalados.

del comandante militar que omite evitar el cumplimiento de órdenes ilícitas de sus subalternos, en el ejemplo propuesto.

La Corte Constitucional en sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001 dijo:

*“La posición de garante. Deberes de seguridad en el tráfico y deberes de salvamento. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. ... Lo mismo acontece cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos... . En la actualidad se afirma que la técnica moderna y el sistema social hacen intercambiables la acción y la omisión. ...*

*Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa –v. gr. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión –v. gr. no colocando el seguro de la entrada principal-.*

*En una grave violación de los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquél que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas. Si la conducta es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. ...”*

En sentencia 25.536 del 27 de julio del 2006 ilustró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

*La posición de garante es la situación en que se halla una persona, por la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.*

*En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado lesivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.*

*En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol*

*que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo importante es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de lo que se espera de ella, porque defrauda las expectativas sociales sobre su comportamiento.*

*La legislación penal colombiana sigue este criterio restringido, con fundamento principal en que los artículos 1° y 95.2 de la Constitución Política, que enuncian el principio de solidaridad, y con base en ellos el artículo 25 del Código Penal dice expresa en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia. ...*

*Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional:*

*“La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones”. ...*

*“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo... Pero el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”....*

*Pero además, nuestra Carta Política es prolífica en la creación de “deberes jurídicos”, de los cuales, sin hesitación alguna, pueden derivarse posiciones de garantía.*

*“Frente a la resignación manifestada por aquellas posturas que consideran imposible una expresión por parte de la ley de las situaciones que originan ese deber de garantía, en virtud de la consideración de que semejante tipificación anquilosaría el desarrollo de nuevas posiciones de garantía engendradas por la movilidad social, debe recordarse que esta manera de pensar favorece el crecimiento desahogado y caótico de este elemento como fruto de una creación judicial incontrolada. ¿Qué es, entonces, preferible: quedarse corto o pasarse, cuando esto último implica, además, utilización de analogía contra reo?” (Susana Huerta Tocildo, “Problemas fundamentales de los delitos de omisión”, Madrid, 1987, pág. 138).*

*Y continúa: “1. mejor una cláusula general sin posiciones de garantía que el silencio legal; y 2. mejor una cláusula general con expresión aunque sea imperfecta o incompleta de las posiciones de garantía, que una que no las exprese” (Ibíd., pág. 160).*

*El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación, empero, quedan totalmente abiertas las posiciones de garantía. Además del peligro señalado por la doctrina, resulta de especial importancia la amplitud inusitada a que quedan sometidos todos los ciudadanos*

*—garantes todos de todos, en materia de vida e integridad personal— por virtud de lo señalado por el numeral 2° del artículo 95 de la Carta Política.*

*En el inciso 2° del artículo 10, que por demás es una norma rectora con las implicaciones señaladas en el artículo 13, lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad en materia de delitos de omisión. Exige, de manera perentoria, que los deberes se encuentren consagrados en la Constitución o en la ley, entendida esta en sentido material; pero además, tal deber debe encontrarse “claramente delimitado”.*

*Por tanto, el artículo 25 busca llevar el principio de legalidad a las posiciones de garantía, delimitando, por virtud de consideraciones de especiales relaciones y situaciones, el ámbito del numeral 2° del artículo 95 de la Constitución Política. Su órbita de acción no se desconoce, sino que, por una evaluación de circunstancias, su desconocimiento puede ser constitutivo de un delito de acción por omisión o de la simple omisión de socorro contemplada en el artículo 131 (hoy contravención) cuando no se esté en posición de garantía.*

...

*El artículo 13 del Código Penal alemán, bastante consultado en Colombia durante los últimos tiempos, dispone:*

*“Comisión por omisión. Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y*

*cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción”.*

*El número 2 del artículo 40 del Código Penal de Italia, país de larga y profunda influencia en el pensamiento penal colombiano, dice:*

*“No impedir un resultado, que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a ocasionarlo”.*

*El artículo 11 del Código Penal de España, país que también ha sido bien recibido por nuestros estudiosos y legisladores del tema penal, expresa:*

*“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

*a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.* ...

...

*La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones —si no en todas— se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.*

*En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombiano y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.*

Pero no es punto fácil determinar si la competencia por organización, el solo hecho de ser parte de la sociedad, impone a todos el deber de garantía frente a los derechos esenciales de toda otra persona. La Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencia 12.742 del 4 de abril del 2003 dijo:

*“Posición de garante y deber de solidaridad. Evidentemente el artículo 95 de la Constitución Nacional -en desarrollo del artículo primero que funda a Colombia en la solidaridad de las personas que la integran”, al lado de los principios de dignidad y de prevalencia del interés general, así como en el derecho al trabajo- enuncia los deberes de la persona y del ciudadano, y dentro de ellos alude al de “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.*

*“Esta posición fundante, sin embargo, no conforma posición de garante, primero porque es un enunciado general y abstracto; segundo, por cuanto este postulado quiere resaltar, como exigencia del “Estado social”, la preeminencia, como anhelo, de la comunidad, del altruismo, sobre el individualismo y el*

*egoísmo que caracteriza al Estado liberal escueto; tercero, porque como es sabido, la posición de garante sólo se puede predicar de situaciones concretas, especificadas en la ley, jamás en la ley moral o social; y cuarto, porque como es obvio, ese deber se torna imperativo, con fuerza y capacidad coercitiva, solo cuando la ley –en cumplimiento y desarrollo de la Constitución- lo establece. Expresado en síntesis: la Constitución plasma el principio de solidaridad social y a la ley le compete, en cada caso, fijar el contenido y alcance de esos deberes. Mientras tanto, en la ley penal, o en aquella que la complementa, no existe para el ciudadano raso la obligación de impedir que una persona quite la vida a otra. ...”*

Más recientemente la Corte ha proferido varias decisiones en las que ha realizado múltiples estudios sobre los delitos dolosos en la modalidad de comisión por omisión y la posición de garante. Por ejemplo, en la sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Radicado 28.017), aludiendo específicamente a la temática, consideró:

*“El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión*

*propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.*

*No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.*

*Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como transformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado”.*

Para la Corporación, del inciso segundo del citado artículo 25, se extracta que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya

encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley.

En la sentencia del 5 de junio de 2014, 35113<sup>116</sup>, la Sala hace un exhaustivo análisis sobre las figuras, del siguiente tenor:

*“1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.*

*Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha*

---

<sup>116</sup> Reiterada en el auto AP6462, 22 oct. 2014, Rad. 44505.

*de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia. ...*

*La posición de garante (Garantenstellung), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.*

*La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).*

*Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, «Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo».*

*De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado.*

*Se subrayó que si bien en el anterior estatuto sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos. ...*

*Principalmente, desde el artículo 1° de la Constitución Política, al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de «obrar*

*conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas», se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.*

*En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2º del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.*

*Así mismo, del artículo 6º del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos”.*

De manera específica, respecto de los miembros de la fuerza pública, en el citado precedente se señala que:

*“...[p]roviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem). ...*

*De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.*

*Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza. ...*

*No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene*

*la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10º y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley.”...*

En síntesis, para la Corte la posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Por ello, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona dicha posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

Quiere destacar la Sala, para la resolución del asunto, cómo la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico, sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia causal en el resultado.

El estado de la cuestión en Colombia parece, pues, bastante acorde a los avances de la doctrina internacional. De aquí podemos concluir que los comandantes militares que no impiden o evitan el cumplimiento de órdenes ilícitas que en medio de una operación profieren sus mandos subalternos, abandonan su posición de garante y cometen por omisión los delitos que aquellos realizan activamente.

Sin embargo se debe reconocer que esa construcción es inquietante, por las múltiples eventualidades que caben dentro de la previsión legal y el entendimiento jurisprudencial, lo cual obliga a profundizar y estar atentos a los desarrollos próximos, especialmente en el marco de la justicia transicional que esta sociedad debe afrontar (Ley de Justicia y Paz, desmovilización de paramilitares, derechos de verdad, justicia y reparación a víctimas y desplazados, Comisión de la verdad dentro de las conversaciones de La Habana, etc).

### ***1.5.7 Omisión Propia y expansión del derecho penal***

Nos ocupamos aquí muy poco de la llamada omisión propia pues sus dificultades, después de haber dejado establecido que el legislador puede imputarle a una omisión una pena, se refieren a la taxatividad de la descripción típica, problema diferente al de la imputabilidad por omisión, la que principalmente requiere nuestra atención en este trabajo. Pero aunque a esta altura del debate lo más importante ya no es la tipificación de omisiones sino la aplicación de la omisión como modo de comisión, no deja de ser preocupante cómo se ha ampliado la tipificación omisiva, en una de las formas de expansión del derecho penal como lo critica también para países europeos FERRAJOLI, como una tendencia a cambiar el principio de derecho penal mínimo por derecho penal máximo, *prima ratio*, con la inflación legislativa penalizadora y la ampliación del encarcelamiento por numerosas conductas.<sup>117</sup>

Se incluyen en éste Código Penal del 2000 los siguientes tipos de omisión propia:

Omisión de socorro, art. 131, convertido en contravención por el art. de la ley 1153 a partir del 1° de febrero del 2008; Omisión de medidas de protección a la población civil, art. 161; Desconocimiento de habeas corpus, art 177; Omisión de denuncia, dentro del proxenetismo, art. 219B; Inasistencia alimentaria, art. 233; Evasión fiscal, art. 313; Omisión de control, dentro del lavado de activos,

---

<sup>117</sup> FERRAJOLI, L. (2011) Tomo II, 357.

art. 325; Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, art. 393; Denegación de inscripción, art. 396; Omisión del agente retenedor o recaudador, art. 402; Abuso de autoridad por omisión de denuncia, art. 417; Omisión de apoyo, art. 424; Fraude a resolución judicial, art 454.

Además se creó el delito de Omisión de denuncia de particular, art. 441, por Ley 733/02:

*“El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario o de las conductas de proxenetismo cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión...*

*La pena se aumentará en la mitad para el servidor público que cometa cualquiera de las anteriores conductas de omisión de denuncia.”*

Esta omisión propia en particular causa enormes inquietudes frente a la vigencia de libertades básicas del Estado de Derecho, pues puede llevar a la persecución generalizada de contradictores de los gobiernos de turno bajo

imputaciones difusas, problema que por lo demás siempre ha sido señalado como riesgo del concepto de omisión impropia. Aun no se conoce alguna aplicación concreta de este tipo penal en este país, pero se han invocado normas similares en países suramericanos para encarcelar a los opositores políticos, por lo que se requerirá atención académica y legislativa sobre su pervivencia en el Código Penal.

## ***2. COAUTORÍA, DIRECTA E INDIRECTA***

Para hablar de las formas de intervención en el delito debemos comenzar por caracterizar el derecho penal dentro del derecho en general, en la historia reciente y en la sociedad contemporánea: El derecho penal actual está construido a partir de la Ilustración y de los logros de la Revolución Francesa, con una perspectiva en su mayor parte individual e individualista. La acción colectiva, en el derecho civil moderno reconoce el *animus societatis*, limitado al interés de lucro compartido por varios individuos; aunque están previstas las acciones populares por intereses colectivos, sólo en los últimos años comienzan a tener algún desarrollo; el derecho laboral colectivo y de la seguridad social surgió tardíamente, como resultado de los conflictos sociales, y todavía está en construcción. En el derecho penal, se ha reglado principalmente la reacción contra las conductas individuales –aunque tenga efectos en víctimas plurales-. Sólo más tarde y accesoriamente se tipificaron las conductas individuales que atentan contra el régimen político establecido, con un sentido bastante romántico de

reconocimiento de delitos políticos en la lucha por obtener el poder político, pero la realidad de la lucha política ilegal, por colectivos organizados, no alcanza a ser recogida en los tipos de los delitos políticos, ni los mecanismos de la ley procesal penal son adecuados para manejar los fenómenos masivos de delitos que se cometen en los conflictos políticos armados internos o internacionales.

Por razón de ese carácter individual original del orden jurídico penal actual ha sido tortuoso el camino para encuadrar las conductas punibles de autor colectivo, en los tipos y mecanismos del derecho penal ordinario; una dificultad adicional ha sido el entendimiento de la conducta punible cometida por omisión, estudiada en el capítulo anterior. Conjugar las dos dificultades, el autor colectivo y la autoría por omisión, es un reto que se impone al abordar las conductas colectivas, políticas o comunes, que la realidad ofrece.

En ese intento tan solo se comienza a lograr un cuerpo teórico generalmente admisible. La doctrina vigente ha venido negando, en su mayoría, la inclusión de la comisión grupal de delitos por omisión del deber de las autoridades de ejercer protección de derechos, y la forma como el derecho penal puede enrostrarles esa omisión. Aquí lo ejemplificamos con la conducta omisiva concreta de comandantes militares que lleva a la desaparición forzada de personas de las que se sospecha son enemigos y miembros de movimientos subversivos; la conducta punible es acordada o aceptada por varias personas con alto rango de autoridad, transmitida por otras con rango medio de autoridad, ejecutada inmediatamente por otros en el rango bajo, lo que

obliga a replantearse los conceptos sustanciales generales –comisión por omisión del deber de protección por parte de quienes ejercen autoridad pública, autoría colectiva del delito, autoría indirecta o mediata de varios autores utilizando personas penalmente responsables, aparte de los conceptos sustanciales especiales –tipificación de la desaparición forzada en el derecho internacional y en el derecho interno-.

Luego del resumen del recorrido para llegar a esos principales conceptos básicos del derecho penal individual, como omisión y autoría individual, a continuación se presenta un esfuerzo de sistematización de estos conceptos generales refiriéndolos a un caso abstracto pero real dentro del conflicto armado colombiano, lo que implica en primer lugar estudiar la normatividad vigente y luego ampliar su significado mediante la reinterpretación dentro de los principios generales del derecho penal; a partir del estudio de la omisión presentado en el Capítulo 1, procedemos a revisar las figuras de la autoría para arribar a la identificación de la coautoría indirecta por omisión de deberes de protección, a la que puede llegarse mediante una estructura organizada ilegítima de poder, o de una estructura ilícita conformada dentro de un aparato legítimo de poder.

Como se anunció en la Introducción, además de tratar de establecer diáfananamente cuál es el significado de la omisión como forma de comisión de delitos, es esencial definir cómo puede ser atribuida la omisión a una persona concreta. Esto implica la revisión del concepto de autoría en general para luego llegar al campo preciso de la autoría por omisión. Se fijará a continuación el aspecto de la cantidad de personas – individual o colectiva- que puede intervenir en la comisión de un delito, y la calificación

que debe recibir cuando actúan en grupo, según el modo -directo o indirecto- que adopte la realización.

En general se puede encontrar que las normas que regulan la autoría en los diferentes países tienen una descripción muy escasa, y en cambio se encuentra amplia dedicación de los académicos a lo largo de la historia para tratar de explicarse los múltiples aspectos oscuros que surgen de esa escasez normativa. Este estudio se hará con base en la normatividad de Colombia, pero no cabe duda de que con ciertas diferencias sería aplicable en otros ordenamientos nacionales.

Hay mucha confusión y con frecuencia debates abstrusos sobre las formas de realización de las conductas punibles; en nuestro concepto esa confusión se debe a una falta de precisión conceptual previa con base en las categorías lingüísticas básicas como número, modo, tiempo y lugar, por lo que en este caso preferimos definir previamente esos puntos de partida para justificar la construcción teórica. Véase por ejemplo que KAI AMBOS ha hecho un recuento crítico de cómo en un mismo caso las diferentes instancias colombianas de la Fiscalía, la Procuraduría, el Juez de primera instancia, el Tribunal de apelación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema han empleado entremezclada y sucesivamente las figuras de *coautores impropios*, *coautores determinadores*, *coautores mediatos*, *determinadores*, y *autores mediatos en aparatos organizados de poder*, en la decisión de un caso paradigmático que implicaba la aplicación de autoría colectiva por parte de servidores públicos en el delito de desaparición forzada de personas, a través de “instrumentos” plenamente conscientes y

deseosos de obtener ese resultado. La profusa gama de formas de combinación o confusión posibles entre las varias categorías aplicables puede verse en sus estudios.<sup>118</sup>

119

## **2.1 AUTORÍA INDIVIDUAL**

En el primer inciso del artículo 29, el Código Penal colombiano prevé la comisión del delito por una sola persona responsable:

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

El giro “*Es autor quien realice la conducta por sí mismo*” designa la autoría individual y directa.

