



DOSIFICACIÓN DE LA PENA DEL DETERMINADOR; INCISO SEGUNDO
DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 599 DE 2000

DERLY VANESSA GONZÁLEZ FORERO

PAULA STEFANY PORRAS NIÑO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA DEL DETERMINADOR; INCISO
SEGUNDO DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 599 DE 2000

DERLY VANESSA GONZÁLEZ FORERO

PAULA STEFANY PORRAS NIÑO

TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS.

DIRECTOR DE MONOGRAFÍA

Dr. ROBERTO ÁNGEL BADRÁN BLANCO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA, D.C.

2021

NOTA DE ACEPTACIÓN.

Aprobada,

Director de Monografía.

Dr. ROBERTO ANGEL BADRAN BLANCO

Jurado Temático

Dr. RAFAEL SANDOVAL LÓPEZ

Jurado Metodológico

Dra. FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ

Fecha, 27 de septiembre de 2021.

Agradecimientos y/o dedicatorias

Principalmente agradecemos a Dios y a la virgencita que nos brindaron la fortaleza y perseverancia para poder sobrepasar cada uno de los obstáculos que se presentaron.

De igual forma, agradecemos a nuestros padres, hermanos, abuelos y amigos por su apoyo incondicional y amor brindado, especialmente en los momentos de indecisión.

Así mismo, agradecemos al cuerpo docente y administrativo de la facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, por brindarnos la oportunidad de formarnos como estudiantes de Derecho íntegros con vocación de servicio y especialmente agradecemos a nuestro asesor el profesor Roberto Ángel Badrán Blanco, por direccionarnos y orientarnos con el objeto de la presente monografía.

Las opiniones expresadas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva del o los autores y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o a su Facultad de Derecho.

RESUMEN

La **pena** en el Derecho Penal Colombiano surgió con la necesidad de establecer un mecanismo que no solamente castigara al sujeto activo por la comisión u omisión de una conducta punible, sino que a su vez que tuviera un elemento coercitivo hacia los demás, sin embargo, en las esferas del Estado Social de Derecho, la imposición de esa pena debe ser congruente con el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales del condenado.

Por lo anterior, el legislador establece la pena a imponer respecto a determinada conducta punible, siendo el Juez quien conforme al juicio procederá a realizar la **dosificación** de la pena velando porque aquella sea acorde con los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad.

De tal manera, que el Derecho Penal Colombiano no solamente es considerado como la *ultima ratio*, sino que a su vez resulta ser cambiante, por tal motivo, al ser la pena una restricción a un derecho fundamental como lo es la libertad, conlleva a que, la adopción de dicho postulado se base en razones de fundamento que permitan establecer que el fin principal es la protección de bienes jurídicos, garantizando una mínima intervención del Estado en la vida social de las personas.

En virtud de lo anterior, fue hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, que el Determinador ya no es considerado como autor sino como partícipe, sin embargo, la pena impuesta al Determinador continúa siendo la misma prevista para la infracción, es decir, que el autor y el **Determinador** tienen la misma pena, pese a que este último no tiene el dominio del hecho, lo cual genera la necesidad de establecer si la dosificación de la pena del determinador constituye una vulneración a los principios de **proporcionalidad e igualdad**.

Se realiza un análisis de la dosificación de la pena del Determinador, la distinción entre autoría y participación, al igual que la interpretación judicial por medio de fallos jurisprudenciales, con el fin de establecer si la pena impuesta al Determinador es exorbitante y, por ende, conlleva a la vulneración de derechos fundamentales, especialmente, teniendo en cuenta que cualquier cambio que surja al respecto implicaría la libertad o prisión de un ciudadano o la reducción de su condena.

De tal manera, que en la presente investigación se utilizó un método deductivo – hermenéutico, toda vez que este método se llevó a cabo a partir de la interpretación de las normas jurídicas que regulan las penas previstas al Determinador y a su vez se realizó un análisis de fallos emblemáticos de la Corte Constitucional, que permitieron plantear una propuesta de Acción de Inconstitucionalidad como alternativa de solución, para lograr una reforma legislativa congruente con los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad del Derecho Penal Colombiano.

PALABRAS CLAVES: La pena, Dosificación, Determinador, Proporcionalidad e Igualdad.

ABSTRACT

In the Colombian Criminal Law the punishment was born as a consequence of need to set a mechanism that not only will punish the active subject of the comisión or omission of criminal conduct, but also it will have coercive effect in other people, but in the beginnings of the Social State of Law the imposition of punishment will be have to in accordance with the respect for the human dignity and in accordance with the respect for the fundamentales rights of the condemned person.

Therefore, the lawgiver determinate what kind of punish set according to the punishable conduct to be treated, thanks to this mandatory the judge is the the one in charge to perform penalty dosagee, for this reason the judge have to realice this action acquiescent with the proportionality, raeasonableness and equality beginnings.

In such a way, the Colombian criminal law is not only considered as the last ratio, now the Colombian criminal law is changing, for this reason, since the penalti is a restriction to a fundamental right such as freedom, it leads to , the adoption of said postulate is based on fundamental reasons that allow establishing that the main purpose is the protection of legal assets, guaranteeing a minimum intervention of the State in the social life of people.

By virtue of foregoing, In the Colombian criminal law only until the 599 law of 2000 was issued, the determiner stopped being considered as autor, thanks to this law the derminer started to be considered as sharer, however, the punishment that is imposed to the determiner is the same planned for the offense, this means that the author and the determier has the same penalty, despite the determiner doesn't have control of the fact, this decree generate the necessity to analyze if the dosagee of the determiner punishment constitutes a violation of the proportionality and equality beginnings.

For the reasons stated above, we will seek achieve an analiss to the dosagee of the determiner punishment, to the difference between authorship and participation, and we will also analyze judicial interpretation through jurisprudential rulings. This analysis is necessary to we can settle if the penalty is imposed on the derminer is or not excessive, and whether or not it leads to infringement fundamental rights, especially, taking into account that any

change that arises in this regard would imply the freedom or imprisonment of a citizen or the reduction of his sentence.

In such a way, that in the present investigation a deductive-hermeneutical method was used, since this method was carried out from the application and interpretation of the legal norms that regulate the penalties provided to the Determiner and in turn a analysis of emblematic rulings of the Constitutional Court, which allowed to propose as an alternative solution, an Action of Unconstitutionality to achieve a legislative reform consistent with the principles of equality, proportionality and reasonableness of Criminal Law.

KEY WORDS: The penalty, Dosage, Determiner, Proportionality and Equality.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	14
2. UBICACIÓN DEL PROBLEMA	17
2.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	17
2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	18
3. JUSTIFICACIÓN	18
4. OBJETIVOS	22
4.1 OBJETIVO GENERAL	22
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	22
5. HIPOTESIS	23
6. MARCO METODOLÓGICO	24
6.1. MÉTODO	24
6.2. LÍNEA	25
6.3. ENFOQUE	26
6.4. TÉCNICA	27
6.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	27
7. MARCO HISTÓRICO	28
7.1. ANTECEDENTES DE LA PENA	28
7.2. ANTECEDENTES DE LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA	30
8. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	31
8.1 DOSIFICACIÓN DE LA PENA	31

	11
8.2 CONDUCTA PUNIBLE	32
8.3 EL DETERMINADOR	33
8.4 PRINCIPIO DE IGUALDAD	33
8.5 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO O DE PROPORCIONALIDAD	34
8.6. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	35
8.7 TEORÍAS SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	35
9. MARCO INSTITUCIONAL	37
10. MARCO JURÍDICO	38
11. CAPÍTULO I	52
11.1. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL	52
11.1.1 Dignidad Humana	53
11.1.2 Comparativa del principio de Dignidad Humana a la luz del Derecho Internacional	54
11.1.3 Principio de Razonabilidad	55
11.2. FINES DE LA PENA	57
11.2.1 La Pena	57
11.2.2 La Pena Jurídica	58
11.2.3 La Resocialización uno de los Principales Fines de la Pena	59
11.3. FUNCIONES DE LA PENA	62
11.3.1. Prevención Especial – (Resocialización y dignificación del procesado)	63
11.4 EL SISTEMA CAUSALÍSTICO Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA CON RELACIÓN A LOS FINES DE LA PENA	64
11.5 CRITERIOS PARA LA IMPUTACIÓN OBJETIVA SEGÚN CLAUS ROXIN	65

12. CAPÍTULO II	76
12.1 CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE	76
12.1.1 Modalidades de la Conducta Punible	79
12.2 SUJETOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE	81
12.2.1 Acercamiento al Concepto de Autor	81
12.2.2 Teoría de las Equivalencias	83
12.2.3 Teoría Objetivo - Material	87
12.2.4 Teorías Subjetivas	89
12.2.5 Teoría Dominio del Hecho:	91
12.2.6 Formas del Dominio del Hecho	93
12.3 TIPOS DE AUTORÍA	94
12.3.1 Autoría Inmediata o Primaria	95
12.3.2 Autoría Mediata o Primaria	96
12.3.3 Coautoría	98
12.3.1 La coautoría en relación con la Teoría del Dominio del Hecho	98
12.4. TIPOS DE PARTICIPACIÓN	102
12.4.1. El Determinador	103
12.4.2. El Cómplice	107
12.4.3 El Interviniente sin Calidades Especiales	110
13. CAPÍTULO III	112
13. 1 PARÁMETROS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	113
13.1.1 Aspectos punitivos a considerar	113

13.1.2 Dispositivos que modifican los extremos punitivos del tipo penal	115
13.2 DOSIFICACIÓN PUNITIVA	124
13.2.1 Antecedentes	124
13.2.2 Cálculo de la pena en el Derecho Penal Colombiano.	126
13.2.3 Redosificación De la Pena	131
13.3 LA IGUALDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO	135
13.4 ANÁLISIS SENTENCIA SP10998-2015 – MAGISTRADO PONENTE JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO	137
13.5 ANÁLISIS SENTENCIA C-015/20 – MAGISTRADA PONENTE CRISTINA PARDO SCHLESINGER	142
14. ALTERNATIVA DE SOLUCION	148
15. CONCLUSIONES	150
16. LISTA DE REFERENCIAS	155

1. INTRODUCCIÓN

La pena a lo largo de la historia ha sido concebida como un castigo o incluso una venganza, más sin embargo con el transcurrir del tiempo y el avance del Derecho Penal, dicha concepción de la pena trascendió hasta el grado de atribuirle por medio del artículo 4 de la Ley 599 de 2000 “las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, es decir, que la pena no busca el excluir al sujeto activo de la conducta sino que en contrario sensu uno de sus fines es la reinserción a la sociedad.

En consonancia con lo anterior, durante el transcurso de la historia del Derecho Penal Colombiano, se ha podido evidenciar las diversas posturas adoptadas entorno a los conceptos de autoría y participación, siendo incluso hoy en día, conceptos de gran debate, sin embargo, como se podrá evidenciar por medio del presente documento, el Derecho penal vigente se funda en el respeto a la dignidad humana y derechos fundamentales, su actuar y el de la Administración de Justicia conforme a lo establecido por el Constituyente primario debe encontrarse direccionado hacia la prevalencia de principios constitucionales, siendo incluso estos, limitantes a la libertad configurativa del legislador.

De lo anterior, se tiene que la Constitución Política le atribuyo al Congreso de la República, la facultad de establecer las conductas o comportamientos que debían ser considerados como delitos y, por ende, la sanción a imponer, no obstante, a través de los Jueces de la República quienes conforme a lo señalado por el artículo 3 del Código Penal Colombino, deben imponer la pena con base “a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.”

Ahora bien, es pertinente señalar que la presente monografía tiene como finalidad el realizar un análisis respecto a la figura del Determinador, quien de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, se encuentra definido: “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.”, de tal forma que, el Determinador es considerado partícipe, ya que hace surgir en otro la idea del delito o la fortalece, es decir, que el Determinador no tiene el dominio del hecho, ni inhibe la voluntad del sujeto activo de la conducta punible, toda vez que este tiene plena conciencia de la ilicitud de su actuar y las implicaciones que surgen con ocasión a ello.

De tal manera, que se podrá evidenciar como no solamente se ha en ocasiones confundido al Determinador con el autor intelectual, sino que, aunado a ello, fue solo hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, que al Determinador ya no se le consideraba autor sino partícipe, no obstante, no hubo ningún cambio respecto a la dosificación punitiva, por cuanto el legislador le atribuyó al Determinador la misma pena del autor, pese a que la citada normativa contempla una rebaja de penas tanto para el Cómplice como el Interviniente sin calidades especiales.

En razón a ello, se efectúa un análisis respecto a las posturas doctrinales que permitan distinguir si el Determinador debe ser entendido como partícipe o autor y las implicaciones que tienen en cuanto a la dosificación de la pena, planteamiento el cual es de gran relevancia para el Derecho Penal, ya que no solamente es una postura adoptada hacia determinado tema, sino que es un interrogante y una propuesta que puede incluso implicar la libertad o condena de un ciudadano.

En virtud de lo anterior, en el primer capítulo se abordan aspectos teóricos teniendo un acercamiento hacia los principios del Derecho Penal, como lo son la proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y prohibición de exceso, de igual forma hacía la función y fines de la pena, lo anterior en concordancia con la Ley 599 de 2000 y la Constitución Política de 1991, cuyo pilar fundamental se basa en la dignidad humana.

Por otra parte, en el segundo capítulo se desarrollan las teorías referente a la autoría y participación, como lo son la teoría de las equivalencias, del interés, subjetivas, la teoría del dominio del hecho, entre otras, con el fin de identificar la distinción entre el autor y el partícipe, consecuentemente con ello, en el tercer capítulo se hace un análisis de la dosificación de la pena, iniciando desde sus antecedentes hasta los últimos pronunciamientos jurisprudenciales más importantes de la Corte Constitucional.

De tal manera, que la presente investigación, tiene como finalidad no solamente establecer si la dosificación punitiva del determinador vulnera los principios de igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y prohibición de exceso, sino que aunado a ellos se propone plantear una alternativa de solución, por medio de una Acción de Inconstitucionalidad que permita realizar una reforma legislativa implicando una modificación en la dosificación de la pena del Determinador en consonancia con los principios y postulados del Derecho Penal, permitiendo de tal manera brindar una aportación al gran y controvertido debate de la pena del determinador a la dosificación de la pena del Determinador.

2. UBICACIÓN DEL PROBLEMA

2.1 Descripción del problema

El Derecho Penal Colombiano, desde un punto de vista dogmático - jurídico, es la capacidad que tiene el Estado de elevar a la denominación de delitos determinados comportamientos y a su vez el imponerles una pena, es decir, es la medio a través del cual se ve reflejado el poder punitivo del Estado, siendo esta una potestad que debe estar enmarcada en principios constitucionales, como lo son la proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, y el respeto a la Dignidad Humana, siendo estos los pilares que direccionan el actuar de la administración de justicia.

De igual manera, es pertinente señalar De tal manera, que el Derecho Penal Colombiano se orienta a promover y mantener la convivencia social, teniendo como principales funciones el evitar la comisión de delitos y por ende la protección de bienes jurídicos tutelados y a su vez el propender por garantizar los derechos constitucionales de los sujetos activos de la conducta, razón por la cual; de modo tal, que el Derecho Penal Colombiano, es un derecho penal de acto más no de autor, cimentado en principios constitucionales consagrados en los artículos 2, 13, 29 de la Constitución Política de 1991 y los artículos del 1 al 13 de la Ley 599 de 2000, los cuales limitan la facultad sancionatoria del Estado y establecen que la pena a imponer sea congruente con criterios dosimétricos, lo anterior en procura de evitar incurrir en una vulneración de derechos fundamentales.

En ese orden, para realizar la fijación de la pena el operador jurídico debe ceñirse a lo previsto en la ley, estableciendo una pena correlativa a la responsabilidad penal del sujeto activo y la incidencia del mismo en el hecho

delictivo, sin embargo, aun cuando el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 contempla una rebaja de penas al cómplice y al interviniente sin calidad especial de la conducta delictiva, le atribuye al determinador la misma pena del autor, pese a que el mismo no posee el dominio del hecho; lo que conlleva a la necesidad de establecer si la pena impuesta al determinador constituye una vulneración de los principios de igualdad, lesividad, prohibición de exceso, culpabilidad y proporcionalidad de la dosificación de la pena.

2.2 Formulación del problema

¿De qué manera el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 vulnera los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad en la dosificación de la pena del Determinador?

3. JUSTIFICACIÓN

La Constitución Política de 1991, le atribuyó al operador judicial como representante del poder estatal, la protección y garantía de los derechos y libertades de todas las personas, incluyendo los del procesado.

En ese orden, la determinación de la pena no solamente trasciende derechos fundamentales, sino que adicionalmente debe estar correlacionada con los principios y fines promovidos por la Dogmática Penal y el Derecho Penal de un Estado Social de Derecho, es decir, que propendan no solamente por la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, sino que tengan en cuenta factores para la individualización de la misma, como lo son los grados de instigación en la conducta delictiva del sujeto activo.

Por lo anterior, aunque la Ley 599 de 2000, establece un sistema de cuartos, los cuales son los grados de movilidad que tiene el Juez para la dosificación de la pena, entendidos como un mecanismo que en un principio limitan la discrecionalidad judicial al momento de realizar la fijación de la pena, los cuales pueden llegar a resultar inoperantes sin la interpretación y aplicación normativa que hay a lugar, es decir, que en razón a la seguridad jurídica debe existir la plena certeza que dicha decisión respeta el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

La aplicación de la pena, para que ésta tenga un fundamento de equidad en el campo de las instituciones jurídicas, debe siempre aparecer como una derivación del derecho y jamás del capricho del juzgador. (Cepeda, 2001, p. 45).

Ahora bien, la importancia del acontecer histórico de la pena, se sustrae de la Constitución política de 1991, y el cambio de un Derecho Penal de orden inquisitivo a acusatorio, en el entendido que con la imposición de la pena, se erradica esa concepción vengativa de “castigar por castigar”, pues se debe propender porque la pena sea justa, necesaria y adecuada, “La Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica”. (Ruíz Domínguez, 2001, p. 80)” características que emanan de la voluntad del constituyente y de las bases de un Estado Social de Derecho.

En ese orden, el ejercicio por parte del Estado del *Ius Puniendi* implica la imposición de una serie de restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales de las personas, toda vez que, desde ese orden, la legitimidad

de la intervención del Estado, se encuentra justificada en los fines de la pena, los cuales deben estar la resocialización del sujeto activo.

Por lo antes expuesto, resulta de gran importancia establecer si se incurre en una vulneración y una transgresión de los principios del Derecho penal, al atribuirle la misma pena del autor al determinador de la conducta delictiva, especialmente, si se parte del supuesto que el mismo no tenía el dominio del hecho e inclusive no intervino en la materialización del ilícito.

De tal modo, que el determinador de conformidad con lo previsto por el inciso primero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se encuentra definido como aquel “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.”, es decir, el determinador no es un interviniente ni mucho menos un autor, sino en contrario sentido es considerado por el legislador como un partícipe del ilícito.

el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un extraneus al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal de ostentar la condición de servidor público, se entiende como forma atenuada su participación». Así, la imputación de responsabilidad en tal calidad presupone que la persona «concurra(a) a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor», o lo que es igual, que ejerza cierto dominio o codominio material o funcional sobre la ejecución del ilícito. En contraste, la determinación se configura cuando el individuo hace que otro se decida a perpetrar el delito, pero en ese evento, aquél no «recorr(e) con su acción u omisión la legal descripción comportamental. (Sentencia Rad. 52001, 2009.M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya. P.20)

Ahora bien, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia Rad. 52001 del 27 de agosto de 2019, es de gran importancia pues permite evidenciar un caso en donde el procesado es condenado en calidad de determinador, y que por tal motivo se le atribuyó la

misma pena del autor, pese a que incluso la misma Corte Suprema de Justicia menciona que resulta más agravante de la interpretación el no haber participado que el haberlo hecho, para así actuar en calidad de interviniente y obtener la rebaja de penas, respecto a los cuales diversos tratadistas han mencionado:

En consecuencia se puede evidenciar que el atribuirle la misma pena impuesta al autor al Determinador, aun cuando el inciso tercero de dicha normativa contempla una rebaja de penas al interviniente de la conducta delictiva, sin duda alguna trasgrede el principio de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, y prohibición de exceso de la pena, especialmente si se parte del supuesto que el Determinador no tenía el dominio del hecho de la conducta ni siquiera participo en la comisión del hecho delictivo, y si por el contrario a aquel que intervino en la materialización, se le atribuye una rebaja de penas, lo cual no solamente evidencia dicha vulneración de principios y derechos fundamentales, sino que permite lograr establecer en un primer momento que el operador judicial al momento de proferir sentencia y dosificar la pena no contempla los grados de instigación que ha incidido la conducta del determinador en el accionar del autor, “La pena debe ser igual, es decir, que produzca en los diversos autores de un mismo delito, que presenten el mismo grado de culpabilidad, un sufrimiento igualmente intenso.” (Cepeda 2001, p. 47).

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General

Identificar si la pena del Determinador se encuentra establecida en concordancia con lo previsto a los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad del Derecho Penal Colombiano.

4.2 Objetivos Específicos

- Comprender la dosificación de la pena del Determinador a la luz de los fines de la pena y los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad del Derecho Penal, desde la perspectiva de la imputación objetiva.
- Identificar las diferencias entre la autoría y la participación, en congruencia con las teorías del interés, de la equivalencia de condiciones, del objetivo – formal, del objetivo - material y del dominio del hecho.
- Analizar la pena del Determinador con relación a los fallos emblemáticos de la Corte Constitucional.
- Proponer una alternativa de solución mediante una Acción de Inconstitucionalidad para lograr una reforma legislativa cónsona con los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad del Derecho Penal Colombiano.

5. HIPOTESIS

Se prevé que por medio del análisis realizado en torno al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 y la teoría de las equivalencias y el dominio el hecho, se pueda llegar a establecer si efectivamente dicha normativa vulnera los principios de igualdad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la dosificación de la pena del Determinador, especialmente, si se tiene en cuenta que el legislador estableció una rebaja de penas al interviniente sin calidad especial de la conducta delictiva, y si por el contrario al determinador quien no posee el dominio del hecho delictivo le impuso la misma pena del autor, aun cuando la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha señalado la diferencia entre autor y el determinador, entendido este último como partícipe, lo cual conlleva no solamente a establecer la transgresión en cuanto al principio de igualdad, sino que adicionalmente la necesidad de establecer grados de instigación que permiten calcular el grado de incidencia del determinador en la conducta del autor, lo cual debería con base en ese orden permite que de manera objetiva, imparcial sin incurrir en discrecionalidad alguna o vulneración de derechos fundamentales, la imposición de una pena justa y conforme a la proporcionalidad de la conducta realizada.

De tal manera, que se establecerá que el atribuirle al mismo penal al determinador de la conducta delictiva no solamente constituye una vulneración de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y prohibición de exceso de la pena, sino que adicionalmente conlleva a una vulneración del Derecho a la Igualdad, en torno a la ponderación punitiva que se realiza en torno al determinador y el interviniente del hecho punible.

6. MARCO METODOLÓGICO

En el presente escrito se buscó, a partir de diferentes pasos y procedimientos designar los modelos concretos de trabajo que se aplicaron en la determinación y aplicación de las diferentes teorías interpretadas, y a su vez la visibilidad frente a las alternativas de solución que se plantearon al problema objeto de la investigación

6.1. Método

La presente investigación, utilizo como método de investigación **deductivo**; toda vez que, este método se llevó a cabo a partir de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que regulan las penas previstas al determinador.

Aunado a lo anterior, se realizó con base en un análisis de la información general hacia lo particular, así como lo plantea Sabino, C. “el uso sistemático o “razonamiento deductivo”, inferir significa sacar consecuencias de un principio o supuesto, de modo tal que dichas conclusiones deban ser asumidas como válidas si el principio también lo es” (Sabino. 1997, p. 34).

