

Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos



Paola Casabianca-Zuleta*

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2008

Fecha de aprobación: 24 de marzo de 2009

RESUMEN

En Colombia, los tipos penales ubicados en la parte especial del Código Penal están redactados como si la única forma de desarrollarlos fuera siendo el autor de la conducta punible allí descrita. Sin embargo, en la parte general del Código Penal encontramos otras formas de responder penalmente por la conducta descrita en la parte especial. La complicidad es una de estas formas. Y aunque la complicidad está consagrada en el Código Penal, al no aparecer dentro de los tipos penales, es ignorada o lo que es aún peor, se utiliza incorrectamente. Por lo anterior, este artículo pretende reflexionar sobre la vigencia de la complicidad, y para ello analiza qué es la complicidad, su diferencia con la coautoría y cómo funcionaría la complicidad en algunos casos prácticos, relacionados con delitos socio-económicos



* Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializada en Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia, graduada del Programa de Doctorado en Aspectos Jurídicos y Económicos de la Corrupción en la Universidad de Salamanca, aspirante a Doctora. Ex fiscal delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá (E), miembro de la Reunión Informal del Grupo de Expertos de Investigaciones Conjuntas de Naciones Unidas, consultora del Proyecto Cooperación en la Lucha contra el Tráfico de Cocaína entre Cuerpos de Seguridad de Latinoamérica-Caribe y África Occidental, de Naciones Unidas. Profesora de Derecho Penal General de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Correo electrónico: paocasabianca@gmail.com

en los cuales la complicidad se ha ignorado o se ha utilizado incorrectamente. Se concluye que la complicidad sigue vigente y que su correcta aplicación materializa el ideal de la justicia.

Palabras clave: complicidad, autoría, coautoría, aporte.

Reflections about Complicity and its Application in some Socio Economics Crimes

ABSTRACT

In Colombia, the definitions of crimes are found in the special part of the Criminal Code. They are set out as though the only way of to commit them was by being the author of the punishable conduct there described. Nevertheless, in the general part of the Criminal Code, we find other forms of criminal responsibility for the conduct described in the special part. Complicity is one of those ways.

Although complicity is established in the Criminal Code, it does not appear as a criminal definition and, as such it is ignored or, worse, applied incorrectly.

For those reasons, this article tries to reflect upon the validity of complicity. Accordingly, this article analyzes: what is complicity, what is the difference between complicity and co-authorship and how would complicity work in some practical cases related to socio-economic crimes, in which it has being overlooked or, has been used incorrectly. The article concludes that complicity is still valid, and that the correct application of complicity materializes the ideal of justice.

Keywords: Complicity, authorship, co-authorship, contribution.

INTRODUCCIÓN

En Colombia se privilegia la extensión del concepto de autor sobre el partícipe; así lo ha indicado la jurisprudencia. Adicionalmente, la técnica legislativa utilizada para ciertas conductas punibles busca la menor aplicación de dispositivos amplificadores del tipo penal, como la complicidad o la tentativa, por cuanto éstos acarrear una disminución punitiva inconveniente a las razones de política criminal. Dicha situación repercute en que se tienda a ignorar figuras como la complicidad o, lo que es peor, a utilizarlas incorrectamente.

Por esta razón, el presente escrito pretende reflexionar sobre la vigencia y correcta utilización de este dispositivo amplificador de tipo penal, para lo cual, en primer lugar, se procederá a estudiar brevemente qué es la *complicidad* y, posteriormente, su aplicación en algunos casos prácticos relacionados con delitos socioeconómicos, en los cuales la complicidad se ha desconocido.

1. Ubicación del concepto de complicidad

En general, la redacción de los tipos penales está enfocada a conductas consumadas y realizadas por un solo sujeto activo, sin perjuicio de los tipos plurisubjetivos. No obstante, en la parte general del Código Penal se encuentran dos dispositivos amplificadores de los tipos penales, los cuales hacen posible que la punibilidad contemplada en el tipo penal, o una proporción de ella, se aplique a ciertos momentos del *iter criminis*, y a personas diferentes al sujeto activo, pero que intervienen igualmente en la realización del injusto. Estos dispositivos son: la tentativa y la coparticipación.

La complicidad constituye una de las dos modalidades de la coparticipación, conforme lo señala el artículo 30 del Código Penal, que, por cierto, enuncia dos categorías de participación criminal, pero termina haciendo referencia a tres figuras que influyen de manera diferente en el injusto: el determinador, el interviniente y, por supuesto, el cómplice.

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.

En el caso del *interviniente*, su consagración en el inciso final de este artículo no fue muy afortunada, pues éste no es un partícipe, sino la persona que actúa en compañía del autor cualificado de un injusto propio, y ejerce el codominio con éste.

Finalmente, el *cómplice* es el partícipe que colabora al autor y, al hacerlo, crea un riesgo no permitido, al favorecer la conducta anti-jurídica de éste, pues mejora sus oportunidades de lesionar o amenazar el bien jurídico tutelado. De ahí el reproche a su conducta.