### **2.1.1 Autoría directa**

Ahora bien, lo más frecuente en toda sociedad es que un delito sea cometido por una persona contra una víctima, caso en el cual no es difícil formular el aspecto de la autoría en el reproche punitivo. Se entiende que en este caso el individuo ejerce plenamente su libre albedrío, su decisión, su libertad de autodeterminación, su voluntad dentro de su

---

<sup>118</sup> AMBOS, K. (2007) 163.

<sup>119</sup> AMBOS, K. (2008) 142.

bagaje de conocimientos, para realizar todos los actos necesarios para lograr el resultado propuesto, desde la ideación hasta la consumación.

Pero la realidad es cada vez más compleja, por ejemplo por la cantidad de personas que intervengan, por la cantidad de personas que lo cometan, por la cantidad de delitos que cometan, o por la cantidad de víctimas. Todo ello impone la elaboración de conceptos que la representen adecuadamente.<sup>120</sup>

En el punto de partida que tiene como autor a quien realiza un hecho por sí mismo, según este artículo 29, no se debe olvidar que previamente está definido que puede hacerlo por acción o por omisión, según el artículo 25 del Código Penal.

Este autor individual, siendo penalmente imputable, ejerce el dominio de *su acción*, totalmente, en cuanto todos los pasos previos y concomitantes a la ejecución del ilícito están bajo su voluntad con capacidad de autodeterminación.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Sobre la complejización progresiva de la sociedad y por lo tanto del derecho, JAVIER SÁNCHEZ-VERA (1995) 26.

<sup>121</sup> Para CEREZO MIR, diferenciar entre dominio del hecho y dominio de la acción, y en general toda la teoría del dominio del hecho, es una construcción inútil: “la distinción que hace ROXIN entre dominio del hecho y dominio de la voluntad es, a mi juicio, artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción.” Y más adelante: “Autor será, por tanto, en el nuevo Código, el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho y el que tenga el dominio del hecho aunque no realice la acción típica”. Vid. CEREZO MIR, J. (2006) Tomo II, 403, 404.

### **2.1.2 Autoría Indirecta o Mediata**

En la segunda parte de la primera oración del artículo 29 CP se prevé la autoría individual mediata, en el sentido de que el autor realice la conducta “*utilizando a otra persona como instrumento*”.<sup>122</sup> Por ejemplo, una determinada persona concibe la ejecución de los elementos típicos de una desaparición forzada de personas mediante unas *instrucciones* para que otra u otras personas utilizadas como instrumentos las ejecuten (con o sin conocimiento del sentido delictivo de su conducta).

Esta figura ha sido motivo de largas exposiciones en la doctrina moderna, por lo que se puede aceptar como un problema superado, si al menos nos atenemos a la necesidad de definiciones convencionales que no necesariamente correspondan a “estructuras ontológicas”, como no deben serlo según lo ya expuesto sobre el sentido funcional del Derecho penal. Por todos, valga la cita de CEREZO MIR:

*“Era necesaria la introducción de la figura del autor mediato? Creo que sí. El autor mediato no realiza la acción típica y no es posible castigarlo siempre como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriadad mínima [según el cual basta con que la conducta del autor sea típica para poder castigar a los partícipes]. No es posible castigar al autor mediato como inductor o cooperador necesario cuando el instrumento realice una acción que no sea típica (por*

---

<sup>122</sup> El uso de esta palabra, *instrumento*, de indudable sentido metafórico, es fuente de confusión innecesaria. Se superaría con que el legislador dijera “*por interpuesta persona*”, que es el verdadero sentido de la norma, y hacer definición adicional de su responsabilidad según su intervención subjetiva.

*faltar, por ejemplo, un elemento subjetivo de lo injusto, como el ánimo de lucro en el hurto). No puede decirse entonces que induzca a otro a ejecutar el hecho, o que coopere a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.”*<sup>123</sup>

Los “instrumentos” no son responsables del resultado cuando al realizar los elementos del tipo penal no tuvieron la libre autodeterminación de su voluntad – requisito esencial para ser imputable-,<sup>124</sup> ya sea porque son inimputables (incapaces de determinar su voluntad según su comprensión) o porque fueron sometidos a un error, fuerza o dolo que la ley penal reconoce como causales de ausencia de responsabilidad penal.<sup>125</sup>

Al hablar de *instrumento*, en un primer momento se entiende que se trata de una persona que no tiene conocimiento o conciencia propia de la realización del tipo delictivo; ciertamente en ese caso se utiliza a una persona como un verdadero instrumento ciego, totalmente ignorante del significado y consecuencia de su acción física que lleva a un resultado objetivamente típico. En ese caso es autor mediato el que utiliza al otro como instrumento, de modo que la ideación, los actos preparativos, el dolo, y por lo tanto la responsabilidad, son de su cargo, mientras que los actos ejecutivos esenciales son realizados por el instrumento ciego, éste sin responsabilidad penal.

---

<sup>123</sup> CEREZO MIR, J. (2006) Tomo I, 1084.

<sup>124</sup> Código Penal, artículo 33.

<sup>125</sup> Código Penal, artículo 32.

Se entiende también como *instrumento* a quien realiza la conducta objetivamente típica bajo coacción o miedo insuperables, aunque tenga conocimiento y consciencia de su acto. En ese caso hay *autoría mediata* de quien ejerce la *determinación* de la voluntad ajena. El instrumento pierde la capacidad de autodeterminación de su conducta, hasta el punto de que la voluntad vulneradora de la ley no se radica en él, sino en el autor mediato –determinador de la conducta típica-.

Por otra parte, el artículo 30 reza:

***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. ...*

Y el artículo 33 dice:

***INIMPUTABILIDAD.*** *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión,...*

Salta a la vista que también la ley colombiana utiliza el concepto de determinación o autodeterminación de manera confusa, por ambivalente: si una persona se autodetermina, es responsable. Si la persona implicada no puede determinarse, -por ejemplo porque es determinada por otra-, debería ser inimputable. Pero convencionalmente la doctrina ha adoptado, para aplicar el artículo 30, la definición de

que el determinador no es propiamente quien suprime la capacidad de determinación de un ejecutor, sino que solo lo induce, le propone, sugiere, instiga, le fomenta o siembra la idea. Ese determinador queda sujeto a la misma pena del autor directo o mediato, pero el “determinado”, inducido, instigado, se sanciona con la misma pena del autor porque conserva el dominio de su hecho, pues podía apartarse en cualquier momento de la idea criminal que se le ha sembrado y por lo tanto es responsable. (No parece ser muy acertada esa escogencia de vocablo, pero mientras sea la vigente debemos entenderla con ese contenido adoptado).

Con mayor precisión, el llamado “determinador” por esta ley debería llamarse *inductor, instigador, proponente* o palabra similar que no induzca a confusión.<sup>126</sup> Este inductor objetivamente no ejerce el dominio del hecho, pero el legislador lo considera plenamente responsable del resultado y le impone la misma pena del autor directo, porque ostenta el dominio de la voluntad del determinado y realiza el componente subjetivo del tipo conjuntamente con éste ejecutor que realiza el elemento objetivo, o que los realiza ambos.<sup>127</sup> El así “*inducido*” también responde como autor, porque conservó el “dominio del hecho”.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Esto ya lo proponía PESSINA en 1868, (1936) 527.

<sup>127</sup> ROXIN, C. (2014) 85.

<sup>128</sup> En nuestro concepto, el verdaderamente *determinado* en su voluntad es el que ha sido convertido en el *instrumento* previsto en el artículo 29, y debe ser absuelto por presencia de una causal excluyente de su responsabilidad (por falta de autodeterminación) del artículo 32 del Código Penal: 8ª, *obrar bajo insuperable coacción ajena*, ó 9ª, *obrar impulsado por miedo insuperable*. Por supuesto, si esta coacción o miedo no son insuperables, el “instrumento” conservó la capacidad de determinarse y por lo tanto deberá responder en alguna medida por su conducta.

### **2.1.3 Comparación de normas española y colombiana**

Como vimos con respecto al concepto de omisión (nota al pie 59 supra), también en el campo de la autoría se infiere, por ejemplo de las obras de JOSÉ CEREZO MIR y de MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que la cantidad y complejidad de la doctrina española, y alemana, sobre autoría, se debe a que las leyes en los diferentes Estados presentan unos giros gramaticales ambiguos o que simplemente dejan tácitos los conceptos complementarios una vez han definido el principal. Veíamos que el Código Penal de Alemania, par. 1 StGB, prevé la comisión del delito por acción y no menciona la omisión, por lo cual se generó la enorme cantidad de disquisiciones sobre cómo la omisión podría tomarse como acción típica. En España, con respecto a la intervención en la conducta punible, con el Código Penal en la forma en que se presentaba con la Ley Orgánica 8 de 1983, que viene a ser la forma vigente según la Ley Orgánica 10 de 1995, los autores en comento se enfrentan al problema gramatical-jurídico sustancial de la definición del primer inciso del artículo 28, “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, que no dejaría duda sobre la autoría individual, inmediata y mediata, ni sobre la coautoría “impropia”, pero en el segundo inciso ofrece una forma de autoría como ficción jurídica, al utilizar el giro “*Serán considerados*” autores los inductores y cooperadores necesarios, de modo que está diciendo que éstos no son

---

Una mejor descripción legal sería la de que el determinador y el inductor también son autores, y dejar limitado el concepto de *participes* para la contribución o complicidad.

autores en realidad, pero que la ley los califica como tales, lo que se puede interpretar como un objetivo de necesidad o merecimiento de pena, no de una situación ontológica verificable de autoría. Esos giros gramaticales de la ley, que se proyectan desde el artículo 14 del Código anterior, son el origen mismo de los enjundiosos estudios españoles, por ejemplo y entre muchos otros, de CUELLO CALÓN, BACIGALUPO, CERESO MIR, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

Es diferente la situación con la ley positiva de Colombia, pues ésta establece:

**ARTICULO 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. ...*

Y a su vez el artículo 30 reza:

**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. ...*

Estos giros gramaticales directos y tajantes nos evitarían en buena parte el discurso filosófico sobre hasta dónde el concepto de autor es representativo de una situación real ontológica o de una convención de imputación jurídica. Sin duda la adopción colombiana de la ley, posterior a la de España, tuvo en cuenta las dificultades que se

generan por la ambigüedad al definir los conceptos, y por ello las superó por la vía de la consagración positiva de cada figura y sus consecuencias punitivas.

Pero esas características propias de la ley española son a la vez la oportunidad para que, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO presente su profunda investigación sobre la autoría, donde si bien se limita para no considerar a fondo la autoría mediata o la autoría plural (mediata o inmediata),<sup>129</sup> ofrece con claridad los conceptos básicos de autor y las múltiples aristas que de ahí se han derivado en la doctrina:

1. Concepto unitario que rechaza la distinción entre autor y partícipes,
2. Concepto extensivo que reconoce la igualdad de todas las formas de participación pero acoge las distinciones que hace la norma positiva mediante la adopción de criterios limitantes, generalmente subjetivos, y
3. Concepto restrictivo de autor que parte de la existencia de diferencias objetivas entre autores y partícipes, de manera que es autor sólo el que realiza todos los elementos del tipo, y partícipe es el que se encuadra en la previsión legal que lo define pues de lo contrario sería impune.

Del estudio de todos ellos y sus variantes, concluye que el concepto restrictivo es el que más se aviene con un Estado de Derecho, aunque Estados que nominalmente

---

<sup>129</sup> DÍAZ, M. (1989) 29.

adoptan un concepto unitario, como Italia y Austria, no dejan en la práctica que se llegue a los extremos de exceso de punición que teóricamente se les podría endilgar.<sup>130</sup>

En la doctrina alemana es especialmente clara y completa la exposición, que en buena parte seguimos y discutimos en lo sucesivo, de ROXIN.<sup>131</sup>

## **2.2 AUTORÍA PLURAL O COLECTIVA: COAUTORÍA**

El segundo inciso del artículo 29 del Código Penal colombiano dice:

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

...

En la doctrina se ha abordado el tema de la coautoría y la participación accesoria en la realización de la conducta delictiva mediante la definición de los elementos presentes en el comportamiento de los intervinientes, de donde han resultado muy variadas posiciones dentro de las teorías subjetivas, objetivas –formal o sustancial-, y de dominio del hecho.<sup>132</sup>

Las teorías **subjetivas** se guían por criterios interiores o síquicos del autor, como la intención, el motivo, el dolo, el interés, la voluntad, y pueden hacer coautor a todo el que comparte el propósito criminal común; de elementos externos tienen en cuenta que

---

<sup>130</sup> Ib., 688.

<sup>131</sup> ROXIN, C. (2014) 64-68.

<sup>132</sup> DÍAZ, M, in extenso.

los coautores hayan compartido propósitos y actitudes como *querer el hecho como propio*, tener el *animus auctoris*, por donde algunos llegan a considerar que basta la contribución a su ejecución con el deseo de que sean consumados y en efecto se consuman los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal.<sup>133</sup>

Las teorías **subjetivas** son la base con la cual se construye una forma de coautoría: la empresa criminal común (Joint Criminal Enterprise, JCE). Dice Héctor OLÁSOLO:

*“La doctrina de la empresa criminal común... se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común.*

*“En este sentido, la Sala de Apelaciones del TIPY... ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque ésta es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de Apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para*

---

<sup>133</sup> ROXIN, C. (2014) 71.

*cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. ...*

*“Para convertirse en participante en una empresa criminal común, no es suficiente mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquella.*

*“Considerando que, como la CCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 327), existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría –pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado-, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales ad hoc se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de autoría elaborado por la misma se base en la doctrina de la empresa criminal común...”<sup>134</sup>*

---

<sup>134</sup> OLÁSULO, H. (2009) 71. En especial, notas al pie 27 y 29. (Olásulo es letrado de la Corte Penal Internacional, profesor titular de la Universidad de Utrecht, Holanda, y de la Universidad del Rosario, en Bogotá, Colombia).

En nuestro concepto, en el Estatuto de Roma se supera la teoría subjetiva de la autoría, se adoptan varios criterios sucesivos, una teoría sustancial-subjetiva y residualmente la empresa criminal conjunta.<sup>135</sup> Téngase en cuenta que los tribunales internacionales son completamente autónomos y en consecuencia sus cuerpos de normas y teoría son independientes entre sí.

No parece prudente acoger una teoría subjetiva excluyente: en primer lugar porque plantea problemas argumentativos y probatorios que no serían aceptados en nuestro orden jurídico, como son los de identificar, probar y declarar la existencia *del propósito criminal común*, y la *contribución a su ejecución con el deseo de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal*, frente al principio *cogitationis nemo pœnam patitur* [los pensamientos no son punibles], como lo tiene discutido antigua doctrina; en 1868, por ejemplo, lo registraba Enrico Pessina.<sup>136</sup> La acción o la omisión deben ser probadas por sus resultados externos, objetivos, y con las evidencias que ellos dejan se debe elaborar el argumento de la decisión judicial. Por ejemplo, no se debería sostener una sentencia cuyo argumento central fuese que un comandante acusado compartía el objetivo de desaparecer personas, que quiso la desaparición como un hecho suyo propio, o que en la desaparición tuvo el ánimo de autor. Sin embargo, no se puede afirmar que se deba desechar toda consideración

---

<sup>135</sup> Vid. Artículo 25, modificado por la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010 que adiciona el párrafo 3 bis, en International Criminal Court (2013) 23.

<sup>136</sup> Pessina, Enrico (1936) 490.

subjetiva en la toma de decisión sobre la autoría; el objetivismo excluyente también sería una visión parcial, insuficiente por principio.

