

LA NECESIDAD DEL “COOPERADOR NECESARIO” COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA.

POR:

LUCERO CONCEPCIÓN HASLER VALENCIA

ASESOR:

RICARDO ECHAVARRÍA RAMÍREZ

2025

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL.

## INTRODUCCIÓN:

El artículo 29 del Código Penal, (Ley 599 de 2000, en adelante CP), establece las diversas formas de autoría: directa, mediata y coautoría. La autoría directa se da cuando el sujeto realiza el delito por sí mismo, mientras que en la mediata utiliza a otra persona como instrumento. La coautoría implica un acuerdo previo y división de tareas entre varios sujetos. El inciso tercero introduce la figura del “actuar en lugar de otro”, cuya interpretación genera diversas posiciones. El artículo 30 por su parte, regula las figuras de la participación criminal, como la determinación y la complicidad,<sup>1</sup> las cuales se rigen por el principio de la accesoriedad limitada.

Ahora bien, estos criterios tradicionales de atribución de la responsabilidad penal, si bien resultan útiles en la mayoría de los casos, evidencian una notable insuficiencia al momento de abordar supuestos fácticos limítrofes. Concretamente, se observa una zona gris entre la coautoría y la complicidad, donde la conducta del partícipe, si bien trasciende el mero aporte accesorio propio de la complicidad, no alcanza los niveles de control y dominio del hecho exigibles para la configuración de la autoría. Esta situación se acentúa cuando el aporte del partícipe reviste un carácter especial, que, si bien no es determinante para la consumación del delito, excede los márgenes de la mera colaboración.

Los supuestos fácticos descritos evidencian la existencia de conductas que, si bien no se ajustan a las categorías tradicionales de autoría y complicidad, revelan una forma de cooperación necesaria para la consumación del delito. Sin embargo, ante la ausencia de una regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de participación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, (en adelante C.S.J.) ha acuñado la figura de la coautoría impropia, extendiendo su ámbito de aplicación a aquellos sujetos que, sin intervenir directamente en la fase ejecutiva, realizan un aporte funcional determinante para la realización del hecho punible.

La figura de la coautoría impropia acuñada por la jurisprudencia para dar respuesta a supuestos de cooperación necesaria no previstos expresamente en la Ley, ha generado un intenso debate doctrinal. Si bien esta construcción busca llenar un vacío normativo, plantea varias dudas en cuanto a su compatibilidad con los principios rectores del derecho penal. La extensión de la responsabilidad penal<sup>2</sup> a

---

<sup>1</sup> El artículo 29 establece quienes son autores, mientras que el artículo 30, consagra quienes son partícipes (C.P).

*Ibidem.*

<sup>2</sup> El derecho penal en su afán de atribuir responsabilidad penal no debe perder de vista que su esencia radica en sancionar actos. Por lo que, si se aleja de dicha concepción estaría incurriendo en construcciones autoritarias y subjetivistas propias de un derecho penal de autor, lo que configuraría un retroceso a la luz del derecho penal contemporáneo y a la inobservancia del principio de legalidad.

sujetos que realizan un aporte funcional, sin una participación directa en la ejecución del delito, podría considerarse una vulneración al principio de legalidad, al establecer una responsabilidad penal sin una previa y expresa previsión legal. Además, esta figura ha generado una cierta inseguridad jurídica, al diluir los límites entre la coautoría y la complicidad, y dificulta la determinación de la responsabilidad penal en casos concretos. La C.S.J, en Sala de Casación Penal sintetizó la coautoría impropia de la siguiente manera:

*La coautoría comporta el desarrollo de un plan definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado.*

*En dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Chaverra, G. 2020, Radicado, 56451).*

Por este motivo, el presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la pertinencia de incorporar la figura del cooperador necesario al ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se llevará a cabo un estudio del concepto restrictivo de autor consagrado en nuestra legislación, identificando la tesis diferenciadora adoptada en relación con otros sistemas jurídicos. A partir de este análisis, se procederá a delimitar el alcance legal y jurisprudencial de las figuras de autoría y participación, con especial énfasis en la coautoría y la complicidad. En segundo lugar, se realizará un estudio comparativo con la figura del cooperador necesario, a fin de establecer similitudes, diferencias y determinar si su inclusión en nuestro ordenamiento resulta necesaria y justificada.

En tercer lugar, se realizará el análisis del caso abordado por la (C.S. J.) en la sentencia (SP-1742. Rad. No 57051 de 2022), con el fin de determinar si la atribución de responsabilidad penal en ese caso es compatible con las exigencias legales y constitucionales de Colombia.

---

Toda vez, que la atribución de responsabilidad penal debe fundarse en el grado de culpabilidad del sujeto con lo que se excluye tanto la extensión de la culpabilidad, como la imputación objetiva. (Velásquez, V, Fernando. Derecho penal parte general. Librería Jurídica COMLIBROS, 2009 Págs. 953,959,979).

Por último, se presentarán las conclusiones de la investigación las cuales permitirán identificar las principales dificultades que plantea la atribución de responsabilidad penal en los casos de participación criminal. Se pondrá de manifiesto la necesidad de superar los modelos limitados de autoría y complicidad previstos en la legislación colombiana, que en ocasiones resultan insuficientes para dar cuenta de la complejidad de las dinámicas criminales contemporáneas. En este sentido, se propondrán algunas reflexiones sobre la posibilidad de incluir categorías intermedias de participación, que permitan una mayor precisión en la determinación de la responsabilidad penal y garanticen una aplicación más justa del derecho penal, a través de la imposición de sanciones que cumplan con las finalidades constitucionales de la pena al ser proporcionales con la actividad efectivamente realizada.

## Capítulo I. Concepto restrictivo de autor.

### 1.1. Determinar cuál es el alcance del “concepto restrictivo de autor” en el C.P. colombiano.

En el sistema jurídico penal se han desarrollado varios conceptos de autor entre los cuales pueden citarse: el concepto unitario de autor, el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor. Los anteriores, con excepción del concepto unitario de autor, tienen como objetivo principal diferenciar en mayor medida las formas de autoría y de participación. La legislación penal vigente en Colombia (Ley 599 de 2000), en su artículo 28 adopta un concepto restrictivo de autor al distinguir entre autores y partícipes<sup>3</sup>. A su vez, el artículo 29 del (C.P) regula las diferentes formas de “autoría”<sup>4</sup> donde establece que “es autor quien realiza la conducta por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”. Asimismo, señala que “son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúen con división de trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”. De otra parte, las distintas formas de participación se encuentran consagradas en el artículo 30 *Ibidem*, en el cual se indica que son partícipes el determinador y el cómplice<sup>5</sup>. De acuerdo con esta norma, cómplice es; “quien contribuye a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, el cual incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

#### 1.1.1. Concepto restrictivo de autor.

---

<sup>3</sup> Artículo 28. CP. Ley 599 de 2000.

<sup>4</sup> Artículo 29. CP. Ley 599 de 2000.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

El concepto restrictivo de autor, contrario al unitario<sup>6</sup> y al extensivo<sup>7</sup>, se ocupa de diferenciar entre autores y partícipes, en el sentido que distingue entre las aportaciones desde un punto de vista formal y material<sup>8</sup>. Es decir, le interesa saber qué aporte es material, cuál es formal, en qué medida se aportó y el origen de la conducta que dio lugar al resultado típico. Por lo que, de tal supuesto, se logra la ubicación correcta para trazar una línea de diferencia entre autoría y participación. Con ello, se construye una interpretación restrictiva y metódica de los tipos penales enfocada en garantizar los principios de legalidad, seguridad jurídica y de intervención mínima del Estado, que deben irradiar el sistema jurídico-penal.<sup>9</sup>

El concepto restrictivo, tal y como lo adopta el sistema penal colombiano, se acopla en mayor medida a los principios que ordenan la atribución de responsabilidad penal, en el entendido de que la sanción penal en esencia debe obedecer al grado de trasgresión de la norma o, en su defecto, a la afectación del bien jurídico que se protege. En consecuencia, desde un punto de vista semántico, al menos en aquellos ordenamientos que se decanten por un modelo diferenciador, ortodoxamente habrá

---

<sup>6</sup> El concepto unitario de autor (aunque también se podría hablar de concepto unitario de intervención) renuncia a la distinción entre autores y partícipes, de modo que todo el que interviene en un delito es autor del mismo. Dentro de este concepto se pueden distinguir básicamente dos versiones: el concepto clásico, causal o formal, según el cual todo el que aporta una condición causal al delito (y causales lo son todas las condiciones, pues se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad) es autor del mismo. Y el más moderno concepto unitario material o funcional, que a menudo parte de fundamentos no causales y que distingue entre diversas formas de autoría (inmediata, mediata-ambas formas con un alcance distinto al que tienen el concepto restrictivo de autor, por incitación o determinación, por apoyo o por colaboración), si bien las mismas no guardan entre sí relaciones de accesoriadad cualitativa o interna, es decir, la que se refiere a los sistemas de autoría restrictiva, a cuáles de los elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él (siendo hoy en día muy mayoritaria la defensa de la accesoriadad limitada, que exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico). (La autoría en Derecho Penal. Caracterización General y Especial Atención al Código Penal Colombiano. Miguel Díaz y García Conlledo, 2004, pág.3).

<sup>7</sup> El concepto extensivo de autor, normalmente identificado con las teorías subjetivas, pero también defendido desde perspectivas objetivas, parte de la misma idea que el concepto unitario: todo interviniente en un delito es autor del mismo (a veces ello se fundamenta en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero también se ofrecen otros fundamentos). Sin embargo, como muchos C. P. (en concreto el StGB, C.P. Alemán, al que se refieren la mayoría de los defensores de este concepto), contienen preceptos específicos sobre inducción y complicidad (formas de participación), se reconoce que hay que distinguir estas figuras de la autoría. Se suele afirmar que los conceptos sobre formas de participación son causas de restricción de la tipicidad o la punibilidad (pues, si no, serían formas de autoría), aunque tal aseveración no es exacta para todas las versiones del concepto extensivo. (La autoría en Derecho Penal. Caracterización General y Especial Atención al Código Penal Colombiano. Miguel Díaz y García Conlledo, 2004, pág.4).

<sup>8</sup> Sobre la evolución de los diferentes conceptos sobre autoría, ver por todos, Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. MADRID 2000 BARCELONA

<sup>9</sup> Ver a Velásquez, V. Fernando. En Derecho Penal, Parte General, cuarta edición, Librería Jurídica COMLIBROS. (2009, Págs.85,86,87,88, 131).

que optar por un modelo restrictivo si las otras opciones versan sobre el concepto unitario y el extensivo.

Contrario a los modelos de autoría en su versión unitaria o extensiva, el concepto restrictivo realiza un filtro más detallado y preciso, al hacer un estudio por separado de lo ilícito del comportamiento de cada sujeto en el hecho comisivo. Por lo tanto, dentro del concepto restrictivo de autor, las formas de participación en el delito no son independientes, debido a su relación de dependencia con el hecho de quien esté llamado a ser autor. Piénsese, por ejemplo, en el caso del cómplice, que no es la figura central del delito por lo que no puede ser autor de este. Puesto que, la esencia del concepto restrictivo considera que autor es la figura central del suceso en cuanto a que es quien ostenta el dominio del hecho, al ocupar una posición privilegiada frente al partícipe, debido a que el autor del delito es quien decide si ejecuta o no el hecho punible. En cuanto al partícipe, este solo aporta una colaboración discreta en comparación con la del autor del delito, que, en suma, no es determinante para la comisión del hecho. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 70,71,72).

De otra parte, dentro del concepto restrictivo de autor, han surgido diversas corrientes teóricas que buscan reforzar el concepto aportando nuevos criterios y elementos de diferenciación entre autoría y participación, a fin de darle mayor distinción. A su vez, dentro de algunas teorías también se pueden encontrar subdivisiones teóricas. Pero sin lugar a duda destaca la importancia de la “teoría del dominio del hecho” desarrollada por Claus Roxin, por lo que es preciso hacer un breve repaso de estas teorías diferenciadoras, con especial detenimiento en la teoría del dominio del hecho y la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho.

La teoría subjetiva.

Según esta teoría, la diferencia entre autor y partícipe va a depender del ánimo con el que se actúe, esto es, si se actúa con *animus de auctoris*, será autor. Y si se actúa con *animus socii* será partícipe. Esta teoría, encuentra que el *animus* del sujeto deriva de su voluntad en la ejecución del hecho. Con lo que alude a una cuestión psíquica que tanto científicamente como empíricamente es prácticamente imposible de demostrar con qué ánimo actúan las personas. Asimismo, esta teoría distingue entre la teoría del dolo y la teoría del interés. La del dolo hace referencia al autor, mientras que la del interés, se refiere al cómplice. (Díaz y García Conlledo, 2008, págs. 4,7,8).

En este sentido, centrada única y exclusivamente en el tema de la subjetividad, a esta teoría no le interesa la cuestión de los aportes hechos por los integrantes de la empresa criminal, ni la importancia que estos tengan en la consumación del hecho

típico realizado por los sujetos intervinientes al momento de su ejecución. En nuestra opinión, esta teoría no resulta adecuada para diferenciar entre autor y partícipe, pues ello no puede fundamentarse en cuestiones subjetivas, si no que deben observarse las reglas de la imputación objetiva<sup>10</sup>, como quiera que debe existir una valoración objetiva que dé cuenta de la magnitud de la participación del sujeto en el delito y que no dé lugar a dudas acerca de la responsabilidad del injusto de quien esté siendo juzgado. Asimismo, podemos encontrar que esta teoría se divide en la teoría del dolo<sup>11</sup> y la teoría del interés<sup>12</sup>. La primera, es decir, la teoría del dolo defiende que la responsabilidad del sujeto activo de la conducta punible dependerá del conocimiento que este tenga sobre la ilicitud de su acto. Por consiguiente, este precepto excluye la culpabilidad y, por ende, elimina la imputación objetiva. Mientras que la segunda, la del interés, alude a que si se quiere el hecho como propio se es autor, y si no se tiene interés en el hecho, será una participación. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 38,39,40,41).

La teoría objetivo-formal.

Esta teoría diferencia entre autor y partícipe puesto que considera que autor es quien realiza de manera directa los elementos descritos en el tipo penal ya sea de manera parcial o total. A los demás intervinientes en el hecho punible los considera partícipes. Por ejemplo, en el delito de hurto es autor quien se apodera de la cosa

---

<sup>10</sup> . La imputación objetiva, advierte que: “Un resultado sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor”. (Schünemann, Bernd. Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio. Etnos, Múnich, 1999. Pág. 9).

<sup>11</sup> . Roxin al referirse a la teoría del dolo, acude a Bockelmann y precisa que el partícipe en contraposición con el autor tiene una voluntad subordinada y dependiente de la del autor puesto que, este debe dejar la ejecución del hecho a criterio de éste. En cuanto a que, la voluntad del autor es autónoma y la del partícipe no, y manifiesta que, el criterio decisivo que encierra la teoría del dolo reside ‘en un hecho psíquico concreto’ en sí, todo se resume a la intención y a la voluntad que se tiene al momento de cometer el hecho.

(Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. MADRID 2000 BARCELONA. Págs. 38,39,40,41).