En otras palabras: “Una conducta de colaboración es peligrosa cuando era objetivamente previsible su aptitud para elevar, rebasando el riesgo permitido, las posibilidades de lesión por el autor, de un bien

jurídico protegido también frente al cómplice”.¹ Ahora bien, dicha previsibilidad a la que se refiere la autora, que debe ser objetiva —es decir, *ex ante*—, y el incremento del riesgo que debe ser real, significa que si la colaboración del cómplice al autor es indiferente al éxito del crimen o, incluso, disminuye las posibilidades de éxito, este colaborador nunca podrá considerarse cómplice. Será, en cambio, cómplice si la realización del plan no depende de su contribución, si los otros podrían actuar sin su contribución.²

Según el artículo 29 del Código Penal, autor es quien ejecuta la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Aclara la norma que son coautores quienes, al mediar un acuerdo común, actúan con división criminal, teniéndose en cuenta la importancia del aporte. El coautor puede ser propio o impropio, según desarrolle la totalidad del tipo penal, o lo haga según un plan en el cual se dividen las funciones para asegurar el éxito en la consumación de la conducta punible.

De igual forma, la Ley 599 de 2000 da tratamiento de autor a quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho, de una persona jurídica, o cualquier ente colectivo, o de persona natural, y realice una conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad de la figura no concurren en él, sino en la persona o ente representado.

De los artículos 29 y 30 del Código Penal se concluye: la legislación colombiana consagra un sistema diferenciador de autor opuesto a los sistemas unitarios; pues, mientras que en los sistemas unitarios de autor existen diferentes tipos penales que reconocen variadas formas de comisión del hecho, donde todas ellas son exclusivas de la figura del autor, en Colombia existe un solo tipo penal, con varias modalidades de ser cometido, como autor, coautor, interviniente, determinador o cómplice.

Autores como Roxin consideran que el sistema unitario aparentemente resulta más simple, pero en la práctica puede aumentar la punibilidad, al incluir dentro del círculo de autores a todos los que se inmiscuyen en la conducta.³



¹ María del Carmen López Peregrin, *La complicidad en el delito*, Tiran Monografías, Valencia, 1997, p. 233.

² José Cerezo Mir, “La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal española”, *Revista de Ciencia del Derecho Penal Español*, fascículo I, enero-abril de 1975, pp. 41-65.

³ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Marcial Pons Librero Editor, Barcelona, 2000, pp. 489 y ss.

Por otra parte, toda vez que en los sistemas unitarios la responsabilidad de cada cual es autónoma en un plano de igualdad, en países donde se consagra este sistema pueden ocurrir situaciones como la que se observó en la película *Acusados*, ganadora de varios premios Oscar en 1988, donde la protagonista es violentada sexualmente por unos hombres y, a pesar de que los autores son absueltos por considerarse inexistente el acceso carnal, quienes actuaron como determinadores de la violación sí son condenados como determinadores responsables de esa misma conducta.

Situaciones como la que plantea esta película son inadmisibles en un sistema diferenciador como el colombiano, donde, en virtud del principio de *accesoriedad* en las diferentes formas de participación en el injusto, si se considera inexistente la conducta punible imputable al autor, nunca existirá para los partícipes y, por tanto, nunca podrá condenarse al supuesto partícipe de la inexistente conducta.

1.1. Requisitos de la complicidad

A continuación se exponen los requisitos de la complicidad.

1.1.1. Existencia de un autor

La complicidad implica una actuación delictiva accesoria al injusto del autor o autores, y, por consiguiente, para que exista un cómplice deberá existir, al menos, un autor, sin que sea necesario que este autor se haya identificado e individualizado previamente dentro de la respectiva investigación y basta que se tengan indicios de su existencia. Por otra parte, la conducta del cómplice debe estar inmersa en la conducta principal, pues si desarrolla un tipo penal diferente, no existiría complicidad, sino concurso de tipos penales; sin embargo, aunque debe haber una vinculación entre la conducta principal y la conducta del cómplice, no tienen que desarrollarse de manera coetánea.

1.1.2. Existencia de un acuerdo de voluntades previo o concomitante a la conducta del autor

Acuerdo de voluntades que, a su vez, comprende dos aspectos: el primero de ellos es que debe existir claridad en el hecho de que el

cómplice está contribuyendo a un injusto ajeno, y, en segundo lugar, que el acuerdo sobre los alcances de la colaboración solicitada al cómplice es puntual y debe realizarse conforme con las pautas fijadas por el autor; pues si el cómplice diera las pautas de su contribución, al hacerlo obtendría el dominio del hecho en ese momento, y ya no sería cómplice, sino coautor.

Así lo explica Zaffaroni: “La instigación y la complicidad son dos formas de extensión típica en virtud de las cuales un sujeto puede ser punible por afectar bienes jurídicos mediante su conducta dolosa, aunque carente del dominio del hecho”.⁴

En el mismo sentido, la jurisprudencia colombiana ha indicado que el cómplice tiene que ser un colaborador externo de la conducta de los coautores:

Cuanto para imputar al sindicado la condición de autor o cómplice no resultaba indispensable que tomara parte en la totalidad de las fases de preparación o ejecución del delito, sino que era suficiente con que existiendo unidad de propósito participara en cualquiera de las etapas del recorrido criminal, de lo cual surgía si se trataba de un colaborador o de un autor, condición última que, a la vez, podía ser cargada no sólo al que cumpliera el acto material, sino a quien por tener tanta responsabilidad como este, resultaba ser un coautor.⁵

No obstante lo anterior, tal como lo anota Gimbernat, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo español de finales del siglo XIX y de principios del XX donde se utiliza la expresión *ausencia de confabulación*, para diferenciar la coautoría de la complicidad, lo que da a la complicidad la condición de carencia de falta de acuerdo.⁶ Si bien es cierto que el coautor requiere un acuerdo previo de definición de tareas, el cómplice también debe acordar su colaboración o auxilio de manera previa o coetánea a la ejecución de la conducta criminal.