De esta misma manera, se debe tener en cuenta, que un pensamiento crítico en cuanto a la investigación es fundamental, ya que esto les brinda validez a los datos arrojados, “Realismo crítico, admite que tanto la experiencia como la razón se necesitan para conocer la realidad” (Briones. 2006, p. 17). En especial, recordando que un razonamiento crítico no aborda la realidad sólo para comprenderla sino para transformarla

Por otro lado, la presente investigación se sirvió del método **hermenéutico**, mediante el cual se realizaron interpretaciones jurisprudenciales que permitieron llevar cabo las alternativas de solución planteadas, que como lo ha resaltado Packer, M. la hermenéutica se desarrolla “porque existe una necesidad de interpretación cuando uno está explicando la experiencia. La hermenéutica fue originalmente una serie de técnicas para interpretar los textos escritos” (2010, p. 3)

Desde luego, hay que recordar que fue transcendental el tomar como base al Señor Mardones, es decir, con base a esto la investigación se realizó dentro de un marco donde el principal fin fue que tiene que aportar a la sociedad, es decir, a un futuro próximo, poseer un valor de utilidad ante esta problemática, planteando de tal manera lo siguiente:

El principal objetivo es extender a la conducta humana el racionalismo científico, destacando que, considerada en el en pasado, puede reducirla a relaciones de causa y efecto y mediante una operación no menos racional es posible luego transformar estas últimas en reglas de acción para el futuro. (Mardones. 1991, p .148),

6.2. Línea

El presente trabajo, se llevó a cabo a partir del tipo de investigación Socio-jurídica, la cual se realizó conforme a la línea de investigación 05. Derecho, sociedad y cultura en la formación jurídica, toda vez que surge de la observación y análisis de los vínculos jurídicos y sociales que se forman a partir de la creación y aplicación del derecho con base en el papel del determinador en la conducta punible, su incidencia y su posible condena

Así mismo, la línea de investigación 06. Tendencias del derecho penal en Colombia y los estándares internacionales, nos indica como derecho fundamental para su protección, la libertad es por ello que se ha establecido dentro de la presente investigación la necesidad de llevar como función central de la pena la resocialización la cual permite dentro de la sociedad realizar retribución justa y una reinserción social del condenado

A partir de la interdisciplinariedad buscando con variados métodos de investigación y conceptos brindar conocimientos sobre las diferentes teorías y con base en diferentes disciplinas como puede aplicarse en Colombia, como eje fundamental de un Estado social de Derecho donde prima la dignidad humana y la razonabilidad de la pena impuestas

6.3. Enfoque

Para el análisis de la información referente al objeto de esta investigación se realizará mediante investigación **cualitativa longitudinal** toda vez que la investigación cualitativa como lo afirma Melet, A. “es aquella que persigue un fin descriptivo y omnicomprendido del fenómeno o proceso que estudia, por lo que su epicentro es la penetración y discernimiento del objeto que aborda; el entendimiento de sus causas; el destaque de los motivos subyacentes que lo provocan; el análisis y evaluación de las variables que intervienen y la interpretación de las creencias, motivaciones e intenciones de los participantes. (2018, p. 100)

De esta manera, la Investigación Cualitativa Longitudinal busca descubrir y entender procesos de cambio a lo largo del tiempo, como se evidencia dentro la indagación realizada se establecen de manera cronológica los cambios de

las diferentes teorías y normativas entorno a la sanción punitiva que debía acarrear el determinador como sujeto de la conducta típica

Por otro lado, se realizó a partir de una investigación teórica la cual “se desarrolla sobre objetos abstractos que no se perciben sensorialmente cuya materia prima son datos indirectos, no tangibles, especulativos. A esos efectos emplea métodos del pensamiento lógico” (Villabella, C, 2020, p. 162)

6.4. Técnica

La presente investigación utilizo la técnica de Revisión documental, haciendo uso de las herramientas de recolección de información, bibliografía, teorías en diferentes periodos, además de evaluar la legislación y jurisprudencia colombiana vigente respecto a la figura del determinador, la teoría del dominio del hecho y los grados de incidencia en la conducta del autor.

6.5. Tipo de Investigación

El presente escrito será de tipo descriptiva, explicativa y correlacional enfocada en el diseño documental.

El tipo de investigación descriptiva permite en la presente indagación, analizar el contexto por la cual se establece el problema de investigación esto es de acuerdo a las diferentes teorías como la dosificación punitiva del determinador lesiona los diferentes principios rectores del derecho penal proporcionando un sentido de entendimiento del fenómeno a que se hacen referencia

De otra manera, el tipo de investigación explicativa busca encontrar las razones o causas que provocan ciertos fenómenos, es por ello que las diferentes fuentes utilizadas han mostrado las diversas teorías existentes con relación al papel del determinador y la distinción punitiva de cara a los principios de igualdad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad

La investigación correlativa se utilizó de manera tal que se establecieron los diferentes sujetos de la conducta penal y su incidencia y participación en la determinación de la pena a imponer “la utilidad y el propósito principal de los estudios correlacionales son saber cómo se puede comportar un concepto o variable conociendo el comportamiento de otras variables (Sampieri, R, 2000, p. 63)

7. MARCO HISTÓRICO

7.1. Antecedentes de la Pena

Se pretende realizar un análisis retrospectivo de cara a la pena y sus funciones, lo que conlleva a una formación del Derecho Penal que hiciera frente a las necesidades punitivas de la sociedad, por lo cual será delimitado para enmarcar los precedentes que marcaron el escenario del problema de investigación que se está llevando a cabo en el presente escrito

Dicho lo anterior, es necesario establecer la acción punitiva y su desarrollo histórico, por lo cual se entiende como “la legitimación de la sanción penal se deriva de los fines que persigue en un Estado de derecho. Dicha legitimación debe abarcar tanto a la pena como a la medida de seguridad, y tener en cuenta que tanto la pena

Como la medida de seguridad se imponen a quien infringe una norma de conducta y, por tanto, a quien tiene capacidad para infringirla” (Meini. I, 2013, p. 143) Con el transcurrir del tiempo y la evolución del Derecho Penal, se ha podido evidenciar que la sanción penal se ha configurado de acuerdo con el contexto de cada época, en razón a ello se puede encontrar que la pena según la Real Academia de la Lengua Española se encuentra definida como “Dolor, tormento o sentimiento corporal (...) Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.”

Ahora bien, desde 1810 se han venido implementando sanciones punitivas y así mismo a luz de los derechos fundamentales han permitido que en las diferentes revoluciones se revoquen penas que transgredan los mismos, es así como se señaló:

Constitución de la República de Tunja, la primera que desconocía en forma absoluta todo vínculo con la Corona de España, prohibió igualmente el tormento y la pena de infamia; además, ordenó en forma perentoria que solo se condenará al autor del delito y no a sus familiares; en lo relativo a la privación de la libertad, consagra la detención preventiva cuando haya semiplena prueba del delito o fundadas sospechas de fuga (art. 6); a su vez, reglamentó la libertad provisional con fianza (art. 7). La Constitución de Antioquia de 1812 fue más liberal, consagrando el principio de favorabilidad o benignidad de la pena (art. 2) y el de habeas corpus (art. 3). (Salazar, G. 2016, p. 3)

Así como se ha enmarcado a lo largo de esta investigación la pena debe propender porque sea la última opción al momento de sancionar a quien realiza una conducta punible, por lo cual la mirada retribucionista se dejó de lado de cara a la prevención general y especial de la pena, Como lo indico Anton Oneca (como se citó en Principios y desafíos del derecho penal hoy, 2013):

La Prevención General, es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir y la Prevención Especial que es la actuación sobre el delincuente mismo ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.

Lo anterior, le permitan a la sociedad entender la pena desde la política criminal como una prestación constructiva de la misma que le permita llevar a cabo una resocialización y no solo como un medio de sanción al penado.

Por lo cual, es importante comprender que más allá de ser la pena la consecuencia jurídica por la comisión de un delito, al haberse configurado un conducta típica, antijurídica y culpable, se busca que por medio de la misma se logre la resocialización del sujeto activo a la sociedad, razón por la cual el Operador Jurídico en concordancia con los principios constitucionales y del Derecho Penal, debe buscar propender velar por los fines de la pena.

Es importante agregar, que lo anterior conlleva a una modificación de trato al condenado que a lo largo de la historia han sido torturados y se han dejado de lado los derechos fundamentales inherentes a los mismos, transgrediendo sobre todo su dignidad como seres humanos al mismo tiempo el avance en la tipificación de las conductas penales y la determinación punitiva han permitido categorizar y de la misma forma el juez sin dejar de lado su autonomía, mediante la objetividad establece una pena que puede ser apelada por las diferentes partes del proceso.

7.2. Antecedentes de la Dosificación Punitiva

Estos antecedentes se desarrollan ampliamente a lo largo de la capitulación de la presente investigación, no obstante es importante recalcar que desde inicios el legislador busco parametrizar el margen de movilidad

punitivo, indicando que se debe tener en cuenta las modalidades, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente, causales que permitían que la imposición de la pena no se viera del todo permeada por el arbitrio o subjetividad del juez sin embargo, como se ha evidenciado en las legislaciones citadas, el juez solo estaba limitado por la máxima o mínima pena señalado al correspondiente tipo penal, adicionalmente no se le exigía al juzgador la motivación por la cual se estipulo la dosificación punitiva, lo que traiga consigo una imposibilidad jurídica para controvertir la manera en que se había fijado la dosificación al tipo penal Dicho lo anterior, la ley 599 de 2000, vigente Código Penal Colombiano, trajo consigo una gran reforma en la dosificación punitiva, tal es el caso del artículo 61. fundamentos para la individualización de la pena, del Código Penal Colombiano.

8.MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

El marco conceptual se encuentra conformado por lo conceptos que se relacionan a continuación, permitiendo la construcción de criterios para la interpretación y comprensión del presente problema de investigación:

8.1 Dosificación de la Pena

Se entiende la dosificación punitiva como la individualización o proceso para la determinación de la pena, ahora bien, al respecto es pertinente señalar que la Corte Constitucional por vía jurisprudencial ha sido enfática en ratificar la libertad configurativa del legislador entorno al establecimiento de la política criminal, implicando de tal manera, establecer cuáles comportamientos deben ser considerados como conductas punibles y por ende la sanción a imponer.

Al respecto es pertinente señalar que el Derecho Penal Colombiano tiene contemplado un sistema de cuartos, el cual se subdivide en cuatro cuartos, que son el rango de movilidad de la tasación de la sanción, dependiendo los agravantes y atenuantes de la conducta punible, siendo el mínimo cuarto aquel que conlleva a imponer la mínima pena prevista para la infracción.

De esta manera, se tiene que el legislador ha establecido unos parámetros a través del cual el operador judicial deberá tener en cuenta al momento de la fijación de la pena en determinado caso, como lo son los agravantes, atenuantes y los rangos establecidos por el legislador, entre otros criterios establecidos por el Código Penal.

8.2 Conducta Punible

La conducta punible, debe ser entendida como aquel comportamiento realizado por acción u omisión, siendo de tal manera considerada como presupuesto del delito, implicando para la imposición de la pena como condición la constitución de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la cual será sancionada con la pena contemplada para determinado delito

Como modalidades de la conducta punible, se tiene que es dolosa, culposa o preterintencional, bajo los parámetros señalados taxativamente en la ley, al mismo tiempo estas conductas se dividen según los tipos de autoría que según el Código Penal Colombiano en su artículo 29, se tiene que este sistema penal colombiano, establece principalmente tres tipos de autores; **autor inmediato** (lo cual difiere del autor mediato), **autor mediato** (quien

realiza una acción a través de otro) y los **coautores** (son aquellos que realizan la conducta en grupo).

8.3 El Determinador

Según el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, se entiende como determinador “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.” y como lo ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia C – 015 de 2018 “determinador es aquel que aquél que conscientemente, sin desplegar una actividad esencial en la ejecución del plan, a través de diversos medios logra influir en el autor de forma determinante y definitiva para que cometa, como suyo, el delito.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el determinador, por carecer del dominio del hecho: “No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo o de la coacción” así mismo, se ha indicado este actor no requiere de las calidades especiales del tipo para ser considerado como tal.

8.4 Principio de Igualdad

El principio de igualdad se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que a su tenor reza:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica

8.5 Principio de Prohibición de Exceso o de Proporcionalidad

Este principio desarrollado desde el orden Constitucional es una herramienta argumentativa que le permite al juzgador realizar una ponderación objetiva, al momento de imponer una condena punitiva en cada caso en concreto, por lo cual debe existir una relación entre los derechos fundamentales y las exigencias sobre la persecución del delito el principio de prohibición como se expresa por la Corte Constitucional, en la sentencia C-108 de 2017 ha sido:

[...] deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)

Por lo cual, en materia penal, la pena debe estar sujeta a requerimientos por lo cual los artículos y principios mencionados anteriormente:

prescribe al legislador unos imperativos mínimos al fijar los marcos punitivos atendiendo a: (i) la importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o ataque a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) y principios constitucionales que de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado. (Corte Constitucional, Sentencia C – 108 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas),

De acuerdo con esto, el legislador debe realizar una determinación punitiva de acuerdo con los principios rectores del Derecho penal con el fin de establecer condenas acordes con el delito y los fines de la pena de cara a la integración del Estado Social de Derecho, adoptado desde 1991 que le ha

permitido al derecho penal tener un enfoque ajustado al principio de dignidad humana

8.6. Principio de Razonabilidad

Busca evitar que el legislador sea arbitrario y que se tomen decisiones por hechos de momento, sin que exista una verdadera razón que justifique las mismas.

Tal como ha sido expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 108 de 2017 “la racionalidad y proporcionalidad en materia penal implica que deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso”

8.7 Teorías sobre Autoría y Participación

El autor Larrauri presenta una “formula” para determinar esta teoría, es por ello por lo que se establece **la condición sin la cual no**, por cuanto si la condición se suprimiera el resultado no habría sido posible, no obstante, existieron varios detractores para esta teoría toda vez que el resultado puede ejecutarse si se presenta otro tipo de condición (causalidad hipotética).

Sin embargo, aun así, se suprimiera no se sabría con certeza el resultado de la acción (causalidad general), en este mismo sentido, “*tropieza con insuperables dificultades en los delitos de omisión, en los que resulta inviable predicar del sujeto que omite que ha causado un resultado*” aunado a lo anterior es indiscutible que cada fenómeno esta creado a partir de la ejecución de diferentes acciones:

Es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que interviene en la producción de un resultado, puesto que toda condición negativa o positiva tiene un valor equivalente en la producción del resultado, todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causas y condiciones. (Larrauri, E. 2010, p. 82)

8.7.1. Teoría de la Causalidad Adecuada De acuerdo a lo anterior, se hizo necesario establecer una teoría que corrigiera los vacíos que se presentaron, por lo cual surge, “no toda condición que produzca un resultado puede ser considerada causa del mismo si no solo aquella que conforme a la experiencia es adecuada para producir un resultado típico” (Larrauri, E. 2010, p. 83), indica la autora es necesario que el juez realice un juicio de probabilidad con base en dos conocimientos “el ontológico, que toma en consideración las condiciones conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, así como los conocimientos específicos del autor; y el nomológico que incorpora las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción” (Larrauri, E. 2010, p. 83)

Dicho lo anterior, al aplicar esta teoría se podía establecer cuál era la causa adecuada que permitiera producir un resultado investigado, no obstante, esta teoría tuvo varias críticas toda vez que si por parte del juez se establecen acciones inadecuadas se utilizan criterios normativos lo cual conduce a realmente a una teoría de la responsabilidad y no como se planteo

Con base en lo anterior, surge la necesidad de establecer una teoría alternativa y que sirvió como fundamento para la teoría de la imputación objetiva.

8.7.2. Teoría de la relevancia, “al problema causal no duda en acoger la teoría de la equivalencia de las condiciones, única teoría que se considera correcta desde un punto de vista causal. Sin embargo (...) no todas las causas intervinientes en un suceso son jurídicamente equivalentes. Por consiguientes

dos serán los requisitos necesarios para afirmar la tipicidad de un comportamiento: el **nexo causal** (determinado conforme la teoría de la equivalencia) entre la acción y el resultado, y la **relevancia** de este nexo causal” (Larrauri, E. 2010, p. 84) (negrilla fuera del texto)

Dicho esto, para dar aplicación a esta teoría por un lado debe establecerse la relevancia de la acción adecuada para dar lugar a la producción del resultado, diferenciando de esta manera la teoría de la casualidad adecuada por cuanto no se están negando otras teorías, pero se presta de manera exclusiva se presta atención por su relevancia

Ahora bien, con los antecedentes de las teorías mencionadas, ha surgido la

8.7.3. Teoría de la imputación objetiva la cual se fundamenta con Larenz y Honig, desarrollada posteriormente por Roxin, “aceptado como principio general de la imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y este se haya realizado en el resultado. Ello quiere, por consiguiente, la comprobación de a) la acción ha creado un riesgo (...) b) este riesgo es jurídicamente desvalorado; c) se ha plasmado en la realización del resultado típico (Larrauri, E. 2010, p. 86), sin embargo, este procedimiento debe tenerse en distinción de la determinación si el delito es culposo o doloso categorización que debe realizarse posteriormente.

9. MARCO INSTITUCIONAL

Ministerio de Defensa Nacional

Contribuye a la gobernabilidad democrática, la prosperidad colectiva y la erradicación de la violencia, mediante el ejercicio de la seguridad y la defensa, la aplicación adecuada y focalizada de la fuerza y el desarrollo de capacidades mínimas disuasivas.

Busca alcanzar condiciones de seguridad óptimas para garantizar la prosperidad democrática y el progreso nacional de Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Plantea las directrices y/o parámetros en los cuales el juzgador puede usar las diferentes variables que según el sujeto activo de la conducta se logre cuantificar la pena

10. Marco Jurídico

A su vez el artículo primero de la Ley 599 de 2000, señala que “[...] *El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana*”, de igual manera en el artículo cuarto de la Ley en mención establece:

Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

En cuanto a los partícipes, la legislación penal establece:

ARTÍCULO 30 - **Partícipes**. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Las condiciones jurídicas se uniforman en la convergencia de la pena y la regulación en la dosificación según variables específicas, citando de la siguiente forma el marco Jurídico mínimo para abordar el tema de estudio:

➤ **Constitución Política de Colombia**

Brinda las disposiciones generales y los principios rectores de todo el Marco Jurídico, en busca de la mirada alterna para imponer la pena en un sujeto procesal que no participa de manera directa en la comisión del delito

La Carta Magna, establece como principios y directrices fundamentales en la posible participación y/o comisión de un acto delictivo seguir la actuación bajo la igualdad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad

Permitiendo crear las directrices para la aplicación y centralización de derechos que han resultado exigibles y ausentes dentro de los vacíos socio-jurídicos que se pretenden analizar

En ese orden, se puede evidenciar la importancia de la política criminal en la concepción de la pena y la dosificación de la misma, toda vez que a lo largo de la historia, el derecho penal debe responder a un contexto económico y social, razón por la cual surge con el código penal de 1837 un cambio doctrinal de la legislación penal, pues son los primeros indicios de la separación iglesia y estado, y por ende la distinción de la concepción del pecado y el delito, desde ese entonces

Ahora bien, posteriormente con la promulgación del artículo 29 de la constitución política, se estableció que “los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley” (2017), lo anterior, proveniente de la importancia de que la dosificación punitiva el respeto a la dignidad humana y el debido proceso.

Posteriormente, con la incorporación de la Ley 599 de 2000 en el ordenamiento colombiano, trajo una serie de cambios, “reformó estructuralmente la parte sustantiva del derecho penal, desde una visión dogmática (ininteligible para el ciudadano de a pie) que se correspondía con las nuevas teorías del delito germanas, tratando de superar el positivismo naturalista (cientificista y técnico -jurídico).” (Diana Bayona, 2017), es decir, haciendo alusión a una legislación penal más garantista fundada en el respeto a la dignidad humana y por ende a atribuirle a la sanción penal el carácter de ultima ratio enmarcada en los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por lo anterior, en concordancia con lo señalado por el abogado investigador Sebastián Sánchez Zapata (2014) se produjeron tres cambios significativos respecto a la conducta punible entre el Código Penal de 1980 y el del año 2000; el primero es el cambio de la expresión “hecho punible” por el de “conducta punible”

En síntesis, el Código Penal vigente conserva, en lo esencial, la concepción dogmática del delito introducida por el Proyecto de Código Penal de 1974. Sobre la base del concepto se coloca el concepto de conducta como presupuesto del delito, y de ella se exige el cumplimiento de tres elementos o categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como condiciones previas a la imposición de la pena. (Sánchez, Z. 2014, p. 11)

Durante el desarrollo del concepto de autor, tal y como se desarrollo en el segundo capítulo se pudo evidenciar como inicialmente el punto de partida principalmente era la teoría de las equivalencias, posteriormente la del interés, teniendo un desarrollo a la teoría del dominio del hecho, sin duda alguna este avance conceptual tuvo gran impacto en la concepción de la distinción entre autor y partícipe, no solamente respecto a la calidad a imputar sino a su vez la pena a imponer.

Al respecto, si bien con la teoría de dominio del hecho se tuvo un avance por cuanto se estableció el dominio del hecho como el principal factor para poder distinguir al autor del partícipe, no obstante, como antecedente de lo anterior se tiene que al realizar un análisis respecto al acontecer histórico de la política criminal en Colombia, se tiene que ha sido en sus principios inestables:

CÓDIGO PENAL	CONCEPTO DE AUTOR Y PARTÍCIPE
1837	Fue aprobado por el Congreso de la República un año antes, en 1836, siendo objetado por el entonces presidente, el General Santander, razón por la que fue sancionado el 29 de mayo de 1837. Se trata de un estatuto de 919 artículos dividido en 4 libros que podríamos, a su vez, subdividir en dos grandes apartados: una parte general en la que encontramos (i) los delitos y de las penas en general (1-92) y (ii) los delincuentes y del modo de graduar los delitos y aplicar las penas (93-139); y una parte especial que comprende (iii) los delitos y culpas contra la sociedad y sus penas (140-601) y (iv) los delitos y culpas contra los particulares y sus penas (602-917). (2020, p.6)

<p>1873</p> <p>El Código de los Estados Unidos de Colombia</p>	<p>En cuanto a la concepción de autor, el artículo 79, menciona:</p> <p>Art. 79. Son autores del delito: Los que lo cometen espontáneamente. Los que hacen que otro lo cometa contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer i ejecutar; ya forzándole para ello con violencia; ya privándole del uso de la razón; ya abusando del estado en que no la tenga; siempre que cualquiera de estos cuatro medios se aplique a sabiendas i espontáneamente para causar el delito, i que lo cause efectivamente. (p.17)</p> <p>A su vez, el artículo 83, en cuanto a la pena señala:</p> <p>Art. 83. Los cómplices serán castigados con las dos terceras partes de la pena impuesta por la lei a los autores.</p> <p>Los auxiliares serán castigados con una pena que no sea menos de la mitad, ni más de las dos terceras partes, de la misma pena.</p> <p>Los encubridores lo serán con una pena que no sea menos de la cuarta parte, ni más de la mitad, de dicha pena; salvas en todos tres casos las disposiciones particulares de la lei cuando determine otra cosa. (p.19)</p> <p>De tal manera, se tiene que el capítulo primero desde el artículo 78 al 81 del Código Penal de 1873, se hacía referencia a las personas punibles, subclasificándolas en autores, cómplices, auxiliares, encubridores, así mismo para las tres últimas categorías establecía una rebaja de pena, por su parte en cuanto al instigador o determinador, este no se encontraba plenamente contemplado en dicha</p>
--	--

	<p>normativa, ya que incluso en el artículo 100, se estableció el instigar como un agravante, más sin embargo, la concepción que se tenía inicialmente era una mixtura con el autor intelectual.</p> <p>En 1873 se expidió un nuevo Código, mucho más progresista que el de la Nueva Granada, sobre las bases de la Constitución de Rionegro de 1863, que entre sus aspectos más fundamentales abolía totalmente la pena de muerte. Tal estatuto fue derogado en 1886, como consecuencia de la Regeneración, restableciéndose la pena de muerte. (Arboleda, 2019, p.445)</p>
<p>La Ley 57 del 15 de abril de 1887 (art. 1) estableció que regiría en Colombia el Código Penal del Estado de Cundinamarca sancionado mediante la Ley del 16 de octubre de 1858. (2020, p.463)</p>	<p>Es pertinente aclarar que el momento histórico de la expedición del Código Penal de 1886, tuvo gran influencia en cuanto al mismo, ya que en esa época prevaleció el régimen centralista, cuyos fundamentos se encontraban dirigidos a pensamientos conservadores y la no separación entre estado e Iglesia.</p>
<p>El Código Penal Colombiano de 1890</p>	<p>En cuanto a la autoría y participación, el Código Penal de 1890, trae a colación las siguientes definiciones y clasificaciones, detalladas a continuación de acuerdo a lo señalado por Francisco Bernate:</p>

	<p>El Código Penal de 1837, reproducido literalmente en este aspecto por el Código Penal de 1890, disponía lo siguiente en torno a la participación criminal.</p> <ol style="list-style-type: none">1. Son sujetos de sanción criminal (artículo 95):<ol style="list-style-type: none">a. Los autores del delitob. Los cómplicesc. Los auxiliadoresd. Los encubridores2. Son autores del delito (artículo 96):<ol style="list-style-type: none">a. Los que lo cometen espontáneamente.b. Los que, obrando a sabiendas hacen que otro lo cometa –siendo necesario que el delito efectivamente se cometa– contra su voluntad, mediante cualquiera de las siguientes formas:<ol style="list-style-type: none">i. Dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar.ii. Forzándolo con violencia.iii. Privándolo del uso de la razón.iv. Abusando de quien no dispone de razón.3. Son cómplices del delito (artículo 97), y reciben como pena las dos terceras partes de la establecida para los autores (artículo 100):<ol style="list-style-type: none">v. Quienes espontáneamente y a sabiendas cooperan en la ejecución del delito en el acto de cometerlo, suministran o proporcionan espontáneamente las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, sabiendo que han de servir para este objeto.vi. Quienes a sabiendas y espontáneamente, por sus discursos, sugerencias, consejos o instrucciones provocan o incitan directamente a
--	---