<sup>12</sup> . Asimismo, Roxin expone lo siguiente con respecto a la teoría del interés y cita a Feuerbach y agrega, ‘el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito’. Y para sintetizarlo en mayor medida, acude al icónico caso de la bañera del (RG) en el cual, una madre le pide a su hermana que ahogue a su hijo recién nacido en la bañera a lo que la hermana accede. La controvertida sentencia estimó entre otras cosas, que la culpabilidad penal en la comisión de un hecho dependerá del interés que se tenga en este. Por lo que, en síntesis, quien tenga interés en el hecho, será quien éste llamado a ser autor. ‘El que alguien quiera el hecho como propio se rige primordialmente, si bien no exclusivamente, por el grado de su interés en el resultado’. En sí, la valoración de interés sirve como indicio para dilucidar si el autor quiso el hecho como propio, o si solo quiso favorecer un hecho ajeno. (Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. MADRID 2000 BARCELONA. Págs. 38,39,40,41).

mueble ajena en provecho suyo o de un tercero. Mientras que el partícipe será quien no ha realizado la acción prohibida en la ley penal, pero ayudó al autor a cometer el delito de forma más eficaz. Piénsese, por ejemplo, en el cómplice que no participa en el hurto, pero que sabe que determinado sujeto acaba de retirar una fuerte suma de dinero del banco y le dice al autor qué persona es y en qué lugar lleva el dinero. Si bien no realiza la conducta típica descrita en la ley, su aporte al hecho le da más probabilidad al autor para la consumación del injusto. Y, aunque esta teoría distingue entre autores y partícipes, nada dice de los coautores y del autor mediato, lo que genera un vacío dogmático en la legislación penal que debe llenarse, al ser estas dos formas de autoría sumamente importantes dentro del derecho penal. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 30,31)

La teoría objetivo-material.

Al igual que la teoría objetivo formal, la teoría objetivo material distingue entre autores y partícipes y considera que autor es quien contribuye a la realización de la conducta prohibida con mayor importancia y partícipe será quien lo haga en menor medida. En este entendido, debe existir en la norma penal la consigna sobre qué aporte es más importante que otro y porqué. Asimismo, hace hincapié en la peligrosidad del sujeto que comete el hecho, concepto que es inadecuado para el derecho penal porque este no tiene en cuenta la peligrosidad del sujeto, si no de su acto. Aunado a ello, tampoco distingue entre coautores y autor mediato. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 32,33,38,39,40).

Volviendo al tema de las teorías que captan nuestra atención, nos detendremos en el análisis de la teoría del dominio del hecho de Claus Roxin, y, por último, se estudiara la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho.

La teoría del dominio del hecho.

Gran parte de la doctrina colombiana y la jurisprudencia de las altas cortes han acogido la teoría del dominio del hecho. Sus orígenes se le atribuyen a Hegler, que fue quien en (1915) por primera vez habló de la “teoría del dominio del hecho”. Esta fue luego asumida por Welzel quien retomó los conceptos elaborados por aquél, cuando habló de “dominio del acto”. Sin embargo, ha tenido su mayor desarrollo en la obra de Claus Roxin, quien realiza una exposición amplia, metódica y

sistematizada de esta teoría a fin de diferenciar entre autoría y participación<sup>13</sup>. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, pág. 43).

La teoría del dominio del hecho, además de distinguir entre autores y partícipes, va más allá debido a que también se ocupa de los aspectos subjetivos y objetivos. Cuando se habla de lo subjetivo, se refiere a la concertación y planeación del delito, es decir, el aspecto subjetivo abarca todo lo concerniente al acuerdo previo o concomitante del hecho. Y cuando se hace referencia al plano objetivo, es la forma material en que tiene lugar el acontecer del delito en el mundo exterior, es decir, qué aportes y en qué medida lo ejecuta cada sujeto que intervenga en la realización de la conducta punible. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, pág. 80).

De ahí que, para esta teoría, el dominio del hecho recaerá en aquel o aquellos sujetos que sean la figura central del suceso, por lo que “*dominar el hecho es ante todo estar libre de dominio ajeno*”. Ahora, la figura central del acontecer del hecho será quien esté en capacidad de detenerlo o continuarlo, precisamente por la posición dominante que se ejerce sobre la acción. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 25-26). A su vez, quien no tenga ese dominio no estará llamado a ser autor sino partícipe.

Por su parte, esta teoría permite distinguir entre distintos tipos de autores. Así, quien domina el hecho de forma directa será autor directo, el coautor lo domina funcionalmente con otros y el autor mediato lo hace dominando la voluntad del instrumento, (el autor detrás del autor).

De otra parte, Roxin plantea que su teoría debe escapar de un concepto fijo, de manera que esta no sea insuficiente para adecuarse a la evolución del derecho penal. Por ello, propone un “concepto abierto”, que se module en función de las necesidades político-criminales (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 75-76-77). Es en esta medida que esta teoría podría permitir, a nuestro juicio, dar cabida a la figura del cooperador necesario en la legislación penal colombiana, que se considera conveniente para equilibrar la balanza entre la autoría y la participación.

---

<sup>13</sup>. Sistema penal de Alemania, al respecto se pueden ver los aportes realizados por Roxin, Claus, tanto en Autoría y participación en derecho penal, Madrid, 2000. como en Derecho penal parte general, 2014. En el sistema penal de España pueden citarse autores como: Bacigalupo, Enrique, en su libro Derecho penal parte general, Madrid, 1999. Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal de 1966. Y el sistema penal de Argentina puede verse a Zaffaroni, Eugenio Raúl. En su libro Derecho penal parte general, Buenos Aires, 2002. Por Colombia pueden citarse autores como (Velásquez V. Fernando en su tratado de Derecho penal parte general, 2009. Manual de derecho penal parte general, 2013). (Suárez, Alberto, Autoría, 2007).

## 2. Autoría.

La autoría como núcleo esencial y referente del derecho penal corresponde a la cercanía que posee cada uno de los sujetos que hagan parte en la ejecución de un delito, esto es, traza una línea diferenciadora entre autores y partícipes. Lo que significa que dentro de los tipos penales que la integran se pueden encontrar varias formas de autoría, entre las de autoría tenemos; el autor directo inmediato unipersonal, los coautores y el autor mediato.

### 2.1. Autor directo inmediato unipersonal.

Roxin establece: *“El autor directo es aquel que realiza la acción típica personalmente, en tal caso, es la figura central del suceso concreto de la acción. La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho<sup>14</sup>”*.

Por lo tanto, autor es quien tiene el dominio del hecho, toda vez que comete el delito de manera directa, es decir, no necesita de la intervención de alguien más para su realización<sup>15</sup>. Por ej. quien saca un arma de fuego y le dispara a otro causándole la muerte, es autor directo del delito de homicidio. En este caso, dicho sujeto ejecuta todos los elementos del tipo descritos en la ley penal como punibles sin la participación de otra persona y ejerce control y dominio absoluto tanto de la acción como del resultado (Suárez, 2007, págs. 183-187).

### 2.2. La coautoría.

---

<sup>14</sup> Autor directo será quien realiza todos los elementos descritos en el tipo penal, de forma personal o mediante otro. Y en tal escenario, es la figura central del suceso toda vez que, es quien decide el cómo y el cuándo tendrá lugar el hecho y, en contra posición del cómplice que debe confiar en el ejecutor del delito sobre si este ha de realizarse o no, el autor no reconoce ninguna otra voluntad que domine la suya. Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid, 2000 (págs. 294-295-296).

<sup>15</sup> Autor es la figura central del suceso de la acción, asimismo, autor es quien lleva la responsabilidad total o principal por la realización de los elementos sustanciales del delito. Debido a que este es quien aporta la condición más eficaz a la realización del hecho; autor es aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada. Por lo tanto, 'autor, es el que aporta una condición que realiza el resultado directamente y no solo a través de otro' (Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 2000, págs. 25,27,32,35).

Esta forma de ejecución criminal representa la comisión de un delito con la intervención de dos o más sujetos quienes tienen dominio funcional sobre el hecho. Al respecto Roxin establece que:

*“La coautoría es realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. El dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es especial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho”.* prosigue el autor y dice:

*“De esta estructura resultan los tres requisitos centrales de la coautoría. En primer lugar, debe existir un plan conjunto o común del hecho (2): pues una división del trabajo, una “comisión conjunta” presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar en segundo lugar una ejecución conjunta, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva (3 a); no basta una intervención en la preparación. Si bien ello es muy discutido, sin embargo, quien colabora solo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. (3 b); pues sólo entonces posee la intervención una función relevante para el éxito del plan del hecho”.* (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 150 - 151).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la (C.S.J), al abordar el tema de la coautoría ha distinguido dos formas: la propia y la impropia. Cuando se refiere a la propia ha dicho: *“coautoría propia<sup>16</sup>, todos realizan actos de igual índole o naturaleza*, esto es, los integrantes del designio común realizan íntegramente las exigencias del tipo. (Berceló, 2015). En este entendido, todos los integrantes de acuerdo con el plan común, de manera conjunta ejecutan la conducta descrita en el tipo penal con la misma importancia de los aportes, no habiendo diferencia alguna en los mismos.

Mientras que de la coautoría impropia se refirió así: *“el hecho se desarrolla por el grupo, cuyos miembros se integran mediante aportes que cumplen con el plan concebido en división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o condominio de las acciones, de tal forma que el resultado se imputa*

---

<sup>16</sup> (Hernández L. , 2018), MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (SP2772-2018, Radicado No 51773), diferencia entre coautoría propia y coautoría impropia.

*al grupo (a todos sus integrantes), así individualmente cada acción no recorra los elementos del tipo”<sup>17</sup>.*

En este orden de ideas, la (C.S.J.) en Sala de Casación Penal, ha sido enfática al acogerse a los criterios de la teoría del dominio del hecho desarrollados por Roxin, al manifestar lo siguiente:

*“Según la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho y para efectos de la coautoría lo decisivo es tener un dominio funcional del hecho, pues cada sujeto controla el acontecer total en cooperación con los demás, no tiene en sí mismo un control parcial, ni tampoco global, sino que éste se predica de todos”.*

*A su turno, de acuerdo con la definición prevista en el artículo 29 del (C.P), referente a que “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”, la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en la necesaria presencia de los siguientes elementos: “i) un acuerdo o plan común; ii) división de funciones y iii) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito”.<sup>18</sup>.*

Asimismo, la Corte Constitucional acerca de la coautoría se pronunció de la siguiente forma:

*[según] la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad “(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”. Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que pre acordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor. (Pardo, 2018, págs. Corte Constitucional, C-015 de 2018. D-11917).*

De esta forma la Corte Constitucional también se acoge a los criterios desarrollados por la doctrina y refuerza los argumentos de la (C.S.J.) al adoptar la misma postura.

---

<sup>17</sup>. (SP10998-2015, Radicado No 38.685).MP. José Luis Barceló Camacho, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

<sup>18</sup>. (Sentencia SP371 – 2021, Radicado No 52150). MP Diego Eugenio Corredor Beltrán, de acuerdo con esta sentencia, según la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho, y para efectos de la “coautoría” debe cumplirse con tres (3) requisitos esenciales; (i) acuerdo o plan común, (ii) división de funciones, (iii) y trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito.

Tanto ha sido la firmeza e insistencia de la (C.S.J) en su Sala de Casación Penal con respecto al tema de la coautoría, que en los últimos años ha mantenido la misma veracidad al recalcar una y otra vez los criterios que fundamentan la coautoría, que así lo dejó saber en precedentes recientes y sentenció:

La figura de la coautoría impropia comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado. (Hernández L. A., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2020, pág. Radicado N° 49650).

La corte ha precisado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean no por sí solas constitutivas de delito. (Hernández L. A., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2020, pág. Radicado N° 49650).

En estos casos de coautoría impropia, el resultado típico es producto de la voluntad común, en forma tal que, si bien en principio podría afirmarse que cada conducta aisladamente valorada no posibilita su directa adecuación, el común designio que ata a la totalidad de cuantos intervienen con actos orientados a su ejecución, rechaza un análisis sectorizado de cada facción e impone por la realización mancomunada que desarrolla el plan urdido, que sólo pueda explicarse bajo la tesis de la coautoría impropia, en tanto compromete a todos los copartícipes como si cada uno hubiere realizado la totalidad del hecho típico y no, desde luego, por la porción que le fue asignada o finalmente ejecutó. (Corredor, 2022, pág. Radicado N° 57051).

Del análisis jurisprudencial con respecto al tema de coautoría impropia, es evidente que todas las decisiones concuerdan en que la esencia de esta radica en la celebración del acuerdo común, ya sea previo o concomitante al hecho, la distribución de roles, es decir, reparto de tareas, actuar en fase ejecutiva y observancia de la importancia de los aportes.

Lo que en derecho va a significar que para que la conducta punible le sea imputada penalmente a un sujeto bajo la modalidad de coautor, debe cumplir con cada uno

de estos elementos que por su esencia le son exigibles a la coautoría impropia. De tal suerte, que si no se cumple con alguno de ellos como lo establece la ley, en cualquier otra circunstancia se estaría frente a una participación accesoria en calidad de cómplice. Debido a que al faltar cualquiera de estos elementos no se va a tener un co-dominio funcional del hecho puesto que cada sujeto interviniente en la empresa criminal domina el hecho con su aportación. De lo que se puede entrever que, si no existe dominio del hecho funcional compartido, por ende, no podrá existir autoría impropia, mientras que, en la coautoría propia es necesario que cada uno de los sujetos realice íntegramente el tipo penal descrito en la norma.

En síntesis, en la coautoría impropia, los resultados de lo que haga el grupo les serán imputados a todos los acordados, salvo los excesos que no se hayan incluido en el acuerdo y algún integrante del conglomerado delincucional realice un hecho que no quedo definido en el pacto<sup>19</sup>. Por lo tanto, en esta forma de autoría el dominio sobre el hecho es global, pues versa sobre cada cooperación y no de una en particular. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014).

Así las cosas, se presenta esta forma de autoría cuando varias personas previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito), llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización, ejerciendo un dominio colectivo y de carácter funcional por lo que cada coautor domina todo el suceso en unión con otro u otros.<sup>20</sup>. Asimismo, en la coautoría debe concurrir de una parte una exigencia subjetiva, que en primer lugar hace referencia a una decisión, es decir, la resolución delictiva o un acuerdo previo en virtud de que cada coautor se comprometa a asumir una tarea parcial indispensable para la realización del plan y sepan que actúan junto a otro u otros y que, con él o ellos, realizan una tarea concreta.

No se requiere, desde luego, que el acuerdo sea expreso o previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, pues basta con que haya una especie de 'dolo común'. Es pues, la decisión mancomunada la que determina la conexión de las partes del

---

<sup>19</sup> En el supuesto de que varios sujetos se concierten para secuestrar a alguien con el fin de obtener una suma de dinero por el rescate de la víctima y uno de los miembros decida causarle la muerte; en dicho evento, todos los integrantes responderán por el delito de secuestro, mientras que quien le ocasione la muerte al secuestrado es quien debe responder por el delito de homicidio. Comoquiera que, ese hecho en particular no hizo parte del acuerdo, es un exceso realizado por uno de los integrantes de delincuencia que tanto la doctrina como la Ley han establecido que solo quien se extralimite por fuera de lo preceptuado en el plan debe ser responsable del exceso.