1.1.3. Que el aporte del cómplice consista en una ayuda que favorezca la conducta del autor

Sobre este asunto deben realizarse las siguientes precisiones:

- a. La ayuda no puede ser de tal importancia que constituya la ejecución de todo o de parte del hecho punible; en este caso, no estaríamos



⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 762.

⁵ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 21 de agosto de 2003, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez, Expediente 19213.

⁶ “Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo de Enrique Gimbernat Ordeig”, en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat%20critica.pdf, consulta del 23 de marzo de 2009.

frente a la complicidad, sino ante la coautoría. Así lo ha indicado la Corte Suprema en la siguiente sentencia:

Es preciso determinar que de ese principio de convergencia debe distinguirse, primero, si la participación no tuvo la relevancia o intensidad indispensable para estimar al partícipe como autor, sino como cómplice, dificultad que la ley actual supera y aclara “atendiendo la importancia del aporte”, de tal manera que si el aporte no es importante, se debe entonces remitir a la figura de la complicidad y, segundo, si uno de los participantes actuó por fuera de lo pactado, lo cual conduce al exceso y la prohibición de regreso, pues en tal evento, la responsabilidad la asume el respectivo concurrente.⁷

Esta posición del Alto Tribunal se sigue manteniendo, como se indica a continuación:

En realidad no resulta comprensible que con distanciamiento de las normas que regulan la coautoría y complicidad criminal, se diga que una intervención de esa naturaleza pueda calificarse como mera complicidad, pues ni la más extrema de las teorías alrededor de los temas analizados, autoriza desconocer la realidad de la conducta asumida por el sujeto agente frente al delito, pues si el procesado no ha “contribuido” a la realización del hecho, ni ha “prestado ayuda posterior al mismo”, sino que inequívocamente lo ha *realizado* con otro, su intervención como protagonista lo ubica en el plano del coautor.⁸

- b. La ayuda debe ser suficiente para favorecer la conducta del autor, pues si no beneficia en nada o incluso la perjudica, no estaremos frente a la complicidad.

1.1.4. Que el cómplice actúe dolosamente

En caso de no existir conocimiento ni voluntad por parte del presunto cómplice, no se estaría ante un supuesto de complicidad, sino ante la ausencia de responsabilidad. En sentencia de abril 4/2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, indica claramente que el dolo es un requisito en la complicidad.

La doctrina alemana está acorde con este planteamiento. Hans Heinrich Jescheck y Claus Roxin aceptan la complicidad, incluso para el dolo eventual, y rechazan la complicidad culposa, por cuanto para estos tratadistas debe existir una convergencia de las

⁷ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 18 de febrero de 2004, por el magistrado ponente Helman Galán, Expediente 19910, 2004.

⁸ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006, por el magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, Expediente 22327, 2006.

voluntades del autor y de la voluntad del cómplice hacia el mismo hecho delictivo: convergencia que sólo aparece en el tipo doloso.

En Italia, el artículo 113 del Código Penal consagra expresamente la cooperación en el delito culposo.⁹ En Colombia, el anteproyecto del Código Penal de 1980 consagraba la modalidad culposa, tanto para la coautoría como para la participación, pero este artículo no apareció en el texto final.¹⁰ Ahora bien, la doctrina colombiana ha acogido la posibilidad de incluir la modalidad culposa en la participación. No obstante, al analizar dicha doctrina, puede observarse que cuando se refiere a la participación culposa se centra en la determinación y no en la complicidad.¹¹ En todo caso, la doctrina es unánime en considerar que no es posible que exista dolo en el cómplice y culpa en el autor.

1.1.5. Que la cooperación del cómplice sea concomitante a la realización de la conducta antijurídica o posterior a ésta por acuerdo anterior o concomitante a ella

Si este acuerdo no existiera, la colaboración prestada al injusto no sería complicidad, sino que se constituiría en el injusto de *encubrimiento*, en sus dos modalidades: *favorecimiento* y *receptación*.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que no todo evento de ayuda posterior puede catalogarse de complicidad, sino aquella que es una mera coadyuvancia, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

Quando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.¹²



⁹ Italia, Parlamento, Código Penal, R. D. n. 1398 de 1930.

¹⁰ El articulado del proyecto del Código Penal de 1980 disponía lo referente al autor en el artículo 24, lo referente al cómplice en el artículo 25, y en el artículo 26 se decía lo siguiente: "Lo dispuesto en los artículos anteriores se aplicará también al delito culposo", norma que no apareció en el Código Penal de 1980.

¹¹ En la obra *Derecho penal* general de Alfonso Reyes Echandía se hace alusión a escritos sobre la participación culposa. Igual estudio hace Esiquio Manuel Sánchez Herrera, en la obra *Imputación objetiva y delito imprudente en el nuevo Código Penal*.

¹² Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 22 de mayo del 2003, por el magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, Expediente 17457, 2003.