	<p>cometer el delito o enseñan o facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa el delito como resultado de tales discursos, sugerencias, consejos o instrucciones.</p> <p>vii. Quienes a sabiendas y espontáneamente, por soborno o cohecho, con dádivas o promesas o con órdenes o amenazas, o por medio de artificios culpables, hacen cometer un delito que de otra manera no se cometería.</p> <p>4. Son auxiliares o factores del delito (artículo 98) y se sancionan con una pena no inferior a la mitad, ni superior a las dos terceras partes de la pena (artículo 100):</p> <p>viii. Los que espontáneamente o a sabiendas conciertan de consumo la ejecución de un delito que llega a tener efecto, pero que no cooperan ni ayudan a su perpetración en el acto de cometerlo, ni lo causan por ninguno de los medios expresados para el caso de la complicidad.</p> <p>ix. Los que sin concierto previo, pero sabiendo que se va a cometer un delito, sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella espontáneamente al que lo comete, o se aprovechan con el reo principal de las consecuencias del delito.</p> <p>x. Los que habiendo ordenado, aconsejado, enseñado o facilitado espontáneamente y a sabiendas de la ejecución de un delito, sobornado, amenazado o provocado para ello, no causan en efecto aquel delito, sino que resulta otro mayor o diferente del todo, por exceso o por voluntad del ejecutor.</p> <p>xi. Los que espontáneamente y a sabiendas, por sus discursos, sugerencias, consejos, instrucciones, órdenes, amenazas u otros artificios culpables, aunque no provoquen</p>
--	---

	<p>directamente a cometer el delito, contribuyen a que se cometa.</p> <p>xii. Los que espontáneamente conciertan con alguno de los reos principales o cómplices, antes de cometerse el delito, que receptorán u ocultarán la persona de alguno de ellos, o las armas, instrumentos o utensilios de ejecución, o alguno de los efectos en que consiste el delito, o que los comprarán, expenderán o distribuirán en todo o en parte.</p> <p>xiii. Los que espontáneamente y a sabiendas sirvan de espías o centinelas, o resguarden a los delincuentes para la ejecución de un delito, o le presten para ello algún abrigo, noticia o auxilio sin incurrir en los casos de la complicidad, o les faciliten medios de reunirse, o les ofrezcan antes de la ejecución, y con conocimiento del delito que se va a cometer, protección o defensa.</p> <p>5. Son encubridores (artículo 99) y se sancionan con una pena no inferior a la cuarta parte ni superior a la mitad de la pena que corresponde al autor (artículo 100):</p> <p>xiv. Los que espontáneamente sin concierto ni conocimiento anterior a la perpetración del delito receptan o encubren después la persona de alguno o algunos de los autores, cómplices o auxiliadores, o los protegen o defienden, o les dan auxilio y noticias para que se precavan o fragüen, u ocultan alguna de sus armas, o alguno de los instrumentos o utensilios con que se cometió el delito, o alguno de los efectos en que éste consistía, o compran, expenden o distribuyen alguno de dichos efectos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos o utensilios han servido para el delito, o que de él han provenido aquellos efectos.</p> <p>xv. Los que espontáneamente, aunque sin conocimiento de determinado delito que se haya cometido, acogen, receptorán, protegen o</p>
--	--

	<p>encubren a los malhechores sabiendo que lo son, o les facilitan lugar de reunión o seguridad, u ocultan sus armas, o les suministran auxilios y noticias para que se precavan de ser aprehendidos.</p> <p>xvi. Los que sabiendo que se va a cometer un delito, y pudiendo avisarlo, no lo avisan a las autoridades públicas con la oportunidad suficiente para que puedan impedirlo. (551-553)</p> <p>En 1890 se adopta un "nuevo" Código Penal, correspondiente al proyecto elaborado por el consejero JUAN PABLO REST.REPO, que es, en lo sustancial, el mismo Código de 1837, aunque con una estructura jurídica más clara y organizada. Aunque en la parte general trae la misma definición de delito del Código anterior, es notoria la inclusión de los principios de legalidad y favorabilidad (art. 12). (Arboleda, 2019, p.445)</p> <p>De tal manera, el Código Penal de 1890, partía de un concepto de autor, conforme a la autoría directa, mediata y al inductor, implicando de tal manera la imposición al inductor de la misma pena establecida para el autor directo.</p> <p>Si bien se establecía un concepto restrictivo de autor, en la parte especial se equiparaban, en determinados eventos, los autores a los partícipes. Como puede apreciarse, el Código para entonces vigente es extremadamente casuístico y antitécnico, algo propio de su época, lo generaba problemas de aplicación práctica. (Bernate, 2005, p.554)</p>
1936	<p>En cuanto a la pena impuesta al determinador, el artículo 19 del Código Penal de 1936, señala:</p> <p>Artículo 19. El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o</p>

	<p>cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, queda sometido a la sanción establecida para el delito.</p> <p>En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo.</p> <p>Ahora bien, la presente normativa define desde el artículo 11 al 22 a los autores y partícipes, sin embargo, no los clasifica.</p> <p>Aparece normativamente la clasificación entre acción y omisión como modalidades del delito que ya era entonces común en los estatutos italianos y españoles del siglo xix, la conducta (art. 11.2), y se perfila la figura de la peligrosidad social del procesado, inspirada en este código por los postulados sociológicos del positivismo italiano, por ejemplo, con la sanción de la tentativa imposible (art. 18) y el agravante de la reincidencia (art. 35). Se habla, expresamente de la peligrosidad como motivo de mayor (art. 37) o menor (art. 38) punibilidad. Establece (arts. 41, 45.1) los 24 años como el máximo de la pena de presidio y, por supuesto, no señala la pena de muerte derogada en 1910.</p> <p>[...]</p> <p>Esta normativa no diferencia entre penas y medidas de seguridad (arts. 29 y 61) y establece subrogados penales como son la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 81), la libertad condicional (art. 86) y el perdón judicial (art. 92). En cuanto a la parte especial, dicho estatuto comienza, como sus precedentes, con la tutela de los intereses colectivos y luego de los derechos individuales. (Bernate, 2005, p.466 - 467)</p>
--	---

<p>1980</p> <p>DECRETO 100 DE 1980</p> <p>Por el cual se expide el nuevo Código Penal</p>	<p>El Decreto 100 de 1980, deroga la Ley 95 de 1936, así mismo en su capítulo tercero realiza la distinción entre autoría y participación, señalando lo siguiente:</p> <p>ARTICULO 23. Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.</p> <p>ARTICULO 24. Cómplices. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad.</p> <p>En consonancia con lo anterior, se puede evidenciar que la presente normativa clasifica al determinador como autor, imponiéndole de tal manera, la misma pena prevista en la infracción.</p>
<p>LEY 599 DE 2000</p> <p>Por la cual se expide el Código Penal</p>	<p>Sin duda alguna con la expedición de la Ley 599 de 2000 y la derogatoria del Decreto 100 de 1980, se constituyó un cambio normativo en cuanto al determinador, lo anterior, por cuanto conforme a lo previsto en los artículos 29 y 30 que señalan:</p> <p>Artículo 29. <i>Autores.</i> Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.</p> <p>Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.</p> <p>También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o</p>

	<p>de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.</p> <p>El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.</p> <p>Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.</p> <p>Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.</p> <p>Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.</p> <p>Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.</p> <p>En virtud de lo anterior, se puede evidenciar que al determinador ya no hace parte del concepto de autor, sino que en contrario sentido es considerado como un partícipe de la conducta punible, sin embargo, de cierta manera dicho precepto normativo si bien tuvo un cambio en la clasificación, continuó atribuyéndole al determinador la misma pena prevista para la infracción.</p>
--	--

De lo anteriormente mencionado, se puede concluir que fue hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, que se consideró al determinador como partícipe, siendo de tal manera, el determinador, una forma de participación más no de autoría, al respecto Aguirre afirma:

El instigador es quien sin tener dominio de las circunstancias del hecho coopera proporcionando la ideación criminosa a la mente del autor, será este último, quien la capte en ese proceso de ideación y de liberación que forma parte del *iter criminis* o camino del delito, para que una vez concebida la ponga en marcha dentro del curso causal eficiente, en dirección de la obtención del resultado, siendo el autor quien podrá disponer de aceptar la ideación criminosa para encarnarla, o actualizarla mediante la acción o la omisión, que cobre vida por la actividad propio autor; en este orden de ideas, el instigador solamente se convierte en partícipe, carente del dominio eficiente del hecho, en virtud de no encontrarse en posibilidades de poner en marcha bajo su control todos los actos que deben producir el resultado, tal es el caso de la llamada incitación a la violencia [...] (J. Aguirre, p. 1)

Lo anterior, conlleva a la necesidad de distinguir al determinador del autor intelectual, toda vez que tal y como se podrá evidenciar del análisis que se realizará en cuanto a la sentencia SP10998-2015, han sido conceptos de difícil discernimiento incluso por parte del operador judicial.

11. CAPÍTULO I

LOS FINES DE LA PENA A LA LUZ DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Objetivo específico:

- 1. Establecer la incidencia de los fines de la pena y el principio de razonabilidad en la determinación de la dosificación de la pena desde la perspectiva de la imputación objetiva.**

11.1. Principios del Derecho Penal

Con el transcurrir del tiempo y la evolución del Derecho Penal, se ha podido evidenciar que la sanción penal se ha configurado de acuerdo con el contexto de cada época, en razón a ello se puede encontrar que la pena según la Real Academia de la Lengua Española se encuentra definida como “Dolor, tormento o sentimiento corporal (...) Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.” (Merkel, A. 2005. P.83)

Por lo antes expuesto, se puede observar que los Jueces como representantes del Estado y cuya principal función se les atribuye la administración de justicia, deben de ser imparciales, independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la Le, incluso velando por la salvaguarda de los principios rectores del Derecho Penal

Dicho lo anterior, en materia penal los principios rectores se decantan desde la constitución ya se ha de manera explícita o implícitamente y por supuesto desarrollado por vías legales.

11.1.1 Dignidad Humana

Entendido el principio de Dignidad como rector de las actuaciones procesales, como lo expreso el Abogado Álvaro Orlando Pérez en Los principios Generales del proceso Penal

Dentro de toda actuación penal, las personas tienen que ser tratadas con el respeto que individual y socioculturalmente se merece el ser humano, especialmente en lo relacionado con su libertad, intimidad y valores ((Perez, A, 2015, p. 41)

La dignidad es uno de los principios fundantes de cualquier “Estado social y democrático de Derecho” por eso se afirma que el principio de dignidad es la fuente de la inviolabilidad de los derechos inherentes al hombre, entre ellos, preferencialmente, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor (Perez, A, 2015, p. 44)

Aunando a lo anterior se ha establecido de manera global la necesidad de enmarcar el principio de Dignidad como fundante de leyes, mas aun en materia penal puesto que el indiciado, acusado o condenado debe tratarse sobre parámetros que le permitan gozar de los derechos congénitos a la

dignidad humana llevando a cabo su proceso en el marco de los mismos, no obstante “Si en verdad el derecho penal quiere acoger y respetar el principio de dignidad, en su práctica diaria todo funcionario vinculado con la justicia debe tener en cuenta que: 1. Previo conocimiento de quienes integran el debate procesal, debe respetar las preferencias de cada uno de ellos ante la vida (...) 2. El hombre no es un aparato que sirve a un propósito. Por tanto, ninguna de las “partes” procesales puede ser utilizada ni instrumentalizada desde ningún punto de vista” (Pérez, A., 2015, p. 45) características que según el autor son fundamentales para poder llevar a cabo procedimientos propios de las actuaciones penales, sin dejar de lado el sometimiento a la instrumentalización de los procesados para cumplir objetivos externos de las entidades. (Perez, A, 2015, p. 45)

11.1.2 Comparativa del principio de Dignidad Humana a la luz del Derecho Internacional

Es importante destacar el avance internacional que se ha venido realizando en torno a la dignidad humana es así como, diferentes países han enmarcado la dignidad como cimientos fundamentales en su organización social, política, económica y judicial

Ley fundamental para la republica Federal de Alemania

Articulo 1. La dignidad del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del Estado

Constitución de la Republica Portuguesa

Articulo 1. Portugal es una republica soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria” (Perez, A, 2015, p.48)

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 1. Dignidad humana. La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida (Álvaro Perez,2015, p.48)

Dicho lo anterior y según las normativas traídas a colación es visible que países como Alemania, Portugal consideran de carácter predominante en sus legislaciones y Constituciones la edificación de sus procedimientos con base a la Dignidad de cada uno de los ciudadanos, así mismo Colombia busca mediante su Carta Magna y sus legislaciones el desarrollo del mismo, especialmente en esta materia, por cuanto el Código penal hace énfasis en sus normas rectoras y en su artículo primero avizora que tanto su parte general como en su especialidad (con todos aquellos procesos que se desencadenan en nuestro ordenamiento jurídico), se regirán con fundamento en el respeto hacia la dignidad humana

11.1.3 Principio de Razonabilidad

En el contexto colombiano, los principios en materia penal surgen a partir de las necesidades identificadas en cada sociedad es así que el Artículo 3. del Código Penal colombiano reza:

*ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y **razonabilidad**.* (negrilla fuera del texto)

Por lo cual dichas penas impuestas tienen que tienen el deber de hacer frente a los principios esbozados por el Código, de manera principal al principio de razonabilidad que este actúa “actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el

juez dicta una sentencia, o el administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa. (Sapag, M. 2008)

Debe tenerse en cuenta la finalidad que se persigue con la imposición de cada sanción, en materia penal, la condena y/o prohibiciones debe estar permeada de política criminal, estudios que busquen satisfacer los fines de la pena en si misma, promoviendo en las entidades estatales que respondan y hagan frente a una verdadera resocialización del condenado, más allá de satisfacciones externas, sociales, políticas y públicas, realizando una correcta limitación de los derechos

Por lo cual, debe exhortarse al legislador que los nuevos tipos penal o su crecimiento respecto de las penas, tenga suficiente sustento académico, jurídico y social para inferir que se cumplirá con el objetivo que en principio se postulo para desplegar nueva normatividad

v) La función del juez constitucional a la hora de examinar las leyes que consagran términos procesales se limita a controlar los excesos, es decir a rechazar aquellas normas que desbordando notoriamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fijen términos exageradamente largos, que redunden en un desconocimiento de los principios de celeridad, eficacia, y seguridad jurídica, o que, por manifiestamente cortos, impidan hacer efectivos los derechos de defensa y contradicción probatoria (Sent. C-371 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva)

Aunado a lo anterior, en el contexto Colombiano la ley en si misma, no puede aplicarse taxativamente si se encuentra en vulneración de principios rectores como este, la autonomía jurídica de cada Juez y sus decisiones pueden alejarse justificadamente de las leyes en el marco constitucional como garantista de Derechos, por otro lado este principio sirve para que quien imparte justicia no trasgreda dicho principio es así como Lopera indica que “en el caso del derecho penal, y concretamente en la expedición de normas en la materia el principio de razonabilidad buscar evitar que el legislador sea arbitrario y que se tomen decisiones por hechos de momento, sin que exista una verdadera razón que justifique las mismas” (Lopera, G. 2010, p.174-191)

De esta misma manera, el derecho penal a tenido que hacerle frente al desarrollo social permanente, por lo cual debió su ordenamiento jurídico establecerse desde teorías absolutas hasta las teorías relativas que le permita al estado desde el principio de razonabilidad continuar con ese poder coactivo sobre los ciudadanos.

11.2. FINES DE LA PENA

11.2.1 La Pena

La pena de manera general tiene su origen desde la Edad Media, según la cual sin mediar derechos o principios propios del ser humano se castigaba mediante diferentes tipos de sanciones crueles y que a la luz del derecho moderno suponían exageraciones en los mismos, por otro lado, según el Abogado Enrique Ferri los precedentes históricos de la pena desencadenan desde “El derecho canónico – a causa de la íntima y profunda aversión del espíritu cristiano frente a las violentas cruentas- impuso gradualmente el predominio de las penas carcelarias que después constituyeron la base

principal de la justicia de la punitiva moderna” (Ferri, E. 2006, p. 27), es de esta manera, como se ha presentado la evolución y transformación del derecho penal actual que busca seguir respondiendo a la capacidad sancionatoria del Estado sin dejar de lado la prevalencia de derechos inherentes a los indiciados, acusados y sentenciados

Ahora bien, como esencia general se entiende que “las penas son males que se hacen recaer sobre alguien en virtud de una real o presunta conducta contraria al deber” (Merkel, A. 2005, p. 13) concepto que se ha venido esbozando desde la intimidad de las comunidades hasta el establecimiento de un ordenamiento jurídico en el Estado, por otro lado es necesario que cada pena que se imponga se realice con proporcionalidad, teniendo en cuenta la causa y efecto bajo la realización del delito así como lo señalado por Adolf Merkel en el libro las penas, “Toda pena es calculada con relación a un efecto real que la misma ha de producir en la esfera de la vida del que va a ser penado y sobre todo con relación a un efecto que corresponda

Al de la acción supuesta, que sirva de expresión más o menos sensible al valor negativo de la misma” (Merkel, A. 2005, p.14) es así que desde los inicios de la pena en la Edad media debía existir una correlación entre el delito y la pena que le permita al acusado reflexionar sobre la acción realizada y a la comunidad evidenciar la materialización de las sanciones, señaladas con anterioridad en su normatividad

11.2.2 La Pena Jurídica

“Fortalecen la autoridad de la ley respectiva, garantizan el predominio de los intereses comunes amparados por esta ley, paralizan las fuerzas que

hayan obrado o se dispongan a obrar en contra de estos intereses (Merkel, A. 2005, p. 22)

La pena en el sistema penal colombiano encuentra su origen en el “*ius puniendi*”, es decir la facultad que tiene el Estado para sancionar aquellas conductas típicas, elevadas por el legislador a la denominación de “delito”; de modo tal, que el Derecho Penal Colombiano, es un derecho penal de acto más no de autor, cimentado en principios constitucionales consagrados en los artículos 2, 13, 29 de la Constitución Política de 1991 y los artículos 1 al 13 de la Ley 599 de 2000, los cuales limitan la facultad sancionatoria del Estado y establecen que la pena a imponer sea congruente con criterios dosimétricos, lo anterior en procura de evitar incurrir en una vulneración de derechos fundamentales.

11.2.3 La Resocialización uno de los Principales Fines de la Pena

Es importante comprender que más allá de ser la pena la consecuencia jurídica por la comisión de un delito, al haberse configurado un conducta típica, antijurídica y culpable, se busca que por medio de la misma se logre la resocialización del sujeto activo a la sociedad, razón por la cual el Operador Jurídico en concordancia con los principios constitucionales y del Derecho Penal, debe buscar propender velar por los fines de la pena, de conformidad a lo previsto por el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, que a su tenor reza:

Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

En ese orden de ideas, de los artículos mencionados anteriormente, es necesario traer los conceptos de dignidad humana y reinserción social, puesto que con base en esto está constituido el Sistema Penal Oral Acusatorio Colombiano, en el entendido que más allá de la imposición de una pena por una conducta que genera un reproche social y que de igual manera ha sido elevada por el legislador como delito, es decir, yendo en contravía de un pensar de venganza y de castigo, lo que se busca, es lograr la resocialización del sujeto activo de la conducta, para que de esta manera, se convierta en una persona productiva para la sociedad.

[...] la solución no es el aumento de penas porque existe un contexto social e histórico bastante amplio que permite inferir que esto no funciona, sino la aplicación de mecanismos que permitan crear una política penitenciaria que le otorgue herramientas a los condenados y procesados para volver a la vida civil. (El Espectador, 2015)

No obstante, un gran impedimento de lo anterior, ha sido el hecho de que pese a que ha sido uno de los fines del Estado la resocialización por fenómenos como el hacinamiento y la reincidencia ha impedido la efectividad del mismo, en especial si se tiene en cuenta lo mencionado por la Fundación Caminos de libertad (2015):

[...] el trabajo resocializador no se hace durante el tiempo que debería por cada interno, algunos les dura mucho tiempo y otros es muy corto lo que lleva a la reincidencia y por ende al hacinamiento, aún muchos de ellos trabajando, como las costureras de la cárcel de mujeres El buen Pastor trabajan para lograr disminución de pena, pero aun así el estado sigue manteniendo absolutamente todo en su estadía, por lo que muchas mujeres cuando salen reinciden, pues esta es la ley del menor esfuerzo, afuera hay que trabajar para subsistir, adentro en la prisión el "papá" Estado te mantiene y se puede decir que se vive "tranquilo".

De lo anterior, menciona la Dra. Annie Trejos en su investigación realizada en un centro penitenciario en la ciudad Pereira, refiere:

En Colombia, la reincidencia es uno de los factores sociales que afecta, en gran medida, la situación de las cárceles en Colombia, lo que se traduce en el hecho de que un infractor penal, una vez sale del centro de reclusión, nuevamente comete un delito; lo que, a su vez, significa que no se ha dado el proceso de resocialización, al punto. (2014, p. 45)

Es por lo anterior que se ha logrado evidenciar que el fin principal del derecho penal y en sí de la imposición de la medida privativa de la libertad es la resocialización del sujeto activo de la conducta, entendida esta como programas de resocialización están ideados no solo para que la persona privada de la libertad tenga una actividad en el interior del centro penitenciario, sino que de igual manera pueda al momento de cumplida la pena impuesta, el tener oportunidades, en especial, cuando se hace referencia a que en la mayoría de las veces este factor influye para que las personas recurran en busca de la protección del estado o vuelvan a delinquir, de lo cual menciona el Dr. Sampedro:

Una vez cumplida la pena impuesta se debe generar un puente hacia la vida en libertad, con la aprehensión de algún arte u oficio que le permita devengar recursos por fuera de los muros de la cárcel, desarrollando una actividad legal que lo aleje de la comisión de delitos, especialmente aquellos de contenido patrimonial. Pero al no tener acceso a los mismos, la cárcel se convierte en un lugar apto para el ocio improductivo, que en definitiva ratifica la idea de que el condenado al llegar allí, se gradúa con honores, dentro de un escenario catalogado como la universidad del crimen (1998, p. 109)

En conclusión, el Dr. Sampedro permite evidenciar dos aspectos importantes a traer a colación, en primer lugar, la necesidad de la implementación de un mecanismo de resocialización y adicionalmente, la falta de este como la causa de la reincidencia, de lo cual de igual manera mencionó el Dr. Abuanza, que:

la reincidencia se convierte en un factor determinante para evaluar la efectividad del tratamiento penitenciario ofrecido a los internos. En este sentido, se indagaron en los participantes las razones por las cuales los ampl vuelven a cometer delitos, y se encontró que están correlacionadas con las explicaciones de por qué se cometen delitos, en especial por la falta de oportunidades y la necesidad. (2014, p. 76)

A su vez el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, establece como finalidades del tratamiento penitenciario, las siguientes:

[...] El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

Por ende, y en cuanto al tema de la presente investigación, el autor hace de igual manera referencia a la subcultura carcelaria mencionada, lo que implica que desde un punto de vista penalista con el transcurrir del tiempo se ha optado por una política criminal más severa que intervencionista, lo que ha generado una serie de implicaciones, como el hecho de que más allá de ayudar la resocialización del sujeto activo de la conducta, lo que realmente se realiza en los centros de reclusión es el mejorar el *modus operandi*, lo que inevitablemente conllevara a la reincidencia.

11.3. Funciones de la Pena

11.3.1. Prevención general

En primer lugar, “No hay un deber absoluto del Estado para imponerlas si no tienen una finalidad en los otros ciudadanos para disuadirlos de no

cometer delitos a partir de la sanción impuesta a otro ciudadano” (Bernal, F. 2010, p. 197)

Dicho lo anterior, debe tenerse extremo cuidado respecto de la elaboración masiva de tipos penales y la elevación de las penas puesto que como lo señala Fabio David Bernal en el libro Temas fundamentales de Derecho Penal General,

El Derecho Penal en muchos países ha caído en la hiperinflación legislativa, cada vez que se acude a la tipificación de conductas y la intimidación social de la pena, en unos casos, dependiendo de las alarmas sociales del momento, confiando en que el miedo al procesamiento y la sanción actúen en la racionalidad de los ciudadanos (Bernal, F. 2010, p.198)

Lo que según multiplicidad de doctrinas y jurisprudencias han evidenciado que el endurecimiento de las penas no conlleva a una eficaz disminución de la criminalidad “es una propuesta de solución a corto plazo, simple y principalmente tangible, las personas pueden apreciar que existe una pena más dura, al estar publicada en una ley y que supone una consecuencia para quien cometa el delito en cuestión, lo que genera aprobación por parte de la población, y a simple vista parece la solución ideal ” (Díaz, A. 2018, p. 228)

11.3.1. Prevención Especial – (Resocialización y dignificación del procesado)

Este tipo de prevención busca centrarse en el penado, como persona brindándole garantías para la resocialización lo cual le permita a él, y a la sociedad la no reincidencia, cumpliendo con los fines de retribución y no reincidencia del procesado es así que:

El sometimiento no solo es intimidatorio y restrictivo de los derechos del penado, pero no es un castigo como simple retribución, sino que guiados por los fines del Estado de derecho, se busca con las penas no instrumentalizarlo para persuadir a *otros*, sino un *mejoramiento de la persona, obviamente con su voluntad para ingresar a programas de ayuda*. (Bernal. F, 2010, p. 198)

Los cuales le permitan a la sociedad entender la pena desde la política criminal como una prestación constructiva de la misma que le permita llevar a cabo una resocialización y no solo como un medio de sanción al penado

11.4 El Sistema Causalístico y la Teoría de la Imputación Objetiva con relación a los Fines de la Pena

Con el fin de esbozar la teoría de la imputación objetiva es menester trazar el inicio de la misma, es por ello que surge la necesidad de establecer la precisión de las conductas punibles, tipificando los hechos sujetos a las penas, y descartar aquellos que no causan un daño relevante a la sociedad

Aunado a lo anterior de la misma manera, se habla de un sistema causalístico: toda vez que hace mención a la **teoría de causa-efecto**, es decir, que para poder atribuirle a alguien la responsabilidad o el resultado de un hecho típico, antijurídico y culpable, es necesario determinar que realmente dicho resultado fue como consecuencia de la acción, lo cual, con el transcurrir del tiempo genero gran controversia y discusión, conllevando en ese orden de ideas que se realizaran una serie de críticas y por ende surgiera un análisis de dicha teoría pero con un enfoque valorativo.