<sup>20</sup> Un buen ejemplo lo brinda la banda de asaltantes que planea hurtar un banco, y con tal fin se distribuyen las diversas tareas: imposibilitar a los celadores, controlar a los concurrentes a la entidad crediticia, abrir la caja fuerte, vigilar el exterior, administrar el producto del ilícito, repartir las utilidades entre ellos, etc.; todos los concurrentes, pues, pueden ser considerados coautores a condición de que reúnan las exigencias correspondientes. (Velásquez V. F., 2009).

suceso ejecutadas por cada uno de los concurrentes y a partir de la que es posible imputarle a la persona respectiva la parte realizada por cada una de las otras. Por eso cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor y ejercer dominio sobre el hecho<sup>21</sup> (Velásquez V. F., 2009, págs. 131,143,899,900,901,902,1169).

De otra parte, encontramos la exigencia objetiva que establece que, en segundo lugar, debe mediar una contribución, *un aporte objetivo y especial al hecho*, de tal suerte, que éste sea producto de la división de trabajo entre todos los intervinientes; por ello, se requiere un 'dominio funcional del hecho' pues cada uno deber ser una pieza fundamental para llevar a cabo el plan general. Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero sí es necesario que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva. En sí, lo normal es que el coautor no tenga en sus manos en dominio total del hecho, sino que ese dominio es ejercido a través del ente colectivo que es conformado por la resolución común. (Velásquez V. F., 2009, págs. 131,143,899,900,901,902,1169).

Así las cosas, se tiene que para que se realice un delito bajo en coautoría, los sujetos que hagan parte de este deben haber celebrado un acuerdo previo o concomitante (es decir, de haber coincidencia de voluntades) sobre los pormenores del hecho delictivo y la forma en que este se llevará a cabo. En otras palabras, en esta forma de comisión *se requiere: de un plan común, que el aporte de cada sujeto sea esencial para la concreción del hecho y que se actúe en la fase ejecutiva*. Por esta razón, si alguno de los coautores decide retirar su contribución al hecho no habría manera de que este se perpetre. De conformidad con lo dicho, los coautores responden por la totalidad de lo realizado al estar cobijados por el principio de imputación recíproca, salvo, los excesos que no hagan parte del acuerdo. (Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 2000, págs. 155-159).

La coautoría, a su vez, podrá presentarse en diversas formas, como lo son:

La coautoría aditiva: hace referencia a que un grupo indeterminado de sujetos quiere darle muerte o un sujeto determinado, y para ello, con el fin de lograr el propósito estos se ubican de forma que todos puedan disparar contra la víctima "para hacer más probable el resultado" y disparan todos al tiempo de forma indiscriminada contra su humanidad ocasionándole la muerte, sin que pueda ser determinable que balas produjeron los disparos. (Salazar, 2013, págs. 187,231)

Coautoría sucesiva: se presenta cuando en la ejecución de un delito que ya inició se adhiere otro u otros sujetos a la realización del hecho, con quienes continúan su

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, si acontece que alguno de los concurrentes no comparte con los demás las riendas del suceso se deben pensar en una figura distinta, como lo muestra la hipótesis de la banda de asaltantes en la que pueden intervenir personas que sólo cumplan meras tareas de participación en un hecho ajeno como podría ser el caso de la (instigación o complicidad). (Velásquez V. F., 2009).

ejecución sin que medie acuerdo entre los perpetradores del punible.<sup>22</sup> “A nuestra manera de ver es admisible esta forma de coautoría, pero ha de tenerse cuidado con los hechos ilícitos ya realizados por otros”. (Salazar, 2013, págs. 187,231).

En sintonía con lo anterior, Velásquez V. Fernando, se refiere a esta forma de autoría así:

La coautoría sucesiva, se presenta cuando uno de los coautores se incorpora a la empresa criminal una vez lograda la realización parcial de la conducta típica y siempre y cuando el delito no este consumado, al respecto, se discute el sujeto que se incorpora al acto delictivo, debe responder por lo realizado a partir del momento en que se une al suceso criminal, o debe ser punido como coautor o cómplice en relación con todo el suceso. Así acontece, *verbi gratia*, si A y B se apoderan de mercancías de un depósito y C, enterado de ello, los acompaña a realizar una nueva sustracción; en dicho escenario, no resulta lógico responsabilizar a C de lo realizado anteriormente, con base a la existencia del acuerdo común, por lo que a C se le debe imputar solo la parte por el realizada en la modalidad de autor, aún en el caso de que medie el reparto común del botín, pues así lo imponen los principios del acto y de culpabilidad. (Velásquez V. F., 2009, págs. 131,143,899,900,901,902,1169).

La coautoría alternativa: esta forma de coautoría, “se da cuando dos o más sujetos se ponen de acuerdo para cometer un delito, mediante reparto de papeles, de modo que uno u otro, pero no todos (razón por la cual opera la alternatividad), realizará la acción típica, mientras que otro u otros en el momento de la ejecución del hecho no hacen nada, de acuerdo a la forma como se presenten las circunstancias, pues la realización del hecho es sólo una eventualidad, apoyada en una alternativa. La actuación alternativa busca asegurar el éxito de la realización del delito. Ejemplo A y B, acuerdan matar a C quien habrá de pasar por el camino uno 1 o por el camino 2; para asegurar la realización del hecho, A acecha a la víctima en el camino 1, mientras que B lo hace en el camino 2; al final C pasa por el camino 1 y A le mata”.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> (Roxin Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 2000. Barcelona págs. 371-372). Se refiere la coautoría sucesiva como un *error in persona* acaecido por el exceso de uno de los coautores. Con lo que se rompe el nexo de dominio funcional y el co-dominio del hecho, presupuestos materiales y fácticos de la coautoría.

<sup>23</sup> “En este caso de la denominada ‘coautoría alternativa’, hay unanimidad al calificar a A, quien disparo contra C, como autor del delito de homicidio. El problema se presenta respecto de la situación de B, para deducir si es coautor del hecho o partícipe del mismo. En efecto, un sector de la doctrina afirma que es un auténtico caso de coautoría por darse el co-dominio del hecho en los intervinientes; el otro sector desde la perspectiva del dominio del hecho niega la coautoría en este supuesto al deducirse que el plan común no estaba dirigido a la actuación conjunta del hecho, sino precisamente a la realización de la acción sólo por uno de los ejecutores. En conclusión, si se parte del apotema

Así las cosas, recapitulando sobre el tema de la coautoría impropia ha quedado claro el tratamiento que la C.S.J. le ha dado a esta forma de llevar a cabo el delito. No obstante, esta forma de imputación delictiva desnaturaliza el concepto propio de autor, cuando de una parte se sostiene por gran parte de la doctrina que autor en todas sus modalidades es quien realiza el tipo penal descrito en la ley<sup>24</sup>; y de la otra, la ley y la jurisprudencia colombiana se escudan en un modelo como el de la 'coautoría impropia' para con ello sancionar aportes que se ajustan más a una participación que a una autoría o, en su defecto, a una contribución bajo la figura de 'cooperación necesaria'. En síntesis, debe entenderse por autor a quien de manera consciente, voluntaria y autónoma dirige su accionar a la perpetración de un hecho típico para la obtención de un resultado deseado. Lo que desvirtúa que una actuación mancomunada pueda alcanzar el nivel de exigencia que encierra el tipo penal de la 'autoría'.

### 2.3. Autoría mediata.

En la autoría mediata es autor quien comete el delito utilizando a otro dolosamente de quien se sirve como instrumento, ejerciendo el dominio sobre su voluntad. Por lo que en esta forma de autoría es "el sujeto de atrás" quien tiene el dominio del hecho dominando la voluntad del instrumento, esto es "el sujeto de adelante". Este domina la acción en virtud de su error o coacción, pero no existe dolo en su proceder debido a que el dolo recae en "el sujeto de atrás", que es quien mueve los hilos y conduce al sujeto instrumentalizado, "el de adelante", a la realización de la conducta prohibida en la ley penal. El elemento esencial de la autoría mediata es que el autor mediato no ejecuta 'personalmente el hecho' lo hace a través del hombre de adelante.<sup>25</sup>.

---

de la coincidencia de voluntades, de la división de funciones e incluso de la actuación en fase ejecutiva, tanto a como B, deben ser considerados coautores del delito. No obstante, la otra cara de la moneda, atendiendo principalmente a criterio objetivos-materiales y en atención a la determinación objetiva y positiva del hecho sólo A sería el autor en tanto es quien realiza el tipo descrito en la ley, mientras que B, desde el punto de vista objetivo material tendría una participación accesorio. De todas maneras, el debate ha estado y seguirá estando abierto".

(Autoría, Suárez, Alberto 2007, págs. 426-427).

<sup>24</sup> "Autor es 'el que toma parte en el hecho con la consciencia de su propio dominio del hecho'; partícipe, el que lo hace con la consciencia de que existe dominio ajeno del hecho". Así pues, autor es quien sea la figura central del suceso concreto y de la acción, es el dueño y señor el hecho, es quien está en condición de detener o continuar el hecho al ser el principal responsable de la obra, en cualquiera de sus modalidades. En tal medida, es quien aparece como figura principal en el centro del hecho. Roxin Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 2000. Barcelona págs. 56-59).

<sup>25</sup> (El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato).

Nótese que, en esta forma de autoría, se puede cometer el hecho mediante cuatro modalidades, entre las cuales podemos encontrar las siguientes: por medio de coacción, por aprovechamiento de un error, valiéndose de un inimputable y, por último, en virtud de aparatos organizados de poder. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 84-87).

Por medio de coacción del instrumento.

Cuando el sujeto de atrás coacciona al sujeto de adelante y lo obliga a cometer el delito. Por ej. (a), le dice a (d), que debe matar a (x) con el pretexto de que tiene en su poder a su familia y que si no lo hace los mata. Entonces (d) decide matar a (x) por la amenaza de (a), en este sentido, si bien quien ejecuta la acción de matar es (d), lo hace por el estado de coacción en el que se encuentra, en este caso coacción insuperable. De tal suerte, que el autor del delito de homicidio es (a) quien coacciona a (d) para que mate a (x). (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, pág. 89).

En virtud de error o aprovechándose del error en el que está inmerso el instrumento.

Cuando la víctima no sabe que está realizando un comportamiento prohibido por la ley y el sujeto que si sabe que es un delito deja que lo cometa aprovechándose del estado de desconocimiento en el que se encuentra dicho sujeto. Por ej. Juan le dice a José que le lleve una maleta con ropa a unos familiares desde Medellín a Bogotá por carretera; Juan acepta y más adelante lo detiene un retén del ejército y descubren que lo que está transportando Juan es estupefacientes y un arma de fuego. En este supuesto, Juan comete del delito de tráfico de estupefacientes y de porte ilegal de armas no coaccionado, sino en virtud del error en el que incurrió al no haberse cerciorado de que era lo que iba a transportar. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 95-96).

Valiéndose de un inimputable.

A grandes rasgos la doctrina ha considerado que no es suficiente que se declare a un determinado sujeto como inimputable para que se exima de responsabilidad penal al momento de cometer el hecho. Si no que, se requiere constatar si dicho

---

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato. Bacigalupo E. Derecho penal parte general, 1999, págs. 500-501).

sujeto que ha cometido la acción contraria a derecho era capaz de comprender o no la ilicitud de su acto. O, si pudiendo comprenderlo se encontró en medio de una situación que le impidió comportarse conforme a derecho<sup>26</sup>. Como sería el caso de individuos que sufren trastornos psíquicos, jóvenes incapaces de responsabilidad penal<sup>27</sup> o sujetos con imputabilidad disminuida.

En sí, la inimputabilidad consiste en la capacidad de autodeterminación y de comprensión del acto que se realiza o pretenda realizarse. Es decir, dicho término estriba en la conciencia de la ilicitud del sujeto activo en la conducta punible. Lo que, por ende, va a determinar la inimputabilidad o en su defecto, la culpabilidad del sujeto en el delito cometido.

Todas estas variantes de la autoría mediata encierran una serie de elementos que revisten una alta complejidad en su tratamiento, por lo que ahondar en ellos no es el sentido del trabajo; toda vez, que tomaría un espacio de tiempo considerable que debe emplearse en el objeto central de la investigación. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 89,129-132).<sup>28</sup>

Por aparatos organizados de poder.

En esta forma delincuencia la delimitación entre autoría participación se torna más compleja debido a que estas son organizaciones criminales que actúan al margen de la ley. Están estructuradas de forma jerárquica; es decir, existe un superior jerárquico quien es el que da las órdenes de ejecutar delitos, también está el puente (el emisor) que comunica las órdenes dadas por el jefe y de esta forma conecta al

---

<sup>26</sup> Como acontece, por ejemplo, en los casos de coacción ajena o miedo insuperables, actúan sin culpabilidad, pues en tales eventos la realización del injusto no es producto de su elección libre y voluntaria, sino de fuerzas externas que truncan su capacidad de optar por el comportamiento ajustado a derecho. El artículo 33 del C.P. También alude a la inimputabilidad por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Acuña, V. José Francisco. Sentencia de 28/07/2021. ID: 739523).

<sup>27</sup> La coautoría mediata es en aquellos casos una mezcla de dominio por error o dominio por coacción. Y cuando falta la capacidad de comprensión existe un error de prohibición del ejecutor, lo que de por sí, debería conducir a la exclusión de la culpabilidad. en todo caso estas constelaciones de casos han de tratarse según las reglas del dominio por error. (Roxin, Claus. Derecho penal parte general, Madrid 2014, págs. 89,129-132).

<sup>28</sup> ("Entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En éstos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad (1,1) y la imputabilidad (1,2), entre niños (II) y adolescentes (II), entre auto daño y daño a otro (a y b, respectivamente). El tratamiento de la mayor parte de estos casos es controvertido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho". Roxin, autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, 2000 pág. 132").

superior jerárquico con los subalternos que, en definitiva, son los que se encargan de ejecutar la conducta punible. No obstante, dentro de estas estructuras delincuenciales, para que se pueda hablar de coautoría u autoría mediata, es indispensable que se cumpla con los requisitos que dicho supuesto exige; estos son: 1. Poder de mando; 2. Fungibilidad de los sujetos; 3. Actuación al margen de la ley; y 4. Esencial y elevada disposición del ejecutor al hecho.

Entonces se tiene que, si no se cumple con tales requisitos no se puede hablar de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Por ej. en el caso del jefe de la organización criminal que da órdenes a sus subalternos para cometer delitos. Este ejerce dominio de la voluntad de los ejecutores materiales del hecho y puede disponer en cualquier momento de otros sujetos para cometer el delito en caso de que alguno se niegue a ejecutarlo; de allí que a los sujetos encargados de realizar el acto se les denomine “fungibles”. Por tal razón, debe ser considerado igual de responsable que quien o quienes ejecutan la acción típica consagrada en la ley. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, págs. 115-116-117-118-119).

Al respecto, Márquez, Álvaro, haciendo referencia a Roxin, precisa lo siguiente:

“Lo que confiere autoría mediata a quienes dominan una maquinaria de poder, es precisamente el dominio de la estructura de poder y, además la circunstancia de que el ejecutor es fungible, pues es una pequeña pieza intercambiable dentro de la maquinaria de poder, de tal modo que, si resistiera la orden, su resistencia generaría la realización del “trabajo” por otro. La petición de que se realice el hecho, que hace quien domina la organización, normalmente constituirá inducción, porque el ejecutor posee la libre decisión en la realización del hecho. Pero en tales casos tiene el efecto de fundamentar coautoría mediata, pues incluso, en caso de negativa del ejecutor, la ejecución de la orden siempre se realiza, porque ella lo será por otra “pieza” de la maquinaria”.<sup>29</sup> (Márquez, 2009, págs. 221,222).