2. LA PUNIBILIDAD DEL CÓMPLICE

2.1. Fundamento de la punibilidad

Mientras que en los sistemas unitarios se tipifica cada forma de participación de manera independiente y, por tanto, se le da una punibilidad diferente a cada conducta, en los sistemas diferenciadores el fundamento de la punición de la conducta del cómplice descansa en la teoría de la *contribución a la lesión del bien jurídico tutelado*.

De acuerdo con esta teoría de la contribución a la lesión del bien jurídico tutelado, el cómplice realiza un aporte causal al resultado anti-jurídico, porque aunque el daño sólo se logra por medio de la conducta del autor, es innegable que este partícipe ha contribuido y facilitado al autor obtener el resultado antijurídico; de ahí que la punibilidad del cómplice irá en proporción a dicha contribución al autor.

2.2. Punibilidad del cómplice según el Código Penal colombiano

El artículo 30 del Código Penal dispone para el cómplice una disminución punitiva de la sexta parte a la mitad de la pena que le corresponde al autor de la conducta punible. De manera que, en el caso de la complicidad, la disminución de la mitad se aplicará al mínimo de la pena, y la disminución de la sexta parte se aplicará al máximo de la pena, que le correspondería al autor.

Ahora bien, para situar las disminuyentes en cualquier posición dentro de estos extremos, el juez también debe tener en cuenta que en la complicidad se tiene en cuenta el mayor o menor grado en la ayuda o colaboración prestada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal.

3. ALGUNOS CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA COMPLICIDAD

3.1. Complicidad necesaria

El artículo 19 del Código Penal de 1936 prescribía la misma pena tanto para quien era el autor del hecho, como para quien le prestara

una cooperación de tal magnitud que sin ésta el delito no hubiera podido cometerse. Así las cosas, bajo la vigencia del Código Penal de 1936 se consagraba en Colombia la figura del cómplice necesario, cuya ayuda era indispensable para lograr la ejecución del hecho y, por lo tanto, recibía la misma pena del autor de éste. La figura del cómplice necesario continúa vigente en legislaciones penales como la argentina o la española.

Así mismo, el artículo 20 consagraba la complicidad no necesaria para quien de cualquier otro modo cooperase para la ejecución del hecho o prestase una ayuda posterior, cumpliendo una promesa anterior al mismo, y a ésta le señalaba una disminución punitiva de la sexta parte a la mitad sobre la pena que se iba a imponer.¹³ Estas dos clases de complicidad del Código Penal colombiano de 1936 desaparecieron en Colombia cuando se expidió en el Código Penal, Decreto-Ley 100 de 1980.

El artículo 24 del Código Penal de 1980 llamaba *cómplice* al que contribuía a la realización del hecho punible o prestaba una ayuda posterior, cumpliendo así una promesa anterior a éste.¹⁴

Para dilucidar cuál fue la suerte del cómplice necesario, con la reforma de Código Penal en 1980 debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia del 2 de febrero de 1983, con la ponencia del H. magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, uno de los miembros de la comisión redactora de ese código penal indicó lo siguiente:

La denominación 'complicidad necesaria' no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor porque, de no mediar aquella, esta última no podía darse y, consecuentemente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo. Por consiguiente, la sanción penal privativa de la libertad que se le impuso al procesado a título de cómplice necesario sería igual a la que se tendría que dosificar como autor, de conformidad con los artículos 23 y 356 del nuevo Código Penal.¹⁵

En conclusión, a partir de la expedición del Código Penal de 1980, el cómplice necesario se convirtió en coautor impropio, por cuanto



¹³ Artículos 19 y 20 tomados del Código Penal, Ley 95 de 1936, edición de 1937 de la Imprenta Nacional, p. 36.

¹⁴ Artículo 24 tomado del *Régimen penal*, Legis, Bogotá, 1998, p. 18.

¹⁵ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 2 de febrero de 1983, por el magistrado ponente Luis Enrique Aldana Rozo.

hace un aporte indispensable según el plan delictivo para el éxito del crimen y la realización del hecho punible, y sin que tal aporte pueda suprimirse. En contraste, la colaboración del cómplice antes llamado no necesario, y ahora simplemente cómplice, es prescindible, pues su ausencia no acarrea la imposibilidad de llevar a cabo el plan criminal, simplemente la complica.

3.2. Complicidad psíquica

Se llama complicidad psíquica a aquel tipo de cooperación consistente en consejos y apoyo a la conducta delictiva del autor. Esta clase de cómplice no presta ayuda material, sino una ayuda interna. La complicidad psíquica ha sido aceptada por la doctrina, incluyendo la alemana y la española. Sin embargo, el problema que plantea la complicidad psíquica es de índole probatoria, tanto en su existencia, como en el grado de influencia, lo que repercute en su punibilidad.

Habida cuenta de la distancia que existe entre la moral y el derecho penal, es importante resaltar que la mera solidaridad con el autor de una conducta punible no es punible bajo ninguna circunstancia; considerar que la simpatía que se siente por el autor de un crimen es suficiente para penalizar a quien se solidariza con el delincuente sería regresar a etapas donde imperaban las escuelas peligrosistas del derecho penal, que afortunadamente ya fueron superadas.

Así que un cómplice psíquico no es un mero simpatizante, sino alguien que brinda un efectivo impulso a la voluntad del autor y favorece su determinación de cometer, o de seguir cometiendo el crimen; la complicidad psíquica puede favorecer, como sería el caso de un consejo técnico o de una información requerida para llevar a cabo el *iter criminis*, y también puede reforzar los motivos de autor, o calmar los temores y las dudas que le albergan.