La teoría **objetiva-formal** responde en principio a un concepto restringido de autor: es autor quien ejecuta *por sí mismo*, directa y personalmente, el hecho típico. Es objetiva porque el sujeto tiene que haber realizado directamente la conducta o parte de ella. Y es formal porque sólo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como autor. Tomada literalmente llevaría a dejar por fuera los conceptos del autor “mediato” y del “intelectual”, y no ofrece un criterio para diferenciar entre autor y partícipe, pues sólo acude a la mayor o menor intensidad de la contribución causal de uno y otro. A partir de esas dificultades comenzó a desarrollarse un concepto más amplio de autor y de autoría mediata, dándole un significado más amplio al concepto de *ejecución* del hecho. Como desde muy antigua doctrina se tenía aceptado como autor al que se sirve de otra persona, como instrumento, y comete mediante ésta el acto de ejecución, se acepta que la *ejecución* del hecho típico va más allá de la simple realización física de los elementos que propone la teoría formal-objetiva, con lo que se abre paso a la solución de casos que, de otro modo, quedarían impunes. Por ello finalmente los autores y la jurisprudencia que defienden la teoría formal-objetiva admiten sin discusión la autoría mediata como una forma de la autoría.

Las teorías **objetivas-sustanciales** se orientan a reconocer criterios predominantemente objetivos externos en los temas de fondo, como la necesidad o esencialidad del aporte para el resultado, la simultaneidad de la cooperación, la

preponderancia de la causalidad síquica, o la coordinación o subordinación (supremacía o no supremacía) entre los intervinientes. Ahora bien, tanto en la teoría como en la resolución de casos concretos se entremezclan profusamente los diferentes criterios, tanto objetivos formales y sustanciales como los subjetivos, de manera que no es de esperarse una pureza de fórmulas generales.<sup>137</sup>

Con base en las anteriores se desarrolló el concepto o teoría del **dominio del hecho**, la que reconoce como autor a quien domina la realización del hecho descrito en el tipo penal. No es una teoría pacífica ni acabada, a pesar de antigua, ni significa lo mismo para todos los expositores, pero hoy en día es generalmente utilizada en el que se cree su mejor entendimiento para explicar la motivación de la decisión judicial. Aquí se la acoge en el sentido de que dominar el hecho significa que el autor tiene el poder de decidir si se realiza o no se realiza la conducta ilícita, y lo expresa externamente, mediante acción u omisión, directa o mediatamente. “La teoría del dominio del hecho se base en el entendimiento de la autoría como una **realización del tipo en sentido material**”,<sup>138,139</sup> donde el significado de *material* requerirá de nuestra parte alguna precisión: puede significar *sustancial*, o puede significar *físico*.

---

<sup>137</sup> Sobre las varias teorías véanse *in extenso*, ROXIN, Claus (1998); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1989).

<sup>138</sup> ROXIN, C. (2014) 75.

<sup>139</sup> Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien con su actuación decide o tiene en sus manos el *si* y el *cómo* del acontecer típico; para la de la determinación objetiva y positiva del hecho, autor es el que realice la conducta que encaje directamente en el tipo. Ambas definiciones se pueden formular en plural: *autores son quienes realicen...* pero eso llevaría sólo a la pluriautoría. Vid. Díaz y García Conlledo (2009, 19); Luzón Peña y Díaz y García Conlledo (1998-1999, 61).

- Si es **realización del tipo en sentido sustancial**, es amplio: incluye la realización del tipo en todo su devenir, desde su origen: ideación, diseño, planeación, consecución de medios, asignación de personas encargadas de cada tarea para lograr el objetivo final, y la ejecución física de cada una de esas tareas. Es la acepción que encontramos adecuada a la realidad de la autoría colectiva gobernada por dirigentes.
- Si es **realización del tipo en sentido físico**, es muy restringido: se limita a quienes personal y directamente aportan un acto o una omisión ejecutiva, es decir, se limita a la etapa ejecutiva del delito que ya pasó por las etapas de ideación, diseño, planeación, consecución de medios, asignación de personas encargadas de cada tarea para lograr el objetivo final.

Precisa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que entre las varias teorías objetivo-materiales para distinguir entre autor y partícipe, el dominio del hecho es siempre un criterio *material* que explica todas las formas de autoría, aunque mantiene sus reservas con respecto a su aplicación en la coautoría. En ésta espera que se explique cuándo y por qué la conjunción de acciones de varios sujetos constituye una acción superior común, para lo que encuentra aceptable la idea de la división acordada de trabajo

---

La doctrina requiere en la coautoría el *acuerdo común* como factor de conocimiento y voluntad de realización conjunta del tipo. Proponemos que en la coautoría directa los coautores celebran el acuerdo, mientras en la coautoría mediata unos coautores celebran el acuerdo, y otros lo adoptan. Entonces, el concepto *quienes realicen...* implica incluir los actos necesarios de la ideación, formación, planeación, adopción y ejecución del acuerdo criminal, todas como acciones típicas nucleares que componen la *realización del tipo*. No nos parece que esta sea una concepción extensiva de autor, sino que se mantiene el concepto restrictivo pero el verbo rector *realizar* comprende todos los actos positivos necesarios para concluir en la realización del tipo.

(concepto que es el que aquí acogemos), pero le parece incorrecto que para determinar objetiva y positivamente el hecho se acuda a un dominio “negativo”, dentro del cual está el poder de interrupción, que precisamente es el que se cristaliza en los casos como el hipotético-real aquí planteado de desaparición forzada de personas.<sup>140</sup>

“En perspectiva histórica, la teoría del dominio del hecho es sin embargo un desarrollo de enfoques tanto subjetivos como objetivos, de modo que representa realmente una síntesis de las concepciones con anterioridad extremadamente divergentes y debe también seguramente a esta conciliación de los contrarios el haberse impuesto ampliamente. Halló su primera formulación en el año 1933 en *Lobe...*”<sup>141</sup>

Combinando nuestra propia clasificación de las situaciones de autoría con la teoría dominante sobre el dominio del hecho, podemos afirmar que por este medio se asegura que respondan penalmente:

- 1) quien tiene el dominio de la acción propia –cuando actúa individual y directamente-,
  
- 2) quien tiene el dominio de la voluntad ajena –cuando actúa individualmente en forma indirecta, por interpuesta persona,

---

<sup>140</sup> DÍAZ, (1989) 693, 695.

<sup>141</sup> ROXIN, C. (2014) 76.

3) quienes participan del *dominio conjunto del hecho conjunto* (“*dominio funcional*”) -cuando actúan en un colectivo y hacen un aporte importante para el resultado-, y

4) quienes tienen el mando dentro *de una organización jerárquica* –cuando actúan en un colectivo y dejan la ejecución del hecho en manos de los subalternos-.<sup>142</sup>

Esta cuarta forma no ha sido reconocida por la doctrina dominante, que es la expuesta principalmente por ROXIN. En nuestro concepto ese no reconocimiento se debe a que él y la casi totalidad de autores se mantienen sometidos a una supuesta camisa de fuerza que encuentran en el texto de la ley. Dice ROXIN citando la ley alemana, en texto que puede invocarse de manera idéntica a la ley española y colombiana: “*El legislador distingue tres formas de autoría: la autoría inmediata (§25 I: “quien por sí mismo... comete... el hecho constitutivo de delito”), la autoría mediata (§25 I: “quien... a través de otro... comete... el hecho constitutivo de delito”) y la coautoría (§25 II: “si varios cometen el hecho conjuntamente”).*<sup>143</sup> Lo que se propone aquí es una lectura más completa de la misma norma, para encontrar que el legislador distingue la autoría individual que puede ser directa e indirecta, y la coautoría, de la que –en sentido natural de las palabras- también se debe predicar que puede ser directa e

---

<sup>142</sup> Esta adopción como teoría dominante y sus aportes no es insular. La comparte igualmente, por ejemplo, Miren Odriozola-Gurrutxaga (2015,7), también para abordar el problema de los crímenes masivos y con la figura de la coautoría mediata en Estructuras o Aparatos Organizados de Poder, AOP.

<sup>143</sup> ROXIN, C (2014) 68.

indirecta. No era necesario que el legislador entrara a especificar que la coautoría también puede adquirir las características de la autoría; sin embargo, se han quedado con esa lectura limitada y por esa vía han llegado a la exclusión de la coautoría indirecta, con consecuencias de impunidad o de indulgencia indebida para quienes han realizado las etapas esenciales iniciales del delito. Para un símil entendible, bastaría con preguntarse, ¿no son responsables de la criatura los que la engendraron? En nuestra visión del asunto, son igualmente coautores quienes la concibieron, la gestaron, y la llevaron a ver la luz. La responsabilidad de uno solo es un concepto indebidamente discriminatorio, sesgado, ciego, superado por los principios y valores en toda la historia y por la ley contemporánea.

No encontramos justificación válida o plausible para excluir como coautores a los que cumplen las primeras cinco etapas señaladas, pues éstas son –sin duda algunas- *esenciales* para la existencia y realización de la conducta punible.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, E. (1975) 631: “La acción criminal del delincuente con su fuerza expansiva física progresiva, constituye un proceso de desarrollo dinámico temporal, que puede ir desde la mera ideación(inefectiva)a la total ejecución, recorriendo en su camino el “iter críminis” desde los actos preparatorios externos, que inciden en el orden social y que superan a los íntimos e internos(ajenos en absoluto a la valoración penal), pasando por los constituyentes de ejecución incompleta de tentativas o frustración, hasta por fin alcanzar aquel logro de consumación, que resulta el ápice postrero, por realizarse a su término, con absoluta perfección, los presupuestos normativos del tipo a que se dio vida por la desviada conducta humana, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, con el logro de los efectos deseados por el delincuente y correspondiente a la infracción misma.” El autor describe un recorrido complejo desde la ideación hasta la ejecución perfecta, toda en un solo individuo, lo cual en efecto se realiza así en muchos casos especialmente en delitos ordinarios; pero en los delitos atroces o masivos que aquí nos ocupan, esas etapas son generalmente cumplidas por diferentes personas dentro de organizaciones jerárquicas y cada uno con sus propias competencias, realidad que es la que nos obliga a replantear aquí varias algunas penales.

Dentro de ese marco conceptual, se observa en la ley colombiana que el giro “*Son coautores*” del segundo inciso del artículo 29 del Código Penal implica siempre un número plural autores, independientemente del modo como realicen la conducta, directa o indirectamente. Teniendo en cuenta este orden, se llega necesariamente a la siguiente subdivisión, no usual en la doctrina: coautoría directa o inmediata, y coautoría indirecta o mediata.

### **2.2.1 Coautoría Directa**

El texto legal colombiano (*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*) se ha venido interpretando como coincidente con la doctrina generalmente aceptada de que sólo hay coautores cuando cada uno en pie de igualdad con los otros acuerda hacer un aporte importante en la fase ejecutiva para el logro de un objetivo criminal. Se ha adicionado que no hay diferencias de jerarquía entre ellos.<sup>145,146</sup> Sin embargo, nos parece que la realidad es más rica en posibilidades y ello impone ampliar el concepto para que pueda darle su debida explicación.

No hay dificultad en aceptar que se llame coautores *proprios* a quienes realizan, cada uno, todos los elementos del tipo, y se llame coautores *impropios* a los que aunque no

---

<sup>145</sup> ROXIN, C. (2014) 146.

<sup>146</sup> Para García y Díaz Conlledo (2004,18), el concepto de coautoría del CP colombiano responde a la concepción menos restrictiva de la teoría del dominio del hecho y hace perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor.

realicen, cada uno, todos los elementos del tipo, adoptan un plan criminal común de distribución de tareas y hacen un aporte para obtener el resultado,<sup>147</sup> y así los seguiremos llamando, aunque sería más claro utilizar para éstos *coautoría por control conjunto*, como lo hace OLÁSOLO (2010).

En el caso de coautoría impropia, todos los autores conservan, en conjunto, el dominio del hecho porque acuerdan el plan criminal común, la distribución de funciones, realizan los aportes esenciales de cada uno para la obtención del resultado, y no tienen una distribución jerárquica rígida entre ellos (es lo que se ha llamado el dominio funcional del hecho). En ambos casos, propios e impropios, son coautores directos.

Sobre esa *coautoría impropia*, o *ejecutiva*,<sup>148</sup> que aquí se caracteriza como **autoría colectiva directa**, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, ha dicho:

*“El fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de*

<sup>147</sup> Sin embargo, algunos autores consideran que esta es una diferenciación inapropiada o inútil. KAI AMBOS, dice: “f) En relación con los fundamentos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Machuca”, no compartimos la decisión por cuanto consideramos que la coautoría es una sola. Que la clasificación entre coautoría propia e impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta porque, so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la “impunidad”, se da aplicación a un concepto extendido de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría.” En: AMBOS, K. (2007) 186. Nos parece razonable esta opinión, de modo que la coautoría impropia encuadra mejor en el concepto de pluriautoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008)30.

<sup>148</sup> Así llamada por MUÑOZ CONDE (2004) 206, significante que parece más acorde a lo significado.

*autores, coautores y cómplices... Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan), ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común.*

*“...serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos- que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya” (M.P. Alfonso Reyes Echandía).*

*Esta posición de la Corporación, expresada cuando comenzaba la vigencia del Código Penal de 1980, ha sido mantenida y repetida en forma unánime. Con el tiempo, al primer supuesto (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre un tercero y lo matan), se le denominó “coautoría propia”, en tanto que al segundo (los agentes activos realizan una misma actividad ilícita con reparto de tareas) se le llamó “coautoría impropia”, en atención a que cada cual actúa por su lado, pero todos*

*aportan para el propósito común. Por esta circunstancia se hacía, y se hace, referencia a la “división funcional de trabajo”...*

*Dijo la Sala el 11 de julio del 2002, dentro del proceso radicado con el número 11.862:*

*“No se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden*

*dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido”*  
(M.P. Fernando Arboleda Ripoll). ”<sup>149</sup>

La coautoría impropia, o coautoría funcional o por dominio funcional del hecho, tiene entonces como elementos la existencia de un *acuerdo común*, la *división de tareas*, la *esencialidad del aporte*, pero debemos identificar también el requisito aceptado pero no siempre expresado de la *ausencia de jerarquía interna estricta*. Este no se debe tomar de manera absoluta, pues sin duda aún dentro de un grupo de iguales que acuerdan un plan delictivo, existe alguna forma de liderazgo aceptado consensualmente como condición para el éxito de la empresa criminal; lo que se quiere señalar es que los complotados, concertados o asociados para cometer determinado delito no hacen parte de una organización estrictamente jerarquizada.

Esta forma de coautoría es directa, en el sentido de que cada uno de los coautores ejerce por sí mismo el dominio pleno sobre su propia voluntad para realizar el aporte personal que ha acordado para asegurar la obtención del resultado del plan criminal común, de manera que no lo hace por obediencia a una relación de jerarquía o especial sujeción a una organización o a sus dirigentes.

---

<sup>149</sup> Entre otras muchas, SP 31748 del 9 de agosto de 2008.