---

<sup>29</sup> “El hecho de que los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, este puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues, aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su rechazo a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo. Por consiguiente, los ejecutores son ‘ruedas’ en el engranaje del aparato de poder, como indica Roxin. De modo que la figura central del suceso a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho es el hombre de atrás en virtud de su medida de dominio de organización. Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que ‘puede dirigir la parte de la organización que se encuentra a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros’”. Márquez, Álvaro (La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización. Págs. 221-222).

### 3. Formas de participación:

#### 3.1. El cómplice.

Las formas de participación criminal deben ser entendidas como un dispositivo amplificador de los tipos penales, es decir, los artículos 27, 28, 29 y 30 *Ibidem*<sup>30</sup>, en su orden, consagran la tentativa, el concurso de personas en la conducta punible, quienes son autores y, por último, quienes intervienen en la conducta ilícita en grado de participación. En síntesis, la función que cumplen estos preceptos normativos es tipificar, definir y sancionar las conductas delictivas cuando la norma ha sido transgredida por sus infractores, por ejemplo, cuando el artículo 103 del C.P. Dice 'el que matare a otro', u otros preceptos normativos como, quien iniciare la ejecución de una conducta punible, o quien se apodere de cosa mueble ajena refiriéndose al hurto, etc. Están describiendo el tipo de comportamiento antijurídico contrario a derecho, entonces, lo que se quiere colocar de presente con este preámbulo dogmático, es que en algunas ocasiones el gramaje de delitos es tan amplio que la norma no logra abarcar todas las conductas que revisten las características de un ilícito; esto es, no provee algunos comportamientos que pueden configurar un hecho delictivo, por lo que se ve en la obligación de llenar esos vacíos jurídicos acudiendo a alternativas diferentes a la autoría y es aquí donde aparecen las formas de participación como conductas ilícitas accesorias y alternas a la autoría.

En tal medida, esto presupone, como se ha venido reiterando que, en la comisión de un delito se puede dar la concurrencia de varios sujetos, dicho de otra manera, el 'concurso de personas en la conducta punible'. Por tal razón, es que resulta pertinente separar a los autores de los partícipes, no solo por lo residual del aporte del partícipe frente al del autor, sino también desde un plano político-criminal. Por lo que dentro del marco de esta figura delictiva vamos a encontrar de una parte, al determinador (conocido en otras legislaciones como instigador<sup>31</sup>) y de otra al cómplice, que para el caso concreto es el sujeto de interés. En cuanto a que el cómplice en comparación con el autor no reviste una exclusividad relevancia jurídica penal en la comisión de un delito puesto que, su contribución es subsidiaria y su actuación es discreta. Es decir, es prescindible, es residual, es accesorio, por lo tanto, esta relegada al hecho principal de otro u otros, esto es, del autor o de los coautores.

---

<sup>30</sup>. "Código Penal, (Ley 599 de 2000). Artículo 27, la tentativa, artículo 28, concurso de personas en la conducta punible, artículo 29, autores y coautores, y el artículo 30 define la participación".

*Ibidem*.

<sup>31</sup> La figura del determinador conmina con pena, junto al instigador que es un partícipe que se pena como a un autor, también a quien se vale de otro que no tiene el dominio del hecho, es decir, al autor mediato, y a quien se vale de otro que domina el hecho, pero que no puede ser autor porque le faltan los caracteres necesarios para serlo, o bien cuando tampoco puede ser instigador porque falta la conducta o la conducta no reúne los caracteres necesarios para que la instigación pueda ser accesorio. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho penal parte general. 2000, Pág. 812).

En su análisis sobre las formas de participación, Roxin Claus, establece que: “según la teoría del dominio del hecho, actúa en calidad de cómplice quien no ejerce dominio de la acción debido a que, deposita la confianza del resultado en el autor”. Al respecto, este autor precisa:

*La diferencia entre el autor y el cómplice solo puede encontrarse en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de cómplice. El cómplice quiere el resultado solo para el caso de que el autor lo quiera y, y para el caso de que el autor no lo quiera, él tampoco lo quiere. Por tanto, debe dejar a criterio del autor la decisión de si el resultado debe producirse o no.*

*El cómplice sólo puede poseer una voluntad dependiente de la del autor, es decir, que somete su voluntad a la del autor de tal manera que deja a criterio de este si el hecho a de llegar a la consumación o no. En contraposición a esa voluntad dependiente del cómplice, el coautor no reconoce o acepta una voluntad que domine la suya (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, pág. 75).*

“La conducta del cómplice o del mero partícipe, es de naturaleza accesoria<sup>32</sup>, por lo que está condicionada al hecho principal del autor. El cómplice quiere el resultado solo en el caso de que el autor lo quiera; y, en el caso de que el autor no lo quiera, este tampoco lo quiere para él”.

Esto significa que, el aporte del cómplice por su marginalidad y discreción solo va a tener relevancia jurídico-penal si el autor ejecuta la acción. Comoquiera que, por su nivel de subordinación el cómplice no ejerce dominio sobre el hecho, por lo que el control y el dominio absoluto sobre el curso del suceso y del resultado es exclusivo del autor. Debido a que la voluntad del cómplice dependerá siempre de la voluntad del autor, de tal suerte, que deja a criterio de este si el hecho a de consumarse o no. En suma, el cómplice es quien colabora con el autor del delito para que este pueda cometerlo. En otras palabras, el cómplice le facilita las cosas al autor con su aporte, esto es, el autor del delito con la intervención del cómplice o sin ella lo puede realizar. No obstante, este hace que la realización del hecho delictivo sea mucho más eficaz y eficiente.

Por ejemplo, un determinado sujeto quiere cometer un delito cualquiera, supongamos que el lugar donde tendrá ocurrencia el delito está a dos horas de

---

<sup>32</sup> Por accesoriadad se entiende una cierta relación de dependencia del partícipe respecto del autor; que entre la conducta de uno y otro existe una cierta relación de accesoriadad o dependencia fáctica. Pero ha de tenerse en cuenta que tal dependencia existe también entre diversas clases de autores (el mediato respecto del inmediato, o los coautores entre sí) o incluso, del autor respecto del partícipe (p. ej., el autor respecto de la aportación el cooperador necesario). (Díaz y García Conlledo, Miguel Autoría y participación, 2008. Pág. 30).

donde vive y lo que hace el cómplice es que le facilita el medio de transporte para que este pueda ir a realizarlo y le presta una moto ¿qué incidencia tiene la prestación de la moto en la ejecución del delito?, pues simplemente le facilitó al autor la llegada al lugar de los hechos para el logro de su objetivo de forma mucho más eficiente y eficaz puesto que, el autor del delito también hubiera podido utilizar cualquier otro medio de transporte para moverse. De ahí es que se presume que el partícipe siempre actúa de forma dolosa, porque desde un principio sabe que está colaborando en la realización de un hecho delictivo, sin embargo, decide colaborar con el autor.<sup>33</sup>

De modo que, la acción del autor para que le asista alguna responsabilidad penal al cómplice debe alcanzar al menos un grado de tentativa, no puede quedarse solo en actos preparatorios de lo contrario, su aporte sería no punible y en tal sentido, no habría forma de hacerle un juicio de reproche al comportamiento de un sujeto cuyo actuar no ha lesionado o ha puesto en peligro el bien jurídico protegido en la Ley para la correspondiente infracción. (Roxin, Derecho penal parte general tomo II, 2014, pág. 75).

La participación también puede entenderse como el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro, ya sea que se trate de una instigación o de una complicidad; por ello, el partícipe se caracteriza de manera negativa, debido a que no ejecuta la acción típica, pues de hacerlo sería autor del delito en cuestión.

### 3.2. El determinador.

En el caso del determinador este actúa como incitador e instigador del autor inmediato, esto es, ejerce una especie de persuasión para instar al sujeto activo de la conducta punible a que cometa el hecho. En síntesis, el determinador hace que el determinado desarrolle y ponga en práctica la idea criminal en la realización de la conducta típica. Por lo que, aunque el determinador no lesiona el bien jurídico protegido en la norma de forma directa; en el entendido que el sujeto determinado es quien de manera autónoma e independiente ejecuta el hecho punible, se le da el mismo tratamiento que al autor directo, en cuanto este es quien provoca el acto que finalmente realiza el sujeto determinado. En suma, por lo trascendental, lo decisivo y lo importante de la influencia que ejerce el determinador en quien finalmente

---

<sup>33</sup>. La naturaleza de las formas de participación criminal siempre es dolosa en razón a que quien interviene en un hecho punible bajo esta figura, sabe de antemano que está participando en un acto ilícito porque posee conocimiento tanto cognitivo como volitivo de la ilicitud de su acto. (Roxin Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 2000. Barcelona. Pág. 101).

comete el hecho antijurídico, quien determina e induce a otro a cometer el delito recibirá la misma pena establecida en la ley para la correspondiente infracción penal. (Suárez, 2007, págs. 282-283).

En el siguiente cuadro se presentan las formas de intervención en la conducta punible, de manera simplificada.

Autor directo ↓	Coautores ↓	Autor mediato ↓	Cómplice ↓	Determinador ↓
Realiza el hecho por sí mismo, de forma directa.	Actúan con división de funciones (se reparten los roles).	Es quien instrumentaliza a otro dolosamente para cometer el hecho.	Es quien presta un auxilio al hecho del autor.	Es quien determina a otro a cometer la conducta punible.
No existe colaboración de un tercero, actúa como dueño y señor del hecho.	Debe existir: Concierto previo o concomitante. Reparto del trabajo criminal. El aporte debe ser importante y debe prestarse en fase ejecutiva. (co-dominio funcional del hecho)	Domina la voluntad del hombre de adelante (del instrumento), quien obra sin culpabilidad.	Este no tiene dominio sobre el hecho, el dominio es del autor.	Hace nacer la idea criminal en quien ejecuta el hecho.
Ejerce dominio tanto de la acción, del hecho y del resultado.	Todos ejercen un dominio funcional de la acción.	En virtud de: Error, Coacción o miedo insuperable.	El cómplice siempre actúa dolosamente.	El determinador recibe la misma pena

				que el determinado.
--	--	--	--	------------------------

Elaboración propia.<sup>34</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, la C.S.J, en Sala de Casación Penal, con el fin de distinguir entre coautoría y participación en la comisión de un delito, en lo que concierne a la complicidad, ha dicho lo siguiente en las siguientes sentencias:

Para que la conducta punible se configure bajo la modalidad de la complicidad, ineludiblemente deben concurrir los siguientes requisitos:

*Primero.* Para que haya complicidad, se requiere una participación accesoria cuya esencia es la ejecución de acciones de ayuda, sin que se participe en la decisión ni en el dominio final del hecho.

*Segundo.* La coparticipación exige pluralidad de agentes, concurso voluntario de acciones u omisiones e identidad de delito, es decir, se necesita la presencia de más de una persona, la confluencia voluntaria de conductas activas u omisivas que contribuyan a la realización armónica del hecho antijurídico y la convergencia en torno a la realización de un delito previa y claramente definido.

*Tercero.* La complicidad, a pesar de ser una figura accesoria a la autoría, *"también representa una colaboración causal para la comisión del hecho principal, la cual tiene como nota fundamental o elemento característico el que debe obedecer objetiva y subjetivamente al acuerdo previo a la comisión del hecho"*.

*Cuarto.* Tanto en la autoría como en la complicidad es menester la presencia del dolo porque en uno y otro evento siempre se actúa bajo la convicción de cometer un hecho punible o parte de él o de contribuir o prestar ayuda al autor de la conducta. Así, entre la acción u omisión del cómplice o del autor y el resultado producido, debe haber relación de causalidad. (Pérez, 2003).

---

<sup>34</sup> (Autoría. Suárez, Alberto 2007 págs. 187-188-189. Las formas de participación en la conducta delictiva).

Por la misma senda ha continuado en los años siguientes y lo ha manifestado de la siguiente manera:

*El artículo 30-3 de la Ley 599 de 2000 C.P. Preceptúa que es cómplice “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”.*

Se caracteriza la complicidad porque, la persona contribuye a la realización de la conducta punible de otro, o presta una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior, de modo que no realiza el comportamiento descrito en el tipo, ni tiene dominio en la producción del hecho, porque su conducta no es propiamente la causa de un resultado típico, sino una condición del mismo (Hernández L. A., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2018).

Posteriormente, lo expresó de la siguiente forma:

Es cómplice “quien dolosamente ha prestado una ayuda a otro respecto del hecho antijurídico que este ha cometido *dolosamente*”, siempre que tal ayuda, sin ser esencial, sea “causa para el resultado”, y en tanto exista entre el autor y quien le asiste “coincidencia ... *en cuanto a la acción básica común*”, esto es, convergencia intencional, de manera que el segundo debe “*querer contribuir*” a la acción del primero. En palabras de la Sala, la complicidad requiere “*que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice*”, y que uno y otro se pongan de acuerdo, antes de su ejecución o concomitantemente a esta, no sólo “*en cuanto al delito o delitos que quieran cometer*”, sino también “en aquello que cada uno de ellos va a realizar”.

Entonces, si la complicidad exige coincidencia *intencional* entre el autor y los colaboradores, aquella sólo puede darse respecto de conductas dolosas; no puede consolidarse un designio común o, en la redacción del Código Penal nacional, un “*concierto previo o concomitante*”, sobre aquello que sucede por culpa y no porque se quiera o se asuma con indiferencia, es decir, sobre algo que no corresponde al resultado pretendido, aceptado o si quiera previsto por quien lo ha causado. (Acuña, 2021).

Como se ha venido reiterando la complicidad es una forma accesoria de participar en un hecho delictivo, así lo ha determinado la Ley, la doctrina y la jurisprudencia de las altas cortes como ha quedado consagrado. Entonces, se sostiene que la conducta del cómplice es de naturaleza accesoria debido a que este no ejerce

control ni dominio sobre la acción que ha de realizar el autor o los coautores del delito. Puesto que, el cómplice solo presta una ayuda que a lo sumo le puede facilitar las cosas al autor del delito para que este lo cometa. La contribución del cómplice no tiene carácter esencial ni para el autor ni para el delito; en tanto que con su aporte o sin este el delito se realiza independientemente de que el cómplice contribuya o se abstenga de hacerlo.

Por consiguiente, por el nivel de subordinación el aporte del cómplice para que llegue a tener relevancia jurídico-penal va a depender exclusivamente de lo que pueda hacer el autor del delito, en tanto que este deposita la confianza en quien ha de perpetrarlo. En este entendido, el accionar del cómplice solo nace a la vida jurídica siempre y cuando el autor del delito haya iniciado por lo menos actos de ejecución y que exista una puesta en peligro inminente para el bien jurídico protegido.