11.5 criterios para la Imputación Objetiva según Claus Roxin

Disminución del riesgo	Creación de un riesgo jurídicamente relevante	Aumento del riesgo permitido	La esfera de protección de la norma
<p>Aquellas acciones que reducen la lesión del bien jurídicamente tutelado</p> <p>Varias objeciones han surgido a este criterio por cuanto no es posible establecer si el sujeto podría haber eliminado el riesgo y de otro lado, si bien se</p>	<p>Este criterio permite excluir aquellas acciones adecuadas en las cuales el sujeto se vale de una acción lícita para producir un resultado típico</p> <p>Por otro lado, existen autores que indican que este criterio de imputación objetiva es inservible en el</p>	<p>Debe comprobarse, de que la infringirse estos se ha aumentado el riesgo de la lesión del bien jurídico, se ha sobrepasado el riesgo permitido</p> <p>Aunado a esto, existen autores que indican que este criterio no es exclusión de la imputación objetiva por</p>	<p>Aquellos casos en los que el resultado no es una plasmación del riesgo creado, sino que procede de fuentes de peligro diversas</p> <p>Este criterio ha sido objeto de discusión por cuanto sobra el mismo, utilizando de manera</p>

protegido un bien jurídicamente tutelado puede dar creación a la vulneración de otro	campo de los delitos imprudentes, toda vez que se han utilizado para constituir tipos culposos	cuanto ya se ha establecido como un elemento constitutivo del tipo imprudente	correcta la teoría del dolo
--	--	---	-----------------------------

Elaboración propia (2020)

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado es dable traer a colación la importancia de que surgiera la necesidad de analizar la teoría de la imputación con criterios valorativos aproximadamente en los años 30, puesto que esto podría llegar a contrariar el fin de dicho sistema causalístico, toda vez que lo que se buscaba era el entender que en ocasiones podrían constituirse unos eximentes de responsabilidad por no poderse llevar a cabo el juicio de desvalor o de reproche, lo que estaría independiente de la relación causa y efecto, que en conclusión lo que se buscaba es que aquellos resultados imprevisibles debían excluirse del delito, no porque fueran hechos realizados por el autor sino por la imposibilidad de realizar ese juicio de valor por falta de antijuricidad.

En concordancia con las funciones de la pena, y como se ha mencionado anteriormente se busca obtener una prevención general y especial, adicionalmente, existen consagrados, en el Artículo 4o. de la ley 599 de 2000, parámetros que permiten generar una política criminal extensa, cubriendo la ejecución de la pena en prisión:

RETRIBUCIÓN JUSTA	REINSERCIÓN SOCIAL	PROTECCIÓN AL CONDENADO
<p>La condena impuesta a una persona infractora de la ley penal sea equivalente al daño que causa. Corte Constitucional (2016) en Sentencia C-261. M.P. Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>Determina que con la imposición de una pena exista una resocialización efectiva y el condenado pueda reintegrarse a la sociedad. Corte Constitucional (2016) en Sentencia C-261. M.P. Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>Función del Estado de verificar que el condenado no sea víctima de amenazas o retribuciones de las víctimas con ocasión a sus actos delictivos. Corte Constitucional (2016) en Sentencia C-261. M.P. Alejandro Martínez Caballero</p>

Elaboración propia (2020)

En este orden de ideas, se puede observar como aquel enfoque valorativo busca que sea congruente con el fin mismo de la teoría de la imputación, puesto que más allá de hablar de la necesidad de sancionar al autor de un hecho cuyo resultado lesiono un bien jurídico tutelado, no se puede ser ajeno a que en algunas ocasiones dichas acciones las cuales aunque son típicas ya que son consideradas por el legislador como tales, estas no tienen la antijuricidad, ya sea porque constituyeron eximentes de responsabilidad o simplemente su importancia no trasciende al mundo del Derecho.

En ese orden de ideas, es hasta el año 1927 que es conceptualizada la teoría de la imputación, por medio de la obra del civilista Hegeliano Larenz,

quien mencionó lo que se imputa depende de la voluntad del sujeto y no de aquello que es producto del caso fortuito, lo cual posteriormente en el año 1930 es traído al derecho penal por Hong, quien sostuvo que el mero acontecer causal no es suficiente para imputar un resultado, pues es necesario la manifestación del hombre es decir el dolo, la importancia de dichas teorías recaen a que conformaron las bases de la **teoría de la imputación objetiva** reconociendo la necesaria relación causal entre la acción y el resultado pero de igual manera la exigencia de criterios normativos que permitan el poder atribuir ese resultado a la conducta realizada por el sujeto.

Ahora bien, las dos teorías anteriormente mencionadas, fueron criticadas, sin embargo fueron el precedente de la teoría moderna de la imputación, siendo algunos de los precursores Claus Roxin y Bon Günther Jakobs, en cuanto el primero hace mención a cuatro criterios rectores de dicha teoría, los cuales son la disminución del riesgo, que debe ser entendido como el reducir la probabilidad de lesión de un bien jurídico tutelado, por otra parte está la creación de un riesgo jurídicamente relevante, que hace mención a que la necesidad de que la acción del autor cree una lesión a un bien jurídico tutelado, adicionalmente está el aumento del riesgo permitido, que es aquel el cual por imprudencia o negligencia se asume sin prever las consecuencias que puede acarrear y finalmente está la esfera de protección de la norma, que hace alusión a aquellos eventos no cobijados por los anteriores y que el legislador no quiso hacer responsable de la conducta a quienes la realizan.

Lo expuesto por Claus Roxin, es parcialmente controvertido por Jakobs para quien la imputación penal no debe hacerse con base entre la distinción de la acción y omisión, sino entre las formas de adquirir la competencia o el dominio normativo sobre un resultado típico, para lo cual habla de dos fases de la imputación, la primera que hace referencia a la imputación objetiva del comportamiento típico del autor cuyas instituciones comprende el riesgo

permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y actuación a riesgo propio de la víctima, y por otra parte la imputación objetiva del resultado, que debe ser entendida como el hecho de que el resultado solo es imputable si es a partir del riesgo desaprobado por la norma, pues no lo es en el evento del riesgo permitido.

Ante lo cual, es dable mencionar por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de única instancia respecto al principio de confianza, que a su tenor reza:

En lo que tiene que ver con el argumento que la defensa basa en el denominado principio de confianza, de cuya vigencia no duda la Sala, tampoco es atendible.

Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida. (2002)

Por otra parte, a su vez mediante la sentencia C-115 la Corte Constitucional, señaló respecto a los generadores del riesgo no permitido:

(...) se descartan como generadores de riesgo no permitido, por ende, no susceptibles de reproche penal, los resultados que se presentan cuando: i) se desarrolla una "conducta socialmente normal y

generalmente no peligrosa”; ii) en aplicación del “principio de confianza”, se

observan los deberes exigibles al ejecutar una actividad especializada o profesional, siempre que sea otra persona la que “no respete las normas o las reglas del arte (lex artis)” pertinente; o, iii) cuando el resultado se presenta como consecuencia del desarrollo de una “autopuesta en peligro dolosa” de quien resulte afectado. (2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

En ese orden de ideas, se puede observar como por vía jurisprudencial se ha hecho mención a la teoría de la imputación, especialmente la imputación objetiva, la cual conlleva a analizar la medida en que se encuentra configurado el bien jurídico con el fin de que permita verificar de igual forma aquellas condiciones en las cuales la víctima se colocó voluntariamente en peligro, o cuando con ocasión a la realización de un actividad riesgosa no se tomen las precauciones a que hayan ha lugar; generando como resultado una vulneración no solo del bien jurídico tutelado sino de igual manera del principio de confianza.

Sin embargo, con base en lo expuesto se puede inferir que la teoría de la imputación objetiva se encuentra ligada a la teoría del delito, pues por medio de esta se evidenció la necesidad de como se ha mencionado, el desarrollar unos criterios normativos que permitan imputar objetivamente el resultado a quien realizó la acción que lo produjo, no obstante, es dable aclarar que dicha teoría principalmente surgió como consecuencia de crear un mecanismo diferente de solución de conflictos de los delitos culposos, haciendo de esta manera referencia a la existencia de una posición de garante, una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y una relación de riesgo.

En lo que versa en cuanto a la existencia de la posición de garante, mediante la sentencia C-1184, la Corte Constitucional mencionó:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas. (Cursiva fuera del texto). (2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

Por lo anterior, es dable aclarar que desde tiempos precedentes se ha hecho mención a la posibilidad de la comisión de un delito mediante la omisión, lo anterior en el entendido que cada persona posee el deber legal de actuar y con ello las consecuencias de hacer o no hacer pueden en ocasiones llegar a ser de gran reproche social, ante lo cual si se trae a colación la teoría anteriormente mencionada por Jakobs se puede observar que la posición de garante, bajo el hecho que cada persona desempeña un rol en la sociedad que conlleva en ese orden de ideas a que todo delito presuponga una posición de garante, puesto que en ocasiones se está ante una institución entendida esta como la familia y por otra parte desde la organización, lo que hace referencia a la sociedad, es decir, que en congruencia con el principio de libertad cada persona se convierte en garante de los bienes jurídicos tutelados que indebidamente ponga en peligro y que se encuentren en su dominio.

Por otra parte, es importante traer a colación los dos últimos elementos de la teoría de la imputación objetiva, los cuales son la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la relación de riesgo, a través de los cuales se menciona que para la sociedad es inevitable asumir ciertos riesgos, como por ejemplo el que realiza un médico al momento de llevar a cabo una cirugía,

conllevando en ese orden de ideas a que en el evento en que fallezca la persona no se pueda realizar la imputación pues se encuentra dentro del riesgo jurídicamente tolerado por la sociedad, es decir no hay forma de realizar el juicio de desvalor del injusto, por falta de antijuricidad de la conducta, sin embargo, debe existir un vínculo entre la necesidad de causa y efecto, es decir que haya un nexo jurídico entre el riesgo creado y el finalmente realizado.

Pues, esta nueva visión doctrinaria respecto al Derecho Penal adoptada por el legislador y por vía jurisprudencial, se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto:

[...] como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es “obra suya”, o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, puesto que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado para la imputación jurídica del resultado. (Sent. 22941 de 2006, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón)

En conclusión, se puede observar como la teoría de la imputación ha tenido gran relevancia en el Derecho Penal, y en la búsqueda de los fines del mismo, claro está de la mano de disciplinas y ciencias como lo es la criminología se ha tratado de buscar mecanismos que permitan que dicha teoría sea congruente con los fines de la pena, como lo es la reinserción social, es de ahí la importancia del avance que se obtuvo de pasar de una concepción meramente causalista a una que encontrara la necesidad de brindarle a la imputación objetiva un enfoque valorativo con criterios normativos que estuviera en consecuencia más acorde con la necesidad y el concepto mismo

del delito, puesto que más allá de lo que se podría llegar a pensar no es suficiente el hacer mención a los elementos que los constituye como lo es la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sino que lo que se busca es que en efecto aquel resultado que se pretenda imputar sea porque en realidad lo constituye dichos elementos, y no se está ante un hecho ante el cual se encuentra la imposibilidad de realizar un juicio de valor jurídico-penal, casos en los que por ejemplo no se puede pretender imputar la comisión de un delito a alguien que es considerado inimputable, o que llevo a cabo una conducta dentro de la esfera del riesgo permitido.

Ahora bien, en cuanto a la conducta desviada conlleva a que surjan una serie de interrogantes como el tratar de establecer cuáles son los factores decadentes de dichos comportamientos y si es así cuales serían los mecanismos para coaccionar a no realizarlos, desde luego es dable aclarar que no en todos los casos se está ante una conducta desviada que ocasiona perjuicios puesto que está hace mención a dos tipos de efectos uno positivo y uno negativo, en el primer caso se puede tener establecido como regla social que en el ámbito laboral las ordenes que realice el empleador son de estricto cumplimiento, sin embargo esto no es del todo cierto, pues aunque sea una norma socialmente aceptada si por ejemplo uno de los trabajadores llega a tener una conducta que se podría denominar “subversiva” como la voluntad de crear un sindicato, está conducta no se enmarca en lo que busca el presente trabajo respecto a la conducta desviada, pues lo que se pretende es estudiar o analizar el comportamiento que tiene un efecto negativo, es decir en el ámbito penal.

Lo que permite comenzar por definir lo que debe ser entendido como imputar, lo cual es el atribuirle a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable, no obstante, vale aclarar que la teoría de la imputación objetiva se encuentra directamente ligada a la teoría del delito, lo conlleva a definir que

es el delito el cual desde el punto de vista jurídico es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, por otra parte en torno a una concepción tripartita del delito el artículo 9 de la Ley 599 de 2000 lo establece como una conducta que requiere ser típica, antijurídica y culpable y que permite que desde una perspectiva dogmática jurídico-penal se haga alusión a un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano que es aquello que se conoce como injusto o antijurídico y por otra parte, un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho, aludiendo de este modo a la responsabilidad y culpabilidad.

La imputación objetiva es una teoría en permanente elaboración, un instrumento que aporta la lógica para solucionar casos a veces difíciles. Con este nombre se aglutinan principios delimitadores del concepto de tipicidad, y con ella se busca definir el comportamiento típico. (Quinceno, F., 2002, p.132)

En ese orden de ideas se puede hablar de un sistema objetivo y subjetivo, toda vez que se encuentra que la acción es un hecho natural que se analiza de modo objetivo y descriptivo mediante la tipicidad y Los criterios de la antijuricidad para finalmente establecer la relación psicológica para determinar el grado de responsabilidad es decir si ya se menciona al dolo o la culpa y anda así plenamente identificados los elementos del delito, es decir encontramos al delito desde un enfoque valorativo que lo que buscaba era que la teoría la imputación fuera más acorde con los fines de la pena y el derecho penal general, es por ello que la imputación ocupa la función de delimitar un hecho propio de una persona del acontecer fortuito es decir que la imputación depende de la voluntad del sujeto y no de aquello que es producto del caso fortuito, lo que conlleva a la definición de una conducta desviada como aquel comportamiento que no cumple con las normas establecidas por un grupo social particular.

Lo anterior, con el fin de establecer si al hacer mención a la conducta desviada se debe de igual manera hacer referencia a la conducta criminal, ante lo cual es dable en primer lugar realizar la siguiente aclaración, la legislación penal no tiene establecida dicha conducta, pues dicho concepto se asienta plenamente en la sociología principalmente en la criminología, entendida esta como aquella por medio de la cual se realiza un estudio de la conducta, el sujeto activo y diferentes factores que le son inmersos al mismo.

12. CAPÍTULO II

CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LA AUTORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

Objetivo específico:

1. Identificar las diferencias entre la autoría y la participación.

12.1 Concepto y Elementos de la Conducta Punible

Por otra parte, haciendo una mayor claridad respecto a los elementos del tipo penal, es pertinente traer a colación lo señalado por Ernst Von Beling en el capítulo primero del libro *la acción punible y la pena*, por medio del cual indicó que la antijuridicidad “(...) *se deduce de aquéllas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquélla que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado.*” (2003, p.14), por su parte en cuanto a la culpabilidad señaló lo siguiente:

Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto *en el tiempo de la acción* - lo precedente y lo subsiguiente carecen de importancia- y, en consecuencia, si su resolución, ya sea por su orientación, ya sea por su modo y su manera de originarse y criticable.

De tal manera, se tiene que, por regla general desde una concepción tripartita del delito, para que una conducta pueda ser punible, desde debe ser típica, antijurídica y culpable, es decir, debe estar constituida por los tres

elementos, lo anterior de conformidad con lo previsto por el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, que a su tenor reza:

ARTÍCULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Así mismo, en cuanto a la tipicidad la Ley 599 de 2000, en su artículo 10, hace referencia a la tipicidad indicando que “(...) *La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*”, por su parte la Corte Constitucional mediante sentencia C- 181 de 2016:

En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso y garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Sus dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas. (Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado)

De igual manera, en lo que respecta a la antijuricidad la Ley 599 de 2000, en su artículo 11, hace referencia a la tipicidad indicando que “(...) *Para*

que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”, y así mismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 181 de 2016:

Verificada la tipicidad, corresponde ahora estudiar el concepto de antijuridicidad de la conducta, para luego analizar la culpabilidad y luego la punibilidad. La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el “injusto típico”.

Por último, en lo pertinente a la culpabilidad, se encuentra establecida en el artículo 12 del Código Penal Colombiano, al igual que la Corte Constitucional mediante sentencia C- 181 de 2016, la definió de la siguiente manera:

La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior.

En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad

permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que, además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.

12.1.1 Modalidades de la Conducta Punible

Una vez analizados el concepto y los elementos de la conducta punible, es pertinente señalar las modalidades de la conducta, previstas en el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, "*La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.*", en lo que concierne al dolo, la citada normativa en su artículo 22, señala:

ARTÍCULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De tal manera, se tiene que el Dolo es aquella conducta que se realiza con intención y conocimiento de que la acción a realizar es antijurídica y contraria al ordenamiento jurídico, por su parte, en lo que refiere a la culpa, la Ley 599 de 2000 en su artículo 23, menciona:

ARTÍCULO 23. CULPA. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

La culpa difiere de la preterintención, teniendo en cuenta que esta última, según el artículo 24 de la misma normativa la define como "*La conducta*

es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.”, es decir, que mientras la culpa es aquella conducta que lleva a una transgresión al deber objetivo de cuidado, siendo este entendido como aquel accionar que tendría que realizar cualquier persona, por cuanto es una acción direccionada al respeto de los demás e incluso de sí mismo, de cierta manera, se podría indicar que es un actuar socialmente responsable.

De tal manera que si bien en la culpa se tenía conocimiento que dicha conducta podría acarrear consecuencias no tenía la voluntad de que esto aconteciera o confiaba en evitarlo, especialmente, teniendo en cuenta que los generadores de la culpa son la imprudencia, la negligencia, la impericia y el incumplimiento de las normas legales, lo cual es contrario a la preterintención, por cuanto está no solamente se encuentra expresamente contemplada en la legislación penal, sino porque el resultado excede la intención del autor.

En razón a lo anterior, es pertinente traer a colación lo señalado por las señoras Adriana Ramírez y Shirley Martínez en su trabajo de investigación *“La gravedad y modalidad de la conducta con la imposición de una medida de aseguramiento en Colombia”*, a través del cual mencionaron lo siguiente:

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que en la gravedad de la conducta se debe tener en cuenta la intensidad del daño real o potencial causado a la víctima(s), enfocados a la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa.

En consideración de lo mencionado anteriormente, se tiene que la imposición de la pena dependerá de que se encuentren constituidos los elementos de la conducta punible y a su vez, el grado de la misma conlleva a

una variación en la dosificación de la pena, pues dependerá si se cometió con dolo, culpa o preterintención.

12.2 SUJETOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE

12.2.1 Acercamiento al Concepto de Autor

El Derecho Penal Colombiano, ha definido en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, al autor de la siguiente manera:

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

(...)

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

Ahora bien, el concepto de autor se puede abordar principalmente desde dos perspectivas, una en sentido restrictivo y otra desde un punto de vista extensivo, de tal manera que en concordancia con lo mencionado por Miguel Díaz y García Conlledo en el capítulo segundo del libro de la Autoría en Derecho Penal, el sentido extensivo hace referencia a que indistintamente de la causal para la realización de alguna conducta punible, ésta debe ser interpretada y castigada de acuerdo a su culpabilidad, en cambio que desde un punto de vista restrictivo se hace referencia a que la interpretación que se

realiza respecto al tipo únicamente abarca al autor, es decir, no se contempla al inductor ni el cómplice. (2003, p. 233-234).

Por otra parte, Alberto Hernández Esquivel en la Lección 16 del libro de *“Lecciones del Derecho Penal Parte General”*, realiza un análisis sobre el concepto unitario, restrictivo y extensivo del autor, el cual permite realizar la siguiente diferenciación:

CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR	CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR
<p>El concepto unitario de autor, hace referencia a que no es posible distinguir entre los intervinientes de una conducta delictiva, implicando que a todos se les imponga la misma sanción, <i>“las condiciones deben tratarse de la misma manera por ser de igual importancia para la realización del hecho punible. (...) tampoco es pertinente someterlos a sanción distinta, pues la necesidad de pena es predicable de todos por igual”</i>. (2011, p. 269)</p> <p>La teoría preponderante era la de</p>	<p>Este concepto continúa estableciendo que todos los intervinientes son autores, no obstante realiza la distinción entre autores y partícipes, <i>“sería autor quien tuviera animus auctoris, y partícipe quien actuara con animus socii.”</i> (2011, p.270).</p> <p>Sin embargo, con fundamento en la teoría del interés, que se basa principalmente en si al momento de realizar la conducta el interés era propio o ajeno.</p>	<p>El concepto restrictivo de autor, <i>“según las cuales las categorías de autor y partícipe son naturalísticas y no simplemente normativas.”</i> (2011, p.271)</p> <p>Este concepto, conlleva al surgimiento de las teorías objetivo - formal, objetivo material y dominio del hecho.</p>

las equivalencias.	Si bien, su punto de partida es la teoría de las equivalencias, conlleva al surgimiento de la teoría del interés.	
--------------------	---	--

Elaboración propia (2020).

A su vez, con base en lo señalado por Alberto Hernández, se realizó la siguiente distinción entre las teorías referidas en el cuadro inmediatamente anterior, que conllevaron a ese progreso del concepto de autor:

12.2.2 Teoría de las Equivalencias

Fue esbozada por Von Buri, según la cual *“todo aquel que interpone una condición para la producción del resultado es igualmente causal respecto del mismo, no pudiendo diferenciarse entre causa y condición o causas más importantes o relevantes que otras.”*(2011, p.269)

De igual manera también señaló el Magistrado Reyes Echandía:

Cuando son varias las personas que mancomunadamente ejecutan el hecho punible, reciben la calificación de ‘coautores’, en cuyo caso lo que existe, obviamente, es una pluralidad de autores. De manera que llamar autores a los coautores no constituye incongruencia alguna, ni sustancial error (11 de agosto de 1981).

Para determinar la causa de un daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones utiliza un juicio, mediante el cual se parte de la supresión de los

eventos considerados como posibles causas del perjuicio, para evaluar si pese la falta de alguno de estos, el daño subsiste.

De igual manera también señaló el Magistrado Reyes Echandía:

Cuando son varias las personas que mancomunadamente ejecutan el hecho punible, reciben la calificación de ‘coautores’, en cuyo caso lo que existe, obviamente, es una pluralidad de autores. De manera que llamar autores a los coautores no constituye incongruencia alguna, ni sustancial error (11 de agosto de 1981).

Para determinar la causa de un daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones utiliza un juicio, mediante el cual se parte de la supresión de los eventos considerados como posibles causas del perjuicio, para evaluar si pese la falta de alguno de estos, el daño subsiste.

Si la respuesta al realizar esta operación es negativa, se descarta esta posible causa; por el contrario, si la respuesta es positiva, se tiene a esta por causa del daño y, además, se le tiene en iguales condiciones que todos los demás que cumplan el test, considerándolas a todas “*conditio sine qua non*” del perjuicio irrogado, por cuanto faltando cualquiera de ellos, el daño no se habría producido, respecto lo cual, Luis Díez-Picazo explica:

Cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental exige suprimir mental o empíricamente cada una de ellas. En este sentido, causa es la condición sine qua non del daño, es decir aquel de los elementos o las condiciones que, si hubieran faltado el resultado dañoso no se hubiera producido. Si se quita la causa, desaparece la consecuencia (*sublata causa tollitur effectus*). (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 2007)

Si bien la teoría de la equivalencia de las condiciones permite materialmente determinar un vínculo causa-efecto, lo cierto es que lo hace desde un punto de vista material o natural; desde el derecho de daños no es equitativo el criterio que ella propone para imputar a alguien una condena a reparar los perjuicios sufridos por otra persona, de conformidad con lo señalado por Philippe Le Tourneau que menciona:

Si en otras épocas esta teoría podría permitir una reparación equitativa de los daños, en una economía esencialmente agrícola y artesanal, ya eso no ocurre hoy en día. El progreso técnico, que permite manejar las fuerzas naturales considerables, el desarrollo del maquinismo, las interacciones más frecuentes de las actividades humanas, a veces provocan consecuencias en las que es imposible determinar la parte de cada uno de los intervinientes y cuya amplitud está sin común medida con el papel propio de cada uno de ellos. En fin, para la determinación del nexo de causalidad entre el hecho dañino y sus consecuencias mediatas, necesarias para calificarlas directas, la equivalencia de las condiciones conduce a considerar que permanecen directos y reparables los daños demasiado alejados del hecho generador y, para decirlo de una vez, cuyo nexo con este es puramente hipotético. El problema mayor de la teoría explota aquí: esta no permite fijar cómodamente un límite a la extensión de la responsabilidad. (Philippe Le Tourneau, 2010)

Así mismo, sobre la diferencia que debe haber entre condiciones y causas de un daño, que no se logra al aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones, Ramón Daniel Pizarro expone:

La condición es un mero antecedente del resultado que produce. Ordinariamente, un efecto es producido por múltiples condiciones, que en conjunto lo provocan. El derecho, como regla general, no atribuye autoría material del daño, ni responsabiliza a un sujeto por el mero hecho de haber puesto una condición, aunque esta pueda ser necesaria para su producción, ya que en caso de no haberse producido, el efecto no se habría desencadenado. Es preciso, para ello, que la condición asuma especial entidad, por ser adecuada para producir ese resultado, en cuyo caso se eleva a la categoría de causa jurídica, generadora del detrimento.