### **2.2.2 Coautoría Indirecta o Mediata**

En muchos casos concretos, especialmente de delitos masivos y atroces dentro de los conflictos armados, los hechos imputados a los dirigentes civiles y comandantes militares (legítimos o ilegítimos), implican la existencia de una estricta jerarquía vertical descendente en la que el líder o jefe máximo y sus inmediatos adjuntos, también jefes máximos, adoptan una política, programa o plan criminal, los subalternos intermedios reciben, transmiten y aplican con conocimiento y voluntad las instrucciones que lo desarrollan, y otros subalternos en el más bajo nivel de la cadena ejecutan físicamente las conductas delictivas que materializan el plan criminal comúnmente aceptado.<sup>150</sup>

Esas características ponen de presente que se debe enunciar una categoría diferente a la de coautoría impropia, una que pueda recoger específicamente la existencia de subordinación estricta entre los diferentes niveles de coautores, donde los niveles medios e inferiores no participan en el diseño o adopción de la política, plan, designio o acuerdo criminal, ni en la definición de las instrucciones que permitirán llevarlo a la realidad, pero lo conocen, saben de su alejamiento del orden jurídico y sabiéndolo lo

---

<sup>150</sup> ALICIA GIL GIL (2008) 68 registra cómo, en contra de la opinión mayoritaria, FRANCISCO MUÑOZ CONDE afirma que “en casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria”, a lo cual agregaríamos que si ese dirigente organizador actúa con otros es coautor, y como no realiza él mismo el núcleo típico, es coautor mediato. También registra ALICIA GIL GIL que, aunque es todavía opinión minoritaria, para FERRÉ OLIVÉ (JUAN CARLOS, 1999) el jefe aunque no realiza actos ejecutivos domina funcionalmente el hecho si su aportación es de magnitud relevante, y para MARÍN DE ESPINOSA (ELENA, 2002) no es necesario contribuir en fase ejecutiva para ser coautor, siempre que se tenga mando de decisión o funciones directivas, quien emite la orden y quien la transmite son coautores.

ejecutan, con lo que hacen manifiesta su aceptación, aun si no la hubieran hecho expresamente. Esa categoría no puede tener otro nombre que el de *coautoría indirecta o mediata*.<sup>151</sup>

En verdad, nos parece que el solo esquema lógico-lingüístico nos debe anunciar que este concepto debe tener cabida en la teoría, a pesar de lo cual nos enfrentamos con una barrera casi infranqueable para su aceptación, la que solo podemos interpretar como un apego exagerado a las formas que tradicionalmente haya elaborado la doctrina o la jurisprudencia.<sup>152</sup> También hemos observado que en ocasiones se ha negado su existencia para poder justificar posiciones políticas que han querido desconocer a ultranza la perpetración de ilícitos por coautores superiores en las jerarquías oficiales. Pero lo importante es que la realidad, que es el único criterio de verdad para una teoría, nos impone su reconocimiento y aplicación cuando se afronta la necesidad de justificar la toma de decisiones judiciales frente a los miembros de jerarquías lícitas o ilícitas que han cometido delitos de la clase más atroz y masivos, muchos de ellos contra la

---

<sup>151</sup> Compartimos con Odriozola-Gurrutxaga (2015) 9, que no es convincente la calificación de los sujetos de atrás –máximos dirigentes- como meros inductores, porque este término no representa el desvalor de su conducta, ya que supone relegarlos al papel de partícipes en un hecho ajeno mientras el significado criminológico de su contribución es totalmente distinto, el más reprochable.

<sup>152</sup> Parecería que el debate es puramente semántico, en cuanto donde hay un superior normalmente no hay uno solo sino varios en jerarquías diferentes, y por lo tanto los superiores que intervienen son coautores; y como no realizan ellos mismos la conducta, son coautores mediatos. Sin embargo se interponen dos obstáculos: (1) que si son varios superiores deben haber creado o compartido el plan criminal entre ellos y con los ejecutores, lo cual se resuelve con que basta su aceptación tácita y/o coetánea, y (2) que la realización del tipo o núcleo del tipo debe ser conjunta (España) o actuar con división de trabajo (Colombia), lo que se resuelve al entender que la realización no se cumple sólo con los actos ejecutivos, sino que ellos implican, necesaria y esencialmente, todo el proceso de ideación, planeación, comunicación y ejecución, de modo que todos los que intervengan dolosamente en estas etapas deben responder penalmente por su realización

humanidad por ser sistemáticos o generalizados, otros violatorios del derecho de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario.

El hecho de que no haya sido bautizada previamente con este nombre propio, *coautoría mediata*, o de que los principales doctrinantes hayan afirmado que ella no es posible, nos informa que el desarrollo dogmático es incipiente y que se debe profundizar para darle el debido tratamiento punitivo adecuado a fenómenos delictivos de esta clase.<sup>153</sup>

Es importante registrar que ROXIN menciona las iniciativas contrarias a su interpretación dominante, como la de STRATENWERTH, de quien informa que encabeza un amplio grupo de autores que acogen la contribución preparatoria del delito, como la planificación y organización, como conducta suficiente para ser considerado coautor. “El plan dibuja o traza la conducta de los intervinientes en la fase ejecutiva, configura los papeles de cada cual e implica o hace participar por ello al organizador en el dominio del hecho. La entrega de herramientas o instrumentos, armas etc., o la indicación de circunstancias u oportunidades para la comisión del hecho no significa sin

---

<sup>153</sup> Por ejemplo, sólo de manera subsidiaria lo contempla DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “Cabén combinaciones entre la autoría mediata y la coautoría: un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan solo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.” (2008) 33.

embargo una resolución o decisión previa sobre si y cómo se ha de ejecutar el delito y siguen siendo por tanto mera cooperación o complicidad”.<sup>154</sup>

Expondremos a continuación las formas como se puede presentar esa coautoría, siguiendo el mismo modelo ya conocido de la autoría individual mediata.

### ***2.2.2.1 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NO RESPONSABLES: POR ERROR, FUERZA, DOLO O UTILIZACIÓN DE INCAPACES***

Desde el punto de vista teórico, nada se opone ni resulta exótico plantear que eventualmente varios coautores puedan acordar un plan criminal común y no lo lleven a cabo personalmente sino a través de una o varias personas puestas en error o ignorancia de que su acción, positiva o negativa, está configurando un tipo penal. Piénsese no más en las órdenes de comprar o vender acciones que ejecutan los corredores de bolsa, muchas veces cumpliendo órdenes de superiores en sus empresas y sin conocer que ciertas transacciones individuales hacen parte de un plan defraudatorio general acordado por esos superiores.<sup>155</sup> O cuando una política es legal pero en su desarrollo hay mandos medios que encuentran la manera de derivar beneficios ilícitos en su aplicación, aunque

---

<sup>154</sup> ROXIN, C. (2014) 154, y nota 273.

<sup>155</sup> En Colombia ha habido, en tres épocas diferentes, varios casos de manipulación de acciones u otros valores negociados en Bolsa, mediante operaciones que se ejecutan corrientemente pero direccionadas específicamente a sobrevalorar o subvaluar sus precios para enseguida hacer compras masivas y adueñarse del capital de los tenedores anónimos de los títulos.

los ministros o altos directivos de las entidades públicas hayan tenido la mejor intención de desarrollar las políticas adoptadas por el legislador en beneficio general.<sup>156</sup>

Esta forma de acción es cada vez más presente por la complejización progresiva de la sociedad; en ella el dominio conjunto del hecho conjunto se transforma en dominio de la voluntad de otros a través del dominio de la organización. En ese caso, la acción de los ejecutores inmediatos no es por sí misma típica, o no están en posición o deber de saber que esa acción aparentemente neutra puede ser delictiva; no estarán sujetos a responsabilidad penal alguna, mientras los organizadores del plan (y dominadores de la organización desde su rango hacia abajo hasta el nivel de los ejecutores) deben responder plena y colectivamente.

También puede un grupo directivo organizar la utilización de incapaces para la ejecución de designios criminales, como sucede en los casos de reclutamiento ilícito de menores dentro de los conflictos armados, o el sometimiento por la fuerza o el engaño, lo cual es muy diferente a la simple ausencia de información del ejemplo de los corredores de bolsa.

---

<sup>156</sup> Recientemente han sido condenados varios funcionarios medios de la Dirección de Impuestos - DIAN- conjuntamente con particulares que simularon grandes volúmenes de exportaciones, productos a los cuales se les cobra impuesto de valor agregado pero una vez exportados se les debe devolver el impuesto pagado, como forma de fomentar la producción interna para el comercio internacional.

### **2.2.2.2 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS RESPONSABLES**

Resta entonces considerar el caso en que los autores realizan la conducta a través de otras personas que no son instrumentos ciegos, sino personas que conservan su conocimiento y voluntad; ejecutores que no son “instrumentos” sin conocimiento, sino autores responsables porque actúan con conocimiento de la antijuricidad de su conducta, al punto de que comparten con el superior el objetivo criminal, por lo que les es atribuible el resultado a título de dolo directo.

Los coautores indirectos en este caso tienen un poder de mando, *de jure* o *de facto*, sobre los ejecutores inmediatos. Esta forma de autoría implica la existencia de una relación interna de estricta jerarquía formal –que no se presenta en la coautoría directa-.

Dependiendo de la rigidez de la organización, la ubicación en el escalón superior, en los escalones intermedios, o en el de ejecutor, no es imposible que alguno conserve algún dominio de su propia acción y hasta el codominio de la organización en algún grado. Alguno de ellos puede intentar frustrar, entorpecer, modificar, suspender o interrumpir la ejecución del plan delictivo, o incluso plantear la reconsideración de llevarlo a cabo, pero su renuencia no garantiza que el resultado no se obtendrá; por el contrario, es más frecuente que si algún miembro de la cadena duda o falla en la ejecución de su papel, sea víctima fatal de la misma organización, y sea remplazado por otro de los ejecutores que están dispuesto a cumplirlo, como repetidamente se ha comprobado en casos de la jurisdicción de Justicia y Paz en Colombia.

Si un eslabón intermedio o un ejecutor no sigue adelante con el plan, porque interpone la no obediencia debida a la orden ilegal, o simplemente se niega a realizar lo que de él espera, será remplazado por otro, independientemente de las consecuencias que le pueda acarrear al primero; estará negando su participación en ese hecho concreto o su pertenencia a la organización delictiva; pero si luego de dudarlo finalmente se allana y persiste en el cometido, es plenamente responsable.

Se ve entonces que en esa estructura criminal se presenta una situación de *coautores mediatos*, con variados niveles de jerarquía y de capacidad de decisión, quienes deben responder porque adoptan un plan criminal, o porque aceptan, tácita o expresamente, un plan criminal ya establecido en niveles superiores.

Esta es la forma común de funcionamiento de los grupos criminales organizados, en los que se presentan diferentes grados de estructuración interna, de permanencia y de reglas de comportamiento. También es la forma de acción de grupos que tiene origen dentro de una organización legítima pero para determinados objetivos deciden actuar por fuera de las normas. Ambos responden a los llamados por la doctrina *Aparatos organizados de poder*.

En torno a esta forma de autoría mediata hay posiciones discrepantes que la confunden con las figuras de *coautoría, instigación o complicidad*,<sup>157</sup> pese a no darse la relación horizontal o la relación directa o periférica que las caracteriza.<sup>158</sup>

En comparación con la coautoría directa, dicen, falta una *resolución común hacia el hecho*, presupuesto de cualquier “comisión conjunta”. En la autoría colectiva mediata, el “*autor tras el autor*” y el *ejecutor* normalmente no se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones de igual rango. La ejecución de una conducta, como la que se presenta en el caso en cuestión, se basa en la aceptación de una *orden* y no en una *decisión conjunta*. Para el autor mediato en la cúspide esto es distinto: él es la figura central dominante del delito dispuesto o permitido por él mismo; el ejecutante, si bien es responsable como autor directo debido a su dominio de su acción, no puede disputar al dador de la orden dominio de la organización.<sup>159</sup>

Puede haber varios niveles de mando desde la cúpula, en los niveles intermedios, hasta llegar al nivel menor que es el del ejecutor (de quienes no se ocupa esta sentencia). En todo caso, ese poder de mando se manifiesta siempre en línea vertical

---

<sup>157</sup> Es importante tener en cuenta el efecto que la calificación de la participación tiene varios riesgos, los que considera OLÁSOLO (2011) 209, en: Variación del grado de la pena dependiendo de la participación a título de autor o de partícipe en la comisión del delito

<sup>158</sup> Varios autores critican el concepto mismo, otros la validez de sus elementos compositivos. CEREZO MIR, por ejemplo, la encuentra muy discutible y poco convincente, entre otras razones y con otros autores, porque la fungibilidad del autor directo no le parece suficiente para fundamentar el dominio del hecho y más bien negaría ese dominio, y por lo tanto se reduciría a una instigación o inducción. Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ, (2006) 1075.

<sup>159</sup> ROXIN, C. (2004) 223, citado por la Corte Suprema del Perú.

descendente, lo cual será determinante para la atribución de una coautoría mediata en cabeza de los diferentes eslabones en la cadena de mando del aparato de poder.

El dominio de la organización se ejerce desde el nivel estratégico superior involucrado, y será distinto del que detenta el mando intermedio; quien se encuentra en la cúspide de la jerarquía tiene un dominio total del aparato, mientras que quien ocupa la posición intermedia tiene la posibilidad de impartir órdenes sólo para el sector subalterno de la organización que le compete. El dominio de la acción, del acto de ejecución, a su vez, es completo en el ejecutor, aunque este no tiene dominio sobre la organización. La reprochabilidad de la conducta se incrementa cuanto más se aleja del nivel de ejecución y más se acerque al nivel superior del aparato de poder organizado, porque significa mayor intensidad del dolo mediante la combinación del designio criminal y la utilización del poder que representa su posición en la jerarquía.

Es importante la precisión acerca de las formas de expresión del poder de mando: la gradación entre *Política*, *Instrucción* y *Orden* son las disposiciones vinculantes de mayor a menor grado de jerarquía. La *orden* es el mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Las órdenes *formales* se suelen encontrar en disposiciones, directivas y mandatos. Por su efectividad *material*, pueden ser señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole. También pueden expresarse a través de signos o gestos, o más aún, con la ausencia de señal alguna, porque todas esas son formas de expresión humana.

Tratándose de la comisión de actos ilegales, lo normal es que las órdenes no consten en escrito o grabación, y cuando constan, aparecen en lenguaje figurado, críptico o cifrado, como medio para ocultarlo ante futuras investigaciones. La abstención de dar órdenes formales o materiales, como el silencio cuando la acción esperada es la de emisión de contraórdenes, es una forma de conducta, y es comisión por omisión de los deberes propios de la posición de garante.

***a. Ingreso de la figura aparatos organizados de poder a la teoría penal***

Relata ROXIN cómo construyó este concepto a partir de 1963, cuando se requería una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre cómo debía imputarse a los personajes de órganos centrales de mando en dos casos destacados,<sup>160</sup> quienes aunque no ejecutaban los delitos realizados, sí los programaban, planificaban y decidían, lo que hacía posible identificar un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción, el error o la utilización de inimputables. “Los comandantes que manejan las palancas de mando del aparato son

---

<sup>160</sup> Se trataba de los casos EICHMANN y STASCHYNSKI. Adolf Eichmann fue un funcionario administrativo alemán en tiempos de la Segunda Guerra Mundial; tuvo a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar judíos para trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la guerra se refugió en Argentina, donde vivió con una identidad falsa; allí fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a su país; fue condenado como autor de los homicidios cometidos.

El agente STASCHYNSKI, agente secreto extranjero, eliminó, en Alemania, a dos exiliados. Fue condenado como cómplice, porque *no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante*. La Corte Suprema de Justicia de Perú cita: ROXIN, CLAUS. *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. En: Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, página 56.

pese a todo autores mediatos, porque, al contrario que en la inducción, la realización del hecho no depende de la decisión del autor inmediato. Dado que la autoría inmediata del ejecutor y la mediata del sujeto de atrás se basan en requisitos o condiciones distintas, una en el carácter de propia mano de su actuación, la otra en el control o manejo del aparato, pueden lógicamente o teleológicamente coexistir perfectamente, contra lo que sostiene una opinión extendida. La manifestación o forma de aparición del autor mediato acabada de describir es la expresión jurídicamente adecuada del “autor (o delincuente) de escritorio o mesa de despacho) que, a pesar de su dominio del hecho, depende (no puede prescindir) necesariamente de autores inmediatos”<sup>161</sup>

ROXIN tuvo en cuenta que los implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras. Los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero no eran excluyentes entre sí. Mientras unos tenían el *dominio de la organización*, es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, otros conservaban en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible. Esto hacía de los primeros unos verdaderos autores mediatos, ya que el dominio del hecho por el superior se basa en que puede, a través del aparato que está a su disposición,

---

<sup>161</sup> ROXIN, C. (2014) 112

producir el resultado, incluso la garantía de mayor seguridad que en el dominio a través de coacción y error, que eran hasta entonces los casos reconocidos de autoría mediata.

Con el tiempo, esta tesis fue acogida por los tribunales argentinos que tuvieron a su cargo el juzgamiento de los miembros de las Juntas Militares que gobernaron ese país entre los años 1976 a 1983, y por el Tribunal Supremo Federal de Alemania para condenar a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por los homicidios cometidos en las inmediaciones del Muro de Berlín.