El comportamiento del cómplice siempre es doloso debido a que este siempre actúa deliberadamente. Es decir, desde un principio tiene pleno conocimiento y sobre todo voluntad de participar en un acto ilícito, no obstante, al no tener dominio del hecho, su responsabilidad penal estriba única y exclusivamente en lo que pueda hacer el autor, por lo mismo, su sanción será atenuada en comparación con la del autor, pues este es quien domina la acción, y decide la forma y el momento en que ha de realizar el delito.

En suma, tanto la (C.S.J.) como la doctrina, reafirman con sus argumentos que la coautoría requiere de una serie de supuestos fundamentales sin los cuales es completamente inidóneo que se pueda configurar la misma. En sí una de las principales divergencias entre “coautoría y complicidad”, es que la conducta del “cómplice”, está supeditada al hecho principal del “autor” debido que el cómplice, lo que hace es prestar una ayuda marginal al autor que posiblemente incrementa el riesgo de configuración del hecho punible, ya sea que se consuma o quede en grado de tentativa, pero siempre estará condicionada a lo que haga el autor, pues, este último, al ser la figura central del suceso, es quien ejerce pleno dominio tanto de la acción como del hecho.

#### 4. Capítulo II. Cooperación necesaria

Del estudio de la coautoría y la complicidad, quedó claro que coautor, en virtud de la coincidencia de voluntades, la repartición de funciones y la importancia de su aporte va a ser considerado coautor del delito en cuestión. Mientras que por cómplice se tendrá a quien colabore con la causa del autor sin ejercer dominio en

el hecho. Sin embargo, debe reconocerse que existen contribuciones en la fase previa de la conducta punible tan importantes que sin estas no se configuraría el delito. Lo cual implica la ausencia de uno de los requisitos de la coautoría, esto es “la actuación en fase ejecutiva”. La contribución a la cual se hace referencia; es a lo que, en legislaciones como la de España o la de Argentina se le conoce como “cooperación necesaria”. no obstante, en un ordenamiento jurídico como el colombiano que no cuenta con esta forma adicional de participación, las únicas opciones de imputación son la (autoría y la complicidad), lo que significa que, al no estar regulada la cooperación necesaria en nuestro ordenamiento penal, esto podría implicar la vulneración de los principios de tipicidad y de legalidad. Por esta razón, debido a que la cooperación necesaria no hace parte del ordenamiento penal colombiano y, en consecuencia, no existe mayor desarrollo dogmático y jurisprudencial de la misma; se hará un estudio teniendo como punto de referencia a las legislaciones de España y Argentina.

#### 4.1. Antecedentes de la cooperación necesaria.

Los antecedentes que existen acerca de la “cooperación necesaria” surgen de otras legislaciones como lo son la de España y la de Argentina, las cuales tienen esta figura regulada en sus legislaciones como forma de participación. Por lo que con el propósito de entender con mayor rigor la importancia de esta forma de comisión en los delitos; se hará un análisis de lo preceptuado en torno a esta figura delictiva por la Ley y la doctrina de tales codificaciones.

#### 4.2. La cooperación necesaria en la legislación penal de España.

El título II del código penal español habla de las personas criminalmente responsables de los delitos. Y en su artículo 27 expresa lo siguiente.

“Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”.  
En el artículo 28 *ibidem*, habla de los autores y dice:

Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Mientras que el referirse a los cómplices sentencia:

“Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

En el caso de España, la cooperación necesaria ha sido entendida exclusivamente como una forma de complicidad, esto es, como aquel aporte de carácter esencial que realiza un determinado sujeto a un hecho delictivo sin el cual no hubiera sido posible su consumación. Así, lo sintetiza Bacigalupo, Enrique. *“El cooperador necesario es aquel que en la etapa de preparación del hecho principal aporta al mismo una contribución sin la cual no hubiera podido cometerse”*. (Bacigalupo, Derecho penal parte general, 1999, págs. 525-527).

Asimismo, el legislador español, en un sentido amplio hace constar que el cooperador o (cómplice especial) es quien *“dolosamente coopera en la realización de un delito doloso. Como se ha visto en el Código Penal distingue entre cooperadores necesarios (art. 28, b) y cómplices en sentido estricto (art. 29), según que la aportación al hecho sea necesaria o no para su realización”*.<sup>35</sup>

Al respecto establece dos elementos esenciales que caracterizan esta forma de complicidad:

1. La intensidad objetiva de su aportación al delito: sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer.
2. El momento en que realiza la contribución: quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse sólo será punible según los arts. 28, b) y 62 del Cód. Penal si no toma parte en la ejecución, sino solo en la preparación del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor

---

<sup>35</sup> Tanto el cómplice como el cooperador necesario siempre actúan de forma dolosa, es decir, estos desde un principio saben que están contribuyendo a la realización de un hecho delictivo. No obstante, deciden participar de este de manera consciente y voluntaria. El artículo 28 b, del Código Penal español define quien es autor y quien es cooperador necesario. Consagra que autor es quien realiza el hecho por sí mismo o utilizando a otro de quien se sirve como instrumento. Cooperador necesario es quien aporta un elemento al autor del delito sin el cual este no se hubiera podido cometer. Mientras que del cómplice que se encuentra regulado en el artículo 29 de la misma disposición, que dice que son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la realización del hecho con actos anteriores o simultáneos. (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, español).

pues, con una aportación decisiva, hubiera tenido el dominio del hecho” (Bacigalupo, Derecho penal parte general, 1999, págs. 525-527).

En tal medida, será coautor quien intervenga en la ejecución del hecho con una aportación decisiva para la consagración del injusto, puesto que con ella tuvo dominio sobre el hecho. Dominio este que al ser retirado del acuerdo global hubiera podido frustrar la materialización del delito, por lo que, partiendo de esta premisa es que se considera que autor es quien domina el hecho y con ese dominio está en la potestad de detener o continuar el delito; dominio que no podrá tener en ningún momento el cómplice por la accesoriedad de su participación. (Bacigalupo, Derecho penal parte general, 1999, págs. 525-527).

Por su parte, Muñoz Conde F. cerca de la cooperación necesaria expresó lo siguiente: *“la cooperación necesaria, sin embargo, salvo supuestos en los que excepcionalmente el cooperador necesario no tiene el dominio del hecho (vende una pistola a sabiendas de que se va a utilizar en un atraco, pero sin intervenir en nada en el mismo), debe ser calificada en la mayoría de los casos como forma de coautoría, por tratarse de un supuesto de dominio funcional del hecho”* <sup>36</sup> (Muñoz Conde, 2010, págs. 435-440).

Mir Puig, refiere lo siguiente en cuanto a la cooperación necesaria:

- A) “Es característica del C.P. La distinción de dos clases de cooperadores: el cooperador necesario, equiparado al autor, aunque realmente no lo sea, y el cómplice en sentido legal estricto”. Alude la ley al primero diciendo que “también serán considerados autores: b). Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado” (art. 28 b CP). (Mir Puig, 2016, págs. 422-425).

---

<sup>36</sup> En todo caso, para la distinción es irrelevante en qué fase intervenga el cooperador necesario. Una persona que en un momento determinado alcanza una pistola a un atracador puede ser cooperador necesario, pero no necesariamente coautor, mientras que el jefe de la banda o el miembro de la misma que espera con el motor en marcha para, conforme al plan previsto, asegurar la huida, pueden ser coautores. En realidad, la figura del cooperador necesario, como una forma de intervención en el delito distinta a la coautoría, ha sido mantenida por el legislador de 1995, aparte por razones históricas propias de nuestra codificación, como un “tipo de recogida” que permita castigar con la pena del (co)autor lo que no siempre se puede considerar dogmáticamente como tal. Sería un escándalo que las dudas y las vacilaciones que surgen a la hora de diferenciar autor y cómplice obligaran a castigar sólo con la pena atenuada de éste lo que, a todas luces, como en el caso del inductor, merece ser castigado con la pena del autor, aunque no sea autor. Muñoz Conde, F. García Arán, M. Derecho penal parte general, 2010 pág. 435).

En su análisis de la cooperación necesaria, así continua Mir Puig, y expresa:

En la interpretación de la fórmula del art. 28, b) ha oscilado la doctrina española entre un punto de vista abstracto y otro concreto. Desde el primer punto no basta para la cooperación necesaria que la ayuda prestada condicionara la forma concreta en que se manifestó el hecho, como afirman los partidarios de la perspectiva concreta, sino que sería preciso que sin la ayuda el hecho no hubiera podido efectuarse tampoco bajo otras circunstancias. No obstante, nadie llega en realidad a mantener un punto de vista rigurosamente concreto, que conduciría a dejar sin contenido en la gran mayoría de casos a la complicidad. La diferencia debe fijarse, pues, en base al grado más o menos elevado de abstracción que se maneja". (Mir Puig, 2016, págs. 422-425).

Así, por ejemplo, habrá de fijarse dos criterios principales que se han propuesto para superar la inseguridad que supone la situación descrita. De una parte, se arranca de punto de vista concreto, pero requiriéndose solo a la necesidad de la cooperación para la producción del hecho sin requerir además que resulte necesaria para las modalidades de la acción. De otra parte, se entiende la escasez de la aportación para decidir la calificación de cooperación necesaria o complicidad. Si la aportación constituye un "bien escaso" para el autor en su situación concreta, constituirá cooperación necesaria, de no ser así, sería complicidad. (Mir Puig, 2016, págs. 422-425).

"La cooperación necesaria del art. 28, b CP debe tener lugar en la fase preparatoria o, simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en la coautoría en sentido estricto" (Mir Puig, 2016, págs. 422-425).

Para distinguir cooperación necesaria de autoría, el autor sintetiza su argumento desde la teoría de los "bienes escasos". Entendido esto como la esencialidad del aporte para el logro del fin propuesto; es decir, dependiendo de lo escaso del bien que se quiere emplear para cometer el delito el cual debe aportar el cooperador necesario, dependerá el éxito del acto comisivo. Piénsese, por ejemplo, que se quiere cometer un delito de homicidio, pero no se quiere dejar huella o rastro de violencia en la víctima; para lo cual el autor o autores deciden envenenar a la víctima con una sustancia difícil de conseguir, en este caso, se estaría frente a un bien

escaso, cosa que quien le aporte tal veneno al autor sería considerado un cooperador necesario, en el entendido que solo intervenga en la fase preparatoria, porque de actuar en fase ejecutiva sería coautor en el delito de homicidio. En síntesis, esta teoría arroja dos ítems a saber:

De un lado, establece que si el bien con el que se pretende cometer el delito es un *bien escaso* como por ejemplo un veneno o un arma de fuego sería participación en modalidad de cooperación necesaria.

Y del otro, que, si por el contrario es un *bien común de fácil acceso como, por ejemplo, una arma blanca*, la participación sería en grado de complicidad.

Nótese que, en este sentido, lo que va a marcar la diferencia entre estas dos formas de participación entre la cooperación necesaria y la complicidad, es lo determinante, lo importante, y lo decisivo de la contribución al punible de los ejecutores del delito. Cosa que se verá reflejada en la sanción penal, puesto que al cooperador necesario se le impondrá la misma pena que al autor, mientras que el cómplice tendrá una sanción menos severa). (Mir, 2016, págs. 422-425).

Por su parte, Diego-Manuel Luzón Peña, acerca de la cooperación necesaria sentenció:

“En la autoría yuxtapuesta (accesoria o paralela), cuando se trata de acciones sin acuerdos insuficientes por separado pero indispensables en su conjunto, hay indudable causalidad, como por lo demás en la coautoría (o en la cooperación necesaria) pues la retirada de cualquier contribución impediría el resultado”. (Luzón, 2016, pág. 256).

En palabras de este autor es irrelevante que las aportaciones por separados no se adecuen propiamente al hecho delictivo como se predica de la coautoría, toda vez, que lo que va a determinar la producción del resultado son cada una de las acciones de forma conjunta. De ahí, que al retirarse alguna de las contribuciones faltaría una pieza clave para la consumación del hecho, por lo que se concluye que sin dicho aporte no habrá manera de perpetrar el hecho punible. Esto como presupuestos de la actuación conjunta de la (coautoría), en cuanto a la cooperación necesaria como se ha venido enfatizando se configura cuando determinado sujeto realiza un aporte al autor del delito sin el cual no hay manera de cometer el acto delictivo. por lo que la diferencia entre ambas formas de comisión criminal estriba en que los coautores trabajan con división funciones, mientras que el cooperador necesario, realiza un aporte de manera independiente sin el cual el autor del delito no podrá llevar a cabo el hecho. (Luzón, 2016, págs. 249,256,263).

La cooperación necesaria en España desde una mirada jurisprudencial.

Naturalmente, el Tribunal supremo de España no ha sido ajeno a tomar parte sobre el análisis del complejo caso de la cooperación necesaria y se ha pronunciado en indeterminadas oportunidades sobre la cuestión y así lo ha dejado saber en los siguientes pronunciamientos:

En la sentencia de 2 de septiembre de 2003 (La Ley 2817/2003), se dice que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Es decir, cuando se colabora de una manera decisiva de tal modo que sin esta aportación el delito sería difícilmente o imposible de cometer. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Sentencia 988/2007 de 20 nov. 2007, Rec.616/2007. Ponente: Martín Pallín, José Antonio).

Luego, en pronunciamientos posteriores volvió a referirse acerca del tema y lo sintetizó de la siguiente manera:

Debemos recordar al respecto que la cooperación necesaria, según el artículo. 28, del Código Penal español, que es un grado de participación que presenta los caracteres propios de la complicidad, pero con una contribución decisiva a la consecución del resultado prohibido por la norma penal. Tiene de común con la autoría la intención, comparte con el mismo la decisión consciente y voluntaria de vulnerar la norma penal con una contribución además decisiva, aunque no es el ejecutor material. (Lobón del Río, 2021).

Así las cosas, de manera irrefutable se sostiene tanto por la doctrina española como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el aporte del cooperador necesario se materializa cuando este contribuye con el autor del delito con un elemento que revista unas características de naturaleza esencial para el logro del propósito pretendido.

En esta mista temática el Tribunal Supremo continuó con su discurso sobre del debate del cooperador necesario y concluyó su intervención acotando:

“El cooperador necesario acredita su imprescindibilidad cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que, si retira su aportación, la ejecución es imposible”. (Lobón del Río, 2021).

Concluye su intervención señalando que:

Así, como se ha expuesto, sería cooperador necesario quien cede el vehículo para su conducción a una persona a sabiendas de que carecía de habitación administrativa para ello y precisamente para conducirlo. Y a pesar de ello pone a su disposición el vehículo para que lo conduzca, lo que constituye es una contribución esencial al delito; es decir, coadyuva a que condujera sin permiso de conducir y pone todos los medios a su alcance para que así sea<sup>37</sup>.

Sobre la cuestión del cooperador necesario como ha quedado demostrado, la mayoría de los autores coinciden en que en esta forma de participación criminal lo que va a determinar la importancia del aporte del cooperador necesario, es que haya sido una contribución al hecho del autor sin la cual no hubiera sido posible la comisión del injusto penal en caso de que el cooperador necesario decida retirar su aportación. Y al no contar el autor del delito con el respaldo del cooperador necesario para la ejecución del plan simplemente este se vendría abajo. Por tal motivo, es que el cooperador necesario debido a la trascendencia y a la relevancia jurídico-penal de su consigna al hecho, en la escala de punición penal tendrá el mismo tratamiento que el autor del delito.