Así concebida la cuestión, puede afirmarse que 'si bien la causa es siempre una condición de daño, no toda condición es causa'. Dentro de las muchas condiciones que pueden contribuir a un resultado, encontramos a la ocasión, que favorece o torna viable la actuación de la verdadera causa del daño, pues permite, facilita o potencia su aptitud causal. En principio no se responde por el mero hecho de haber facilitado o provocado la ocasionalidad del daño. Quien invita a un amigo a practicar golf, no responde si en ocasión del juego, este es lesionado por la pelota lanzada al jugador, o es agredido con motivo de una discusión con otro competidor. (2006, p. 27) .

1.3.1 .2 TEORÍA OBJETIVO - FORMAL

Al respecto se tiene que el establecer si es autor o partícipe versa dependiendo la conducta rectora prevista en el tipo penal, el precursor de esta teoría es Beling, al respecto Hernández, señala lo siguiente:

Se llama objetiva porque la consideración sobre autoría y participación parte del supuesto fáctico realizado por el sujeto activo del hecho punible, y formal porque el punto de referencia para la resolución del problema no es la genérica causal sino la conducta descrita en el tipo. (2011, p. 272)

Así mismo, Claus Roxin afirma que el principio de esta teoría se basa en que se realice personalmente la acción ejecutiva (2000, p. 56), es decir, es autor aquel que ejecute la conducta punible como lo es el matar, hurtar, etc., la complejidad de la presente teoría se basa en que su fundamentación no permite contemplar la autoría mediata o incluso la coautoría, toda vez que en la primera la acción es ejecutada utilizando a otra persona, y en la segunda es difícil discernir entre quienes son cómplices o coautores, por cuanto según esta teoría en el ejemplo traído a colación por Roxin, en el caso de que por ejemplo A le entregará un elemento para que B le cause el daño a C, conlleva

a que solamente B responda a título de autor y como partícipe A, lo cual es refutado por cuanto el accionar de A y B son aportes importantes para la comisión de la conducta punible, teniendo que ser de tal manera responsables a título de coautores. (2000, p. 57)

Finalmente, es pertinente aclarar que esta teoría se ciñe a los elementos del tipo, siendo su eje fundamental los aspectos “formales” de la conducta punible, por cuanto dicha teoría en palabras de ROXIN se basa en *“no contemplar aisladamente las aportaciones al hecho de los intervinientes individuales, sino como una unidad, captando como (co-) autores a cada uno los que actúan conjuntamente (...)”* (2000, p. 57), incluso atribuyendo una crítica por cuanto afirma lo siguiente:

Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y en que el tratamiento de la autoría se llega a un deshilachamiento absurdo insatisfactorio incluso por su resultado de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí. (2000, p. 58).

12.2.3 Teoría Objetivo - Material

En cuanto a este tipo de teoría, Roxin hace referencia a cuatro teorías cuyo fundamento se basa en lo material aún incluso ante criterios objetivos, entre las cuales se encuentran; la teoría de la necesidad de la aportación causal (Teoría de la necesidad), Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (Teoría de la simultaneidad), Causalidad física y Causalidad psíquica, Teoría de la supremacía del autor (Teoría de la supremacía), sin embargo, es pertinente señalar que la teoría objetivo - material si bien fue un avance respecto a la objetivo - formal, recibió bastantes críticas debido a que no tuvo mucha aplicación en razón a la dificultad entre distinguir entre causa y condición.

TIPO DE TEORÍA	ESPECIFICACIÓN
Teoría de la necesidad de la aportación causal (Teoría de la necesidad)	<i>“Al que realiza una aportación imprescindible al hecho.” (2000, p.73)</i>
Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (Teoría de la simultaneidad)	<i>“Al que coopera en el acto ejecutivo.” (2000, p.73)</i>
Causalidad física y Causalidad psíquica	<i>“Al que realiza una condición conducente directamente al resultado.” (2000, p.73)</i>

Elaboración propia (2020)

Esta teoría objetivo material surgió con la necesidad de encontrar otras soluciones aquellos problemas que no fueron solucionados por la teoría objetivo formal, buscando dejar a un lado la teoría de la equivalencia de las condiciones y direccionándose hacia las teorías anteriormente citadas Individualizadoras de la causalidad, sin embargo las grandes críticas respecto a esta teoría que inclusive conllevaron a que hoy en día se diga que no tuvo aplicabilidad se debe a que esté, si bien realizaba una categorización entre causa y condición, siendo estos en principio aspectos determinantes para establecer la distinción entre autor y partícipe, no fue posible el definir qué se

debía entender como causa y que como condición, generando en tal medida gran dificultad para su aplicabilidad, o en palabras de Gimbernant citado en Hernández Esquivel “*Se habla de causa sin detallar que sea lo que ese concepto quiere decir y por ello ni tiene sentido ni es posible enfrentarse críticamente con una postura*” (2011, p. 273).

12.2.4 Teorías Subjetivas

Roxin señala que esta teoría se basa en aspectos intrapsíquicos, como lo es la voluntad, la intención, así mismo, trae a colación una subdivisión de esta teoría en otras dos; el dolo y del interés. (2000, p. 71).

A. Teoría del Dolo: Al respecto Roxin trae a colación varios precursores de esta teoría como lo son Binding, Nagler, V. Buri y Bockelmann, esta teoría se basaba en la voluntad independiente del autor y la voluntad dependiente del partícipe, conllevando de tal manera, que únicamente el partícipe quiera el resultado si el autor así lo quiere (2011, p.273), así las cosas se puede evidenciar que esta teoría fue la base para la del dominio del hecho, pues permitió establecer la distinción entre el autor y el parti según la voluntad de cada uno.

Sin embargo, la teoría del dolo, tuvo varias críticas, inicialmente teniendo en cuenta que los límites para dicha distinción se basaba en aspectos subjetivos incluso por encima de aspectos objetivos, al respecto Roxin trae a colación un ejemplo en el cual dos personas dejan internamente la ejecución a criterio de la otra, Implicando de tal manera una dificultad en la determinación de quién es autor o

partícipe, por cuando según esta teoría se establecería que ambos son partícipes(2011, p.275).

Finalmente, otro de los aspectos que fueron de difícil aplicación para esta teoría, fue el hecho de atribuir culpabilidad a un sujeto en calidad de partícipe aun cuando su voluntad se encontraba subordinada.

B. TEORÍA DEL INTERÉS

Esta teoría tuvo origen en la búsqueda de tratar de diferenciar al animus auctoris y el animus socii, sus precursores fueron principalmente FEUERBACH, HENKE y GEIB, quienes establecieron que el animus auctoris perseguía un interés propio y él partícipe un interés ajeno, así mismo, es pertinente traer a colación uno de los casos expuestos por Hernández, quien hizo referencia al caso de la bañera, en el cual trataba de un padre que tenía dos hijas que estaban embarazadas, una de ellas perdió el hijo y el padre las amenazó diciéndoles que no podía ninguna quedar embarazada, razón por la cual, al nacimiento del otro bebe, la madre le pidió a su hermana que lo asesinará en una bañera, condenando a la madre como autora y a la hermana como cómplice. (2011, p.270)

De lo anterior, se tiene que en cuanto al caso anteriormente citado se le atribuyó la calidad de autora a la madre del bebe, pese a que no había realizado materialmente la conducta típica

En concordancia con lo anterior se puede evidenciar que hasta este punto el concepto de autor ha tenido cierto desarrollo doctrinal, que permitió el surgimiento del concepto restrictivo de autor y por ende de las teorías objetivo -formal, objetivo material y dominio del hecho, han tenido gran relevancia en la dogmática jurídica penal, por lo anterior, es pertinente señalar lo siguiente:

12.2.5 Teoría Dominio del Hecho:

El precursor de la teoría del dominio del hecho fue Hegler, posteriormente defendida por Welzel, Maurach y Roxin, al respecto Hernández cita a Maurach, señalando que *“es autor quien tiene el dominio del hecho, y lo tendrá “todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”*. (2011, p.273).

Inicialmente respecto al origen y evolución de la teoría del dominio del hecho, es importante traer a colación a Roxin, quien afirma que Hegler fue el primero en emplear la expresión dominio del hecho, empleando requisitos de culpabilidad que serían el eje central de la teoría del dominio del hecho:

Actúa culpablemente solo el que tiene en este sentido pleno dominio del hecho, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido señor del hecho en su concreta manifestación” (Hegler citado en Roxin, 2000, p. 83).

Al respecto, Hernández indicó que:

La teoría del dominio del hecho, se formuló para los delitos dolosos en el entendido que el dolo está en el tipo; por lo tanto, nadie que no tenga dolo puede tener el dominio de la acción, pero no basta tenerlo para ser

autor pues también el partícipe tiene dolo y no por eso se convierte en autor; es necesario, además, tener el dominio del tipo objetivo. (2011, p.273)

Por su parte Roxin, afirma que el concepto de autor es considerado como la figura central de la acción, de igual manera realiza una crítica al concepto secundario de autor, indicando que no es posible por medio del procedimiento de sustracción, deducir que autor es aquel que no es cómplice ni determinador, así mismo, trae a colación a Bockelmann, que a su vez menciona que de la interpretación del concepto secundario, no se basa en una sustracción, sino en verificar que a ningún otro se le pueda atribuir dicha calidad, por lo anterior, se menciona respecto al concepto central de autor, lo siguiente:

Los tres modos de conducta se refieren, según el tenor de la ley, a un hecho concreto. cuando uno se representa tal acontecer de la acción sólo cabe entenderlos en el sentido de que el legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del Suceso delictivo, mientras que al que determina y al que auxilia los imagino fuera del centro, agrupados en torno al autor. (2000, p. 45)

En concordancia con lo anterior, se tiene que al implicar una contradicción la teoría del concepto secundario de autor ha sido controvertida y se ha establecido que el concepto de autor se tendrá que determinar en primer lugar, así mismo, otra de las teorías que fue arduamente criticada fue la del concepto extensivo de autor, el cual establece que “*Todo acto de realización del resultado resulta ser equivalente*” (2000, p. 49), toda vez de la complejidad en su aplicación con relación a casos, que se debía determinar si se atribuiría la calidad de autor, determinador o cómplice.

12.2.6 Formas del Dominio del Hecho

Así mismo, con relación a la teoría del dominio, Hernández realiza un breve análisis de los tipos de dominio del hecho, respecto a lo cual permite mencionar lo siguiente:

DOMINIO DE LA ACCIÓN	DOMINIO DE LA VOLUNTAD	DOMINIO FUNCIONAL
Este tipo de dominio, hace referencia a la autoría inmediata, es decir, la que realiza de propia mano. (2011, p. 274)	En cambio, que el dominio de la voluntad hace referencia a la autoría mediata, es decir que el autor utiliza a otra persona como instrumento humano sin culpabilidad para la comisión de la conducta. (2011, p. 274)	Por su parte, en lo que refiere al dominio funcional, este hace mención a la coautoría, implicando la realización de dicha conducta de forma conjunta, constituyendo tres requisitos: Un plan común, esencialidad de la contribución y la actualización del aporte durante la ejecución. (2011, p. 275)

Elaboración (2020).

Por su parte, Roxin afirma en cuanto al dominio de la acción, definiéndolo como *“Quién no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a los socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor.”* (2000, p.51), es decir, que se tiene que el dominio de la acción.

De tal manera, que si bien el concepto de autor es bastante amplio, especialmente dependiendo de la perspectiva en que se aborde, también lo es, que dicha definición tiene gran incidencia en el establecimiento de la tipicidad y este a su vez de la antijuricidad y culpabilidad, siendo los tres elementos constitutivos de la conducta punible, es decir, que si se tiene por ejemplo que al estar inmerso un instigador o cómplice en la realización de una conducta delictiva, desde una perspectiva restrictiva, no se le podría atribuir una culpa, por cuanto no hay tipicidad.

Así mismo, la relevancia de las teorías anteriormente señaladas se basa en que el desarrollo de las mismas, se permitió establecer durante el transcurso del tiempo la distinción entre la autoría y la participación, especialmente en aquellos casos que resulta de gran complejidad discernir si al que intervino a la conducta se le debe atribuir la calidad de autor o partícipe, lo cual, tiene gran relevancia en la dosificación de la pena.

12.3 TIPOS DE AUTORÍA

De tal manera, que de la interpretación del artículo 29 anteriormente citado, se tiene que el sistema penal colombiano, establece principalmente tres tipos de autores; autor inmediato, autor mediato y los coautores, el primero hace referencia a quien realiza la acción por sí mismo, lo cual difiere del autor mediato, quien realiza una acción a través de otro y finalmente, están los coautores que son aquellos que realizan la conducta en grupo.

En cuanto a los sujetos activos de la conducta punible, es importante señalar la distinción entre el sistema unitario y el dual, este último por cuanto realiza la distinción entre el autor y los partícipes, distinto al sistema unitario,

mediante el cual se tiene que todos los intervinientes de la conducta son autores.

De lo anterior se tiene que la Ley 599 de 2000, definió al autor en su artículo 29 define al autor como “*quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.*”

12.3.1 Autoría Inmediata o Primaria

El autor inmediato, unipersonal o primario, es aquel que realiza por sí mismo la conducta delictiva, este tipo de autoría es de igual forma conocido como autoría directa, ya que tiene el dominio del hecho y a su vez no se basa en acuerdos previos o en un instrumento humano para ejecutar el ilícito, sino que por el contrario agota las etapas del iter criminis por sí mismo.

Ello no es óbice para que junto a esa persona actúen otras como partícipes en el hecho, o incluso otros sujetos que realicen por sí mismos toda la acción típica, es decir, otros autores inmediatos individuales, produciéndose entonces un supuesto de pluriautoría que no debe confundirse con la coautoría. (M. Díaz & G. Conlledo, 2008, p. 21)

Por otra parte, en cuanto al concepto de autor directo, es dable traer a Colación que la Corte Constitucional vía jurisprudencial ha señalado que el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un extraneus al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal de ostentar la condición de servidor público, se entiende como forma atenuada su participación.

12.3.2 Autoría Mediata o Primaria

La autoría mediata se encuentra contemplada en la parte segunda del inciso primero del artículo 29 de la Ley 599 de 2000, por medio del cual se señala que *“Es autor quien realice la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumento.”*, al respecto el abogado Rafael Arroyave Díaz en el libro *“La coparticipación criminal”*, mencionó lo siguiente:

Hoy día se acepta como norma general que la autoría mediata, que es una de las formas de autoría, no se puede obtener a través del método de reducción (residual) entre sacándola de la participación. El principio *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur* (¡lo que alguien por medio de otro hace, es como si lo hiciera por sí mismo!) Se tiene como fundamento esencial de la teoría del autor, preferentemente causalista del delito (...). (2011, p. 41)

De tal manera, se tiene que la autoría mediata implica el sometimiento de una persona que es utilizado como un instrumento para realizar un acto ilícito, ya sea por un sometimiento psíquico, que implica que no se le pueda imponer pena alguna, ahora bien, en cuanto a los elementos de la autoría mediata el Dr. Rafael Arroyave, señaló tres ideas básicas, dominio del hecho e idoneidad del sujeto de la acción en la autoría mediata.

En lo concerniente al elemento de ideas básicas, el Dr. Rafael indicó que hace referencia a que *“la autoría mediata se fundamenta en la utilización de otro sujeto con la finalidad de realizar la conducta punible dolosa”* (2011, p. 45), por su parte en lo que respecta a la idoneidad del sujeto de la acción en la autoría mediata, se tiene *“imposibilidad de autoría mediata en los delitos de propia mano y en los especiales. (...) el “hombre de atrás” no puede ser penado como partícipe. (2011, p. 50)*, por su parte en el artículo científico *“Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando*

fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito”, se realizó un análisis referente a la autoría mediata, mencionando lo siguiente:

Ahora bien, por lo anterior se debe aclarar que en el actuar del autor mediato ya no se habla de dominio del hecho como dominio de la acción, sino del dominio de la voluntad, ya que es el autor mediato quien controla la voluntad del mediador, mientras que el control de la acción como suceso fáctico y materialmente verificable está en manos del ejecutor, como causante del resultado buscado bajo motivaciones subjetivas que poco daban paso a considerar el actuar de quien controla la voluntad del mediador como instrumento, por lo que la figura de la autoría mediata se constituye bajo este campo en un importante avance doctrinal y, más allá de eso, es un avance de alcance práctico como hito jurídicamente viable y aplicable en el campo penal. (Omar Huertas D. & Carolina A. & Germán Malte. 2013, p.5)

Así mismo, el abogado Enrique Llanos Sarmiento en su libro *“De las estructuras jerárquicas de poder en el derecho penal colombiano”* define al autor mediato, de la siguiente manera:

Es autor mediato aquella persona que se sirve de un tercero como instrumento ya sea por coacción, engaño o aprovechándose de su estado de incapacidad o inferioridad, con el fin de cometer la conducta punible de modalidad dolosa, este tercero o instrumento no responde penalmente resultando responsable el “hombre de atrás.” (2016, p.22)

De igual manera, afirma Nimrod Champo, por cuanto afirma que la principal característica de la autoría mediata es el dominio del hecho que conlleva a la subordinación de la voluntad del instrumento al autor mediato. (2005, p. 78), por lo anterior, se puede evidenciar que la teoría del dominio del hecho ha permitido tener un acercamiento a este tipo de autoría.

En congruencia con lo anterior, cuando se hace mención a la autoría mediata es de gran importancia hacer referencia a la teoría del dominio del

hecho, lo anterior teniendo en cuenta que es la teoría que le da fundamento a la punibilidad de esta clase de tipología de autoría.

12.3.3 Coautoría

Al respecto es menester explicar que la coautoría con base en lo señalado en la teoría del dominio del hecho, se define como aquella conducta punible que es realizada por varias personas que tienen el dominio del hecho, esta figura se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 599 de 2000, que señala que *“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.”*

A su vez, el Dr. Álvaro Márquez, define la coautoría como *“la conducta típica se realiza conjuntamente por varias personas, ya sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio funcional del hecho)”* (2007, p.73), de la definición anteriormente señalada se puede afirmar que para establecer el concepto de coautoría se tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho funcional, el cual, es dable recordar que versa dominio conjunto con otro del hecho

12.3.1 La coautoría en relación con la Teoría del Dominio del Hecho

Con relación a lo mencionado anteriormente, se tiene que respecto al concepto de autoría han surgido varias teorías iniciando desde las objetivo – formal, objetivo - material, mixtas y la del dominio del hecho,

Por otra parte, Córdoba Roa señala que:

que si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho son autores, los que fuerzan o inducen tan sólo serán cuando la fuerza o la inducción alcance el grado de la autoría mediata. (Córdoba Roa citado en Álvaro Márquez, 2007, p. 74)

La citada normativa tuvo gran importancia, ya que estableció los elementos que componen la coautoría; el acuerdo común, la división del trabajo criminal y la importancia del aporte, los cuales a su vez permiten que se pueda distinguir la coautoría entre las otras formas de intervención.

A. Acuerdo común: Inicialmente se tiene que para que se atribuya la calidad de coautor, durante la realización de la conducta delictiva debe haber la intervención de más de una persona, quienes a su vez deben tener un propósito en común.

Ahora bien, se establece que el acuerdo común es un elemento de la coautoría, toda vez que no basta solamente que cada uno tenga conocimiento de su aporte, pues para que se le atribuya la calidad de coautor cada uno de los intervinientes de la conducta deben de conocer el rol que cumplen los demás, así mismo se establece que dicho acuerdo común se debe realizar hasta antes de la terminación de la etapa de consumación del inter criminis.

A cada uno de los agentes no solo se le imputa como propósito aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervinientes. Por lo tanto, en esta forma de realización del delito, las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los coautores como si lo hubiera cometido solo. (Kindhauser citado en Hernández Esquivel, 2011, p. 284)

Aunado a lo anterior, el Dr. Álvaro Márquez trae a colación otro de los aspectos importantes a tener en cuenta, señalando que *“este común acuerdo será lo que engarce, unas aportaciones a otras y les de un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo.”* (2007, p. 74).

De tal manera que el sentido de división de funciones se encuentra relacionado a la etapa en que se lleve a cabo el acuerdo común e incluso el aporte del coautor, ya que es menester aclarar que el Derecho Penal Colombiano, no atribuye culpabilidad a conductas retroactivas, significando esto, que independientemente de las personas que hayan llegado a un acuerdo, por ejemplo, en la fase preparatoria, el coautor que concurra a la conducta durante la fase de ejecución tendrá responsabilidad desde ese momento en adelante, o en palabras de Álvaro Márquez *“no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en “escena.”* (2007, p. 74).

B. División del trabajo criminal: Este elemento es subsecuente del anterior, ya que su punto de partida es que todos los intervinientes convergen en la realización de la conducta delictiva, por ende, se hace referencia a una división del trabajo, en donde cada uno de los intervinientes realiza el rol respectivo, sin embargo, es pertinente aclarar que para el Derecho Penal Colombiano no es necesario que la conducta tenga autonomía en el acto ejecutivo, ya que lo que incluso permitirá distinguir la complicidad de la coautoría se basa en la importancia del aporte, ya que tal y como lo señalo Hernández la división del trabajo criminal es una característica de la coautoría, incluso siendo definida de la siguiente manera:

La estructura de la coautoría se basa en el principio de división de trabajo, conforme a un plan común acordado para la realización conjunta del tipo, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo. (Perez Alonso citado en Hernández Esquivel, 2011, p. 285)

A su vez, como se indicó anteriormente este elemento permite que la coautoría sea distinguida de la complicidad subsiguiente, lo anterior toda vez que los aportes posteriores a la consumación del delito con ocasión al cumplimiento de promesas previas, son determinados como complicidad más no coautoría, e incluso tampoco pueden ser considerados los aportes durante la etapa preparatoria como coautoría. (2011, p. 286)

C. La importancia del aporte: Este requisito ha generado gran controversia ya que si bien el Derecho Penal Colombiano, lo ha señalado como uno de los elementos más relevantes, especialmente para distinguir la coautoría de la complicidad, no se estableció como tal un parámetro que permitiera discernir o cuantificar dicha importancia, dejando de tal manera esa ponderación a la discrecionalidad judicial.

Lo característico de ésta forma es que quienes participan lo hacen unidos por un plan común: “Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal

al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo”. Miguel Díaz y García Conlledo, La autoría en derecho penal, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653).

Además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva. “Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudarlo que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto”. (Fernando Velásquez Velásquez citado en C- 015/2018, Derecho Penal, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902).

Sobre las características que deben tener quienes participan a título de coautores, al respecto el jurista Velásquez señala que “cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor y el dominio del hecho se torna común; si acontece, por ejemplo, que alguno de los concurrentes no comparte con los demás las riendas del suceso, debe pensarse en una figura distinta; desde luego, no se olvide, en casos como ese pueden intervenir personas que solo cumplan meras tareas de participación e un hecho ajeno (instigación o complicidad)”. (Fernando Velásquez Velásquez citado en C- 015/2018, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. U. Sergio Arboleda, 2017. P 583.)

12.4. TIPOS DE PARTICIPACIÓN

En cuanto a la participación, el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, define y clasifica a los partícipes de la siguiente manera:

ARTÍCULO 30. PARTÍCIPIES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

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

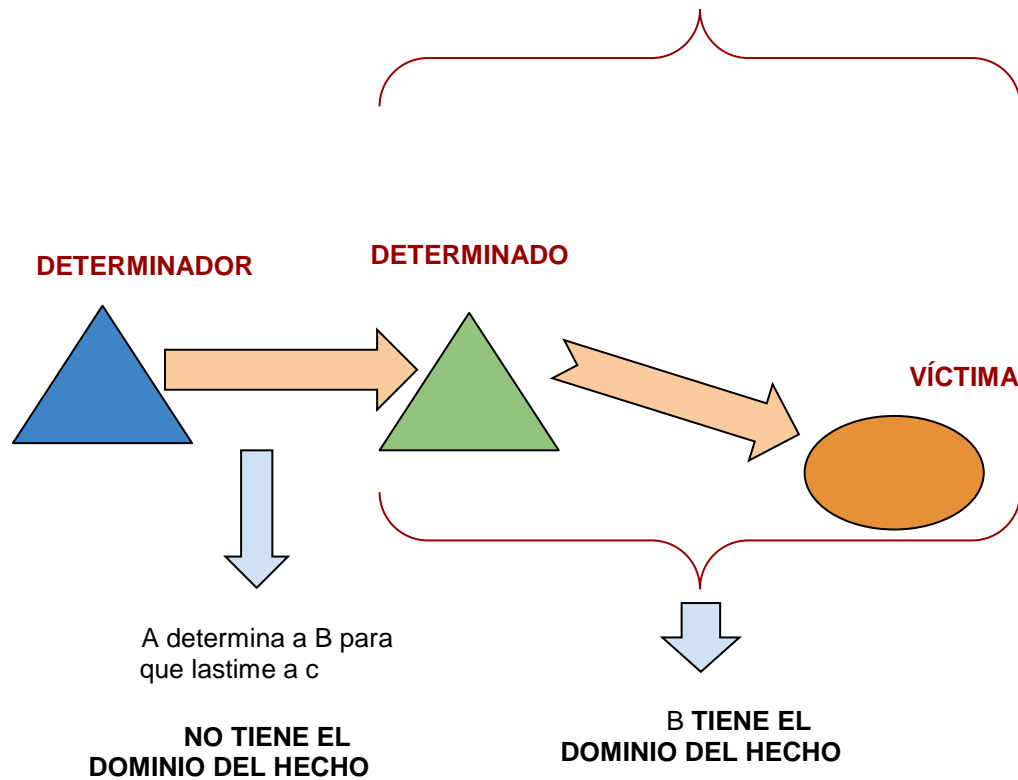
Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

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

De tal manera, se puede evidenciar que el legislador estableció el principio de accesoriadad limitado, entre el autor y el partícipe, implicando de tal manera que la responsabilidad del partícipe depende de que el autor realice la conducta típica y antijurídica.