En el juicio a miembros de las juntas militares de Argentina, relata BERTONI,<sup>162</sup> los jueces se encontraron ante el problema de que los acusados no habían “estado presentes”, como lo requería su jurisprudencia, cuando fueron cometidos los hechos que se tuvieron por probados. Los jueces debían justificar la responsabilidad penal de los miembros de las juntas militares, y lo hicieron interpretando los conceptos de autoría y participación que derivaban de la legislación vigente al momento de los hechos. Había que establecer si los procesados que emitieron tales órdenes eran o no eran responsables de los delitos imputados, y en su caso bajo cuál forma, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos habría realizado personalmente las acciones prescritas en los tipos penales. La acusación atribuía responsabilidad en carácter de *autores mediatos*,

---

<sup>162</sup> BERTONI, A. (2007) 25–36. (BERTONI es miembro de la Comisión Preparatoria de las “Reglas de Procedimiento” y “Elementos de los crímenes” para el Estatuto de Roma; Teaching Fellow del Human Rights Institute, Columbia University School of Law.)

derivada del Código de Justicia Militar y del Código Penal, donde se extiende la pena prevista a quienes hubieran *determinado* a otro a cometerlo. Dijo la sentencia:

*“... a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello es así, pues sean o no responsables quienes personalmente realizaron los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre estos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.”*

Los jueces de Perú tuvieron que realizar similares y crecientes consideraciones en los casos de los líderes del grupo subversivo Sendero Luminoso y del expresidente de la República Alberto Fujimori; aplicaron las diferentes figuras teóricas de atribución de la autoría, como son las de coautoría impropia y de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, dentro de la característica dificultad propuesta por la escasez de descripción de las normas sustanciales sobre autoría y participación en el derecho penal.

La Corte Suprema de Justicia de Perú, en sentencia del 7 de abril de 2009,<sup>163</sup> condenó al expresidente Fujimori por homicidio y otros delitos contra numerosas personas, realizados por *integrantes del Destacamento Colina (Casos Barrios Altos y La Cantuta)* y *del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE)*, como

---

<sup>163</sup> Corte Suprema de la República de Perú, N° AV 19-2001, 7- 04- 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE.

*responsable a título de autoría mediata por dominio de la organización, porque desde la cúspide del Estado impartió las órdenes para la ejecución de los hechos.*

Además de tener establecido que la *autoría mediata* se concreta cuando el hecho punible se realiza por medio de otro, reconoció que uno de los supuestos de expresión de la autoría mediata se presenta cuando un superior aprovecha los sujetos que se le encuentran subordinados en un aparato organizado de poder, de tal suerte que por esa vía mantiene objetivamente el dominio del hecho –autoría mediata por dominio de la organización–; que esta última se sustenta en dos elementos esenciales: la existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores; que el acusado tuvo una intervención vertical en los delitos imputados, en los que se dio una división de funciones y una línea jerárquica en la organización, en cuya cúspide se encontraba.

También en Colombia el texto de la ley es muy escueto, como hemos visto, lo que ha llevado a la proposición de variadas y a veces confusas formas de interpretarlas. En esta providencia se procura sistematizarlas, siguiendo el sendero propuesto por la doctrina internacional para distinguir entre las distintas formas de intervención en el hecho, y precisándolas cuando se hace necesario.

### ***b. Posiciones discrepantes***

Es natural que estas construcciones doctrinales no satisfagan a todos los estudiosos y teóricos. Varios autores hacen reparos a esta forma de explicación de la autoría.<sup>164</sup> ALICIA GIL GIL opina que todo miembro de la cadena de mando debe ser considerado inductor. Es decir, Debe ser “considerado autor” como ficción legal, sin serlo, según al art 28 CP español. En nuestro concepto, si uno de esos miembros no transmite la orden ilícita, no se realiza el núcleo típico; por contrapartida, si la transmite, se realiza el núcleo típico; es decir, él también comete el delito, es un autor por la naturaleza de su acto, no por ficción legal.

GÜNTHER JAKOBS, no comparte el concepto de coautoría en aparatos de poder.<sup>165</sup> Considera que Fujimori, como Eichmann, no dominaban instrumentos (organizaciones) con forma de seres humanos, sino que trabajaban con personas responsables, aunque corruptas. Fujimori era un autor intelectual, como lo conocía la doctrina desde Feuerbach (1830),<sup>166</sup> o un inductor equiparable a autor.<sup>167</sup>

Frente a ellos, se puede contestar que el sólo concepto de inducción es muy débil, no-comprometido, accesorio, menos reprochable, a pesar de que por el contrario su incidencia es de mayor envergadura en la realización de los actos de la organización. Para las víctimas, por ejemplo, es claro que los ejecutores “sólo” ejecutan, el verdadero peso está y debe ser deducido

---

<sup>164</sup> ALICIA GIL GIL, A. (2009) 68.

<sup>165</sup> JAKOBS, G. (2007) 104.

<sup>166</sup> Es destacable que JAKOBS reivindica la diferenciación entre autoría intelectual y autoría física, como formas de coautoría. Dentro del entendimiento que se hace en esta sentencia, también podría enunciarse que lo que se da en este caso es una autoría intelectual, sin que esta terminología le restara rigor jurídico o dogmático a la decisión; es decir, la adopción de categorías para explicar los fenómenos es puramente convencional, y solo se debe buscar que sea útil e ilustrativa.

<sup>167</sup> GIL GIL, a. (2009) 66, da una larga lista de destacados autores españoles que no la comparten.

en los organizadores, planeadores, aseguradores de los medios y del control, etc., de modo que el concepto de realización no se debe limitar al acto ejecutivo final sino que debe comprender toda su génesis objetivamente comprobable hasta su culminación, sin vulnerar el principio *cogitationis nemo poenam patitur*.

Afirma JAKOBS que los ejecutores en el aparato no son instrumentos, porque actúan de manera responsable; por lo tanto el que da la orden no es autor mediato, porque no puede decidir en último lugar sobre la realización del tipo. Para fundamentar la coautoría en estos casos, desecha la crítica de que en el autor intelectual falta el dominio de la acción en la realización del tipo; en realidad, dice, en toda coautoría ese dominio solo está en una fracción de los coautores, pero el coautor responde por toda la ejecución porque su aporte parcial lo hace co-responsable de la totalidad de la obra.

En su opinión todo esto no es más que el viejo problema de la accesoriedad en la conducta punible, nada diferente al problema de la participación. El autor intelectual es un coautor de los autores físicos, y no solo por el empleo de un aparato organizado de poder.

Por otra parte, contra la aplicación para estos casos de la coautoría, se ha dicho que falta la resolución común para el hecho. Pero, dice JAKOBS, la secuencia "*yo, superior, ordeno que un subordinado asesine a X*", hasta "*yo, subordinado, asesino a X en cumplimiento de esa orden*", puede ser una manera de determinación común del hecho. Es una división del trabajo puramente objetiva, sin que el superior sepa si está incitando, o a quién está incitando. Si una persona intermedia mantiene a la víctima en el lugar

donde después el ejecutor cumple su tarea sin saber siquiera que ese intermedio ayudó en algo, de todas formas el intermedio responde si su aporte ha sido significativo. Si ese aporte tiene un significado social para el éxito de la ejecución, responde aunque no haya habido una determinación común para el hecho.<sup>168</sup>

Es decir, quien presta un aporte para que pueda ser utilizado en la comisión de un delito, participa en ese delito; también lo comete quien actúa con base en ese aporte, aunque lo valore como algo originado naturalmente. En el caso de Fujimori, para JAKOBS era evidente que otras personas, responsables, iban a anudar sus comportamientos a esas órdenes, y a los ejecutores les era claro que un superior había dado la orden. A todos, tanto a los intermedios como a los ejecutores, se los puede considerar conjuntamente dentro de un acuerdo común, *"acuerdo que al fin y al cabo tampoco es obligatoriamente necesario para la coautoría"*.<sup>169</sup>

Esta manera de entender el problema tiene la ventaja de destacar la igualdad jurídica de los partícipes, y no se queda en la dinámica de lo realizado fácticamente por cada uno. En su concepto, la figura de la autoría mediata mediante el uso de un aparato de poder organizado deja de lado esa dependencia objetiva y recíproca entre todos ellos en los delitos de organización.

---

<sup>168</sup> JAKOBS admite así la coautoría aunque no haya acuerdo común (compartido en el tiempo, simultáneo) para la realización de la conducta.

<sup>169</sup> JAKOBS, G. (2007) 111.

Pero Fujimori tenía además la connotación de ser no un simple jefe de banda, sino un de garante de los derechos de las víctimas. Por ello responde como garante que no cumplió sus deberes, y como autor, porque los deberes eran personalísimos de él. No solamente toleró los hechos, sino que los co-organizó, como actividad funcional [oficial], no privada. Su delito es de infracción al deber, nombre bajo el que se esconden varios tipos: lesión del deber de no dañar, lesión del deber de procurar un determinado bienestar. Es decir, lesión de deberes negativos y de deberes positivos. Los deberes positivos son conocidos en las posiciones de garante, o en la responsabilidad del superior. No se limitó a organizar algo como coautor o como autor mediato mediante un aparato organizado de poder, sino que actuó como un servidor especialmente obligado.

En resumen, identificar a un interviniente como autor permite asignarle responsabilidad jurídica completa,<sup>170</sup> en la forma del inductor en el derecho alemán, o como autor intelectual y autor físico según la dogmática de la primera mitad del siglo XIX.

El ilícito es realización de un tipo penal, la que no tiene que ser de propia mano si nos alejamos del paradigma del autor individual. La ejecución pertenece a cada persona

---

<sup>170</sup>En el Derecho colombiano esto no significa dificultad alguna, si entendemos que la palabra *interviniente* en ese sentido se está usando como autor, coautor, autor mediato, coautor mediato, por acción o por omisión, determinador-inductor, que tienen la misma pena, mas no como el “interviniente” del artículo 30-4 C.P. que se refiere al autor de una conducta con sujeto activo propio pero realizada por quien no tiene la calificación especial requerida.

que ha realizado un aporte con el sentido social de que sea transmitido hasta la ejecución final.

Fujimori, mediante su comportamiento omisivo o activo, es autor de los delitos iniciados por él, o incluso únicamente tolerados por él. *"Las figuras jurídicas de la "coautoría" o de la "utilización de un aparato organizado de poder desvinculado del Derecho" no son necesarias para el enjuiciamiento de su conducta; más aún: se desvían de sus lesiones al deber funcional, de manera que ni siquiera nos sirven de ayuda."*<sup>171</sup>

JAKOBS, entonces, enuncia una forma de autoría diferente: *por alejamiento de un deber funcional*, es decir, por lesión de un deber. Pero eso hay que entenderlo dentro del cuadro dogmático convencional que comparte con ROXIN y otros autores extranjeros, donde incluyen las categorías mencionadas de *delitos por organización* y *delitos por lesión de deberes*, por ejemplo, donde entre los últimos caen los de infracción de los deberes de garante.

En nuestro concepto, todas las categorías expuestas son solo construcciones dogmáticas de poco efecto práctico si no se les deriva diferencia punitiva, como no se hace actualmente en Colombia; pero son útiles como medios de explicación coherente del tema y para la aplicación uniforme del Derecho penal, por lo que conviene utilizar el

---

<sup>171</sup> Jakobs, G. (2007) 114.

concepto de *Aparatos organizados de poder*, con las actualizaciones necesarias según lo vayan imponiendo los casos concretos.

### **c. Recepción en Colombia**

La Corte Suprema de Justicia de Colombia acudió a la utilización del concepto de *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, en la sentencia 32.805, caso de responsabilidad penal de un civil ex Senador de la República que conoció con anticipación y compartió o prohijó la masacre paramilitar que se preparaba en Macayepo, la que se verificó días después. Dijo en esa ocasión:

*“En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena.*

*Esa solución frente al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas brindadas por la Corte en otros asuntos conocidos con anterioridad<sup>44</sup> y resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina<sup>45</sup> y la jurisprudencia<sup>46</sup> foráneas aplicadas a fenómenos similares.*

*La Sala ha precisado que cuando se trata de delitos cometidos por grupos paramilitares la responsabilidad se determinará de acuerdo con la prueba y podrá declararse, “...a título de autor<sup>47</sup> o de partícipe<sup>48</sup> según las*

*particularidades de cada caso<sup>49</sup>, supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado.”*

*En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones guerrilleras.*

*Los comentaristas proclaman que dichos individuos estrictamente no son coautores ni inductores y proponen que su responsabilidad se edifique a partir de la autoría mediata, teniéndose como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jefes que ordenan el crimen.*

*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 aquélla **con instrumento responsable**.*

*En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta, “... 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”<sup>50</sup>.*

*Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados<sup>51</sup>, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad. ...”*

*En estos supuestos la criminalidad puede incubarse dentro de **aparatos estatales** -casos EICHMANN, funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar y capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio, Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín-, o en **estructuras propiamente delincuenciales** -caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la*

*masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho-.52”*

**44** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca); y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra).

**45** HÉCTOR OLÁSULO, «Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional», Barcelona, Indret -Revista para el Análisis del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, julio de 2009, quien advierte que la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en los casos LUBANGA, KATANGA y NGUDJOLO, el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER): (i) acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación; y (ii) configura la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal conjunta (ECC) de las recogidas en el art. 25 del ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 del ER) como una forma residual de complicidad. Véase también, SILVANA BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 35 y ss.

**46** Véase sentencia contra ALBERTO FUJIMORI donde: (i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) **no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo.** Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas (Véase Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE). Los anteriores fundamentos fueron confirmados en el fallo de segunda instancia (Ver Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de 30 de diciembre de 2009).

**47** En el proceso adelantado contra los miembros de las Juntas Militares que gobernaron a Argentina (1976- 1983), el fiscal TRASSERA y la Cámara Federal imputaron autoría mediata

con instrumento fungible pero responsable (Teoría de ROXIN y BACIGALUPO), pero la Corte Suprema de la Nación condenó por coautoría (Teoría de JAKOBS). En Chile, se aplicó la primera teoría contra los militares y los Directores de la DINA, y contra PINOCHET el encausamiento fue por comisión por omisión al tener calidad de garante. Y en Perú, se aplicó por primera vez la propuesta de ROXIN en la causa adelantada contra la cúpula de Sendero Luminoso por los hechos de la masacre de Lucanamarca y más adelante -como ya se anotó- en la sentencia dictada contra el expresidente ALBERTO FUJIMORI.

**48** En la doctrina desarrollada por GIMBERNAT se considera que en los crímenes cometidos por una banda serán inductores quienes dan las órdenes, autores los ejecutores del hecho y cómplices los que transmiten el mandato.

**49** FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, «La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder. A propósito de los crímenes realizados por las estructuras criminales de los paramilitares colombianos», fotocopias, sin fecha, p. 35. **Es posible que respecto de los miembros de la autoridad se edifique responsabilidad penal a partir de la denominada omisión impropia, como ocurrió en las masacres de Tibú (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 14 de noviembre de 2007, radicación 28017) y Mapiripán (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 26 de abril de 2007, radicación 25889 y Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01), oportunidades en las que se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, con ello, responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión.** (Se resalta).

**50** Por ejemplo, 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.

**51** También referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.

**52** CLAUS ROXIN, impulsor de esta modalidad de autoría mediata, precisa que ella se puede presentar tanto en delitos cometidos por órganos del Estado como por la criminalidad organizada no estatal, mas excluye los casos de criminalidad empresarial (*La autoría mediata por dominio en la organización*, en *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 238).

En general se acepta fácilmente la existencia de la autoría mediata por actos positivos del acusado; un poco más complejo resulta el concepto de autoría mediata por actos omisivos. Sin embargo, debemos recordar que para el Derecho las consecuencias de la acción y la omisión son equivalentes.<sup>172</sup> Y se reitera lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sus notas al pié 46 y 49: ya las Cortes habían elaborado el concepto, y la doctrina lo ha registrado, de que es posible, respecto de las autoridades, edificar la responsabilidad penal a partir de la *comisión por omisión*, en casos como los de las masacres de Tibú (sentencia 28017) y Mapiripán (sentencias 25889 y SU-1184/01), oportunidades en las que se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, como no se pudo demostrar su participación activa pero sí que incumplieron sus mandatos de evitación, procede su responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión.