De igual forma, hay que tener cuidado en no confundir el consejo que da el determinador con el consejo del cómplice psíquico o psicológico: mientras que el consejo del determinador está encaminado a sembrar la idea criminal en el futuro autor, el consejo del cómplice psíquico favorece o refuerza ese plan criminal, ya preexistente en el autor. La presencia del plan delictivo en el autor ha llevado a considerar, en algunos casos, impunidad de la conducta del cómplice psíquico; sin embargo, se plantean excepciones, como cuando éste le da al autor nuevos motivos, disipa sus dudas, o promete callar dándole más fuerzas, para que el autor despliegue su conducta.

Otro aspecto importante relacionado con la relación entre determinación y complicidad es la existencia de la complicidad en la determinación, pues como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, también puede existir complicidad en la determinación, evento que ocurre cuando el autor no tiene la idea criminal aún y alguien colabora con quien se la siembra: “De manera que bien puede ocurrir que exista cómplice del determinador como también instigación a la complicidad”.¹⁶

4. ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS DE COMPLICIDAD EN DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

4.1. El caso del “pitufo”

“Pitufo” es el nombre con el que de manera común se conoce a la persona que presta su nombre para que miembros de una red de lavado de activos adquieran los dineros de ilícito origen, precisamente mediante un procedimiento ordinariamente conocido como “pitufo”.

Estas personas cobran los giros internacionales enviados, a su vez, por otras personas, y generalmente reciben un pago ínfimo por esta labor. La participación del “pitufo” es fungible, pues a la organización criminal le es indiferente quién cobra el giro, siempre y cuando se trate de alguien que cumpla las condiciones para ello, como tener identificación, y les entregue el dinero. Incluso, usualmente cada vez que llegan giros, se buscan diferentes personas para que los reciban. Esa fungibilidad puede significar que su aporte personal no resulta indispensable.

Sin embargo, ni su fungibilidad, ni el ínfimo pago que reciben pueden llevar a concluir que quienes reciben los giros realicen un delito de bagatela o actúen como simples instrumentos del autor y, por lo tanto, sea impune la gestión del llamado “pitufo”. Entonces, éste bien puede ser autor de la conducta punible o cómplice de ella, al colaborar al éxito de la fase de colocación u ocultación¹⁷ del lavado de activos.



¹⁶ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 28 de febrero de 2006, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Expediente 23699, 2006.

¹⁷ De acuerdo con el profesor Eduardo A. Fabián Caparrós, existen tres fases del *blanqueo de capitales* que el nombre dado en España al lavado de activos. Estas fases son: colocación u ocultación, conversión

Sobre esta tesis de considerar la posibilidad de que el “pitufu” sea autor de lavado de activos tenemos que, en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al admitir que en Colombia la tesis restrictiva de la autoría nunca ha encontrado respaldo, y, por el contrario, se pretende ampliar el número de autores, por lo que es viable realizar una interpretación en tal sentido.¹⁸ En segundo lugar, porque el artículo 323 del Código Penal, que consagra el lavado de activos, posee doce verbos rectores, que son susceptibles de ser desarrollados por quienes cobren los dineros ilícitos, para darle una apariencia de legalidad al dinero que ingresa a Colombia. Es de recordar que la conducta del cómplice no puede ser de tal entidad que desarrolle el tipo penal, porque sería coautor.

Pero también los llamados “pitufos” pueden considerarse cómplices, según sea el modo de operación de los autores, al ser parte de la fase de colocación del lavado de activos. Veamos por qué: la fase de colocación del dinero ilícito busca, precisamente, situar los ilícitos dineros de tal manera que no sean percibidos por los *entes de control*. En ese orden de ideas, la introducción al territorio nacional de dineros provenientes de una actividad ilícita, por medio de pequeños giros internacionales, enviados a su vez por diferentes personas y a diferentes sujetos, es un procedimiento idóneo para llevar a cabo esta fase de la conducta; sin embargo, es obvio que estas personas que reciben el dinero no tienen el dominio funcional de la conducta punible de lavado de activos, ni adquieren para sí mismos el dinero que cobran.

Como el domino del hecho y la adquisición del dinero está a cargo de los autores del lavado de activos, éstos serían los autores de dicha acción, y la fungible colaboración del pitufo simplemente favorece a los autores de la conducta punible. El dominio de la adquisición y posterior transformación y colocación de los activos ilícitos está a cargo del autor o coautores del lavado de activos; no obstante, sin duda, la fungible pero voluntaria colaboración del pitufo favorece la conducta de los autores, que es el presupuesto de la complicidad.

Obviamente es diferente el caso de quienes son parte del grupo criminal organizado y tienen por función adquirir dineros de origen ilícito, o de quienes se encargan de ejecutar la primera fase del lavado de activos dentro de un plan criminal con división de funciones, caso

o control e integración en la economía oficial de los capitales ilícitos. Fabián Caparros, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 109-156.

¹⁸ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 25 de mayo de 1992, por el magistrado ponente Gustavo Gómez Gaviria, Expediente 6246, 1992.

en el cual existiría coautoría, tanto en el lavado de activos (artículo 323 del Código Penal), y posiblemente en concierto para delinquir con finalidades de lavado de activos (art. 340-2 CP).