12.4.1. El Determinador

El determinador se encuentra regulado en el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, como “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.*”, de tal manera que de la interpretación de dicho precepto normativo, se tiene que intervienen las siguientes personas:



Elaboración propia (2020)

Al respecto es pertinente señalar que el determinador es distinto al autor mediato, lo anterior por cuanto tal y como se mencionó anteriormente, este último si bien hay la intervención de 3 personas, el autor mediato se vale de una como un instrumento humano que actúa por ende sin culpabilidad, lo cual es contrario a la determinación, toda vez que pese a que el determinador induce a la comisión de una conducta, el autor material de la conducta punible es quien decide realizarla, por ende, se le atribuye una sanción por actuar con culpabilidad.

Por otra parte, Hernández señala que el determinador, para ser considerado como tal no solamente debe originar la idea de realizar el delito, influyendo psicológicamente al autor, sino que también esta inducción debe ser determinante para haber adoptado la decisión de llevar a cabo dicha conducta. (2011, p.297)

Por otra parte, el abogado Rafael Arroyave Díaz indicó que:

Asunto esencial en la autoría mediata es que se reduce un ser humano a un instrumento material no libre con finalidad delictiva; en cambio en la inducción se corrompe a un ser humano libre. Únicamente quien tiene dominio del hecho puede abusar de otro para llevarlo a la ejecución de un acto contrario a derecho. El papel del inductor se da mientras genera el impulso y lo demás corre por cuenta del autor principal; en tanto, el autor mediato tiene, de principio a fin, el control de desarrollo del ilícito. (2011, p. 42)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto a la pena atribuida al determinador “Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.” (Sentencia Rad. 2018, M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa), es decir, que en esa misma orientación puede mencionarse a la teoría del autor amplio, conforme a la cual “todo causante es autor y la participación una forma de autoría atenuada.” En este modelo que se sustenta en el dogma causal, la participación constituye una “modesta contribución” al hecho que ejecuta el autor material, sin que por ello deje de ser autoría.

Al respecto, Paola Casabianca-Zuleta, expresa que:

El determinador es el partícipe que crea la idea criminal en el autor. Esta creación puede lograrse de varias formas y algunas pueden ser más amables que otras, pues van desde el consejo criminal hasta la amenaza no vinculante. (2009, p. 119)

De tal modo que la imputación de responsabilidad en tal calidad presupone que la persona concorra a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor», o lo que es igual, que ejerza cierto dominio o codominio material o funcional sobre la ejecución del ilícito, lo que la diferencia de la determinación que se configura cuando el individuo hace que otro se decida a perpetrar el delito.

La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos, debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya, p.12)

Por ello estima que autor del delito es quien tiene el dominio del injusto penal, de tal manera que autor será quien ejerce el dominio sobre el daño de forma culpable, en tanto que partícipe quien contribuye a ello en un nivel inferior.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia en el caso Arana Sus, hace un análisis y distinción en cuanto al determinador y autor mediato:

[...] la Sala de Casación Penal ha entendido tradicionalmente la distinción entre la autoría mediata y la instigación de manera que la primera requiere que el autor material no se encuentre en posición de decidir si comete o no el hecho punible porque (i) su función como autor material le viene impuesta por el autor mediato; y (ii) no es plenamente consciente de la dimensión real de su contribución a la comisión del delito (Hector Olaso, 2013, p.263)

Al mismo tiempo, según la jurisprudencia clásica de la propia Sala de Casación Penal, la figura del determinador (instigador o autor intelectual), que se recoge ya expresamente en el art. 19 del Código penal colombiano de 1936 con una pena idéntica a la del autor, se define como la de aquel partícipe o responsable accesorio que, a través

de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción no insuperable, orden no vinculante, acuerdo o cualquier otro medio viable, se asegura la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor material del hecho punible (Hector Olaso, 2013, p.262)

12.4.2. El Cómplice

Inicialmente, previo a adentrarse en la complicidad, es pertinente aclarar que de conformidad con el Código Penal Colombiano, la coparticipación y complicidad son dispositivos amplificadores, es decir, son extensiones del tipo debido a la atipicidad de la conducta, el legislador se vio en la necesidad de contemplar estos dispositivos que si bien son atípicos son comportamientos que tienen relevancia penal.

En virtud de lo anterior, en lo que concierne a la complicidad, esta es una modalidad de la coparticipación, que a su vez se encuentra definida en el inciso tercero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, define la complicidad como *“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.”*,

Por otro lado, Paola Casabianca-Zuleta, define la complicidad de la siguiente manera:

El cómplice es el partícipe que colabora al autor y, al hacerlo, crea un riesgo no permitido, al favorecer la conducta antijurídica de éste, pues mejora sus oportunidades de lesionar o amenazar el bien jurídico tutelado. De ahí el reproche a su conducta. (2009, p. 119)

Por otra parte, para referirse a las clases de complicidad, es pertinente referirse a lo señalado por Hernández, ya que realiza un estudio entorno a las clases de complicidad, respecto a lo cual, se establece lo siguiente:

COMPLICIDAD ANTECEDENTE	COMPLICIDAD CONCOMITANTE	COMPLICIDAD SUBSIGUIENTE
El aporte puede darse antes de la realización de la conducta punible. (2011, p. 299)	El aporte puede darse durante la comisión de la conducta punible. (2011, p. 299)	El aporte puede darse después de la consumación, siempre y cuando corresponda a promesas anteriores. (2011, p. 299)

Elaboración propia (2020)

Así mismo, indicó Hernández, en lo que refiere a la complicidad, no solamente que esta es dolosa, sino que aunado a ello debe contener unos requisitos que permitan establecer la culpabilidad del determinador:

La complicidad debe ser dolosa, vale decir, el cómplice debe conocer que está contribuyendo a la realización de una conducta punible; puede ser por acción o por omisión - siempre y cuando no tenga la posición de garante -, y carece del dominio del hecho pues el interviniente que lo tenga será autor. (2011, p. 299)

Por otro lado, en cuanto a la necesidad del aporte este resulta de gran importancia como fundamento de la individualización de la pena, toda vez que el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal Colombiano, señala que para “para efectos de la determinación de la pena (...) se tendrá en cuenta (...) en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.”

Ahora bien, es pertinente hacer referencia al “iter criminis”, siendo este entendido como el camino del ilícito penal, iniciando desde la ideación hasta la consumación, dichas etapas son de gran importancia para el derecho penal, ya que dependiendo incluso de la etapa en la que se encuentre el “iter criminis”, se puede establecer si la conducta se puede considerar o no como punible, de tal manera que se tiene que las etapas del iter criminis.

Para determinar la causa de un daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones utiliza un juicio, mediante el cual se parte de la supresión de los eventos considerados como posibles causas del perjuicio, para evaluar si pese la falta de alguno de estos, el daño subsiste.

Partiendo de la existencia legal de la coautoría y con el ánimo de distinguir entre autores materiales y cómplices, dijo el 9 de septiembre de 1980:

Serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos– que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya; y serán cómplices quienes, sin haber realizado acción u omisión por sí misma constitutiva de delito o delitos en que participan, prestan colaboración o ayuda en lo que consideran hecho punible ajeno (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

De lo anteriormente mencionado, se puede concluir que fue hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, que se consideró al determinador como partícipe, siendo de tal manera, el determinador, una forma de participación más no de autoría, al respecto Aguirre afirma:

El instigador es quien sin tener dominio de las circunstancias del hecho coopera proporcionando la ideación criminosa a la mente del autor, será

este último, quien la capte en ese proceso de ideación y de liberación que forma parte del *iter criminis* o camino del delito, para que una vez concebida la ponga en marcha dentro del curso causal eficiente, en dirección de la obtención del resultado, siendo el autor quien podrá disponer de aceptar la ideación criminosa para encarnarla, o actualizarla mediante la acción o la omisión, que cobre vida por la actividad propio autor; en este orden de ideas, el instigador solamente se convierte en partícipe, carente del dominio eficiente del hecho, en virtud de no encontrarse en posibilidades de poner en marcha bajo su control todos los actos que deben producir el resultado, tal es el caso de la llamada incitación a la violencia [...] (J. Aguirre, p. 1)

Lo anterior, conlleva a la necesidad de distinguir al determinador del autor intelectual, toda vez que tal y como se podrá evidenciar del análisis que se realizará en cuanto a la sentencia SP10998-2015, han sido conceptos de difícil discernimiento incluso por parte del operador judicial.

12.4.3 El Interviniente sin Calidades Especiales

De otro lado, el interviniente es aquella figura que “concorre a la realización de la conducta especial con acciones propias de un autor, pero sin serlo y por eso es que no se le trata como determinador ni como cómplice, porque su aporte va más allá” (Lopera. A, 2015, p. 19)

Ahora bien, frente al interviniente que no ostenta las calidades especiales, de manera doctrinal se le ha denominado extranei que son aquellos que fungen como “los particulares que concurren en la realización de un tipo penal especial, en compañía o coordinación de un sujeto activo calificado. Esos particulares por no tener las calidades especiales exigidas para el autor de dichas conductas se les denomina extraneus” (Lopera. A, 2015, p. 14) en efecto el interviniente que si bien no reúne las calidades especiales previstas en el tipo penal hacen parte de la realización del mismo, por lo cual de manera conjunta actúan con el sujeto calificado

Por otro lado, en el código penal en el artículo 30. Inciso cuarto, se ha indicado que “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte” por lo tanto quien no ostente esas calidades requeridas por ese tipo especial, deberá rebajarse la pena en una cuarta pena, procurando el mantenimiento de la unidad de imputación y el principio de legalidad, de carácter constitucional, de tal manera que no podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes,

Consecuentemente para entender la figura del determinador debe realizarse la distinción entre delitos especiales y comunes ya que es necesario entender que no todas las conductas tipificadas pueden realizarse por cualquier individuo, que lo ha dejado claro el legislador en las diferentes conductas típicas al enmarcar las calidades especiales que se requieren en delitos específicos.

DELITO COMUN	DELITO ESPECIAL
Aquellos tipos penales que pueden ser cometidos por cualquier individuo sin que se requiera para su configuración de calidades especiales del mismo (Medina. R, Acosta. L, S.F., p. 3)	Aquellos que solo pueden ser cometidos, a título de autor, por personas que posean las calificaciones previstas por los tipos penales de ese carácter (Medina.R, et al. S.F., p. 4)

Elaboración propia (2020).

De lo anterior, se concluye que, del avance obtenido durante el acontecer histórico del Derecho Penal Colombiano, conllevó a que hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, se considerará al determinador como partícipe mas no como autor, sin embargo, sin duda alguna resulta ser un yerro jurídico el que pese al no haber realizado dicho cambio no se realizará una variación en la dosificación de la pena del determinador.

13. CAPÍTULO III

DESCRIBIR LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN CONFRONTACIÓN CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. (CORTE PENAL INTERNACIONAL).

Para poder llevar a cabo la imposición de la Pena debe tenerse en cuenta los principios que fundamentaron el Derecho Penal, como se ha venido esbozando a lo largo de este trabajo es menester del Estado Social de Derecho, y como se proclama en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política de Colombia solo se imponen las penas cuando sea necesario mantener el sistema de cara a los derechos de la sociedad, teniendo como base la dignidad humana

Se indico también, como las penas además de las sanciones respectivas buscan impactar a la sociedad mediante prevenciones, por un lado, la Prevención General le permite al Estado que la sociedad evidencie la pena impuesta al infractor y que lleve consigo la repercusión ante un acto criminal propio, por otro lado con la Prevención Especial, la cual permite que desde la sanción se busca la resocialización del penado brindándole garantías que le permitan una vez cumplida la sanción no reincidir en conductas criminales, así mismo conforme con el Código General del Proceso el artículo 4º. permite generar una política criminal enmarcado en una retribución justa, reinserción social y una verdadera protección al condenado

Dicho lo anterior, se ha argumentado por vía jurisprudencial la teoría de la imputación, la cual conlleva a analizar la medida en que se encuentra configurado el bien jurídico con el fin de que permita verificar de igual formar aquellas condiciones en las cuales la víctima se colocó voluntariamente en peligro, o cuando con ocasión a la realización de un actividad riesgosa no se tomen las precauciones a que hayan ha lugar; generando como resultado una

vulneración no solo del bien jurídico tutelado sino de igual manera del principio de confianza.

13. 1 PARÁMETROS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Inicialmente la individualización de la pena se entiende que “*El funcionario judicial, dentro de los parámetros mínimo y máximo provistos por la norma penal siguiendo las indicaciones que en ella misma se suelen hacer, determina la pena irrogable a cada sentenciado en particular*” (2002, pág. 13) así mismo el Juez de acuerdo a su función propia y exclusiva clasifica las clases de penas (principales y accesorias) de acuerdo a una tipificación previa y asimismo establece el ámbito punitivo de movilidad, sin olvidar que según el artículo 59 de la constitución política debe existir en cada sentencia una fundamentación cualitativa y cuantitativa que de cara a la pena impuesta,

13.1.1 Aspectos punitivos a considerar

En el momento de la tasación punitiva el juez debe ubicarse en el cuarto correspondiente sin perder de vista lo mencionado por el artículo 61 del Código Penal Colombiano, teniendo en consideración:

1. Mayor o menor gravedad de la conducta
2. Daño real o potencial creado
3. La naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad
4. La intensidad del dolo, la preterinencion o la culpa concurrente

5. La necesidad de pena, y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto
6. En la tentativa, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo
7. En la complicidad, el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda

Ahora bien, la tasa de la pena se está íntimamente ligado con el principio de proporcionalidad, que se puede observar detalladamente en la motivación esbozada por el Juez en la sentencia dictada, razón por lo cual debe existir una argumentación jurídica donde se permita comprender la determinación punitiva

Aunado a lo anterior, la función realizada por el juez debe considerarse como el “fin preventivo de la pena que se cumple por el legislador en la imposición de la sanción para cada uno de los delitos, esto es, la amenaza de un mal ante la infracción de las prohibiciones establecidas” (Sent. C-806 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández)

Buscando con esto brindar al estado a través del derecho penal una protección frente a las lesiones a los bienes jurídicamente tutelados, sin embargo, como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia debe surgir como uno de las ultimas opciones para sancionar, de conformidad con lo señalado en la Sentencia de casación del 04 de agosto de 1994, M.P. Didimo Peaz Vlenadia con Radicado 8.485

Es innegable que la individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende una buena parte el cabal cumplimiento de la función que el derecho penal cumple en una organización social. Sin embargo, hay que reconocerlo dolorosamente, es el aspecto menos atendido de la práctica judicial, resultando en la mayoría de veces inequitativa la imposición de la pena, por exceso ora por defecto, con la consciente falta de credibilidad social en el aparato represivo del estado, además del desconocimiento del fin retributivo que a aquella le asignó el legislador en el artículo 12 del Código Penal”

La corte Constitucional en repetidos pronunciamientos ha venido insistiendo en la adecuación que deben realizar los jueces ante la dosificación de la pena, teniendo en cuenta que desde allí parte la justicia material y que se vuelve ese ítem un factor determinante a la hora de contribuir en las funciones de prevención general y especial habladas con anterioridad

13.1.2 Dispositivos que modifican los extremos punitivos del tipo penal

El mínimo y máximo se puede alterar, por un lado en virtud de especiales circunstancias que influyen en la responsabilidad a través de los dispositivos amplificadores del tipo penal y por el otro la proporción de aumento

Ahora bien, la importancia del acontecer histórico de la pena, se sustrae de la Constitución política de 1991, y el cambio de un Derecho Penal de orden inquisitivo a acusatorio, en el entendido que con la imposición de la pena, se erradica esa concepción vengativa de “castigar por castigar”, pues se debe propender porque la pena sea justa, necesaria y adecuada, “La Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia

Sin embargo, para la Corte Constitucional es claro, aún antes y sobre todo después de la Ley 599 de 2000 que el determinador no es autor, pues en palabras de la Sala:

Mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución.

En ese sentido ha de precisar la Sala que no obstante prever el artículo 23 del Código Penal (de 1980, se precisa) igual tratamiento punitivo para el autor material y el instigador del hecho punible, al señalar que ambos incurrirán en la pena prevista para el tipo realizado, no significa que ontológicamente tengan igual connotación jurídica. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya, p.25-26)

En ese orden, para poder comprender en debida forma a nivel teórico el Derecho Penal Colombiano, es dable realizar las siguientes afirmaciones entorno a los fines del Estado que se derivan de la Constitución política de 1991, toda vez que como se mencionó anteriormente el Derecho Penal es entendido como un medio de control social, el cual su accionar se encuentra limitado por los Derechos Fundamentales y principios constitucionales.

Por lo antes expuesto, se puede observar que los Jueces como representantes del Estado y cuya principal función se les atribuye la administración de justicia, deben de ser imparciales, independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la Ley, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 846 del 06 de julio de 2000, que a su tenor reza:

La función de los jueces, en el marco de un Estado Social de Derecho, tal como está definido el Estado Colombiano en el artículo primero de la Constitución es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano

(...)

Los jueces en desarrollo de su función deben hacer una interpretación de la normatividad que involucra los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de cada uno de los asociados. Por tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que, desde la órbita constitucional, debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados. (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra).

Así mismo, el accionar de los Operadores Judiciales y la organización estatal, se encuentra originada y limitada por el preámbulo de la Constitución Política de 1991, establece:

[...] con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, **la igualdad**, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que **garantice un orden político, económico y social justo** [...] (Negrilla fuera del texto.)

Y a su vez, por el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, señala:

Colombia es un **Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el**

respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
(Negrilla fuera del texto.)

De esta manera, no es posible ponderar que el equilibrio entre el delito y la pena, sea de carácter cuantitativo sino valorativo y, por consiguiente, que ha de establecerse a partir de los fundamentos constitucionales del derecho penal y de la forma como la Constitución Política delinee la protección de los bienes jurídicos, teniendo como contrapartida los fines esenciales del Estado; el aseguramiento de las garantías judiciales y la protección de los derechos de todas las personas, a su vez el autor Richard Garside, indicó:

If ministers were simply concerned with quantifying and improving the inner workings of the criminal justice system, with the efficiency with which one agency or department related to another, or with the impact of these agencies on those offenders and victims, suspects and witnesses who are known to criminal justice agencies, then it might make sense to start with suspected offences recorded by the police. On the whole, the criminal justice process begins with a suspected offence coming to the attention of the police. The effectiveness with which the various agencies then discharge their duties can be compared against the number of suspected offences the police record. (2006 p. 15)

Basta con enmarcarse en un Estado Social de Derecho para rechazar de plano y para que resulte de gran interés ésta problemática; un Estado que debe velar con la conservación y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas pero que los vulnera y desconoce a diario al privar de la libertad a una persona; y es que no resulta apropiado hablar de derechos como la libertad, puesto que la pena consiste en esto, sino derechos como la vida, la integridad en todo sentido, la salud, la alimentación y hasta el derecho a una vida digna, una verdadera rehabilitación y reinserción social, así mismo Ioannis Rodopoulos señaló:

Whereas many of the criticisms concerning the limited heuristic value of proportionality are formally correct, the assertions about the meaninglessness or the uselessness of the concept are much less convincing. Indeed, the absence of a fixed meaning is not tantamount to semantic emptiness. The principle of proportionality may not give a clear picture of what is proportionate and what is not; it gives though an impression and an order of magnitude, either when it is understood as necessity and suitability or as ordinal proportionality. 47 As a “sensitizing concept” with quasi-universal appeal, it offers “a general sense of reference and guidance in approaching empirical instances”. 48 Therefore, while it is true that no “scientific” method can – or should – give the principle a perfectly determinable content, proportionality may arguably function as a valuable accessory tool for the evolution of law in a harmonised and democratic context. (2017 p. 211)

Ahora bien, otro de los aspectos importantes a traer a colación es la concepción del Derecho Penal Colombiano, pues si bien se hace una retrospectiva desde la Constitución Política de 1991 se podrá evidenciar el hecho en que se hace mención a un Derecho Penal que respeta la dignidad humana y los derechos fundamentales, tiene fines como la resocialización del sujeto activo de la conducta y la imposición de la pena se realiza conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, sin embargo la medida que ha venido adoptando el Estado Colombiano es una perspectiva punitiva y restrictiva, que ve como única solución el aumento de las penas, pese a que esta medida no ha tenido ninguna efectividad y si por el contrario ha generado grandes problemáticas en el sistema carcelario ante la inexistencia de instrumentos que permitan la adopción en debida forma de dichas medidas.

En ese orden de ideas se establece la responsabilidad de velar por el respeto a la dignidad humana y por ende propender por no lesionar las libertades y derechos fundamentales de las personas, garantizando condiciones de vida dignas, y adicionalmente que en aquel evento en que el individuo concurra en la realización de una conducta delictiva que lesiona un

bien jurídico tutelado, se le garantice que con la imposición de una pena, que cumpla con los fines de la misma, como lo es la resocialización del sujeto activo a la sociedad y aunado a lo anterior, que aquella sanción impuesta sea congruente con el principio de igualdad y proporcionalidad de la pena.

De esta manera en busca de una proporcionalidad se debe Hablar sobre política criminal plantea diferentes coyunturas, ya que abarca múltiples problemas sociales y como bien lo dicho la Corte Constitucional (2001) la política criminal surge como una herramienta que busca contrarrestar desde diferentes ángulos (sociales, jurídicos, económicos culturales, administrativos entre otros) las conductas típicas y antijurídicas; no obstante esta Política Criminal se ha visto permeada por la corrupción e ineficiencia de quienes tiene en cabeza la función de aplicarlas, es de esta manera que se distancia de la realidad buscando crear con la misma populismo y políticas represivas con las que se logra cubrir una verdadera problemática social con preceptos que permitan hacer sentir a la comunidad segura de su entorno lo que lleva a la incapacidad de hacerle frente al fenómeno criminal del país, verbigracia desde el 2018 se han creado más de cuatro tipos penales, imponiendo un aumento en las penas privativas

Por otro lado, la Constitución Política de 1991, le atribuyó al operador judicial como representante del poder estatal, la protección y garantía de los derechos y libertades de todas las personas, incluyendo los del procesado, sin embargo, fue hasta el año 1998 que la Corte Constitucional ordenó la aplicación de medidas que permitieran la efectividad de lo contenido en dicha normativa, disposiciones que tiene como principal objetivo, la infraestructura.

El sistema penitenciario y carcelario colombiano tiene como finalidad la resocialización de aquellas personas que cometieron una conducta delictiva y

que según la tipificación del delito y el grado de lesividad fueron condenados a la imputación de medida de aseguramiento, en el entendido o ideal de que durante la estancia en el centro penitenciario lograrían entender la magnitud del daño ocasionado, para de esa forma alcanzar la resocialización, sin embargo no se puede ser ajeno a la realidad, en especial, cuando se puede ver evidenciado que por problemas u obstáculos como el hacinamiento, la corrupción y una paupérrima estructuración han conllevado a que ese ideal u objetivo sea muy difícil de llevar a cabo..

Proportionality is often considered one of the biggest attractions of retributivism relative to consequentialism. Pure consequentialists punish in order to promote crime deterrence and the incapacitation and rehabilitation of dangerous people. Since we might be able to prevent a great deal of crime by punishing some relatively minor offense with an extremely long prison sentence, disproportional punishment could, under certain circumstances, lead to very good consequences. (2015, p. 1146).

Al respecto es pertinente señalar que autores como Di Gino Scaccia, ha establecido que la proporcionalidad y el equilibrio no solamente constituye el fundamento de la dosificación de la pena, sino que aunado a ello son el fundamento del sistema penal colombiano, lo anterior por cuanto su denotación se le atribuye un carácter constitucional al buscar la protección de los derechos humanos, toda vez que actuar en contrario sensu a lo mencionado, constituye una lesión a los principios del Derecho Penal:

Proportionality and balancing, read as a hendiadys, are after all key concepts in global constitutionalism. They are the ripe fruit of the circulation of juridical models and legal reasoning within the multilevel system of human rights protection. (2019, p. 2)

En ese orden, tal normativa anteriormente descrita, establece la responsabilidad por velar por el respeto a la dignidad humana y por ende propender por no lesionar las libertades y derechos fundamentales de las

personas, garantizando condiciones de vida dignas, y adicionalmente que en aquel evento en que el individuo concurra en la realización de una conducta delictiva que lesiona un bien jurídico tutelado, se le garantice que con la imposición de una pena, que cumpla con los fines de la misma, como lo es la resocialización del sujeto activo a la sociedad y aunado a lo anterior, que aquella sanción impuesta sea congruente con el principio de igualdad y proporcionalidad de la pena.