#### ***d. Coautoría mediata en el Estatuto de Roma.***

Probablemente como resultado de las varias y diferentes dificultades en los tribunales internacionales ad hoc sobre las formas de atribuir autoría o participación en el delito, ya en el Estatuto de Roma se regula explícitamente “la comisión de un crimen a través de otra persona, independientemente de si esa otra persona es criminalmente

---

<sup>172</sup> “El delito de *comisión por omisión* y el delito de *comisión*, tienen en común el causar el resultado deseado por el culpable; pero se diferencian por cuanto dicho resultado se realiza no mediante una acción, sino mediante una omisión” (12.1.2, sub-apartado 1, a); y “tanto la *comisión activa* como la *comisión por omisión* son un juicio de imputación legal, no una resultante de la causalidad natural” (12.1.2, sub-apartado 1, c *in fine*).

responsable”, lo que implica que éste puede ser o no ser responsable, y ello no afecta la calidad de autor indirecto de quien es señalado como tal.

“De acuerdo con esta previsión, para que un líder superior civil o militar cometa un crimen (y siendo así principal o perpetrador del crimen) no tiene que realizar personalmente los elementos objetivos del crimen; es suficiente que sean realizados físicamente por la persona que él usa como instrumento para hacer que el crimen sea cometido”<sup>173</sup>

Esto ya nos muestra cómo la autoría individual indirecta a través de personas responsables deja de ser un tema extraño en los casos de los que conoce la Corte Penal Internacional, los que siempre son delitos atroces y masivos. De ahí pasa a la autoría colectiva indirecta, en el concepto de dominio (control) del delito, en palabras de la Sala I ante-Juicio en la confirmación de cargos en el caso contra Thomas Lubanga, comparándola y combinándola con la noción de coautoría basada en el control conjunto del crimen, que viene a ser nuestra *coautoría impropia* en cuanto se realiza a través del control o dominio funcional del hecho:

“se basa en el principio de división de las tareas esenciales para el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas que actúan de manera concertada [...] Aunque ninguno de los participantes tenga el dominio total del delito

---

<sup>173</sup> OLÁSULO, H. (2009) 109.

porque dependen de otro para su comisión, todos comparten el dominio porque cada uno de ellos podría frustrar su comisión dejando de realizar su tarea”<sup>174</sup>

La misma Sala concluyó en la no aplicación de la coautoría mediata en su variante de Aparatos organizados de Poder en el caso de Thomas Lubanga en el conflicto armado de la República del Congo, porque aunque éste era el jefe militar de una de las poderosas facciones en lucha en la época de los hechos investigados, fue claro que su jerarquía y control de las acciones no era suficientemente consistente, hasta el punto de que las disputas internas en su ejército llevaron a que miembros del estado mayor y el mismo jefe de estado mayor ordenaran operaciones militares sin el conocimiento de Lubanga; la ausencia de una clara relación de jerarquía vertical entre el acusado Lubanga y sus altos oficiales aparentemente envueltos en los crímenes no permitían considerar intercambiables los miembros de su fuerza armada bajo el dominio del acusado.<sup>175</sup>

La corte penal internacional en su Sala ante-Juicio I en el caso de Lubanga ha hecho aplicación de la coautoría basada en el control conjunto teniendo en cuenta la aplicación de los elementos objetivos, i.e. el acuerdo o plan común y la contribución

---

<sup>174</sup> Lubanga case (Pre Trial Chamber I Decision on the Confirmatio of charges) ICC-01/04-01/06 (29 Jan 2007) para 332, en: Olásolo (2009) 265.

<sup>175</sup> OLÁSULO, H. (2009) 292. En cambio la Sala encontró responsable a Lubanga en aplicación de la coautoría por dominio conjunto del crimen basada en los elementos objetivos de acuerdo común y aporte esencial, la que aquí llamamos *impropia*. El autor precisa que esa decisión presenta dos dificultades: la no identificación de quiénes serían los otros coautores, y que el acuerdo no implicaba la comisión de determinados crímenes, sino la creación de un cuerpo de guardas o escoltas con reclutas menores de 15 años.

esencial, y la aplicación de los elementos subjetivos, entendidos como que Lubanga y los otros miembros del plan común todos compartieron la conciencia de que en el curso ordinario de los eventos la implementación del plan común incluiría el reclutamiento, voluntario o forzado, de menores de 15 años de edad, y que tales reclutas participarían activamente en operaciones militares y como escoltas para proteger objetivos militares, y también compartieron la aceptación del resultado, adaptándose a él o perdonándolo. Más aún, de acuerdo con esta sala, Lubanga era consciente de 1. El rol específico que él jugaba dentro de la dirección de su grupo, 2. Su rol de coordinación del plan común para el cumplimiento de los planes de guerra de ese grupo, 3. La naturaleza esencial de su rol y 4. Su posibilidad de frustrar la implementación del plan común rehusándose a cumplirlo.

Como resultado la sala respondió afirmativamente la pregunta de si la noción de coautoría basada en el control conjunto del crimen podría aplicarse en este caso. Confirmó los cargos porque había suficiente evidencia para establecer bases sustanciales para creer que él tuvo el control conjunto sobre los crímenes y era penalmente responsable como autor bajo el art 23- 5- a del Estatuto de Roma.

Estudió la Sala la noción de coautoría indirecta que se compone de una aplicación combinada del control conjunto y las AOP Sin embargo, debido a las disputas internas dentro de su grupo que llevaron incluso a que miembros del estado mayor o el mismo jefe de estado mayor ordenaran acciones militares sin el conocimiento de Lubanga, no

se podía reconocer la existencia de la AOP con su elemento de jerarquía interna estricta.<sup>176</sup>

Para resumir su observación de las formas de coautoría aplicadas en la CPI, Olásolo titula: Coautoría indirecta: aplicación conjunta de las nociones de AOP y control conjunto. Reconoce el camino surtido en la CPI por el concepto de coautoría indirecta (mediata), sin que sea aun totalmente consolidado. En los juicios a las Juntas y el de la frontera alemana, las cortes aplicaron la noción de autoría indirecta en su variante de AOP, para condenar a los líderes por los delitos acusados. Fueron condenados porque actuaron dentro de una organización que ellos controlaban aunque no sabían quiénes implementarían las órdenes. Resalta que la sentencia del 31 de julio de 2003 del TIPY en el caso Stakic, constituye el primer ejemplo internacional de cómo las dos manifestaciones de coautoría, control del crimen y coautoría indirecta en su variante AOP, pueden ser aplicadas combinadamente para superar los defectos inherentes a la aplicación separada de ellos. Esa sentencia usa la expresión coautoría para referirse a la aplicación conjunta de AOP y control conjunto.<sup>177</sup>

De la sentencia en ese caso se deduce la combinación de las dos nociones, y se pueden formular de manera general los elementos objetivos y subjetivos

---

<sup>176</sup> Ib., 295

<sup>177</sup> Ib., 302

componentes;<sup>178</sup> cuando abstraemos del caso serbo-bosnio contra croatas y musulmanes de esa sentencia, los elementos objetivos resultan ser:

- a. Coautores, entendidos como los asociados del acusado.
- b. Finalidad común, como el objetivo general del plan adoptado, más allá del plan criminal concreto y de los coautores de la acción concreta.
- c. Acuerdo o aceptación tácita, como resultado de compartir la finalidad común y convertirla en acciones concretas para su implementación.
- d. Cooperación coordinada, en la que se cristaliza la contribución de cada uno de los coautores durante la implementación conjunta del plan. La corte separó dos conceptos como sus componentes: la cooperación coordinada de entre los diferentes coautores para la ejecución del plan, y el control conjunto sobre la conducta criminal. Esos diferentes coautores corresponden a las varias subestructuras que toman parte en los hechos.
- e. El control conjunto de la conducta criminal se refiere al poder de cada coautor de completar y así asegurar el éxito de la acción criminal, en cuanto tiene la posibilidad de no cumplir, rehusarse y así impedir la continuidad y alcance del resultado criminal propuesto.
- f. La autoridad del acusado individual, sopesada dentro del conjunto y con respecto a la subestructura sobre la que ejerce control.

---

<sup>178</sup> Ib., 311

Por su parte, los elementos subjetivos resultantes son:

- a. Mens rea o intención criminal para el delito específico atribuido, que debe estar presente como componente que es exigido tanto en la coautoría por control conjunto como en los AOP.
- b. Conciencia de la probabilidad sustancial de que habrá un resultado criminal, como componente inescapable de la coautoría por control conjunto que se refleja en la coautoría por AOP en la aceptación expresa o tácita del plan.
- c. Conciencia del coautor de la importancia de su propio rol y por lo tanto de su posibilidad de frustrar el plan criminal con su decisión individual de no cumplirlo.

***e. Precisión necesaria: estructuras ilícitas conformadas en los aparatos legítimos organizados de poder, y su permanente alejamiento del orden legal***

En nuestra opinión es necesario precisar el lenguaje y el significado de estos elementos pues el lenguaje ambiguo se ha prestado para confusión y para la presentación de interpretaciones distorsionadas de las providencias que se han servido de ellos.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> El objetivo de esta aclaración es contrarrestar la desinformación que se fomenta en la opinión pública por los defensores de las fuerzas estatales cuando se oponen a la persecución y condena de sus miembros involucrados en acciones colectivas y repetitivas ilícitas; airean como grave error de la justicia el considerarlos como Aparatos delictivos a pesar de que son los legítimos defensores de la institucionalidad

La experiencia histórica enseña que dentro de las instituciones establecidas por la ley, a las que les está reconocido el uso legítimo de la fuerza, se presenta en ocasiones el ejercicio ilícito de sus atribuciones por parte de grupos, *ad hoc* o con alguna permanencia, conformados entre sus componentes.

Un *Aparato Organizado de Poder* no es por sí mismo un concepto peyorativo, sino simplemente una descripción de cómo se realiza la función pública a través de organizaciones, y se utiliza específicamente en el ámbito penal para señalar las instituciones que tienen legalmente autorizado el ejercicio de la coerción y la coacción, incluso con el uso de la fuerza y de las armas.

Eventualmente, dentro de las organizaciones legítimas, hay servidores públicos que optan por realizar actos preparativos, consumativos o encubridores de conductas punibles, conformando así una *estructura ilícita* incrustada en el aparato legítimo. Se pueden presentar muchas variaciones en sus características, como la permanencia del grupo en el tiempo, la permanencia de las personas componentes, los niveles de la jerarquía involucrados, el grado de aceptación de los motivos, los objetivos, los mecanismos de acción, el nivel de detalle de la planeación, la frecuencia de su puesta en acción, la clase de ilícitos a realizar, entre otros.

Su existencia y características salen a luz pública solo ocasionalmente, por sus resultados, y no resultan expuestos sino en la medida en que una investigación lo

requiera y sea exitosa, o en que sus integrantes las revelen, por variedad de causas. Muchas veces permanecerán incógnitas.

Por otra parte, también enseña la realidad –como en Colombia-, que se han creado organizaciones permanentes al margen de la ley con alto nivel de estructuración y estricta jerarquía, con objetivos de manejo de poder político, o de componentes del poder político como son el control económico o territorial, llámense guerrillas, autodefensas, paramilitares, bandas criminales “bacrim”, etc., los que en su totalidad son *aparatos ilícitos organizados de poder*.

No cabe duda de que la realidad obliga a adaptar las instituciones y su hermenéutica para la debida intervención de la jurisdicción, como nos lo demuestra aquí la necesidad de flexibilizar la interpretación que los mismos doctrinantes le han dado a su concepción original de esta figura jurídica. Esto nos comprueba que la realidad es el criterio de verdad, y que la realidad es la que dicta las formas de entender las escuetas normas de la ley positiva sobre autoría mediata.

#### ***e. Revisión de los elementos del concepto Aparatos Organizados de Poder***

Es necesario revisar la doctrina en algunos aspectos que se han prestado a especial debate. Recordemos que se identifican unos elementos componentes de esta figura: 1) Existencia de un aparato de poder estructurado, 2) Jerarquía rígida entre sus niveles, 3) Alejamiento del orden jurídico, 4) Intercambiabilidad de los ejecutores, 5) Alta predisposición de los ejecutores a la realización de las órdenes ilícitas.

En cuanto al elemento 3), se ha discutido sobre la duración o permanencia de ese Apartamiento, Desvinculación o **Alejamiento del orden jurídico**. Se debe partir de que todo Estado se manifiesta mediante un orden normativo interno que elabora y adapta progresivamente según sus propias opciones y medios legislativos, pero ese orden no es completamente autónomo sino que se encuentra estrechamente vinculado al Derecho internacional, desde el momento mismo en que uno de los requisitos para considerarse Estado es el reconocimiento internacional. La consecuencia es que hay un Derecho Internacional mínimo que forma parte del orden jurídico nacional porque se incorpora automáticamente al Derecho interno del Estado nacional.

Se ha interpretado que el alejamiento del orden jurídico significa que el aparato de poder se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico, es decir, que opera en *constante antijuricidad*. Esta es una característica que se debe reevaluar y que si se encuentra que no es tan constante debe definirse si se sigue aplicando en general esta figura.

En primer lugar hay que tener en cuenta que desconocer o alejarse del Derecho no significa dejar de estar sometido a él; su vulneración hace a los autores pasibles de las consecuencias que les acarreen el orden jurídico interno del Estado y el Derecho Internacional. Aún los titulares del poder en Estados totalitarios están sometidos a un orden jurídico. Dice la Corte peruana citando a ROXIN:

“Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en realidad no surte el efecto de contener el poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.”<sup>180</sup> Y también, “porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos.”

Luego hay que revisar la solidez de este requisito de *constante antijuricidad*. En aquella sentencia de 30 de diciembre de 2009 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, caso Fujimori, se insiste en que el aparato organizado de poder tiene como requisito que *su apartamiento del Derecho debe comportar una “constante antijuricidad”*, en el sentido de que esté dedicado de manera previa y sostenida a cometer delitos, y que se mantenga antes y después del hecho concreto que se investiga, pues solo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho las órdenes ilícitas tienen fuerza vinculante con los órganos ejecutores y se cumplen “automáticamente”.

---

<sup>180</sup> ROXIN, C. (1998) 277.

Teniendo claro que son diferentes las *políticas*, las *instrucciones* y las *órdenes*, en línea descendente de generalidad, pasa a decir que no con un solo delito, o no con cualquier delito, o no en un determinado delito, se configura el aparato organizado de poder, porque no toda orden emitida en el marco de organizaciones fundamenta una autoría mediata.

Esto permitiría afirmar que en casos como el del comandante acusado no es procedente aplicar la figura de aparatos organizados de poder, porque a ese aparato le falta la característica de *permanencia* en la ilicitud o *constante antijuricidad*.

Ante las críticas a varios aspectos de su teoría, ROXIN introdujo en 2006 algunas aclaraciones para ratificar su validez, la que se puede dar por mayoritariamente aceptada. Sobre el punto de que el aparato de poder se haya apartado del Derecho, precisó que no tiene que ser en todo sentido, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados. Por ejemplo, el aparato estatal nazi actuó en muchos campos del Derecho vigente perfectamente válidos, pero la “solución final” de la cuestión judía era completamente apartada del Derecho, a pesar de que fue adoptada “legalmente”. Considera que no se hubiera llegado al exterminio con sólo delitos de individuos, sino que se necesitó de un gran aparato que buscara ese objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes.

*“El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo (“desvinculado del Derecho”)*

*[rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás”.*<sup>181</sup>

Pues bien, creemos que es hora de adoptar una posición diferente sobre este punto, ya que el concepto, tanto el original como el aclarado, de ROXIN y sus seguidores, tomado inflexiblemente en ese tenor literal, no aporta una interpretación suficientemente útil para todos los casos, por lo cual debe ser actualizado según las enseñanzas de la experiencia real y concreta. Por eso hemos precisado que es posible que no todo el aparato organizado de poder intervenga en la autoría mediata del delito, sino que sólo se involucre una *estructura ilícita incrustada* en ese aparato legítimo.