Se han observado campañas televisivas, y por medio de la página web <http://www.dinerofacil.com.co>, donde se advierte a la ciudadanía sobre los riesgos en prestar su nombre para este tipo de actividades, al advertir que en el caso de los denominados “pitufos” bien podrían ser cómplices de lavado de activos.

4.2. Complicidad en la omisión de control

El artículo 325 del Código Penal tipifica la conducta punible *omisión de control* para el empleado o director de una institución financiera o cooperativa que ejerza actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos en el orden jurídico para las transacciones en efectivo.

El tipo penal tiene dos connotaciones. En primer lugar, es un tipo omisivo propio y, en segundo lugar, es un tipo penal propio. Los delitos de omisión propia son aquéllos donde el tipo penal, de manera expresa, consagra la conducta omisiva y se caracterizan por ser de mera conducta, por no admitir por lo general la tentativa ni la modalidad culposa.¹⁹

En todo caso, los tipos penales de omisión propia sí admiten complicidad. Al tenerse en cuenta que la conducta del cómplice aumenta el riesgo para la víctima, poco importa si tal conducta se lleva a cabo mediante actitudes pasivas o activas.²⁰ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 4 de abril de 2003, con ponencia del H. magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, indicó que para afirmar tipicidad de un comportamiento, a título de complicidad por omisión, se necesita el lleno de dos exigencias:

- a. Frente a la omisión impropia, llamada comisión por omisión, que tanto autor como cómplice deban tener el deber legal de impedir el resultado, es decir, que ambos deban ostentar una posición de garante.



¹⁹ Forero Ramírez, Juan Carlos, *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Legis, Bogotá, 2002, pp. 27-33.

²⁰ Manuel A. Abanto, “La complicidad como forma de participación criminal de José Luis Castillo”, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf, consulta del 23 de marzo de 2009.

- b. Que en la conducta omisiva de ayuda se prediquen las siguientes características generales de la complicidad: i) existencia de un autor o varios autores; ii) que autor y cómplice se identifiquen en sus respectivas calidades en cuanto al delito que se va a cometer y iii) que los dos intervinientes se pongan de acuerdo en lo que cada uno va a realizar, convenio que puede ser anterior o concomitante al hecho, tácito o expreso; por último, iv) que exista dolo en los intervinientes.²¹

De acuerdo con este planteamiento de la Corte Suprema de Justicia, la exigencia de la posición de garante para el cómplice corresponde a las conductas de omisión impropia, también llamadas de *comisión por omisión*. Esto significa que al cómplice de la omisión propia no hay que exigirle tal posición de garante.

Siguiendo con las características del tipo penal del artículo 325 del Código Penal, los delitos propios son aquéllos donde el sujeto activo se encuentra calificado por alguna connotación especial, y, por tanto, no permite que cualquier persona sea el autor o el coautor de la conducta, sino sólo aquella respecto de la cual se predica dicha connotación. En este caso, sólo podrían ser autores de la conducta consagrada en el tipo penal del artículo 325 los empleados o directores de instituciones financieras o cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, y no otro tipo de empleado o de instituciones.

Los tipos penales propios no presentan ninguna problemática respecto a la complicidad. El cómplice de una conducta propia bien puede tener la cualificación especial del tipo penal o no tenerla. Así lo ha indicado la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 2003, cuando reserva la condición de garante del cómplice únicamente para los casos de comisión por omisión.

Tal como se mencionó al comienzo de este escrito, el artículo 30 del Código Penal, al referirse al interviniente, no está creando una modalidad especial de determinador o de cómplice, como podría deducirse de una lectura de la norma, toda vez que, en su primer inciso, el artículo 30 señala como partícipes únicamente al determinador y al cómplice, y al final menciona al interviniente, como la persona que, no teniendo las calidades especiales exigidas del tipo penal, concurra a su realización.

²¹ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 4 de abril de 2003, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Expediente 12742, 2003.

La mención del interviniente en tales condiciones genera confusión, afortunadamente aclarada por la Corte Suprema de Justicia, así:

Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a estos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se les estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad [...].

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir instigadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan la condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.²²

Debe aclararse que la sentencia antes citada hace referencia a conservar la unidad de imputación, por cuanto, con anterioridad a que el Código Penal del 2000 creara la figura del interviniente, la situación de quienes realizaban el verbo rector del tipo propio sin tener la cualificación legal se solucionaba al ajustar su conducta a tipos penales que tuvieran correspondencia con el tipo propio, rompiéndose, con ello, la unidad de imputación. Por ejemplo, al particular que sustrajera un bien, junto con el funcionario público que lo tenía a su cargo en razón de sus funciones, se le imputaba hurto, mientras



²² Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 8 de julio de 2003, por el magistrado ponente Carlos Augusto Gálvez Argote, Expediente 20704, 2003.

que al servidor público se le imputaba peculado por apropiación. En todo caso, la sentencia antes citada es muy clara, respecto a que el cómplice no requiere bajo ninguna circunstancia la cualificación que sí es requerida para el autor y el coautor del tipo penal propio.