Con el transcurrir del tiempo y la evolución del Derecho Penal, se ha podido evidenciar que la sanción penal se ha configurado de acuerdo con el contexto de cada época, en razón a ello se puede encontrar que la pena según la Real Academia de la Lengua Española se encuentra definida como “Dolor, tormento o sentimiento corporal (...) Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.”

En ese orden, tal normativa anteriormente descrita, establece la responsabilidad por velar por el respeto a la dignidad humana y por ende propender por no lesionar las libertades y derechos fundamentales de las personas, garantizando condiciones de vida dignas, y adicionalmente que en aquel evento en que el individuo concurra en la realización de una conducta delictiva que lesiona un bien jurídico tutelado, se le garantice que con la imposición de una pena, que cumpla con los fines de la misma, como lo es la resocialización del sujeto activo a la sociedad y aunado a lo anterior, que aquella sanción impuesta sea congruente con el principio de igualdad y proporcionalidad de la pena.

De igual forma, el Código Penal establece en su artículo 1° “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”, y

adicionalmente la Sala Quinta de la Corte Constitucional mediante sentencia T-190 del 18 de marzo de 2010, señala:

La dignidad humana está comprendida dentro del marco de principios que guían la Carta, fundante del Estado Social de Derecho. Lo cual indica que debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales, independientemente del sujeto sobre quien recaiga dicha actuación. Es tal la importancia que reviste, que la garantía de los derechos humanos, está cimentada en la consideración de la dignidad humana como esencia de la naturaleza del hombre. Pues resulta claro que en su trasegar histórico la dignidad como exigencia moral se ha positivizado a través de la creación de los derechos fundamentales, fero en la aplicación de medidas y garantía de derechos. (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

Adicionalmente, Jorge Suescún-Melo resalta, lo siguiente:

[...] se le reprocha su falta de elasticidad, pues exige, en caso de concurrencia de culpas con la víctima, dividir por partes iguales la indemnización, pues recuérdese que esta doctrina considera que todas las causas concurren del mismo modo a la producción del daño, lo que puede estar en oposición con la equidad. (2003, p.35)

Como lo menciona el autor la irreductibilidad cuantitativa que en el examen de las distintas situaciones que tienen que ver con el principio de proporcionalidad de las penas, resulta imposible determinar con precisión cuánta pena corresponde a cada delito y de qué clase lo que hace imposible determinar criterios específicos de validez de carácter universal que establezcan límites en la proporcionalidad a lo no puede permitirse establecer cuantitativamente una pena objetiva según determinada clase de delito

13.2 DOSIFICACIÓN PUNITIVA

13.2.1 Antecedentes

La dosificación punitiva busca establecer límites precisos que le permiten la determinación de la pena en cada uno de los delitos, fundamentado desde la Constitución Política,

Es por ello que desde el Código de 1936 en su artículo 36, señalaba:

Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicara la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que le acompañen y la personalidad del agente.

Es de resaltar que la norma antes citada no estipulaba una sistematización de cuartos, ni traiga consigo fórmulas de las que se pudiera valer el juez al momento de tasar la pena, solo debía regirse por la mayor o menor peligrosidad con las cuales se haya realizado el delito,

En este mismo sentido, el Decreto – Ley 100 de 1980 no llevaba inmerso un margen de movilidad específico y limitante, como establecía su artículo 61, en los incisos 1° y 2°

Criterios para fijar la pena: Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicara la pena según la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del Agente.

Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la

mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Si bien desde inicios el legislador busco parametrizar el margen de movilidad punitivo, indicando que se debe tener en cuenta las modalidades, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente, causales que permitían que la imposición de la pena no se viera del todo permeada por el arbitrio o subjetividad del juez sin embargo, como se ha evidenciado en las legislaciones citadas, el juez solo estaba limitado por la máxima o mínima pena señalado al correspondiente tipo penal, adicionalmente no se le exigía al juzgador la motivación por la cual se estipulo la dosificación punitiva, lo que traiga consigo una imposibilidad jurídica para controvertir la manera en que se había fijado la dosificación al tipo penal

Dicho lo anterior, la ley 599 de 2000, vigente Código Penal Colombiano, trajo consigo una gran reforma en la dosificación punitiva

“Por eso, en la exposición de motivos contenidos en el proyecto de ley que, finalmente, se convirtió en el Código Penal, de 2000 se dijo al respecto se dividirá [“el ámbito de movilidad punitiva en tercios, correspondiendo el primero a la situación en que solo se presenten circunstancias atenuantes; el segundo cuando se presenten estas y agravantes y el ultimo solo para agravantes.

Se exige que, en el momento de dictar sentencia, se haga una fundamentación explícita sobre los motivos de su determinación cualitativa y cuantitativa, tanto para las penas principales como para las accesorias. (Pérez, O. 2007, p. 28).

Normas que pretendía limitar la discrecionalidad que posea el juzgador al momento de establecer la condena, de acuerdo a los principios de equidad e igualdad por ello se modificó esta normatividad y se estableció en su artículo 61.

Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto

mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

13.2.2 Cálculo de la pena en el Derecho Penal Colombiano.

Inicialmente es pertinente señalar que el Código Penal Colombiano establece en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, los fundamentos de la individualización de la pena, a través de los cuales establece el marco de movilidad que tiene el operador judicial al momento de realizar la dosificación de la pena:

ARTÍCULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, o se trate de delitos que imponga como pena la prisión perpetua revisable.

Ahora bien, como se puede evidenciar en lo que respecta para el Cálculo de la pena en el Derecho Penal Colombiano, de la interpretación de la citada normativa, se tiene que no solamente se aplica un sistema de cuartos, el cual se basa en la siguiente formulación:

SISTEMA DE CUARTOS			
Primer Cuarto	Segundo cuarto (Primer cuarto medio)	Tercer cuarto (Segundo cuarto medio)	Cuarto máximo
Solo atenuantes o no concurren circunstancias de mayor o menor punibilidad.	Más atenuantes que Agravantes	Más Agravantes que atenuantes	Solo agravantes

Ejemplo:				
2 años ----- 6 años	6 años+ 1 día	8 años	8 años+ años 1 día	10 años+ años 1 día

En concordancia con lo anterior, la importancia del sistema de cuartos, es que el Juez debe establecer para cada conducta punible la sanción a imponer, aplicando por denominarlo de alguna manera una fórmula que logre determinar el cuarto de punibilidad a aplicar, lo cual sin duda surge como resultado de identificar los atenuantes y agravantes, los cuales se encuentran contemplados en los artículos 55 y 58 de la Ley 599 de 2000, que a su tenor reza:

ATENUANTES	AGRAVANTES
<p>ARTÍCULO 55. CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La carencia de antecedentes penales. 2. El obrar por motivos nobles o altruistas. 3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso. 4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. 5. Procurar voluntariamente 	<p>ARTÍCULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. 2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión,

<p>después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.</p> <p>6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.</p> <p>7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.</p> <p>8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.</p> <p>9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.</p> <p>10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.</p>	<p>o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.</p> <p>4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.</p> <p>5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.</p> <p>6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.</p> <p>7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.</p> <p>8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.</p> <p>9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.</p> <p>10. Obrar en coparticipación criminal.</p> <p>11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.</p> <p>12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones</p>
--	--

	<p>o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.</p> <p>13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.</p> <p>14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.</p> <p>15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.</p> <p>16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.</p> <p>17. <Numeral adicionado por el artículo 2 de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.</p> <p>17. <sic> <Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1356 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo, antes, durante o con</p>
--	--

	posterioridad a su celebración.
--	---------------------------------

Elaboración propia (2020)

Así mismo, otro de los aspectos en consideración por parte del legislador al momento de realizar la graduación de la pena, se basa en lo previsto en el inciso del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, señala que “En los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años” y a su vez el artículo 37 de la citada normativa “La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años”, es decir, que la pena límite a imponer es de 50 años y 60 años en el caso de concurso.

13.2.3 Redosificación De la Pena

Por otra parte, la pena cumple un rol de gran relevancia, por cuanto con la imposición de la misma, se busca principalmente dos objetivos una prevención general y una particular, es decir, que con ocasión a la determinación de la sanción punitiva se busca no solamente evitar que el sujeto activo de la conducta reincida, tenga reinserción y resocialización social, sino que a su vez como medio de coerción hacia los demás para evitar la realización de dicha conducta.

En razón a lo anterior, el Estado en materia punitiva tiene una libertad configurativa, “Estado corresponde en virtud de su soberanía la potestad de definir las conductas que considere como hechos punibles y, así mismo, la de establecer las penas correspondientes.” (C-647 2001, MP. Beltrán), es decir, que el Estado Colombiano tiene la potestad de determinar a que conductas se le atribuye la denominación de delito y a su vez la pena a imponer,

constituyendo de tal manera el principio “nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege”, no hay crimen sin ley, ni pena sin ley que la determine.

Sin embargo, el constituyente de 1991, estableció unos parámetros que limitarían dicha libertad configurativa del Estado, como lo es el preámbulo de la Constitución Política de 1991, que señala “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana [...]”, es decir, implicando que el Estado Colombiano, por medio del Derecho Penal le fuera atribuido el garantizar la protección de los bienes jurídicos, como lo son la vida, integridad, propiedad, etc., implicando de tal manera la imposición de una sanción para aquellas conductas punibles que implicaban una lesión a un bien jurídico tutelado.

No obstante, si bien surge la necesidad de la imposición de una sanción, también lo es que la pena a imponer debe ser congruente con un Estado Social de Derecho, es decir debe velar por proteger por el respeto a la integridad y dignidad humana del sujeto activo, conllevando de tal manera a fijar parámetros a cumplir que deberían ser tenidos en consideración por el operador judicial al realizar la dosificación de la pena, dichos principios se encuentran contemplados en el artículo tercero de la Ley 599 de 2000, que a su tenor reza:

ARTÍCULO 3 - Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan. (negrilla fuera del texto original).

En virtud de lo anterior, se tiene que la pena debe ser acorde con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, siendo incluso considerado el Derecho Penal como de ultima ratio, por cuanto “la decisión de

sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales” (C-365 2012, MP. Pretelt), siendo de tal forma, una medida originada de una necesidad en procura de salvaguardar los derechos de los demás, así mismo el Magistrado Ponente Jorge Pretelt, indicó:

La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos [...] el derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado. (2012).

Ahora bien, la libertad configurativa del Estado, se realiza a través del Congreso de la República facultad otorgada por el Constituyente mediante el artículo 114 de la Constitución Política de 1991, “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.”, sin embargo tal y como se menciono anteriormente, dicha facultad se encuentra limitada, inicialmente por dar cabal cumplimiento a los principios y preceptos de la Constitución.

De tal manera, que se puede evidenciar como por vía jurisprudencial se ha ratificado dicha libertad configurativa del Estado, incluso la Corte Constitucional, afirmó:

[...] la Carta Política de 1991 deja en cabeza del legislador una amplia potestad de configuración en materia penal, enmarcada en el respeto de la Constitución, por lo que “en la libertad de configuración de

los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad (Mp. H. Sierra, C-818, 2010),

Así mismo, el Juez será quien analice y determine en cuanto al caso en concreto la pena a imponer respecto a determinada conducta, estableciendo en un primer momento si la constituyen los elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para poder establecer si el sujeto activo es o no responsable, con el fin de en el caso de hallarlo responsable imponerle una sanción, claro está, conforme al respeto de las garantías constitucionales y en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”, es decir, con pleno cumplimiento del debido proceso y principio de legalidad.

Ahora bien, en lo que versa al principio de proporcionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional C-647 del 20 de junio de 2001, señaló lo siguiente:

la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.

De tal manera, el operador judicial para establecer la pena, debe analizar al momento de la imposición de la sanción, factores determinantes de la conducta punible, como lo son los atenuantes, agravantes, intervinientes,

modalidad de la conducta, el daño real creado al bien jurídico, la calidad en la que interviene en la conducta, es decir si es autor o partícipe, etc.

13.3 La Igualdad en el Ordenamiento Constitucional Colombiano

El principio de igualdad se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que a su tenor reza:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica

Al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia C-015 de 2018, trajo a colación 4 reglas provenientes de la fórmula aristotélica, pero que permiten, pero que permiten la aplicabilidad del derecho y principio de igualdad:

Específicamente, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar cuatro reglas concretas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que tengan similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras. (Mp. Cristina Pardo).

Por su parte, la Sala Plena de la Corte Constitucional hizo referencia respecto a la igualdad indicando que “cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental” (Mp. H. Sierra, C-818, 2010), es decir, que el concepto de igualdad debe ser entendido de forma amplia, ya que su

aplicabilidad no solamente en determinadas situaciones, sino también incluso a nivel normativo.

Pero en ese orden, ¿cuál es la metodología a aplicar para determinar en qué caso se vulnera el principio de igualdad?, al respecto la Corte Constitucional hizo referencia a una metodología basado en un juicio de integridad, desarrollado de la siguiente manera:

Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas – adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado. (Mp. H. Sierra, C-818, 2010),

La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental tanto por su consagración como tal en el Capítulo I, Título II de la Constitución Nacional, como por su exaltación como derecho de vigencia inmediata en el artículo 85 de la Carta Política, y también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida convivente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo. (Mp. Ciro & Sanín, T-432, 1992)

Ahora bien, en lo concerniente al tratamiento diferenciado la Sala Revisión de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia T- -78965 del 1998:

Ha de tenerse cuidado en establecer con claridad que el trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse en motivos

razonables que justifiquen la diferencia, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad por una apreciación exagerada de características distintas que no sean suficientes para enervar la siempre preponderante equiparación entre seres sustancialmente iguales. Las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad misma sobre la cual recaen. Lo que se persigue es lograr el equilibrio entre las personas frente a la ley y en relación con las autoridades. Las eventuales distinciones que buscan corregir o disminuir diferencias accidentales tienen un carácter excepcional frente al postulado genérico de la igualdad y tan sólo encuentran justificación en la medida en que a través de ellas se realice aquél. (Mp. J. Hernández)

13.4 Análisis Sentencia Sp10998-2015 – Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho

La presente sentencia hace mención al recurso de casación promovido por JHBC contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de octubre de 2011, el cual ratificó el fallo del Juzgado 10 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, D.C., que a su vez lo declaraba como:

[...] autor determinador penamente responsable del delito de homicidio agravado “Le impuso 310 meses de prisión, 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. (2015, p.2).

La relevancia de la presente jurisprudencia, más allá de los hechos del ilícito, se basa en el hecho de que inicialmente la Fiscalía había acusado a JHBC como coautor material impropio del delito de homicidio agravado, es decir, que, en congruencia de lo anterior, se puede evidenciar que la acusación realizada por la Fiscalía no es concorde con el fallo proferido.

La casación se basa en cuatro cargos, el primero referente a la competencia, toda vez que el móvil no fue fundado en razón a pertenecer a un sindicato, el segundo cargo nulidad por irregularidad sustancial, se argumentó en el siguiente sentido:

Cargo segundo. Causal tercera, nulidad por irregularidad sustancial cometida en la resolución acusatoria, con afectación del debido proceso y el derecho a la defensa, como consecuencia de las simultáneas imputaciones fácticas y jurídicas sobre la forma de participación en el delito (determinador, autor intelectual y coautor material impropio), que por resultar excluyentes infringieron el postulado lógico de no contradicción, exigible en la motivación de las providencias, que, así, se tornan anfibológicas, en contravía de lo exigido en la jurisprudencia sobre el deber de que los cargos sean claros, precisos, concretos, determinados y coherentes. (2015, p.6)

Al respecto el Ministerio Público, en lo que versa al cargo primerio, afirma que si bien, existió una irregularidad por cuando el móvil no fue originado por la condición sindical, también resulta ser cierto que no conlleva a una nulidad, por cuanto no se causó daño a los derechos del acusado e incluso atribuyo la experiencia del Juez como una garantía al respeto del debido proceso, por otra parte, en lo concerniente al segundo cargo, afirma que:

La acusación rige la actuación procesal, como que ella fija las imputaciones fácticas, jurídicas y personales, luego debe ser precisa, clara, concreta, determinada y coherente, para que el acusado tenga plena claridad sobre los cargos por los que habrá de defenderse y ellos deben estar en consonancia con la sentencia. El desconocimiento de esa congruencia (en lo personal, fáctico y jurídico) vulnera la estructura del proceso y el derecho a la defensa, pues el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido cuando el fallo le hace imputaciones sobre las cuales no tuvo oportunidad de controvertir. (2015, p. 7)

De tal manera, en cuanto al caso en concreto, el Ministerio Público solicita que prospere el cargo, toda vez que en la acusación se mezclaron las

condiciones de determinador, autor intelectual y coautor material impropio, pese a que dichos conceptos son excluyentes, ya que tal y como lo señala se distinguen de la siguiente manera:

Autor es quien realiza la conducta prevista en el tipo, ya directamente o utilizando a otro como instrumento (autor mediato); el concepto de autor intelectual es de legislaciones anteriores, pero se asimila al de determinador. La coautoría comporta la ejecución del delito por varias personas, en el entendido de un acuerdo común, división de trabajo e importancia de los aportes. El determinador es quien por cualquier medio incide en otro y le hace surgir la idea de cometer el delito. (2015, p.8)

De tal manera, que incluso se pudo evidenciar tal yerro en el sentido de que el Tribunal condeno a JHBC en condición de autor determinador, por otra parte, en lo concerniente al tercer cargo, motivado por falta de motivación en las sentencias, ya que según el recurrente señaló:

Respecto de la forma de participación en la conducta punible, los jueces no pueden limitarse a enunciar la categoría escogida, sino que tienen la carga de analizar, valorar y motivar los contenidos materiales del elemento de juicio que ubica la conducta del acusado en los elementos que estructuran la forma de intervención criminal atribuida. (2015, p.9)

Así mismo, el cuarto cargo fue motivado por “indebida aplicación del artículo 30 del Código Penal y falta de aplicación del postulado del in dubio pro reo como consecuencia de errores de hecho producto de un falso raciocinio” (2015, p.15), como se puede evidenciar este cargo es congruente con el tercero.

Ahora bien, en lo pertinente a la Corte, realizo varios pronunciamientos de gran relevancia:

1. En lo que versa al primer cargo, indicó que el presente cargo estaba llamado a no prosperar, por cuanto si bien el móvil no fue con ocasión la condición de sindical de la víctima, esto solamente se pudo establecer hasta la práctica de pruebas, de igual forma dos de los aspectos a tener en cuenta, es que si bien pudo tener que haber habido un cambio de competencia, esto no es causal para una nulidad, por cuanto el Juez especializado como el del circuito común son similares y ambos velan por la garantía del debido proceso del acusado.
2. En lo correspondiente al segundo cargo, la “Corte *casará* la sentencia demandada y *decretará la nulidad* de lo actuado a partir, inclusive, de la providencia que decretó el cierre de la investigación.” (2015, p.23), con base en inicialmente a que la acusación o en su entones denominada resolución de acusación, de conformidad con la Ley 600 de 2000, debía fijar los hechos de forma precisa, clara y concreto y realizar la adecuación típica de la conducta conforme a la modalidad e intervención de la conducta, toda vez que es el punto de partida para el juicio y el fallo.

Lo anterior, con el fin de que el acusado pueda defenderse y tener certeza de lo que le están imputando, de tal manera, en cuanto al caso en concreto señaló:

De la anterior reseña deriva total indeterminación en la imputación fáctica, pues, de una parte, si bien, en gracia a discusión, podría concluirse que se especifican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el hermano del acusado habría determinado la comisión de dos atentados fallidos, no sucede lo propio con el tercer evento, el consumado que dio origen a esta investigación, como que simplemente se anuncia que, a partir de los eventos pasados, de una u otra manera se infería que el acusado intervino en el

homicidio, señalamiento en extremo anfibológico como que al destinatario de los cargos jamás le fue indicado el cómo, cuándo, dónde, (2015, p. 27)

Por su parte, en lo que concierne a la imputación jurídica, afirmó que el autor intelectual hoy en día ya no tiene connotación alguna, así mismo, en lo concerniente al coautor impropio y al determinador, son figuras distintas, por cuanto hay intervención en el ilícito, en cambio que en el determinador es un partícipe que incide a otro a tomar la decisión de cometer el delito.

En conclusión, la presente sentencia deja sin duda alguna un gran precedente normativo, ya que estableció inicialmente la importancia de una acusación clara, precisa y concreta, no solo en el ámbito de que con base en eso se realice el juicio y se pronuncie el fallo, sino que a su vez este resulta ser un factor fundamental para el acusado, por cuanto dependiendo la imputación jurídica versara la estrategia de defensa, por lo cual, una variación de tal magnitud, conlleva a una vulneración al debido proceso y principio de legalidad.

Sin embargo, otro de los aspectos importantes a traer a colación versa en cuanto la afirmación realizada por la Corte Constitucional “ha precisado que cuando se acusa por autoría y, por vía de ejemplo, se condena por determinación, en estricto sentido ello no comporta nulidad, en tanto punitivamente no hay perjuicio para la situación del sujeto pasivo de la acción penal, pero, como acaba de verse, lo acaecido en el caso analizado es diferente debido a las múltiples irregularidades cometidas.” (2015, p. 31).

13.5 Análisis Sentencia C-015/20 – Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

La Sentencia C- 015 del 14 de marzo de 2018, los demandantes solicitan la inconstitucionalidad del inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, que señala que “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”, lo anterior basado en el principio de igualdad.

brinda un trato desigual y perjudicial a una categoría de personas – los partícipes de delitos especiales– que se encuentran en idénticas condiciones normativas a quienes, conforme a la interpretación actual de la Sala [de Casación] Penal de la Corte Suprema [de Justicia], sí son destinatarios de la disminución punitiva consagrada en el mentado aparte del Artículo 30 C. P. —los coautores no cualificados-”. (2015, p.5)

De las intervenciones realizadas por el “profesor Fernando Velásquez Velásquez, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fiscalía General de la Nación, los profesores Francisco Javier Valderrama Bedoya y José Fernando Botero Bernal, decano y profesor de la Universidad de Medellín, y el Ministerio Público” (2018, p.6), es pertinente exaltar lo señalado por el jurista Velásquez, quien afirmó:

La ley indica que "*incurrirá en la pena prevista para la infracción*", que —de entenderse literalmente— conduciría a aplicarle al inductor siempre la misma sanción que al autor, tal como también preconizan otros derechos penales como el alemán y el español; no obstante, si se tienen en cuenta las consideraciones ya hechas, nada se opone a que el fallador imponga una pena inferior cuando sea evidente que la actividad desplegada por el agente no tenga la profundidad suficiente como para determinar por sí sola al autor, máxime que se trata de una equiparación muy discutible desde la perspectiva criminológica amén de injusta. No a otra conclusión puede llegarse en aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad (idoneidad o

adecuación del medio al fin) y culpabilidad, desarrollados en este punto por los arts. 3o , 12 y 61 del C. P., y gracias a consideraciones de justicia material, como ya se explicó. Es, pues, imprescindible admitir la existencia de grados de instigación para no tratar a todos los intervinientes de igual manera, so pena de atentar contra los postulados inspiradores de la codificación e incurrir en marcadas injusticias; por lo demás, eso hace el legislador cuando dispone que se les atenúe la pena en la cuarta parte (1/4), cuando se tratare de su participación en tipos de sujeto activo calificado o de propia mano (art. 30, inc. 4º)

[...] porque de no ser así se llegaría a otro absurdo: la diminuyente para el interviniente se le reconoce a quien es “autor” sin la calidad especial pero no a quien es determinante del mismo autor especial que, por ende, resulta tratado de forma más severa desde el punto de vista punitivo. (C-015/18, p. 10)

De tal manera, se puede evidenciar que el jurista Velásquez realiza una intervención de gran relevancia para el objeto del presente documento, ya que si bien la demanda de inconstitucionalidad no se encontraba dirigida hacia el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, sin embargo, al tener en cuenta que los demandantes basaron la demanda con base en el principio de igualdad, Velásquez afirmó que el establecerle al determinante la misma pena del autor puede conllevar a incurrir a una prohibición de exceso, especialmente partiendo del hecho que al interviniente sin calidad especial se le atribuye una rebaja de pena en la cuarta parte.

En coadyuvancia a la postura del jurista Velásquez, la Universidad de Medellín interviene señalando que:

Para la Universidad es claro “una cosa es al autor y otra el partícipe” y por lo tanto, equipararlos en la sanción representa una vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto sostiene: “siendo el autor y el partícipe normativamente diferentes, en atención a principios constitucionales no ajenos a la dogmática jurídico – penal, merecen un tratamiento sustancial y punitivos diferentes; ahora asimilarlos es

desconocer ese tratamiento más benigno que la ley penal brinda al partícipe". (2018, p.11)

Así mismo, la Corte Constitucional trajo a colación el pronunciamiento realizado mediante la sentencia C-1122 de 2008, la cual se pronunció respecto al "cargo de violación al principio de igualdad erigido frente al trato diferenciado entre servidores públicos y particulares en delitos con sujeto activo calificado" (2018, p. 31), sin embargo la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma demandada, con fundamento en que el autor con calidades especiales exigidas por el tipo penal, como es el caso de los servidores públicos, en razón al que desempeñan se les debe atribuir una mayor pena que a aquel que concurre sin dichas calidades.