Aquel pasaje de la sentencia de la Corte Suprema del Perú pudo ser correctamente formulado y aplicado para los hechos de su caso individual, pero debe ser considerado con todo detenimiento ante cada realidad concreta, pues aplicado de esa manera literal y estricta implicaría que si no se prueba que ese aparato existía de manera permanente para realizar delitos continuamente, al menos en una de sus políticas o subsistemas, no sería un aparato organizado de poder, y por su intermedio no podría atribuir autoría mediata.<sup>182</sup> Por eso hemos escuchado en Colombia al mismo egregio profesor, y a numerosos seguidores, afirmar que en casos como el de condena a un importante militar

---

<sup>181</sup> ROXIN, C. (2006) 17.

<sup>182</sup> Ib., 19. Al respecto ROXIN expuso el caso de los disparos en el muro de Berlín: en la Alemania comunista o República Democrática Alemana existían innumerables políticas lícitas, pero había una ilícita, la de disparar a muerte a sus ciudadanos que intentaran cruzar el muro para pasar al sector capitalista o República Federal Alemana. Una vez reunificada Alemania, altos dignatarios del Estado socialista fueron juzgados por esta política como autores mediatos a través de aparatos organizados de poder.

en la toma del Palacio de Justicia de Colombia no se puede aplicar el concepto de aparatos organizados de poder, y con ello se afirma la incorrección de una sentencia ya dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.<sup>183</sup>

En otros casos se puede encontrar que un Ejército legítimo, como el de Colombia, normalmente cumple plenamente los mandatos constitucionales, pero que una unidad en una operación específica puso en acción una limitada estructura ilícita que se alejó del orden jurídico y realizó una conducta delictiva.

Por lo tanto se hace necesario modular el concepto del *Alejamiento del derecho*, entendido como una conducta fija y permanente. Lo que se encuentra frecuentemente es el ejercicio legítimo de la función militar, dentro de la cual surge una estructura interna que se aparta del derecho, compuesta por algunos miembros o de algunas funciones del aparato de poder, mas no por todos ni en todo su funcionamiento. No habiendo prueba en contrario, se debe presumir que en el funcionamiento de la unidad militar la regla es la legalidad, y que la antijuridicidad es la excepción.

El alejamiento permanente del derecho es real en los aparatos ilícitos organizados de poder, como los ejércitos subversivos, los paramilitares, las bandas criminales organizadas. Pero es muy difícil en la realidad enrostrar esta característica a un aparato civil o militar de origen legítimo.

---

<sup>183</sup> Proceso 10010704003200800025 09, v. Co. Luis Alfonso Plazas Vega, caso del Palacio de Justicia.

De otro lado, es importante exponer que las características predicadas de los ejecutores finales de la conducta delictiva, 4) **fungibilidad** o intercambiabilidad, y 5) **alta predisposición al acto**, que les garantiza a los autores en la cúspide la realización del resultado criminal y finalmente el dominio del hecho mediante el dominio de la organización, deben ser predicables también de los eslabones intermedios de la cadena, no solo de los ejecutores.

El ejecutor es un elemento sustituible en cualquier momento, pero ocupa un papel central en la materialización de los ilícitos. Esa condición redundante en la seguridad de realización del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo suficiente de potenciales ejecutores. En un caso concreto se puede demostrar que en efecto se presenta la fungibilidad de ejecutores, con disponibilidad para la realización del hecho en diferentes grados de convicción, elevada en unos y renuente en otros. Por ejemplo, un militar puede manifestar inmediata o posteriormente su preocupación y decepción con los casos de abuso que pueda observar; eso deja patente que en principio los miembros del aparato legítimo de poder tienen una formación de respeto por el principio de humanidad, y que solo algunos lo violan y merecen el repudio de sus propios compañeros. La predisposición a la realización del hecho ilícito, o *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho*, es un factor eminentemente subjetivo resultante de una motivación eficaz que se hace servir de justificación de la conducta delictiva, lo que puede transformar a millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos fatales, como se observa cuando se promueve

la fanatización alrededor de determinadas ideas, políticas en este caso. Así sucedió en Colombia y en otros países con la manera de enfrentar a la subversión. Es el mismo fenómeno que subyace a las persecuciones colectivas, como las étnicas, raciales, religiosas, etc.<sup>184</sup>

Ahora bien, podría pensarse que dentro de la ley y la doctrina colombiana bastaría con acudir a la regulación de la autoría del comandante militar como *partícipe*, en la modalidad de *determinador* que prevé el artículo 30, ya que el efecto punitivo es el mismo. Aunque este ha sido el camino socorrido y expedito para muchos casos similares, es importante hacer todas las anteriores precisiones teóricas para darle completa claridad a la situación y al argumento de reproche, pues muchas veces las palabras son arquetipos de las cosas y tienen una cierta fuerza explicativa y de convicción que debe ser suficiente para el destinatario y para todo lector de la providencia; las palabras *determinador*, *inductor* o *instigador* no representan el nivel y gravedad de compromiso de la conducta que se le atribuye al *autor*, sino que sugieren que jugó un papel secundario o menos grave que el del ejecutor material, percepción que en la mayoría de los casos no se ajusta a la realidad ni a la convicción que surge de

---

<sup>184</sup> Especial énfasis en este punto hace Miren Odriozola-Gurrutxaga (2015) 15, el que hemos podido comprobar en hechos concretos de desaparición forzada de personas, como en el caso contra el General Arias Cabrales por los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, 1985.

la apreciación conjunta de los hechos y sus pruebas aportadas al proceso. Con razón así lo registra OLÁSULO.<sup>185</sup>

**f. Resumen Teórico**

En fin, la regulación legal colombiana sobre la autoría, como en general en los códigos penales, es simple y lacónica, y dentro de su sencillez permite el acomodamiento de las variadas formas de interpretarla, sin que optar por una u otra forma tenga los efectos trascendentales o cismáticos que a veces parece quisieran darles los publicistas cuando se habla de *aparatos organizados de poder o estructuras permanentes jerarquizadas al margen de la legalidad*.

Si la ley habla de *autor* y de *coautor*, es solamente porque la realidad enseña que muchas veces la conducta es realizada por más de un delincuente. Cuando la ley prevé que se puede realizar la conducta por sí mismo o por intermedio de otros, no impone que esos otros necesariamente sean *instrumentos ciegos*; por lo tanto cabe la existencia de “instrumentos” responsables y de instrumentos no responsables.

Cuando el autor es plural, puede haber diferentes formas de relacionarse entre ellos: con intensa o con débil ideación conjunta del objetivo criminoso, o con ideación por unos y ejecución por otros; con jerarquías sólidas y duraderas, o débiles y temporales.

---

<sup>185</sup> OLÁSULO, H. (2013) 189.

Que entre los coautores haya algún tipo de liderazgo o jerarquía tampoco es anatema para la ley.

Podemos diferenciar claramente la coautoría directa que muestra liderazgo o jerarquía interna débil, donde por lo tanto los coautores tienen algún poder de intervención para establecer el plan criminoso, de la coautoría mediata a través de estructuras ilícitas incrustadas en aparatos legítimos de poder, en las que la jerarquía es rígida e incuestionable y aunque no todos los niveles participen en la adopción del plan criminoso, todos los aportes son importantes para el objetivo final.

Las características que en la doctrina se les señalan a las múltiples maneras de combinarse los anteriores elementos, no son camisas de fuerza para la jurisdicción. Las categorías nominadas tienen muchas veces fronteras ambiguas e incluso artificiosas. Por lo tanto separarse de ellas no puede ser visto como una vulneración del debido proceso ni como un yerro de juzgamiento, sino como el mejor encuadramiento que se encuentra en la ley para el caso concreto, siempre que se respeten las formas escuetas previstas en la ley y se observen los principios fundamentales del Derecho penal, principalmente el de atribuirle al acusado solo lo que se puede afirmar que es *su hecho*, como siguiendo a HEGEL lo recuerda REYES ALVARADO.<sup>186</sup>

Como se ha expuesto en los anteriores párrafos, las figuras necesarias para exponer las formas de autoría son simples representaciones intelectuales de las formas de los

---

<sup>186</sup> REYES ALVARADO, Y. (2005) 4.

fenómenos delictivos en la sociedad. No son creaciones o ficciones inamovibles de los doctrinantes nacionales o extranjeros, ni son estructuras ontológicas, ni categorías ideológicas inmutables dentro de las que obligatoriamente se deban presentar los argumentos jurídicos.

Los conceptos enunciados por la ley y aplicables al caso son solamente *acción y omisión, autoría y coautoría*. Estos se han enriquecido doctrinalmente según las particularidades que de manera progresiva va presentando la realidad del acontecer humano, y así se ha llegado a diferenciar los de *coautoría propia, coautoría impropia, autoría mediata, autoría a través de aparatos organizados de poder, etc.*, y el que aquí se precisa, de *coautoría mediata a través de estructuras ilícitas incrustadas en aparatos legítimos de poder*, sin que con ello se haya agotado la posibilidad de etiquetar las categorías con las que se puedan interpretar los fenómenos delictivos.

La creación y aplicación de estas categorías dogmáticas no tiene la capacidad de negar, disminuir o afectar la perseguibilidad de esos fenómenos porque los argumentos confundan, equivoquen, modifiquen o acierten en su utilización, pues ellas son solo herramientas de ayuda para la comprensión de la voluntad inconfundible de la ley: que a quienes han realizado o contribuido a realizar resultados delictivos, les sea deducida responsabilidad penal.

Siendo así, la larga discusión de si un caso determinado se trató de una coautoría impropia o de una autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, resulta un

tanto deleznable y bizantina, poco trascendental frente al mandato que tiene la jurisdicción, que es el de interpretar la ley para asignar la consecuencia jurídica condigna a quien de alguna manera ha intervenido en la realización de conductas delictivas, y en esa tarea el deber de la jurisdicción es adoptar una decisión justa acorde con la realidad histórica reconstruida.

### ***3. LA OMISIÓN COMO FORMA DE COAUTORÍA MEDIATA***

Si revisamos nuevamente la cita 49 de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 32.805 (página 162 supra), vemos que allí se cita a FERNANDO VELÁSQUEZ sobre el tema de la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder; prevé que es posible edificar responsabilidad penal respecto de los miembros de la autoridad a partir de la denominada omisión impropia como ocurrió en los procesos por las masacres de Tibú (sentencia 28.017) y Mapiripán (sentencia CSJ 25.889, Corte Constitucional SU-1184/01), en las que encontró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, por ello, tenían responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión, al no haber evitado las masacres ejecutadas por los paramilitares, habiendo debido y podido hacerlo.

En el mismo sentido, quedó registrado en pie de página 46 de la misma sentencia, que en el contexto de la aplicación de la figura de Aparatos Organizados de Poder como

medio de ejercer la autoría mediata, dijo la Corte Suprema del Perú en el caso FUJIMORI:

*“... (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. ...”*

Esta afirmación ha suscitado controversia y desacuerdo porque no se correspondería con el desarrollo dogmático de la figura de los aparatos organizados de poder, usualmente configurada para acciones positivas y no para omisiones. Consideran normalmente los expositores que la autoría mediata por dominio de la organización no se configura mediante omisión ni ocurre en delitos de infracción de un deber jurídico exigible. ROXIN niega la posibilidad de autoría por omisión en los delitos de infracción de deber:

*“... Nuestras reflexiones nos conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre el dominio del hecho, de entrada, no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento del deber de evitar un resultado...”<sup>187</sup>*

---

<sup>187</sup> ROXIN, C. (2007) 501.

Sin embargo, para leer estos pasajes no se debe olvidar que la diferenciación entre las categorías “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” fue presentada por el mismo autor de manera apenas tentativa,<sup>188</sup> bajo el axioma de que un extraño no podría ser coautor o autor mediato de un delito que requiriera sujeto activo calificado como funcionario público; esta afirmación resulta en petición de principio, pues todo delito es incumplimiento de un mandato y violación de la prohibición de observarlo; además, son frecuentes los casos en que un particular comete en coautoría delitos contra la administración pública, por ejemplo, de común acuerdo con un funcionario que es sujeto cualificado, situación en la que la ley colombiana al particular interviniente le asigna la pena del funcionario rebajada en una cuarta parte (artículo 30 CP), o casos como los de Srebrenica (Bosnia) donde autoridades civiles han cometido conjuntamente con militares delitos militares o propios de del DIH.

Pero la realidad nos enseña que muchas veces hay particulares que coactúan o comandan fuerzas oficiales en la realización de delitos,<sup>189</sup> por lo que ese axioma es muy cuestionable, esa diferenciación resulta puramente convencional, y en todo caso no se refiere a las potencialidades de los delitos de comisión por omisión.

---

<sup>188</sup> Ibidem, página 388.

<sup>189</sup> Se puede afirmar que en la gran mayoría de las guerras y conflictos internos se encuentran ejemplos de particulares, generalmente líderes políticos o de la economía, influyen, presionan, direccionan, e incluso comandan, dirigen, o deciden el rumbo de las operaciones y campañas militares, por lo que resultan responsables de los delitos que tienen lugar en su desarrollo. En Colombia, por ejemplo, es recurrente el caso de los paramilitares dirigidos por civiles que actuaron en apoyo de o con el apoyo a los militares; la sentencia citada 32.805 es solo un ejemplo de ello.

Cuando se está hablando de *dominio de la acción*, se está en terrenos de la autoría directa (individual o colectiva), no en terrenos del *dominio de la voluntad* –autoría mediata a través de ejecutor no responsable-, ni menos aún en los terrenos del *dominio de la organización*, autoría colectiva mediata con ejecutor responsable, donde los autores tuvieron opción entre *dejar continuar* o *impedir* la ejecución de las instrucciones ilícitas para con el enemigo.

Sigue ROXIN:

*“... Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos de omisión es donde doctrinal y jurisprudencialmente han recurrido con especial frecuencia a la idea de dominio del hecho; pero siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general, como autor, la doctrina dominante tiende por el contrario a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios...”*<sup>190</sup>

Ni siquiera en esos casos hoy sería teoría dominante, y por lo menos no aceptaríamos que un omitente de deberes de garantía sea considerado como un simple cómplice cuando se demuestra que estuvo en posición de evitar el resultado dañino y no lo hizo, al igual que hoy no podríamos compartir la condena por sólo complicidad en el caso STASCHYNSKI, aunque esa fue la posición dominante de la época.

---

<sup>190</sup> ROXIN, C. (1998) 499.

La discusión teórica de si en delitos de comisión puede haber autoría por omisión es diferente a la discusión de si en los delitos por infracción de deber puede haber autoría por omisión. No encontramos acertado que se identifique *delitos de omisión* dentro de *delitos de infracción de deber*, porque ontológicamente sean diferentes.<sup>191</sup> Una omisión de pagar impuestos es una infracción de deber, una desaparición forzada por omisión de control de un particular o de un funcionario es a todas luces una infracción del deber de respetar la libertad ajena. En el caso del comandante militar que, pudiendo, decide no reprimir oportunamente la voluntad manifiesta de sus subalternos de cometer un delito de comisión activa como es la desaparición forzada de personas, se configura su coautoría con ellos por la omisión de la acción que de él se esperaba, solo que a la vez es una infracción al deber de protección impuesto al autor por la Constitución Política (para no traer a cuento la Cláusula Martens).<sup>192</sup> Repetimos aquí que toda conducta punible es infracción de un mandato, y es infracción de una prohibición de la norma tácita de no contravenirlo, lo que se refleja en el tipo penal -que es norma condicional accesoria a la de mandato y a la prohibición de violarlo.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Ibidem, 706.

<sup>192</sup> Todos los ejércitos legítimos están sometidos al derecho de los conflictos armados -Derecho Internacional Humanitario-, el que básicamente es consuetudinario pero se ha venido positivizando, principalmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. El preámbulo del Protocolo II incluye lo que la doctrina internacional conoce como la "*Cláusula Martens*", principio según el cual "*En los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*", incorporada al Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, principio universal definido como *criterio de humanidad* en la guerra. Como axioma, tratar con humanidad al enemigo impide desaparecerlo forzosamente.