En síntesis, ni el cooperador necesario ni el cómplice realizan el delito descrito en el tipo penal, debido a que estos solo se limitan a colaborar con un hecho ajeno. Por

---

<sup>37</sup> (Sentencia número. 314/2021, abril, 15 de 2021. Lobón del Río, María Josefa). Incluso, no se trataría de una mera complicidad, sino propiamente de una cooperación necesaria. Así, respecto a la apreciación de la participación en grado de complicidad, en lugar de estimar la autoría por cooperación necesaria, cabe señalar que ambas figuras tienen en común el carácter accesorio respecto del autor material, diferenciándose en que en la cooperación necesaria la aportación colaborativa resulta esencial para conseguir el resultado prohibido.

Al respecto hay que matizar que también es preciso diferenciar en la coparticipación en el delito la cooperación necesaria de la mera complicidad. Y así, muchas son las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría directa de la cooperación necesaria o de la mera complicidad, tales la de la *conditio sine qua non*; la del 'dominio del hecho' o la de las 'aportaciones necesarias para el resultado'. Y, como elementos claves, podemos destacar. Primero, la existencia de consenso: todas ellas exigen sin embargo un grado más o menos amplio de consenso. Y, segundo, la existencia de concierto previo: todas ellas parten de un concierto previo que incluso puede devenir después en las denominadas participaciones adhesivas que surgen *subsequens* tras la iniciación y durante el desarrollo del iter criminis. Incluso puede devenir después en las denominadas participaciones adhesivas que surgen *subsequens* tras la iniciación y durante el desarrollo del iter criminis.

lo que queda en manos del autor la ejecución del ilícito. Nótese que la legislación y la doctrina española denomina al cooperador necesario como cómplice primario, y al simple cómplice como cómplice secundario. La diferencia consiste en que el cooperador necesario presta un ayuda trascendental al hecho que ha de realizar el autor, esto es, sin dicho aporte no hay forma de que el punible se consuma en los términos establecidos por quienes integran el conglomerado delictivo. Es por ello, que la doctrina ha categorizado tal contribución como “cooperación necesaria” toda vez, que es un aporte netamente indispensable para el designio criminal. Por lo tanto, es que su aporte condiciona el hecho de los ejecutores del delito porque con la ausencia de este, no sería posible llevarlo a cabo. Por tal razón, es que tanto autor o autores como cooperador necesario quedan sujetos a la misma responsabilidad penal acaecida por el punible perpetrado. (Bacigalupo, Manual de derecho penal , 1996, págs. 226,227).

De otra parte, el cómplice simplemente presta un auxilio al autor del injusto penal el cual es prescindible. Es decir, su contribución no se torna indispensable para la ejecución del acto como quiera que el cómplice solo le facilita las cosas al autor. Contrario a lo que sucede en el caso del cooperador necesario dado a que su aporte sí es relevante y trascendental para el hecho. Mientras que, en la complicidad, el autor del delito con su intervención o sin ella podrá cometerlo. Esto como presupuestos para determinar el grado de participación de cada sujeto en el hecho comisivo. De ahí que la sanción para cada caso va a depender de la relevancia de la contribución, y al ser el aporte del cómplice de menor relevancia jurídico penal, su pena será atenuada en comparación con la del autor o cooperador necesario. (Bacigalupo, Manual de derecho penal , 1996, págs. 226,227,243).

Por lo anterior, el autor, los coautores, ‘el cooperador necesario o cómplice especial’, o el simple cómplice, son los principales sujetos que aparecen en el centro de un delito. Sin embargo, no todos contribuyen a la ejecución del hecho con la misma importancia. Debido a que el autor del delito siempre es el elemento principal e indispensable para el logro del hecho típico; los demás son subalternos en los cuales el autor se apoya para lograr una mayor eficacia en sus propósitos. Como vendría a ser el caso del cooperador necesario, toda vez, que este, realiza un aporte notable al hecho del autor que, en definitivas, es el llamado a perpetrar la conducta delictiva, tan es así que si dicho aporte llega a ser eliminado sencillamente no se podría concretar el ilícito, de tal supuesto es que se extrae que el aporte del cooperador necesario es de naturaleza especial. En cuanto a los coautores, estos mancomunadamente en virtud de su acuerdo ejecutan el acto punible. Finalmente, el cómplice simplemente colabora en un hecho ajeno en el cual su participación no

resulta indispensable para el logro del resultado. (Bacigalupo, Manual de derecho penal , 1996, págs. 226,227,243).

#### 4.3. La cooperación necesaria en la legislación penal de Argentina.

En la legislación de Argentina de forma similar a la de España, la cooperación necesaria se consagró en el artículo 45 del Código Penal, entendida como aquella contribución sin la cual no hubiese sido posible la realización del hecho. (Bacigalupo, Derecho penal parte general, 1999, pág. 214).

Así lo expresa textualmente la norma en el Título VII cuando habla de la participación criminal y dice.

Artículo 45. “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito”. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. (Argentina, 1984).

Zaffaroni, E. Raúl, entiende la cooperación necesaria de la siguiente manera:

“Para la determinación de la escala penal, el código no se refiere a los conceptos de autores, instigadores o cómplices, sino a los de ejecutor, determinador, cooperador necesario y cooperador no necesario. Esto obedece a que el código penal adopta un método especial para la fijación de penas, introduciendo una distinción entre cómplice, según sean simples cómplices, llamados cómplices secundarios por la doctrina, o cooperadores no necesarios, a los que pena en forma atenuada, *o que sean cómplices que prestan una cooperación necesaria para que el autor pueda llevar adelante su hecho, pero que no pueden ser considerados autores porque no reúnen los requisitos necesarios para serlo, que son los que la doctrina llama cómplices primarios*, que la ley asimila al autor en cuanto a la pena.

Así pues, entre los cooperadores no necesarios cabe distinguir en primer lugar, aquellos cuyo aporte es totalmente previo o simultáneo a la ejecución del hecho. Esto es, los cooperadores no necesarios en la ejecución y, en segundo lugar, a los que realizan una promesa antes de la consumación del delito y prestan una ayuda

con posterioridad a la misma (cooperador no necesario que con posterioridad a la ejecución cumple una promesa anterior). (Zaffaroni, 2006, págs. 811,812,831).

En su análisis sobre la cooperación necesaria Zaffaroni, sintetiza lo siguiente:

“El cooperador o cómplice necesarios o primario, es el que hace un aporte indispensable a la conducta del autor, pero que no puede ser autor porque: (a) no tiene la calidad requerida para ser autor (delicta propia); o porque (b) no realiza personalmente el verbo típico en los casos en que así lo requiere el tipo (delitos de propia mano); o bien porque (x) la cooperación la presta en una etapa que aún no es de ejecución (aporte necesario a la preparación). (c) por último, son instigadores tanto los que se valen de otro para (a) cometer un injusto o (b) cometer un delito”. (Zaffaroni, 2006, págs. 811,812,831).

Así las cosas, la doctrina le da el nombre de cómplice primario al cooperador o auxiliador necesario que el código preceptúa en el artículo 45. Debido a que se trata de un cómplice, se ha pensado que la distinción entre este, por lo menos primario, y el autor, debería analizarse por la teoría subjetiva de la autoría, aunque con ello no se determine un importante detalle de la formulación legal; toda vez, que para ser cómplice primario es necesario prestar una colaboración necesaria al autor o a los autores del delito, según la clara expresión de la ley, por lo que es necesario no ser autor.

El Código Penal Argentino distingue claramente entre los que toman parte en la ejecución del hecho y los que prestan a los autores una cooperación necesaria para la realización del acto ilícito, los primeros son coautores, y los segundos cómplices primarios. La ley en ningún momento dice que todo cooperador necesario sea cómplice, sino solo que todo cooperador necesario es cómplice, siempre que no sea ejecutor (autor). esto es lógico porque media una profunda diferencia entre prestar una cooperación necesaria al hecho, que es lo que hace el ejecutor, y prestar una cooperación necesaria al autor del hecho, que es lo que hace el cómplice primario (cooperador necesario). Y, Por consiguiente, el artículo 45 del código penal crea una regla de punición especial, reparando en aquellos casos de complicidad en los que el sujeto, pese a hacer un aporte necesario, no puede ser considerado autor, en razón a distinciones al principio del dominio del hecho”<sup>38</sup>. (Zaffaroni, 2006).

---

<sup>38</sup> El que hace un aporte necesario es también considerado autor, lo que no sucede sólo cuando quien hace el aporte necesario no reúne los caracteres que demanda la condición de autor, o cuando lo hace en una etapa anterior a la ejecución. En estas situaciones la excepción a la regla de la

Salazar Marín, tomando como punto de referencia la legislación penal española acerca del cómplice necesario “cooperación necesaria” se pronunció de la siguiente manera:

*“En la doctrina española es particularmente un tema recurrente, dada la consagración legal de la complicidad necesaria. El cómplice es allí algunas veces co-autor y otras partícipe. Para un sector, mayoritario por demás, el cooperador necesario es siempre co-autor, mientras que otros se esfuerzan para distinguir al cooperador necesario del mero cómplice. En general, a criterios objetivo-materiales, como la importancia del aporte, la causa “necesaria” con remisión frecuente a la conditio sine qua non, se busca distinguir entre la cooperación necesaria y la complicidad, lo cual no deja de ser problemático dadas las dificultades de la práctica para distinguir con nitidez a autores, cómplices necesarios, inductores y cómplices no necesarios”<sup>39</sup>. (Salazar, 2013).*

De todo el arsenal dogmático de las legislaciones tanto de España como de Argentina, se tiene que el cómplice primario, mejor “cooperador necesario” es quien presta un auxilio de carácter esencial en la etapa de los actos de preparación al hecho punible del autor o autores, sin el cual no hubiera sido posible lograr el resultado. Por lo que, si fuera una cooperación directamente al hecho y no al hecho del autor; no sería una cooperación necesaria sino un aporte propio de autoría. De ahí que el cooperador necesario, sea considerado un cómplice especial, siendo este el punto de convergencia entre la coautoría y la complicidad, debido a que el aporte del cooperador necesario es tan importante que por cuestiones político-criminales no podría dejarse sólo como una simple complicidad; pero tampoco es correcto elevarlo al grado de coautor. Comoquiera que, el aporte se hace al hecho del autor no al hecho en sí mismo. De ser así, si el sujeto participa de la ejecución del delito claramente se estaría frente a una conducta de autoría. (Zaffaroni, 2006, págs. 811,812,831).

Se entiende que el cooperador necesario, es quien realiza un aporte determinante al delito que ha de cometer el autor. En el cual no ejerce ningún dominio debido a

---

autoría, quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesario. Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (Buenos Aires, diciembre de 2000. Derecho Penal Parte General. Pág. 811).

<sup>39</sup> La doctrina colombiana no tiene la dificultad para distinguir al autor del cómplice necesario, a partir del C.P. de 1980 (arts. 23 y 24), cuando suprimió la complicidad necesaria que establecía el C.P. de 1936 (art. 19). Por lo que en Colombia y en los países en que no se consagra el cómplice necesario, este es sin más un autor, pues la cooperación sin la cual el delito no hubiera podido realizarse esta bien estimarla como coautoría, tras el examen fáctico y valorativo de una intervención de esta naturaleza.

que este deja en manos del autor el que el delito se realice o no. Por tal razón, es que no puede ser considerado “coautor” en tanto, a que no participa en su ejecución a la luz de la teoría del dominio del hecho y del concepto restrictivo de autor; que hacen las veces de punto de referencia de donde debe partirse para realizar la correspondiente imputación penal a la que haya lugar originada de la participación en un delito. (Zaffaroni, 2006, págs. 811,812,831).

Y al no ejercer el cooperador dicho dominio, este no decide el cómo y cuándo de la ocurrencia del delito. No obstante, tampoco puede quedar su contribución como la de un mero cómplice por la transcendencia de su aporte; es por ello, que la doctrina de dichas legislaciones le ha dado el tratamiento de “cooperador necesario” a esta forma de intervención criminal, dado a que como su nombre lo indica, su contribución es necesaria para el resultado deseado. Toda vez, que el cómplice necesario condiciona el hecho del autor. Lo que ha conducido a que por cuestiones político-criminales y en atención a elementos objetivo-materiales, entre la cooperación necesaria y la coautoría a nivel de punición se tendrá como lo mismo. (Bacigalupo, Derecho penal parte general, 1999, págs. 525-527).

## 5. Capítulo III. Establecer la forma en la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha delimitado la coautoría y la complicidad.

### 5.1. Análisis del caso abordado por la (C.S. J) en la sentencia SP-1742. Rad. No 57051 de 2022.

La (C.S.J) en Sala de Casación Penal, ha venido ampliando los tipos penales y las formas de autoría y participación, al considerar que la conducta de un sujeto que participó de los actos preparatorios de un hecho delictivo con un aporte de significativa importancia, pero que no actuó en la fase ejecutiva es coautor del delito en cuestión. Olvidando con ello el honorable tribunal, el postulado del artículo 29 inciso 2 del C.P, que consagra que para ser autor de un delito debe haber coincidencia de voluntades, división de tareas y se debe considerar la importancia del aporte. Con lo que desconoce el concepto restrictivo de autor mismo que acoge en sus pronunciamientos; de tal proceder resulta que amplía los tipos penales con lo que se extralimita en el ejercicio de sus funciones y con ello desconoce preceptos como el de dominio del hecho y el concepto restrictivo de autor.

Sin embargo, en el caso objeto de análisis no es del todo errado que el aporte del procesado haya sido considerado esencial, en tanto que, este se ubica más bien en una situación de cooperación necesaria, pero el punto aquí es que el tema del

cooperador necesario no esta regulado en la legislación penal colombiana. y en este sentido, ante cualquier situación que genere duda con relación a la culpabilidad del procesado, principalmente, si es por cuestiones de legalidad y tipicidad de la conducta debe ser resuelta a favor del procesado o, en la mayor medida optar por lo que le sea más favorable a este y no lo contrario. Es decir, no hacer más grave la situación del imputado.

En este punto, ¿“está legitimada la (C.S.J) para ampliar el alcance de una forma de autoría (coautoría)”? o, por el contrario, ¿“es una facultad exclusiva del legislador y, del congreso de la república”?

Por lo anterior, se presenta un resumen de los hechos que dieron origen a la precitada sentencia (SP1742-2022 de la C.S.J), en la cual se juzgó la conducta de un miembro de la Policía Nacional con base en los siguientes hechos:

- 1. En la ciudad de Bogotá, durante el año 2016, existió una organización criminal la cual se dedicaba principalmente a cometer hurtos a residentes y establecimientos de comercio.*
- 2. La referida organización estaba conformada por particulares, quienes se encargaban de ejecutar los hurtos. Y, además, por miembros activos de la Policía Nacional, entre ellos; el hoy condenado.*
- 3. Uno de los delitos que cometió esta organización en el que participó el procesado (J.R.G.), ocurrió el 31 de julio de 2016, a partir de las 00:13:20 horas en la ciudad de Bogotá, en la carrera 15 # 51-36, en el establecimiento de comercio “Almacén y Platería Tiana”.*
- 4. El aporte del hoy condenado (J.R.G.), a este específico plan criminal consistió, como integrante de la patrulla a cargo del cuadrante en el que se encontraba ubicado el establecimiento de comercio referido, en (i) cooptar a los miembros de la Policía Nacional que también patrullaban esa noche, para que no interfirieran en el plan criminal.*
- 5. El procesado participa en toda la preparación y parte de la ejecución del hurto al “Almacén y Platería Tiana” pero no actúa en fase ejecutiva, requisito este indispensable para configurar la “coautoría”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP1742-Radicado N° 57051, 2022).*

En esta sentencia, la (C.S.J.) consideró que la conducta del procesado obedecía más a una coautoría que a una complicidad, pese a que como se dijo anteriormente no cumplió con el lleno de los requisitos legales que exige la coautoría y tampoco tuvo dominio sobre el hecho, en síntesis, el tribunal esgrimió que al procesado le

asistía una responsabilidad penal en la modalidad de coautor de los delitos de “concierto para delinquir, en concurso heterogéneo con los reatos de hurto calificado agravado y cohecho propio”, y no de cómplice como debió haber sido.