4.3. La complicidad en los artículos de favorecimiento que aparecen dentro de los delitos del Capítulo X del Código Penal

Los injustos que aparecen bajo el *nomen juris* de *favorecimiento* en el título X del Código Penal, que tutela el *orden económico social*, son:

- Favorecimiento del contrabando, para quien posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, que haya ingresado al territorio colombiano por lugares no habilitados o con la mercancía oculta, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero (art. 320 CP).
- Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, para quien posea, tenga, transporte, almacene, distribuya, enajene hidrocarburos o sus derivados, que hayan ingresado al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultos, disimulados o sustraídos de la intervención y control aduanero (art. 320-1 CP).
- Favorecimiento por servidor público, para el servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de las mercancías del control aduanero, o la introducción de éstas por lugares no habilitados, u omita los controles legales propios de su cargo para lograr los mismos fines (art. 322 CP).
- Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, para el servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de hidrocarburos o sus derivados del control de las autoridades aduaneras o la introducción de éstas por lugares no habilitados, u omita los controles legales propios de su cargo para lograr los mismos fines (art. 322-1 CP).

A simple vista, puede observarse una diferencia entre los verbos rectores consagrados en los tipos impropios de los consagrados en los tipos propios, porque los artículos 322 y 322-1 del Código Penal incluyen los verbos rectores de colaborar y participar en el contrabando de las mercancías o de los hidrocarburos, que no se encuentran

contemplados para el caso del particular. De tal manera que surge la incógnita de si la consagración de estos verbos rectores, colaborar y participar, implican desaparecer la posibilidad de consagrar la complicidad en el contrabando, cuando dicho colaborador sea un servidor público.

Para resolver el interrogante, podría recurrirse a la interpretación histórica de la ley, que llevaría a indicar que ello no es así, por cuanto estos tipos penales corresponden a una modificación del Código Penal ordenada en la Ley 788 de 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se expidieron normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial. Con anterioridad a la Ley 788 de 2002 regía el Decreto 2180 de 2002, expedido por el presidente de la República, en ejercicio de las facultades del artículo 213 de la Constitución, y de la Ley 137 de 1994, que permitían al presidente tipificar conductas penales o modificar penas, en estado de conmoción interior.

Así las cosas, el artículo 2 del Decreto 2180 de 2002, que tipificó originalmente el favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, coloca como condición que el sujeto activo no haya tomado parte en la ejecución del contrabando; es decir, que no se trate de un autor del contrabando. Además, ningún tipo penal puede interpretarse con desconocimiento del *nomen-juris*, y, en este caso, el nombre del delito es favorecimiento.

Pues bien, tradicionalmente el *favorecimiento* y la *receptación* han formado parte del delito de *encubrimiento*, del capítulo sexto del título XVI, que tutela la eficaz y recta impartición de justicia. Respecto a la receptación, la jurisprudencia ha sido enfática en que este injusto es autónomo, totalmente diferente a la complicidad en el delito amparado: la diferencia consiste en que, para la existencia de la complicidad en el delito amparado, se requiere el acuerdo previo entre el autor y el cómplice, realizado con posterioridad a la ejecución de la conducta, o coetáneamente a dicha realización, mientras que en la receptación se excluye la posibilidad de un acuerdo previo, entre el autor del delito favorecido y el autor de la receptación.

De manera que si el favorecimiento del delito amparado, en este caso contrabando, se realiza en desarrollo de un acuerdo previo, estaríamos ante la complicidad en el delito de contrabando, mientras que si este acuerdo no existe, quien favorece el delito anterior será responsable de desarrollar el tipo penal de favorecimiento.

Esta posición es unánime en las altas cortes y se encuentra de manera clara en estas dos sentencias. En la primera, la Corte Suprema de Justicia señala lo siguiente:

Para que pueda hablarse de encubrimiento es necesario comprobar que la persona de quien se predica fue totalmente ajena al otro delito. Obra con posterioridad a su comisión, prestando a sus autores, una ayuda no convenida previamente, y sin haber influido causalmente en la determinación criminosa de aquél o aquéllos cuya actuación ilícita ampara. Cualquier trato anterior, relacionado por el delito por ellos cometido, los sitúa en el campo de la participación delictiva respecto del mismo, no en el del simple encubrimiento.²³

A su vez, la Corte Constitucional, en Sentencia C-205 de 2003, al declarar exequible el artículo 1.º de la Ley 738 de 2002, que adicionó el artículo 447 A, con lo que penaliza a quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, retoma lo dicho por la Corte Suprema y advierte:

De manera tal, que la misma conducta material referida a la venta de partes de un vehículo hurtado, puede ser objeto de imputación a dos títulos diferentes: como copartícipe de hurto si obedece a un acuerdo previo a la comisión de ese delito o como autor de receptación si no ha mediado tal convenio previo a la comisión del delito de hurto. La existencia de ese acuerdo previo hace la diferencia entre la coparticipación en un delito de hurto, a título de cómplice, por ejemplo, o la autoría de un delito de receptación.²⁴

Ahora bien, en la ejecución del tipo penal autónomo del favorecimiento no se excluye la posibilidad de recibir una ayuda efectiva, previa o concomitantemente pactada, con conocimiento y voluntad por parte de quien preste dicho auxilio, lo que equivale a decir que pueden existir cómplices en la ejecución de esta conducta penal.

En conclusión tenemos que la consagración de las conductas penales antes indicadas no desplaza la figura del cómplice cuando haya lugar a ella, con lo cual no se caería en el absurdo de considerar que un funcionario público, que participa en un delito penalizado con prisión, como es el caso del contrabando, reciba apenas una sanción de multa, que es la sanción prevista en el favorecimiento del contrabando, cuando la condición de servidor público se castiga con más firmeza, pues su actuar implica y exige el respeto al principio de legalidad.