Por otro lado, en lo referente a la distinción entre autoría y participación, la Corte señala que:

"autor" será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; "partícipe", aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible. (2018, p.37)

De tal manera, que se tiene que si bien mediante sentencia C-1122/2008, se declaró la exequibilidad del inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 y por ende la constitucionalidad de la rebaja de penas para el autor sin calidades especiales, es pertinente señalar que conforme a lo señalado por Roxin es distinto el abortar la teoría de la autoría y participación en los delitos con sujeto activo calificado, lo anterior en razón al deber que ostentan los sujetos activos calificados.

Ahora bien, en lo que concierne al dominio del hecho "la Corte Suprema, la diferencia fundamental entre el autor y los partícipes es que estos últimos no tienen el dominio del hecho, ni infringen, para el caso de los delitos

especiales, un deber especial” (2018, p.40), en cuanto a los requisitos para ser considerado determinador o instigador penalmente responsable, la Corte Suprema de Justicia afirmó que “debe inducir a la comisión de la conducta y además, “que entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, exista un nexo de correspondencia” (2018, p.40).

En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia definió al determinador de la siguiente manera:

el determinador es aquel que aquél que conscientemente, sin desplegar una actividad esencial en la ejecución del plan, a través de diversos medios logra influir en el autor de forma determinante y definitiva para que cometa, como suyo, el delito. La Corte Suprema ha señalado que el determinador, por carecer del dominio del hecho: “No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo o de la coacción

Por otro lado, la sentencia C-015 de 2018, es de gran importancia por cuanto realizó un análisis respecto a la dosificación de la pena, teniendo como punto de partida la Sentencia Rad. 12191 del 25 de abril de 2002 del Magistrado Ponente Carlos Eduardo Mejía Escoba, quien en su entonces determinó la disminución punitiva, así:

Autor o coautor calificado		Penal Total (PT)
Coautor no calificado	Interviniente	Penal = $\frac{3}{4}$ PT
Determinador no calificado	Interviniente	Penal = $\frac{3}{4}$ PT
Cómplice no calificado	Interviniente	Penal = PT - (1/6 a 1/2) + (-1/4)

(Sent. C-015 de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger, p.46)

Sin embargo, es pertinente señalar que esta postura tuvo posteriormente un cambio mediante la sentencia del 08 de julio de 2003, basado en que el término interviniente utilizado en el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, no puede ser aplicado a los partícipes, ya que únicamente esta dirigido al coautor que no tiene la calidad exigida en la infracción. (M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote).

aquel que realizó como suya la conducta típica y con ello infringió los deberes de sujeción especial que implican las condiciones exigidas por el tipo especial, frente a quien, en concurso con el primero y habiéndose desempeñado con dominio del hecho, no puede constituirse como autor, porque justamente no ha infringido deberes especiales que no le eran atribuibles al carecer de las condiciones requeridas por el tipo, pero para no romper la unidad de imputación se juzga a título de Interviniente. (2018, p.48)

Implicando de tal manera, que actualmente de la interpretación del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, se encuentre la siguiente dosificación, referente al disminuyente punitivo:

Autor o coautor calificado	Penal Total (PT)	
Coautor no calificado 4º inciso del Art. 30 L. 599 del 2000.	Interviniente	Pena = PT-1/4
Determinador (con o sin calificación) 2º inciso del art. 30 L. 599 de 2000.	Partícipe	Pena = PT
Cómplice (con o sin calificación) 3er inciso del art. 30 L. 599 de 2000.	Partícipe	Pena = PT- (1/6 a 1/2)

(Sent. C-015 de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger, p.51)

Al respecto, es pertinente aclarar que la Corte Suprema de Justicia realiza una función de gran relevancia en la interpretación de las normas penales en Colombia, especialmente en procura de evitar confusiones como las acontecidas en la sentencia SP10998-2015, sin embargo, si bien realizó una ratificación de la última postura jurisprudencia respecto a la interpretación de la dosificación punitiva del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, de igual forma, fue clara en señalar que su pronunciamiento en la sentencia C-015 de 2018, únicamente hacía referencia al inciso 4 del artículo 30 del Código Penal Colombiano:

Esa disposición crea, en efecto, una equiparación punitiva entre sujetos que participan en la comisión de un ilícito de forma claramente distinta, pero tiene efectos para todos los delitos, sin importar si se trata de delitos comunes o especiales. Por eso, ese examen de igualdad, está por fuera del estudio que se realiza en el marco del problema jurídico de esta sentencia, por cuanto se trata de una norma diferente y no es posible hacer una integración normativa. (2018, p.65)

Resultando de tal manera que de lo afirmado por la Corte Constitucional se establezca la exequibilidad de la norma demandada, con base en el hecho de que es constitucionalmente aceptable que se le atribuya una disminución punitiva a aquel que concurre a la realización de la conducta sin las calidades especiales señaladas por el tipo penal, especialmente, con base en la interpretación que se le brinda a la relevancia de actuar cuando la responsabilidad proviene de la infracción de un deber especial “bajo el presupuesto de que las condiciones especiales solo se requieren al autor y no al instigador ni al cómplice, por lo que el lleno o la carencia de esos requisitos solo puede tener efectos para el primero” (2018, p.64).

En concordancia de lo anterior, se puede evidenciar como la Corte Constitucional le atribuye una mayor importancia a la calidad con que se actúa en la conducta punible, no obstante, es dable señalar que por medio de la

sentencia objeto del presente análisis, dejó de igual forma una amplitud en la interpretación de la integridad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, toda vez que para la Corte “la dosificación de la sanción penal no se puede resolver de forma abstracta, sino que es en cada caso concreto y a la luz de los hechos y con base a las pruebas disponibles que debe fijarse” (2018, p.65).

14. ALTERNATIVA DE SOLUCION

De tal manera, se ha podido observar en el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, objeto de la presente investigación, se concluye que es una vulneración al principio de igualdad, proporcionalidad y prohibición de exceso del Determinador, en virtud de ello es dable señalar que la alternativa de solución propuesta se enmarca en dos aspectos:

A) La necesidad del surgimiento de criterios que establezcan el grado de instigación del Determinador y, por ende, la adopción de parámetros que le permitan desde la imputación hasta la imposición de una sanción, el tener plena certeza de lo que se debe entender como Determinador y las implicaciones que tuvo al ser considerado partícipe mas no autor.

B) En segundo lugar, resulta de gran necesidad el interponer una acción de inconstitucionalidad contra la citada normativa, lo anterior teniendo en cuenta que a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, la Constitución Política de 1991 e incluso el Código Penal Colombiano vigente, el atribuirle una mayor pena a aquel que no tiene el dominio del hecho ni interviene materialmente en la conducta que a aquellos que incluso tienen una gran incidencia en la realización y

materialización del ilícito., resulta ser una vulneración al principio de prohibición de exceso.

Al respecto, es menester traer a colación aspectos de gran relevancia respecto a la demanda de inconstitucionalidad, mecanismo que como lo enmarca el decreto 2067 de 1991, puede ser utilizado por todos los ciudadanos lo cual busca que se retiren o modifiquen del ordenamiento jurídico leyes, decretos con fuerza de ley, entre otros que violen o contradigan la constitución política de 1991

Que como se esboza en el artículo 2° del Decreto citado anteriormente, señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad.

Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con **precisión el objeto demandado**, el **concepto de violación** y la **razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto**. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo (Sent. C-623 de 2015, M.P.: Alberto Rojas Ríos) (negrilla fuera del texto)

Así mismo, las razones para interponer una demanda de inconstitucionalidad, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes como lo ha explicado la Corte Constitucional en la Sentencia C-1052 de 2001:

La **claridad** se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa El requisito de **certeza** exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión

con el texto de la disposición acusada. La **especificidad** demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad. La **pertinencia** se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas. Finalmente, la **suficiencia** guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada” (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa) (negrilla fuera del texto)

Finalmente, se busca contribuir con las investigaciones en materia penal enfocadas en la categorización de los autores y partícipes del delito, esto con el fin de que exista un avance en la producción de nuevo conocimiento que permita, propender por la constitucionalidad de las normas, más aún cuando de por medio se están coaccionando derechos tan fundamentales como el de la libertad.

15. CONCLUSIONES

Con base en el cumplimiento de los objetivos propuestos, se puede evidenciar que con la culminación de cada uno de los marcos junto con los capítulos y en concordancia con la hipótesis basada en establecer si el atribuirle la misma pena al determinador de la conducta punible constituye una vulneración de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y prohibición de exceso de la pena, se estableció la necesidad de proponer una alternativa a la dosificación de la pena del Determinador, fundada principalmente en la

teoría del dominio del Hecho de Roxin y postulados constitucionales, así como las afirmaciones que se esbozan a continuación:

A) Del análisis realizado respecto al acontecer histórico de los Códigos Penales Colombianos, se puede establecer que desde 1837 se realizaron los primeros aportes a lo que se conocería hoy en día como la autoría y la participación, posteriormente, el Código Penal de 1890, tuvo como punto de partida un concepto de autor, conforme a la autoría directa, mediata y al inductor, implicando de tal manera la imposición al inductor de la misma pena establecida para el autor directo, por cuanto era clasificado y considerado como autor.

De tal manera, que fue solo hasta la expedición del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, que con las modificaciones realizadas en la legislación anterior, se eliminó la figura del autor intelectual y se le atribuyó al Determinador la condición de partícipe, sin embargo, por parte del legislador no se percató en realizar una diferenciación punitiva respecto al Determinador frente al autor que materializa el acto, quien ejerce y tiene el dominio del hecho.

B) De acuerdo con la investigación esbozada, es claro indicar que, respecto a las decisiones judiciales, debe existir una motivación razonable, que esté acorde con los principios de antijuricidad, culpabilidad, tipicidad y la forma de participación que tuvo el condenado, elementos esenciales que permiten evidenciar la objetividad impartida por el juez y la no incurrancia en decisiones arbitrarias, lo cual en palabras del jurista Sandoval, es menester señalar:

En un Estado de derecho como el nuestro no se puede aceptar que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo

mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, o que infrinjan los derechos fundamentales de la persona humana, pues principios como el de justicia, libertad y dignidad humana impiden hacerlo. (Sandoval López, 2000, p.58)

- C) Para que el Determinador sea considerado como tal, no debe poseer el dominio del hecho, ya que sería considerado autor mas no partícipe, así mismo, “la inducción debe ser directa, eficaz y expresa” (Cardona, 2015, p.23), es decir, debe estar dirigida al Determinado, al igual que se idónea es y que como consecuencia de ello, permita convencer al Determinado de la comisión del Delito y finalmente, debe ser expresa por cuanto “se exige para su constitución la presencia de un influjo síquico explícito y claro sobre el inductor” (2015, p.23).

- D) El autor intelectual es una figura jurídica que desapareció con la expedición del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, sin embargo, con base en el análisis realizado en la sentencia SP10998-2015, se pudo evidenciar que en ocasiones erróneamente hoy en día se continúa trayendo a colación, por lo cual, es menester ratificar que “el autor intelectual se distingue del Determinador, ya que “el autor intelectual es el que planifica o adopta al forma de realización general del hecho, aunque no participe en su fase de ejecución material, en cambio el instigador es el que simplemente determina el dolo en otro” (Gómez, 2014, p.266)

- E) La pena a la luz del principio de proporcionalidad conlleva a establecer que el operador judicial al momento de la dosificación punitiva respecto a cada caso en concreto, debe tener en cuenta la modalidad de la conducta, la forma de participación, al igual que la función y los fines de la misma, ya que es pertinente recordar que la pena es la máxima restricción del Estado respecto al Derecho Fundamental de la Libertad.

F) Así mismo, de las teorías sobre la autoría y participación analizadas especialmente en el capítulo segundo del presente documento, se pudo evidenciar el desarrollo doctrinal que surgió a lo largo de la historia en torno a los conceptos de autor y partícipe, iniciando desde el concepto unitario de autor, que consideraba a todos los que concurren en la conducta como autores, es decir, que en congruencia con la teoría de las equivalencias y condiciones previamente analizada, implica que tanto el que aporta una causa como condición para determinado resultado, debe ser considerado como causa de la misma.

Posteriormente, surgió la necesidad de establecer la distinción entre la autoría y participación, con el fin de traer a colación el concepto de accesoriedad, y por ende, un concepto extensivo de autor, conllevando a que, para que se le pueda atribuir responsabilidad al partícipe debe haber existencia del autor, más sin embargo en contrario sensu, no se requiere al partícipe para atribuirle responsabilidad al autor, otorgando inició a la teoría del interés, basada en establecer dicha distinción con base en el interés de la realización de la conducta, toda vez que a aquel que le interese el resultado de la conducta punible debe ser considerado como autor.

Consecuentemente, surgieron varias teorías que llevaron al origen del concepto restrictivo de autor y la Teoría del dominio del hecho, hoy vigente, que se basa principalmente en que será considerado autor aquel que domina la realización del hecho, con base en la acogida de dicha teoría, el Determinador es considerado como partícipe, toda vez que NO inhibe la voluntad del autor directo de la conducta delictiva y por tal razón, no tiene el dominio del hecho, dicho desarrollo doctrinal,

permite establecer como a lo largo de la historia se buscó distinguir la autoría de la participación, hasta el punto de considerar la participación accesoria de la autoría y por ende de menor punibilidad.

De tal manera, se concluye que la Dosificación punitiva del Determinador en comparación con la del interviniente sin calidades especiales y el Cómplice, resulta ser exorbitante, ya que inicialmente como se ha establecido a lo largo del presente documento hoy en día se distingue la participación de la autoría, así mismo, más allá de adoptar un postula doctrinal, dicha distinción tiene como principal consecuencia la dosificación punitiva, de tal manera que incluso en congruencia con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C -015/2018 “resulta constitucionalmente inadmisibles que quien tiene menor responsabilidad en la comisión de un hecho ilícito termine pagando una pena mayor que aquel que es más responsable”.

16. LISTA DE REFERENCIAS

Abaunza Forero, c.I & Mendoza Molina, M. A. y Bustos Benítez P. (2014). Adultos mayores privados de la libertad en Colombia. (marzo de 2018). Universidad del Rosario, Instituto Rosarista de Acción Social. Recuperado de: <http://www.urosario.edu.co/Accion-Social-SERES/Documentos/pi-Adultos-mayores-SERES/>

Adam J. Kolber. (2012). Against Proportional Punishment. VANDERBILT Law Review Vol. 66:4:1141. Consultado el 03 de septiembre de 2020. antonioacasella.eu/archiva/Kolber_2013.pdf

Aguirre Huerta, J. (s.f.). Desmitificación del autor intelectual en el concurso de personas, dentro del Derecho Penal. Recuperado de <https://www.derecho.uady.mx/tohil/rev20/Desmitificacion%20del%20autor%20intelectual.pdf>

Alfonso Pérez, A., Cristancho Salamanca, M. (2010). Elementos de la Pena en la Jurisprudencia Penal Colombiana. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6269/AlfonsoPerezAnaLeonor2010.pdf;jsessionid=A599F4FE81C0BFDD0674BE0C079C9E5E?sequence=2>

Arenas, L. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. Revista Criminalidad, Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a07.pdf>

Arroyave Díaz, R. (2011). *La coparticipación criminal*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales

Baquero Paniagua, Martha Consuelo & Duarte Franco, Luis Javier. (1992). *Punibilidad y Dosimetría*. Bogotá, D.C., Colombia: Para optar por la Tesis de Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Facultad de Jurisprudencia

Beccaria, Cesare Bonesana. (2016). *De los delitos y de las penas 1738 - 1794*. (5 ed.). Bogotá, D.C.: Editorial Temis. Estudio preliminar Luigi Ferrajoli

Bernate Ochoa, F., Sintura Varela, F. (2019). Compilación Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Lei 112 de 26 de junio de 1873). (1). 1-171. Recuperado a partir de <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/codigo-penal-1873.pdf>

Cárdenas Lesmes, R. M. (2010). Justicia nacional y corte penal internacional. Portafolio, Retrieved from <https://ezproxy.unicolmayor.edu.co/docview/334494115?accountid=5043>

Ceballos, E. B. M. d. E. (2014). EL DEBATE ACTUAL SOBRE LOS FINES DE LA PENA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA. *Revista De Derecho Penal y Criminología*, (11), 119-145. Retrieved from <https://ezproxy.unicolmayor.edu.co/docview/1782076108?accountid=5043>

8

Cepeda M., Castor Antonio. (2001). *Evolución sociológica e histórica de la pena*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Águila – Bogotá, para optar por la Tesis de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Cita Triana, R., González Amado I. (2017). La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana. Recuperado de <https://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/LaPropoPenLeCol.pdf?ver=2017-03-29-110809-953>

D'angelo, A. S. (2011). La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. *Revista de Derecho*, (35), 244–263. Retrieved from <http://ezproxy.unicolmayor.edu.co:2096/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=67415869&lang=es&site=ehost-live>

Diana Maite BayonaAristizabal1Alejandro GómezJaramillo2Mateo MejíaGallego3Víctor Hugo OspinaVargas4. (2017). DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA. Bogotá, D.C.: Acta sociológica Universidad Nacional Autónoma de México URL <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257>

Díaz M., García C. (2008). Autoría y Participación. Recuperado de http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf

El Espectador. (2015). La resocialización en la política criminal de Colombia es un fracaso: Fiscal General. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/resocializacion-politica-criminal-de-colombia-un-fracas-articulo-544234>

Flórez Aristizabal, E., Mojica Araque, C. A. (2019). Dosificación punitiva y “pena única” en la legislación colombiana. Recuperado de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32372>

Fundación Caminos de Libertad. (2013). El sistema penitenciario colombiano, un solo caos. Recuperado de: <http://caminosdelibertad.org/index.php/noticias/item/180-el-sistema-penitenciario-colombiano-un-solo-caos-con-cuello-de-embudo>.

Gómez Inti. (2015, 25 de agosto). Los retos de la lucha contra la informalidad en Colombia. Recuperado de: C:/ Texto%20del%20art%C3%ADculo-627-1-10-20180308.pdf

Gómez López, J. (2014). Esquema de la Teoría del Delito. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez

Guillermo.(2006). Teorías de las ciencias sociales y de la educación: Epistemología, México: Editorial Trillas.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., Baptista, P. (2000). Metodología de la Investigación. México D.F. (2). 1- 499. Editorial Ultra S.A. de C.V

Hernando Ubaté, J. (2010). Temas fundamentales de Derecho Penal General. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Libre de Colombia.

James T. Mchugh. (2008). Utilitarianism, Punishment, and Ideal Proportionality in Penal Law: Punishment as an Intrinsic Evil. UCL Bentham Project Journal of Bentham Studies, vol. 10. Consultado el 30 de agosto de 2020. https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/1322979/1/010_McHugh__2008_.pdf

Jim Staihar. (2012). Proportionality and Punishment. IOWA Law Review Vol. 100:1209. Consultado el 02 de septiembre de 2020. <https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-100-3-Staihar.pdf>

Joel Goh. (2013). Proportionality - An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System. The University of Manchester. Consultado el 02 de septiembre de 2020. [https://hummedia.manchester.ac.uk/schools/law/main/research/MSLR_Vol2_4\(Goh\).pdf](https://hummedia.manchester.ac.uk/schools/law/main/research/MSLR_Vol2_4(Goh).pdf)

Jorge Suescún-Melo, Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo I, 150, 2a ed., Legis Editores, Bogotá (2003).

Larrauri Pijoan, E. (2002). Introducción a la Imputación Objetiva. En Quiceno Álvarez, F. (2002) Imputación Objetiva y Antijuricidad: estudios de derecho penal general (79-94). Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Bolivariana

Loannis Rodopoulos. (2017). The dialectical function of the principle of proportionality: a European perspective. University of Luxembourg. Consultado el 28 de agosto de 2020. https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-7869-2017-3-201.pdf?download_full_pdf=1

López Cantoral, E. (2021). El Iter Criminis en el Derecho Penal. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2021/05/19/el-iter-criminis-en-el-derecho-penal/>

Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Fundamentos de derecho civil patrimonial, tomo V, 360, Editorial Thomson, Civitas Ediciones, Madrid (2007).

Mardones, J.M. Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica, Barcelona: Editorial Anthropos, 1991.

Merkel, A. (2005). Las Penas: necesidad, especies, determinación, imposición y extinción. Bogotá D.C. Leyer

Mike C. Materni. (2011). Criminal Punishment and the Pursuit of Justice. Harvard. Consultado el 01 de septiembre de 2020. <https://hls.harvard.edu/content/uploads/2011/09/michele-materni-criminal-punishment.pdf>

Mirko Bagaric & Sandeep Gopalan. (2016). Saving the United States from lurching to another sentencing crisis: taking proportionality seriously and implementing fair fixed penalties. SAINT Louis University School of Law Vol. 60:169. Consultado el 03 de septiembre de 2020. https://www.slu.edu/law/law-journal/pdfs/issues-archive/v60no2/mirko_bagaric_and_sandeep_gopalan_article.pdf

Montoya Vacadiez, D. M. (2013). Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos. Derecho Penal y Criminología, 34(97) Retrieved from <https://ezproxy.unicolmayor.edu.co/docview/1620638725?accountid=5043>

Olásolo Alonso, H. (2013). Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. Valencia. Tirant Lo Blanch.

Oliver Calderón, G. (2016). Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales,

11(22), 766–793. <https://ezproxy.unicolmayor.edu.co:2162/10.4067/S0718-33992016000200013>

Packer, M. (2010). La investigación hermenéutica en el estudio de la conducta humana. California: Traducción Universidad del Valle. Recuperado de <https://www.psicologiacultural.org/Pdfs/Traducciones/La%20investigacion%20hermeneutica.pdf>

Palacio, G. 1996. La investigación socio jurídica: para desafiar la estéril autocomplacencia profesional. En: revista de teoría del derecho y análisis jurídico, Universidad Nacional de Colombia, facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Bogotá D.C.

Pinzón Pinzón, J., Hernández, A. (2002). Individualización de las penas privativas de libertad: Manual práctico. Bogotá D.C. Librería del Profesional

Philippe Le Tourneau, La responsabilidad civil, 81, Legis Editores, Bogotá (2010).

Richard Garside. (octubre, 2006). Does criminal justice work? The 'Right for the wrong reasons' debate. Crime and Society Foundation. Consultado el 30 de agosto de 2020. <https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/right%20for%20wrong.pdf>

Ruíz Domínguez, Armando David. (2001). Justicia Penal y Dignidad Humana. (1 ed.). Cali – Valle del Cauca, Colombia: Reyes Editores.

- Sabino, Carlos A. (1997). El proceso de investigación, Bogotá D.C.: Panamericana Editorial Ltda., Tercera Edición
- Sampedro, J. (1998). Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano. Eguzkilore(Número extraordinario) 12, 107-111.
- Sandoval López, R. (2000). La vigencia del recurso extraordinario de casación penal frente al nuevo Código de Procedimiento Penal. *Derecho Penal Y Criminología*, 21(70), 53-64. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1103>
- Saray Botero, N. (2011). Dosificación judicial de la pena. Bogotá D.C. (1). 1-565. Leyer
- Sebastián Felipe Sánchez Zapata. (2014). La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. Barranquilla.: revista de derecho, universidad del norte, 42: 1-64 URL <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a03.pdf>
- Tisnes, J. (2013) La dosificación de la Pena. Dialnet, (9), 33-56. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5549052>
- Trejos, A. & Hernández Martha. (2014). Análisis de la función de los programas de resocialización frente a la política penitenciaria del establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad de la 40 de la ciudad de Pereira entre 2013/i -2014/ii. Recuperado de: <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/544/AN%C3%81LISIS%20DE%20LA%20FUNCI%C3%93N%20DE%20LOS%20PROGRAMAS.pdf?sequence=1>

Urbano M., Jose Joaquín. (2011). Lecciones de Derecho Penal. Universidad del Externado de Colombia.

VonBernath, J. W. (2017). Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales*, 12(24), 754–785. <https://ezproxy.unicolmayor.edu.co:2162/10.4067/S0718-33992017000200754>

Youngjae Lee. (2012). Why proportionality matters. *University of Pennsylvania Law Review*. Consultado el 02 de septiembre de 2020. [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue6/Lee160U.Pa.L.Rev.1835\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue6/Lee160U.Pa.L.Rev.1835(2012).pdf)

Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, tomo I, 91, Editorial La Ley, Buenos Aires (2006).

17. Legislación y Jurisprudencia

EL PUEBLO DE COLOMBIA. (1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, D.C., 1991. no. 116

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2014). Ley 1709. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2014. no. 49186.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40999.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2009). Ley 1328. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2009. no. 47411.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1953). Ley 1753. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2015. no. 49538.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2005). Acto Legislativo 1. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2005. no. 45980

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. (1980). Decreto 100 Por la cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C. no. 35.461

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal, sentencia rad. 52001 de 27 de agosto de 2019, M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal, sentencia rad. 53122 de 27 de febrero de 2019, M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 015 de 14 de marzo de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sentencia rad. 38685 de 19 de agosto de 2015, M.P.: José Luis Barceló Camacho

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-589 del 11 de septiembre del 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 365 de 16 de mayo de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-213 del 27 de marzo de 2011, MP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-190 del 18 de marzo de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 818 de 13 de octubre de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-115 del 13 de febrero de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-1184 del 03 de diciembre de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia Rad.14.124 del 20 de abril de 2006, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 647 de 20 de junio de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU - 846 del 06 de julio de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T – 432 de 25 de junio de 1992, M.P.: Jaime Sanín Greiffeinstein, Ciro Angarita