La principal razón por la que la (C.S.J.) consideró que al procesado le asistía una responsabilidad penal en la modalidad de coautor, fue porque a su modo de ver, nada contrario explica juntarse con otros sujetos en una organización delincencial con vocación de permanencia en el tiempo para cometer delitos.

Por lo que si bien puede ser acertada la apreciación de la (C.S.J), esta no debe perder de vista que el derecho penal no construye sus cimientos (su fundamento) en: conjeturas, apreciaciones, opiniones, deducciones e hipótesis etc., para condenar a un procesado. Por el contrario, este debe fundarse en hechos, certezas, pruebas y evidencias,<sup>40</sup> que efectivamente, no dejen ningún tipo de duda acerca de la responsabilidad penal del procesado en la conducta que este siendo investigada. Tampoco debe apartarse de lo establecido en las disposiciones legales; en tanto ha quedado claro que el aporte del procesado no cumplió con las exigencias que configuran la coautoría. De lo que se deja entrever que la (C.S.J.) interpretó la conducta del procesado como (coautor) y no como cómplice por lo especial de su participación en el acto delictivo.

Sin embargo, olvida la (C.S.J), que no todo aporte por más importante o especial que sea es de coautoría, precisamente, porque en este caso en particular falto la actuación en fase ejecutiva, situación que rompe con el nexo del dominio del hecho como “*conditio sine qua non*” es decir, condición sin la cual no se configura la coautoría, toda vez, que no se actúa en fase ejecutiva, pero la C.S.J, le ha venido dando tal tratamiento a algunas participaciones delictivas, apartándose así de lo consagrado en la ley. En este orden de ideas, se contradice el tribunal cuando defiende la teoría del dominio del hecho, pero a su vez, la desconoce al darle una aplicación y una interpretación diferente a lo preceptuado en ésta.

Desde esa perspectiva, la (C.S.J) con sus decisiones en lugar de aportar seguridad jurídica a los ciudadanos y a los operadores jurídicos, lo que hace es generar incertidumbre y desconfianza en el sistema de justicia. Con lo que amplía aún más el *Ius Puniendi* (poder punitivo del estado), y al ser este un órgano de cierre debe en lo posible, tratar de corregir los errores en los que pudo haber incurrido el ad quem que condenó y no hacer más grave la situación para el procesado; por lo tanto, la dogmática jurídico-penal como ciencia jurídica encuentra su legitimidad en la Ley y en los principios generales del derecho que son su principal fuente de

---

<sup>40</sup> Toda condena debe fundarse en los elementos materiales probatorios y evidencia física (EMP y EF), lícitamente obtenidos. No en teorías, hipótesis y suposiciones. Fiscalía General de la Nación, Manual de procedimientos para cadena de custodia, julio, 2016.

legitimación y exigibilidad de la norma penal, como, por ejemplo, el principio de legalidad, tipicidad, taxatividad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, seguridad jurídica, etc.

Estos fundamentos son los que hacen que el derecho penal le sea exigible a los individuos que integran la sociedad; y, por ende, legitiman al estado para imponer los correctivos a los que haya lugar por el desconocimiento, desobediencia y vulneración de los mandatos legales. Por lo mismo, el legislador ostenta el deber legal de garante jurídico y debe definir claramente en la norma que comportamientos están tipificados como delitos en la ley penal, para que los ciudadanos se abstengan de incurrir en estos. Ante esta aseveración, es que se entiende que la ley debe ser previa, cierta, escrita y estricta<sup>41</sup> por su carácter positivo -preventivo, so pena de que por los vacíos que en esta se encuentren impidan la aplicación de la respectiva sanción. Por lo que es necesario establecer en que consiste cada uno de estos principios y porque es indispensable que se deban garantizar en la aplicación del derecho penal.

## 5.2. Principios generales del derecho.

### Principio de legalidad.

La Ley y los principios generales del derecho de una parte son el principal fundamento del derecho penal, puesto que, legitiman al estado para ejercer la facultad sancionatoria que le asiste como titular de la acción penal cuando a ello hubiere lugar, esto es, cuando la norma ha sido transgredida. De otra parte, estos principios, conducen, guían y orientan a los operadores jurídicos a impartir una correcta aplicación de la justicia. No obstante, en contra posición de lo anterior, también son el principal límite al poder punitivo del estado en cuanto a que este debe garantizar los parámetros definidos en los mismos; debido a la exigencia de que todo comportamiento que no se ajuste a la Ley y sea contrario a derecho debe haber sido definido con anterioridad en la norma; dicho de otra manera, el delito por el cual este siendo investigado o juzgado un determinado sujeto debe hallarse (*a priori*) definido en la ley, es decir, debe ser preexistente a la realización del hecho. Por lo mismo, la dogmática penal debe ser clara y rigurosa al momento de consagrar comportamientos que configuren actos ilícitos, esto no quiere decir que debe ser extensa sino precisa al delimitar inequívocamente las conductas prohibidas en el

---

<sup>41</sup> De tal supuesto, es que se predica que no habrá delito, ni pena, ni medida judicial sin ley previa, oficial, escrita, estricta pública y cierta.

ordenamiento penal, debido a que la inobservancia de estos dejaría sin efecto cualquier actuación procesal que se haya forjado desconociéndolos.<sup>42</sup> Por lo tanto, se entiende que el principio de legalidad junto con los principios de tipicidad y taxatividad son el pilar fundamental de todo acto procesal, como ejes axiales del ordenamiento jurídico-penal<sup>43</sup>.

Así las cosas, se establece que el principio de legalidad como columna estructural y referente dogmático del proceso penal, exige que todo acto jurídico que emane de la Ley debe ceñirse a este. Es decir, le sirve al aparato judicial como una especie de blindaje para hacer exigible la responsabilidad penal de los delitos y contravenciones que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido en la norma<sup>44</sup>. En suma, dentro de las muchas funciones que cumple el principio de legalidad, podría decirse que, de una parte, cumple una función garantizadora al amparar los derechos de los procesados y, de otra parte, una función limitadora frente al poder punitivo del estado. Esto, avala el principio de intervención mínima que se le exige o se espera del sistema judicial, de modo que, el estado solo debería intervenir penalmente frente a los actos ilícitos de mayor punibilidad y en los menos graves, solo hacer uso del sistema penal cuando no existan métodos alternos para resarcir o reparar el daño ocasionado.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001. “El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”.

<sup>43</sup> Cabe señalar que el principio de legalidad se encuentra tipificado en el (artículo 6 sexto del C.P. Concordado a su vez, con los artículos 6 sexto del Código de Procedimiento Penal y el artículo 29 de la Constitución Política), y en su inciso primero consagra lo siguiente. Legalidad “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

<sup>44</sup> Velásquez V. Fernando, al respecto del principio de legalidad establece lo siguiente: El principio de legalidad de los delitos y de las penas, en un estado de derecho social y democrático como lo es el colombiano, según lo decreta la carta fundamental, lógicamente, al lado del axioma de humanidad como límite material debe aparecer el apotegma de legalidad, como supremo límite formal o político al ejercicio del *ius puniendi* del estado.<sup>44</sup> (Manual de derecho penal parte general. Bogotá, librería jurídica COMLIBROS, 2009. Pág. 131).

<sup>45</sup> El principal fundamento de los sistemas penales para la imposición de una pena reviste una doble finalidad: 1. La prevención de los delitos y la prevención de las penas informales (arbitrarias). La utilidad de la pena y su fin debe ser únicamente la prevención de los delitos. 2. El derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales. Como ya se dijo de una parte está la finalidad preventiva que lo que busca es impedir que los individuos se tomen la justicia por su propia mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Así, la razón de la fuerza es el delito. La razón de la fuerza es la venganza. En este sentido, la ley penal con la imposición de una pena lo que busca es minimizar la violencia que puede darse contra el reo de parte de quien ha sido ofendido o viceversa. Palabras más palabras menos, la finalidad y la justificación del derecho penal desde ambas perspectivas, por paradójico que parezca, es proteger

## Principio de taxatividad.

De forma similar al principio de legalidad, el principio de taxatividad antepone como garantía sancionadora la descripción de la conducta punible en la ley. Esto significa que el estado para hacer valer el derecho de sancionar y castigar actos antijurídicos debe haberlos previstos como tal en la descripción penal. En sí estos principios van alineados a garantizar la seguridad jurídica que se espera de un estado social y democrático de derecho. Como se puede ver, trazan la frontera entre lo lícito y lo ilícito en el ámbito penal. “La garantía de taxatividad o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible” (Alcácer Guirao, 2010, págs. 4,6,17).

## Principio de tipicidad.

Atendiendo al derecho positivo que establece que todo delito debe estar consignado expresamente en las disposiciones legales, este principio encuentra su génesis en que todo acto objeto de reproche penal debe estar consagrado de forma clara e inequívoca en la ley. De tal supuesto, es que se predica que la ley deber ser: previa, escrita y estricta<sup>46</sup>; elementos estos que la hacen exigible ante la sociedad. Por lo que, no se puede reprochar, sancionar o condenar a ningún individuo dentro de un estado social de derecho como lo es el colombiano, por comportamientos que no hayan sido definidos como ilícitos con anterioridad a su perpetración. (Vallejo, 2000, pág. 15).<sup>47</sup>.

A partir de la trilogía consagrada en el artículo (10) décimo del C.P. al referir que “*la ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*”. Se sobreentiende que es un deber que recae exclusivamente en el legislador al ser este a quien se le ha en comentado dicha labor, lo que lo sitúa a la cabeza del debido funcionamiento del aparato de justicia. Puesto que, una precisa y adecuada definición de la ley penal conllevará a menos

---

al más débil del más fuerte, bajo la premisa de la ley del más débil. (Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trota. Págs. 13-17).

<sup>46</sup> Tanto el principio de legalidad como el de tipicidad cumplen una función garantizadora frente al poder punitivo del estado, ante los cuales a su vez, se anteponen los postulados de: (*nulla poena sine lege*), (no hay pena sin ley escrita, estricta, cierta y previa), (no hay pena sin debido proceso judicial, y si no es impuesta por el juez natural), (no hay pena sin el adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, de carácter humanitario y resocializador: el llamado principio de la ejecución de la pena). (Velásquez, V. Fernando. Derecho penal parte general, Medellín, 2009, pág. 1031).

<sup>47</sup> Al respecto, también se puede ver Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2012, que estableció lo siguiente. “Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”.

ambigüedades y por ende a que el juez no incurra en errores al momento de interpretarla y aplicarla como, por ejemplo, in iudicando.<sup>48</sup> , por lo que, al incurrir en este error, se estaría frente a una transgresión de derecho sustancial de la norma penal.

La garantía de tipicidad o de *lex stricta* exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal, siendo, por tanto, un mandato dirigido a los Tribunales cuyo cauce de revisión constitucional es, entonces, el recurso de amparo<sup>49</sup>. (Alcácer Guirao, 2010).

#### Principio de razonabilidad.

No es otra cosa que, la pena o la sanción a imponerle a un determinado sujeto que haya quebrantado la ley penal sea congruente y consecuente con su comportamiento. Es decir, con el delito que haya cometido y, en consecuencia, salvaguarde los postulados constitucionales y legales y a su vez, garantice los derechos de los procesados, en este sentido, el artículo (3) tercero del C.P. Al hablar de las sanciones penales establece lo siguiente. “*La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad proporcionalidad y razonabilidad*”.

Asimismo, el artículo (4) cuarto íbidem, refiere que la función de la pena debe obedecer a la prevención general, a la retribución justa, a la prevención especial,

---

<sup>48</sup> Corresponde al legislador describir de manera clara, precisa e inequívoca, las conductas que han de considerarse como hechos delictivos. Por ello, aquellas normas ambiguas, extremadamente generales e indeterminadas, esto es, las que consagran como hechos punibles comportamientos cuya descripción resulta inexacta, difusa o imprecisa desconocen el mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, pues permiten diferentes interpretaciones y dan lugar a la arbitrariedad judicial. (Ley 599 de 2000. C.P.).

<sup>49</sup> La garantía de tipicidad y el control a la aplicación de la ley, debe fundarse en tres criterios de enjuiciamiento. Si la garantía de taxatividad apela a la correcta labor del legislador, exigiendo normas precisas, la vertiente del derecho a la legalidad penal que conforma la garantía de tipicidad conlleva la revisión sobre la aplicación de la norma penal a un supuesto concreto, exigiendo de los jueces el sometimiento a las palabras de la ley. Entre ambas garantías existe una correlación: la mayor determinación de la norma conllevará un menor margen de interpretación del juez y, con ello, un mayor grado de previsibilidad de la respuesta judicial. Y en cuanto a los criterios de enjuiciamiento que se mencionan, en primer lugar, se hace referencia a la previsibilidad semántica, desde la que queda proscrita la analogía e interpretación *in malam partem*. (en perjuicio del procesado). Concretamente, la previsibilidad semántica (el límite de las palabras de la ley), respecto al tenor literal ha de ser sin duda el punto de partida del análisis de la tipicidad. En segundo lugar, se habla de una previsibilidad metodológica, esto es, considerando irrazonable en estos términos una aplicación del proceso que incurra en quiebras lógicas o aplique criterios “exegéticos extravagantes”. Esta figura también hace referencia a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. En tercer lugar, se alude a una previsibilidad axiológica, que resultará defraudada cuando la interpretación de la norma sea contraria a los valores constitucionales. (Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales. Alcácer Guirao, Rafael. Valencia, 2010. Págs.17-19-21-24).

también debe evocar por una reinserción social y la protección del condenado<sup>50</sup>. Por lo anterior, es lógico deducir que la imposición de la pena cumple una finalidad o utilidad por paradójico que parezca, toda vez, que de una parte protege tanto a la víctima, como al victimario, verbi gratia, en términos generales lo que pretende es que los sujetos no se tomen la justicia por su cuenta. Y al tener esa doble función el aparato judicial cumple con el deber de sancionar las conductas punibles, y por ahí mismo protege al condenado de represarías y a la sociedad al no defraudar la confianza que esta ha depositado en el al confiarle la guarda y la protección de los bienes jurídicos.