<sup>193</sup> Cfr. 56-58 supra.

Ya sea porque el caso propuesto no es frecuente en los delitos comunes o en el derecho penal ordinario, o porque la doctrina no se había enfrentado a un caso teórico de esa naturaleza, esta configuración puede parecer académicamente novedosa, pero es la que se impone en la realidad de los delitos masivos y atroces dentro de los conflictos armados.

En un caso como ese asumimos que no es admisible que un comandante de una operación militar que se encuentra en el frente de batalla no tenga el dominio de su deber de garante. El concepto generalmente aceptado de *dominio del hecho*, que en la autoría mediante la estructura militar se transforma *en dominio de la organización*, no solo es importante sino que es frecuente en la autoría por omisión de parte de los superiores involucrados.

Es tradicional introducirse en la teoría de la omisión con el ejemplo de la madre que mata a su hijo absteniéndose de alimentarlo; la madre domina su acción porque la decisión de no cumplir con su deber de garantía para con su hijo es de su exclusiva determinación y voluntad. Si aceptáramos que el comandante no domina el hecho cuando guarda silencio mientras su subalterno reitera unas instrucciones ilegales para desaparecer a los enemigos, y que solo omitió corregirlo, tendríamos que afirmar que la madre que mata a su hijo por inanición no domina el hecho y que el resultado se produjo solo por una omisión relativamente menos reprochable. Pero la descripción de la situación nos impone que esa madre sin duda anticipó mentalmente que la omisión produciría el resultado. Necesariamente el comandante anticipa el resultado de su

omisión -no ordenar en contra de las instrucciones ilegales-, bien porque participa de esas instrucciones, bien porque consiente en ellas desde ese momento, a pesar de tener el deber imperativo de evitarlas –mejor, de reprimirlas-.

En fin, el ejercicio de su autoridad le impone al comandante el deber de garantía de proteger los derechos de los enemigos o sospechosos capturados; de no hacerlo se deriva su responsabilidad por la intervención de quienes realicen la instrucción ilícita de desaparición forzada de sospechosos.

La negación de la posibilidad de coautoría en el delito de omisión, y de la coautoría mediata por omisión, en nuestro concepto son *petición de principio* generalmente aceptadas. Esa negación posiblemente se debe a que las experiencias sociales o los ejemplos imaginados por la doctrina no habían llegado a un nivel de refinamiento como el que hoy en día se encuentra en la cruda realidad de los conflictos armados internos como el colombiano. Véase cómo esa imposibilidad, además de lo ya discutido sobre ROXIN, es registrada, por ejemplo, por BACIGALUPO:

*“La autoría del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa. La coautoría no es posible ya que al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una “decisión común al hecho” (Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, p. 189; otro punto de vista, Jescheck, p. 521).*

*Tampoco es posible hablar de una “autoría mediata omisiva”. En el caso en que uno, mediante fuerza irresistible, impide que otro realice la acción demandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico.”<sup>194</sup>*

En la situación propuesta del comandante militar que estando en el frente de batalla guarda silencio cuando escucha al subcomandante dar órdenes ilícitas a subalternos para la desaparición forzada de enemigos, no se puede afirmar que el propósito común no existiera, ni que no exista un dolo equivalente al de la comisión misma del delito. Lo único diferente de la teoría tradicional aplicada al caso propuesto, es que la acción de los ejecutores inmediatos del delito no actúan por fuerza irresistible, sino por pertenencia voluntaria a un aparato organizado ilícito de poder, sea éste de carácter permanente u ocasional, coyuntural o momentáneo.

Posteriormente ROXIN morigeró su negativa de procedencia de la coautoría por omisión, pero le disminuye importancia:

### ***1. Coautoría por omisión.***

*Generalmente, varios garantes que omiten no son coautores porque falta una resolución conjunta de cometer el hecho. Así pues, varios individuos con los deberes de garante omiten el rescate o salvamento de quien sufre un accidente,*

---

<sup>194</sup> BACIGALUPO, E. (1989) 235.

*son autores yuxtapuestos (accesorios) por omisión pero no coautores. Lo mismo es aplicable si un omitente no interviene contra un autor comisivo.*

*Sin embargo de esto no se sigue necesariamente que un omitente no pueda ser nunca un coautor. Una coautoría es posible, en primer lugar, en la forma consistente en que varios omitentes infringen según lo acordado el mismo y único deber de impedir el resultado. ...*

*No obstante, la aceptación de una coautoría por omisión no tiene especial relevancia práctica, pues cada omitente es ya por sí solo autor. Falta entonces el operar conjuntamente con división o reparto de funciones que caracteriza a la coautoría activa. ... ”.<sup>195</sup>*

Debemos recordar que cuando aquí ROXIN está hablando de coautoría, se refiere exclusivamente a la coautoría impropia tradicional. Por eso sus ejemplos son de carácter individual y de delitos comunes u ordinarios y reitera sus elementos, acuerdo común del plan, aporte esencial en su ejecución. Aun así, mutatis mutandis, es importante el paso adicional en el reconocimiento de la posibilidad de aplicación en la omisión como forma de ser coautor. No sucede lo mismo con su consideración sobre la autoría mediata por omisión, ni qué decir de la coautoría mediata por omisión:

---

<sup>195</sup> ROXIN, C. (2014) 812.

*“Por otra parte, debe ser rechazada la construcción de una autoría mediata por omisión. Ésta ha sido defendida por algunos autores en el supuesto en que un garante no interviene contra la conducta activa de un “instrumento” (por ejemplo un niño pequeño o un enfermo mental). Pero aquí existe una autoría inmediata o directa por omisión, como en todos los casos en que un garante no evita el resultado. Hablar aquí de autoría mediata no solo es superfluo sino incluso contrario a la realidad, porque el garante no utiliza al autor comisivo como un instrumento de su voluntad, sino que le deja plena libertad al autor inmediato que actúa sin ningún tipo de coacción”<sup>196</sup>*

Es evidente que ROXIN niega las consecuencias de su propia construcción de los aparatos organizados de poder, pues en el caso propuesto del comandante militar es un garante que no comete por sí mismo, directamente, la desaparición forzada de personas, luego es autor mediato, y no la comete sólo entre él y el ejecutor, sino a través de una larga cadena de subalternos altos, medios y bajos hasta llegar a los ejecutores inmediatos, luego es un coautor con todos ellos, quienes no están *en plena libertad* o *sin ningún tipo de coacción*, sino que se encuentran ligados por la jerarquía estricta de la institución militar legítima pero acogen voluntariamente la política ilícita de desaparecer forzosamente a los enemigos.

---

<sup>196</sup> Ib., 813.

Es por todo lo anterior que debemos concluir que la coautoría por omisión es patente en casos reales, y que se puede concretar de manera indirecta, a través de ejecutores responsables en aparatos o estructuras ilícitas de poder.

## ***CONCLUSIÓN***

Se tiene entonces que adoptamos una visión que integra el estructuralismo y el funcionalismo en el Derecho penal, dentro de la que podemos aceptar que la función de la pena es ejercer el control social a través del sistema judicial, según las formas democráticamente escogidas por la representación política del pueblo de un Estado. Para vulnerar bienes jurídicos tutelados se puede actuar positivamente, o no cumplir (omitir) los deberes de protección o garantía atribuibles “por organización” o rol general (CP art 25 inciso 2). Si ese incumplimiento se refiere a los bienes jurídicos superiores de la Vida, la Libertad individual y la Libertad sexual, se incurre en delito por faltar a las expectativas del rol que se ha asumido en la sociedad (CP art 25 inciso 3 numerales 1 a 4 y párrafo). En todos estos casos se comete el delito por omisión “impropia”. En otros casos el legislador describe las conductas omisivas a las que atribuye una pena, la que se llama omisión “propia”.

La determinación de autoría o participación y responsabilidad es posible solo en la medida en que se han considerado las circunstancias concretas del tipo objetivo y subjetivo de injusto culpable, dentro de las previsiones de creación ilícita de riesgo

desaprobado, realización del resultado típico y relación de causalidad jurídica entre uno y otro. Es decir, para la imputación jurídica de un delito se hace indispensable tener en cuenta tanto las construcciones estructurales del concepto de delito como la observación funcional de la conducta dentro del sistema del orden jurídico establecido.

En esa tónica, encontramos la comisión de un delito por omisión plenamente legítima y coherente con los principios del Estado social de Derecho y las garantías que él establece para las personas sometidas a su orden jurídico, en cuanto responde a una imputación de una conducta típica de no realización de una prestación positiva escogida *ex ante* por el legislador como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico tutelado.

En suma, sólo con una visión integral de los fenómenos sociales y dentro de ellos del fenómeno delictual, -integral porque involucre tanto el análisis estructural como el funcional de sus elementos y del sistema global social- puede la decisión judicial acercarse a la atribución acertada de responsabilidad penal a su autor.

El desarrollo y aplicación del concepto de posiciones de garantía por asunción de rol especial augura tantas promesas como dificultades por la comprensión e interpretación en cuanto a la extensión del concepto de autor, la extensión de la protección penal de los derechos, y la vigencia del principio de *nullum crimen sine lege previa, stricta, scripta, et certa*. Pero sin duda, esta aproximación global a los fenómenos de la comisión por omisión de delitos, y la atribución por omisión de la autoría colectiva indirecta, encajan

perfectamente en la argumentación requerida en los casos concretos, de modo que no hay lugar a afirmar que se presente por ellos una fractura en la teoría del delito.

## ***REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS***

### ***AUTORES***

AGUDELO BETANCUR, NODIER. Grandes corrientes del derecho penal. Escuela Clásica. Editorial Nuevo Foro Penal, Medellín, 1996.

AMBOS, KAI. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. GTZ, FGN y otros, Bogotá, 2007.

AMBOS, KAI. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal Internacional? Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2008.

BACIGALUPO, ENRIQUE. Delitos Impropios de Omisión. Temis, Bogotá, 1983, 2º edición.

BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1989.

BERNATE OCHOA, FRANCISCO. El Código Penal de 1890. Revista de Estudios Sociojurídicos, Universidad del Rosario, Bogotá. Julio 2004.

BERTONI, EDUARDO. Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Lima, IDEHPUCP, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE HERNÁN. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Trotta, Madrid, 1996.

CARDENAL MOTRAVETA, SERGI. El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos. Universitat de Barcelona. Medio magnético, Barcelona, 2002.

CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Tomo I. Bogotá, Temis, 1996.

CASSIRER, ERNST. Kant, Vida y Doctrina. FEC, México, 2001.

CEREZO MIR, JOSÉ. Curso de Derecho Penal Español. Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

CEREZO MIR, JOSÉ. C. Obras Completas. Tomos I y II, ARA Editores, Lima, 2006.

CORDOVEZ MOURE, JOSÉ MARÍA. Reminiscencias de Santa Fe de Bogotá. Aguilar, Madrid, 1962.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal. Tomo 1, volumen segundo. Bosch, Barcelona, 1975.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, MIGUEL. La Autoría en Derecho Penal. Editorial Leyer, Bogotá, 1989.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. La autoría en Derecho Penal. XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal: autoría y participación. Universidad Externado de Colombia, 2004.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. No. 10, 2008.

FEIJÓO, BERNARDO. Resultado Lesivo e Imprudencia. J. M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

FERRAJOLI, LUIGI. Principia Juris. Editorial Trotta, Madrid, 2011. Tomos II y III.

FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS. El Delito de Omisión en el nuevo Código Penal. LEGIS, Bogotá, 2002.

GIL GIL, ALICIA. La autoría mediata por aparatos organizados de poder en la jurisprudencia española. En: ADPCP. VOL LXI, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Causalidad, Omisión e Imprudencia. Plan Nacional de formación de Jueces y Magistrados. MADRID, 1994.

GÓMEZ TOLEDO, PABLO. El Delito de Omisión Impropia. Tesis. Universidad de Chile, Santiago, 2009.

GUTIÉRREZ PANTOJA, GABRIEL. Metodología de las ciencias sociales. Oxford University Press, 2ª edición, 2001.

- JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal, Parte General. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER. Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori Fujimori. En: La Autoría Mediata. Editores Kai Ambos E Iván Meini. Editorial Ara, Lima, 2004.
- KANT, IMMANUEL. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Porrúa, México, 1996.
- LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL. Comportamiento Omisivo y Derecho Penal. Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- LEVI-STRAUSS, CLAUDE. Crítica del Estructuralismo. Siglo XXI, 4ª edición, México DF., 1974.
- LOZANO Y LOZANO, CARLOS. Elementos de Derecho Penal. Universidad Nacional de Colombia, 1950. Reimpresión Editorial Lerner, 1961, Bogotá.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, 1998-1999.
- MEZGER, EDMUND. Derecho Penal. 6ª edición (1955). Tomo I. Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004.
- MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal, Parte General. 5ª edición, Barcelona, 2003.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del delito. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, MIREN. Responsabilidad Penal por Crímenes Internacionales y Coautoría Mediata. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://crimininet.ugr.es/recepc/17recpc17-13>.

OLÁSOLO, HÉCTOR. The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes. Hart Publishing, Oregon, 2010. (Fuente en inglés, traducciones responsabilidad del autor de la tesis).

OLÁSOLO, HÉCTOR. Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OLÁSOLO, HÉCTOR. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. Derecho Penal Contemporáneo, LEGIS, No. 27, abril-junio de 2009.

OLÁSOLO, HÉCTOR. Ensayos de derecho penal internacional y procesal internacional. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011.

PÉREZ, LUIS CARLOS. Manual de Derecho Penal, 5ª edición. Temis, Bogotá, 1976.

PERDOMO, JOSE FERNANDO. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PESSINA, ENRICO. Elementos de Derecho Penal. 4ª edición en español. Madrid, 1936.

POUILLON, JEAN. Problemas del Estructuralismo. Siglo XXI, Buenos Aires, 2ª edición, 1969.

REYES ALVARADO, YESID. Imputación Objetiva. Tercera edición. Temis, Bogotá, 2005.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho Penal. Temis, Bogotá, reimpresión 1990.

REYES ECHANDÍA, A. Obras Completas, Volumen I. Temis, Bogotá, 1998.

RODRÍGUEZ, CÉSAR. La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin. Editorial Panamericana, Bogotá, 2003.

ROXIN, CLAUS. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, CLAUS. Derecho penal, Parte General. Tomo II. Civitas- Thomson Reuters, Madrid, 2014. (Traducción de su obra original de 2003).

ROXIN, Claus. *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima.

ROXIN, CLAUS. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En: Revista Estudios de la Justicia, No. 7, 2006.

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLEZ, JAVIER. Intervención Omisiva, Posición de Garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1995.

SERRANO MAÍLLO, ALFONSO. La compensación en Derecho penal. Dykinson, Madrid, 1995.

SERRANO MAÍLLO, ALFONSO. Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Dykinson, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA. El delito de omisión. Concepto y sistema. Editorial I. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.

VELÁSQUEZ, FERNANDO. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Comlibros, Medellín, 2007.

WELZEL, HANS. Derecho penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago, 1970?.

WELZEL, HANS. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial I. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.

WELZEL, HANS. Estudios de Derecho Penal. Editorial I. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003.

## ***LEGISLACIÓN COLOMBIANA***

Códigos Penales de 1890, 1936, 1980 y 2000.

## ***JURISPRUDENCIA***

Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7-04-2009, por hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE. Confirmada en: Corte Suprema de la República de Perú, AV 19-01-2009, 30-12-2009.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal:

- No. 25.536 del 27 de julio del 2006.
- No. 12.742 del 4 de abril del 2003.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31748 del 9 de agosto de 2010, condena a Wilson Cruz Vela como coautor de secuestro y homicidio.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 32805 del 23 de febrero de 2010, condena al exsenador Álvaro García Romero por la masacre de Macayepo.
- Proceso 10010704003200800025 09, v. Co. Luis Alfonso Plazas Vega, caso del Palacio de Justicia.

### ***DOCUMENTOS OFICIALES***

INFORME FINAL, Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición actualizada, 2007.

SELECTED BASIC DOCUMENTS RELATED TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC, The Hague, 2013.

Laus Deo