Por lo tanto, a raíz de la trilogía de preceptos enlistados la pena debe ser impuesta atendiendo a dichos parámetros, por lo que el juez no podrá emitir una sentencia condenatoria desobedeciendo aquellos mandatos, por el contrario, su decisión siempre debe ser motivada y en el supuesto caso de que existan lagunas y vacíos en las normas se deben aplicar criterios que le sean favorables al *in dubio pro reo*. En sí, la pena intrínsecamente cumple una función preventiva que con relación a la prevención general lo que pretende es que el procesado no cometa nuevos delitos y desde el plano especial aboga por su resocialización. (Velásquez V. F., 2009)

#### Principio de necesidad de la pena.

El fundamento de la necesidad de la pena se encuentra enmarcado en la preservación del orden social, que obedece a los principios distributivos del derecho penal que establecen a quién se debe sancionar y en qué medida hacerlo. Es decir, con ello se busca disuadir y persuadir a los demás sujetos para que no realicen los mismos actos delictivos. Por lo que en muchas situaciones ni siquiera hay necesidad de imponer una sanción penal, no obstante, por cuestiones político-criminales es necesario imponerla. Esto, bajo la amenaza de que los demás sujetos se abstengan de incurrir en las mismas conductas porque de lo contrario, podrían correr la misma suerte, garantizando así la prevención general y la convivencia social. (Robinson, 2012, págs. 3-4).<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> La potestad punitiva del estado y la necesidad y utilidad de la pena. la ejecución de la pena es una función jurisdiccional. Las penas pueden ser principales o accesorias y deben ser impuesta sin que el juzgador se extralimite y no imponga condenas que superen el máximo legal. (Ley 599 de 2000. C.P.).

<sup>51</sup> Al respecto, acerca de la imposición de la pena estatal, Roxin, Claus, lo analiza a partir de tres argumentos: (a), la teoría de la retribución, para la cual el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor debe ser recompensada mediante la imposición de un mal penal. Lo cual se respalda desde la premisa de una idea de justicia; este autor haciendo referencia a Immanuel Kant, expresa que la pena no sirve para nada, sino que intrínsecamente lleva su fin en sí misma. Para con ello, garantizar el imperio de la justicia. (b), la prevención especial, su función no consiste en retribuir el hecho pasado, más bien, ve la justificación de la pena desde un punto de vista preventivo de nuevos delitos que pueda cometer el autor. (c), la ejecución, uno de los grandes pilares del derecho penal es garantizar la convivencia social entre sus individuos, del tal suerte, que se sobreentiende que la imposición de una pena conlleva unos fines racionales que deben posibilitar la vida humana

## Principio de seguridad jurídica.

Es un deber en cabeza del estado que consiste en garantizarle a los individuos que integran la sociedad que la Ley los protege, y principalmente, a quienes estén siendo o hayan sido procesados por la comisión de un hecho delictivo a que se les garanticen y se les satisfagan sus derechos fundamentales y todas las prerrogativas que la Ley establece. Como, por ejemplo, la legalidad de la conducta por la cual están siendo juzgado como fundamento de cualquier actuación procesal; es decir, al estado se le exige que el delito debe hallarse definido en la norma penal con la mayor precisión posible. So pena de que la acción desplegada quede impune debido a cuestiones de ambigüedades en la norma y, en tales circunstancias habrá de acudir a postulados como el de favorabilidad o mejor aún a la aplicación del axioma que establece que 'no habrá pena sin Ley'.<sup>52</sup>.

Por lo anterior, en el marco de una política criminal que propenda la protección de bienes jurídicos y la salvaguarda de derechos fundamentales de todas las personas que integran, dentro de un estado social y democrático de derecho debe sujetarse a las pautas que brindan cada uno de estos principios. Con el fin de aplicar la justicia de forma correcta y con ello garantizar la prevalencia del orden social con el propósito de asegurar una sana y pacífica convivencia entre sus habitantes. Por lo que, de lo preceptuado en los principios generales del derecho, se infiere que son el soporte legal del sistema jurídico penal, en cuanto a que en estos el derecho construye sus cimientos y son el enlace entre el estado y sus gobernados. Dado a que, sin el cúmulo de las garantías que estos anteponen para darle validez a toda actuación procesal, naturalmente el estado perdería su facultad de intervenir con el fin prevenir y sancionar actos ilícitos<sup>53</sup>.

---

en comunidad y sin peligros. Sumado a lo anterior, la pena debe preponderar la reincorporación del expresidiario a la sociedad, en otras palabras, la imposición de una pena puede entenderse como la protección de bienes jurídicos, por lo que sólo mediante este cúmulo de factores es justificada la pena. (Roxin, Fundamentos político-criminales del derecho penal, 2008).

<sup>52</sup> La seguridad jurídica consiste, principalmente, en la regulación de las conductas contrarias a derecho en la Ley penal, con ello se busca que el procesado no sea sorprendido al momento de ser juzgado bajo preceptos que no estén consagrados en las disposiciones penales. De otra parte, la seguridad jurídica, desempeña un rol bidireccional puesto que no solo debe garantizar a los imputados que están siendo juzgados por actos definidos en la norma, sino que también, los individuos que integran la sociedad deben vivir con la convicción que están siendo protegidos por el estado, so pena de que esa confianza depositada en el órgano estatal se vea defraudada o peor aún se pierda por completo. (Velásquez, V. Fernando. Derecho penal parte general. Librería jurídica COMLIBROS, 2009. Págs. 1177-1178).

<sup>53</sup> Lo que sería contraproducente debido a que de antaño se ha sostenido que el sistema judicial funciona o mejor, intenta funcionar a través de la amenaza de la sanción penal frente a sus subordinados. Y ante la posibilidad latente de sucumbir frente a sus súbditos debe ampararse en un modelo justicia que funcione y de no existir prueba que demuestre lo contrario, la mejor herramienta con la que el aparato estatal cuenta de momento para que el sistema de justicia siga imperando es la amenaza de la pena. La cual debe estar amparada en los postulados que sean venido debatiendo a lo largo y ancho de esta investigación. De no ser así, el procesamiento y juzgamiento de los individuos estaría sujeto a la voluntad y al arbitrio de los operadores jurídicos lo que sería impensable

## 6. Capítulo IV. Toma de postura, conclusiones y referencias:

### 6.1. Toma de postura:

En un Estado social, democrático y de derecho como lo es el colombiano en el que su principal responsabilidad es garantizar los derechos de los ciudadanos en aras de que estos no les sean vulnerados o desconocidos, el Estado en la mayor medida posible debe establecer de manera clara y precisa las conductas que sean contrarias a derecho. Por lo mismo, debido a las distintas modalidades que existen en la legislación penal para cometer un delito, el derecho penal se ha dado a la tarea de diferenciar y precisar cuáles son esas figuras delictivas en las que se puede hacer parte de un acto ilícito y ha consagrado que son la autoría en sus variadas formas y la participación que es una forma dolosa, subsidiaria y accesoria de hacer parte de la conducta punible. En la cual se tiene de un lado al cómplice y del otro al determinador o instigador. Que como quedó establecido el cómplice le presta un auxilio al autor del delito de carácter renunciable, en sí, el autor del delito con la ayuda del cómplice o sin esta lo comete, en cuanto se entiende que el cómplice no ejerce ningún tipo de dominio sobre el hecho.

No obstante, en el intervalo del autor y el cómplice aparece una figura ausente que no hace parte del ordenamiento jurídico penal colombiano conocida en otras legislaciones como se explicó, como el 'cooperador necesario'. Su importancia parte del hecho de que en algunas ocasiones el aporte de un sujeto activo en la conducta típica no logra traspasar el límite exigido para ser considerado coautor del delito en cuestión; sin embargo, tampoco puede su actuación ser considerada como una simple complicidad por lo importante y lo especial de su aporte. Por lo que lógicamente la ubicación correcta de este tipo de participaciones debe ubicarse dentro de la cooperación necesaria, siendo esta una figura intermedia entre autoría y participación. Lo que serviría para darle solución a casos donde definitivamente la contribución a un hecho no encaja en ninguna de las dos formas tradicionales de participación es decir autoría y complicidad.

Por lo anterior, a partir de la investigación realizada acerca del tema de la "cooperación necesaria", se ha encontrado que resultaría útil incluir dicha figura como forma de participación en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. Ya que esta solucionaría la cuestión en la que ha venido incurriendo la (C.S.J), al momento de condenar a cómplices como coautores, como sucede en el caso objeto de análisis de este trabajo. Y si bien, existe la figura de la "coautoría impropia", también

---

en un estado social y democrático de derecho. Toda vez, que este a toda costa debe fundarse en preservar y garantizar los derechos de quienes hacen parte del conglomerado social, cosa que no obsta para sus miembros bajo el amparo del libre albedrío pretendan que sus acciones no estén sujetas a reproche social y penal por la afectación a derechos y garantías fundamentales de otros individuos, a las normas de convivencia y a la ley en general.

conocida como “coautoría no ejecutiva”; dicha contribución se subsume más en la participación o concretamente en la ‘cooperación necesaria’ por lo que no se ejerció dominio alguno sobre la ejecución del hecho, como quiera que, para ser considerado autor del delito en cuestión, se tuvo que haber tenido dominio del hecho al momento de su perpetración.

De lo contrario, el aporte es insuficiente para ser considerado de autoría. Sumado a ello, se debe tener presente que cualquier duda que se origine en medio del proceso penal debe resolverse a favor del procesado. También vale la pena acotar que la coautoría no ejecutiva ha tenido mucho desarrollo jurisprudencial por parte de la (C.S.J), no obstante, no debería ser aplicada en la legislación penal colombiana, precisamente, por que rompe con el principio del concepto restrictivo de autor acogido en el código penal. La coautoría no ejecutiva a pesar de su desarrollo jurisprudencial en la doctrina no es la posición dominante y, en todo caso, sería la excepción no la regla. Puesto que la regla es ejercer el dominio del hecho.

Y al existir posturas diferentes sobre la aplicación de un precepto legal, no se debe optar por la decisión más lesiva para el procesado. Por que si bien, los aportes de la C.S.J, crean precedentes jurídicos estos no pueden ser el principal fundamento para condenar, debido a que no le corresponde a la Corte darle una equivocada interpretación a un tipo penar y mucho menos ampliar el alcance de este. Toda vez, que es una facultad exclusiva del legislador.

Como quedó consignado a lo largo de esta investigación, el ordenamiento jurídico-penal acoge un concepto restrictivo de autor, concretamente, diferencia entre las formas de participación al decirnos quien es autor y quien partícipe. De igual forma, aplica la teoría del dominio del hecho, al considerar que serán autores quienes con su contribución dominen el hecho a tal punto de que al retirar su aporte frustrarían el plan. Y vendrían siendo cómplices quienes auxilien el hecho del autor, pero sin tener dominio del hecho. Toda vez que el dominio del hecho es apología de la autoría no de la participación.

En atención a los argumentos dados a lo largo de este trabajo, con el propósito de garantizar los principios en que se fundamenta el derecho penal. Principalmente, los de legalidad y tipicidad, es que debe ser clara la forma de participación en la que se interviene en un hecho ilícito, asimismo, también debe serlo la forma de punición al momento de hacerle un juicio de reproche a un determinado sujeto. Por lo que no se puede juzgar ni imponer penas privativas de la libertad, bajo presupuestos que no hagan parte del sistema penal, bajo la mirada de lo acaecido en la sentencia analizada y con mayor razón, si es en perjuicio del imputado.

Y en obediencia a la teoría del dominio del hecho y el concepto restrictivo de autor, es claro que no podrá ser autor quien no haya ejercido tal dominio en la etapa de ejecución del delito. Así su contribución en la etapa preparatoria del delito, revista unas características de significativa relevancia penal para la consumación del ilícito

si estas no han sido previamente definidas en la ley. Sin perder del radar punitivo el principio de intervención mínima que debe orientar al sistema jurídico penal.

Por lo que se reitera el llamado a incluir la cooperación necesaria en la legislación penal colombiana, con el fin de solucionar la problemática debatida durante la investigación. Nótese que el derecho penal teleológicamente fundamenta su esencia a partir del derecho positivo, es decir, la ley debe ser escrita y en todo caso, nuestro sistema penal no ha sido ajeno a tomar referentes normativos de otras legislaciones, esto con observancia al derecho comparado principalmente, el derecho europeo que ha sido un referente normativo para los países latinoamericanos basta con referirse a las legislaciones de Alemania y España y su arsenal doctrinal realizado por su cúpula de autores a la ciencia del derecho penal, como se evidenció a lo largo de este trabajo. Y concretamente, respecto al cooperador necesario las legislaciones de España y Argentina las cuales cuentan con esta figura como forma de participación criminal en sus ordenamientos jurídicos.

## REFERENCIAS:

Acuña, J. F. (28 de julio de 2021). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*. Obtenido de Radicado N° 47063: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2021/SP3218-2021\(47063\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2021/SP3218-2021(47063).pdf)

Alcácer Guirao, R. (2010). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: tirant lo blanch.

Argentina, C. P. (1984). *Ley 11.179*. Obtenido de <https://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. EDITORIAL TEMIS S. A.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general*. (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires: HAMMURABI SRL.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general*. Madrid: Hammurabi.

Berceló, J. (19 de Agosto de 2015). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - SP10998, Radicado N° 38.685*. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/>

Corredor, D. (25 de Mayo de 2022). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP1742- Radicado N° 57051*. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/>

Díaz y García Conlledo, M. L. (2008). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*- N°10.

- Gómez, J. (2014). *Esquema de la Teoría del Delito*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández, L. (11 de Julio de 2018). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2772-Radicado N° 51773*. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/>
- Hernández, L. A. (25 de julio de 2018). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*. Obtenido de Radicado N° 50394 : <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/08/SP2981-2018.pdf>
- Hernández, L. A. (04 de marzo de 2020). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*. Obtenido de Radicado N° 49650: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Lobón del Río, M. J. (15 de abril de 2021). Obtenido de Sentencia número. 314/2021: <https://vlex.es/vid/866130997>
- Luzón, P. D. (2016). *Lecciones de derecho penal parte general*. TIRANTLO BLANCH.
- Márquez, Á. E. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización*. (Vol. Segunda edición ). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal, parte general* (Vol. Décima edición). Barcelona: Editorial Reppertor.
- Mir, S. (2016). *Derecho penal parte general* (10 edición ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. G. (2010). *Derecho penal parte general* (Vol. 8 edición ). Valencia: Tirant lo blanch.
- Pardo, C. (14 de Marzo de 2018). *Corte Constitucional D-11917*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-015-18.htm>
- Pérez, Á. O. (04 de abril de 2003). *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal* . Obtenido de [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ\\_SCP\\_12742\(04-04-03\)\\_2003.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_12742(04-04-03)_2003.htm)
- Robinson, P. H. (2012). *principios distributivos de derecho penal. A quién se debe sancionarse y en qué medida*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal parte general tomo II*. (D. M.-L. Peña, Ed.) Santiago, Chile: Olejnik.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal parte general tomo II*. (D. M.-L. Peña, Ed.) Santiago, Chile: Libería Especializada Olejnik.
- Salazar, M. (2013). *Autor y partícipe en el injusto penal* (Vol. Segunda edición ). Medellín: Grupo Editorial Ibañez.
- Suárez, A. (2007). *Autoría* (Vol. Tercera Edición). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Vallejo, M. A. (2000). *Código Penal*. Bogotá: Leyer.

Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis S. A.

Velásquez, V. F. (2009). *Derecho penal parte general*. Librería jurídica - COMLIBROS Y CIA LTDA.

Zaffaroni, E. R. (2006). *Derecho penal parte general* (Vol. Segunda edición). Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.