²³ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 2 de marzo de 1981, por el magistrado ponente Darío Velásquez Gaviria, 1981.

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-205 de 2003, por el magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández, Proceso D-4229, 2003.

4.4. La complicidad en el concierto para delinquir

El concierto para delinquir está tipificado en el artículo 340 del Código Penal, dentro del grupo de delitos cobijados por el título XII, que protege el bien jurídico de la *seguridad pública*. Sin embargo, no puede afirmarse que, por su ubicación, esta conducta punible no sea considerada un delito económico social. Por el contrario, el concierto para delinquir es una conducta pluriofensiva, que pone en peligro varios bienes jurídicos tutelados.

El tipo penal del concierto para delinquir satisface el compromiso que adquirió Colombia, al ratificar la Convención de Palermo (Convención de la ONU para la lucha en contra del crimen organizado transnacional) e introducirla a nuestra legislación, mediante la Ley 800 de 2003. El artículo segundo de la Convención de la ONU para la lucha en contra del crimen organizado transnacional define *grupo delictivo organizado* como:

Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.²⁵

A partir de la definición del *grupo criminal organizado*, la Unión Europea le ha dado a la organización criminal los siguientes elementos: permanencia del grupo, vocación a la violencia, rígido control interno de las actividades de sus miembros, estructuras comerciales o de negocios, actividad internacional, presión a los entes públicos de control, como intimidación de los funcionarios o corrupción, entre otros.²⁶

La conducta punible de concierto para delinquir no sólo abarca los supuestos de la *organización criminal* definida por la Unión Europea, en desarrollo de la Convención de Palermo, sino que va más allá, porque mientras la *organización criminal* se forma a partir de tres personas, en el concierto para delinquir basta la existencia de la pareja criminal, el íncubo y el súcubo; mientras que la organización criminal requiere una estructura jerarquizada, en el concierto para delinquir el acuerdo de las partes no requiere, necesariamente, dicha



²⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 800 de 2003.

²⁶ Juan J. Medina Ariza, "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado", Juan Carlos Ferrè Olivé y Enrique Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 109 y ss.

jerarquización. Mientras que en la definición de la Convención de Palermo basta con que se pretenda la realización de un solo delito, en el concierto para delinquir se requiere la voluntad de realizar múltiples delitos indeterminados. Mientras la definición de la Convención requiere que la actuación delictiva de la organización sea transnacional, en el concierto para delinquir las labores de la concertación pueden ser totalmente internas.

Obrar en concierto para delinquir significa la existencia de una organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido cometer delitos, que en el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes implica actos de narcotráfico como cultivar y conservar planta de la que puedan extraerse principios psicoactivos estimados ilegales, introducir, así sea en tránsito, o sacar del país, llevar consigo, transportar, almacenar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar, destinar, autorizar o tolerar, estimular o propagar, formular, suministrar o aplicar droga que produzca dependencia física o psíquica.²⁷

No puede negarse que la presencia de organizaciones criminales en un país afecta su orden económico y social. En Colombia, la presencia de carteles de droga y grupos armados de justicia privada han quebrantado el orden económico social, entre otras razones, porque han impedido la inversión extranjera, porque han sido fuente de inflación y porque recursos estatales destinados a inversión social han debido trasladarse, para luchar contra este tipo de organizaciones criminales. Adicionalmente, el inciso segundo del concierto para delinquir señala un agravante cuando la conducta punible que motiva la concertación sea, entre otros supuestos de hecho, el lavado de activos, el testaferrato y conexos, conductas punibles que se encuentran dentro del título X, delitos contra el orden económico social. Por estas razones se incluye el *concierto para delinquir* en el presente análisis.

Ahora bien, para analizar la posibilidad de la complicidad en este tipo penal, debe tenerse en cuenta que el concierto para delinquir se consuma, con la simple concertación, sin necesidad de que se hayan llevado a cabo los delitos que fueron motivo del pacto criminal, toda vez que el verbo rector de la conducta que describe el artículo 340 del Código Penal es “concertar”, mientras que la expresión “con el fin de cometer delitos” constituye apenas el elemento subjetivo del tipo penal.

La concertación o acuerdo criminal es el resultado de una oferta y una aceptación, que ocurre mínimo entre dos personas, lo que

²⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 9 de noviembre de 1999, por el magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, Expediente 15349, 1999.

convierte el concierto para delinquir en una conducta plurisubjetiva; por otra parte, debido al carácter organizado de este tipo de criminalidad, es común encontrar que muchos de los miembros de la empresa criminal cumplen, a veces, funciones subalternas o de escaso mando, o daño social en sí mismas, pero como resultado de los términos de la concertación. Lo anterior implica que quien participa en el grupo criminal organizado en tales condiciones ha desarrollado por sí mismo el verbo rector *concertar*, puesto que ha acordado con otros autores que realizará esas funciones subalternas o de escaso mando o daño social en sí mismas, y por tanto es autor de concierto para delinquir.

No obstante lo anterior, sí puede existir complicidad en delitos plurisubjetivos y en organizaciones criminales, pues también allí se puede dar la oportunidad de que alguna persona colabore a dicha concertación para delinquir. A continuación veremos por qué.

Partiendo del hecho de que el cómplice presta una cooperación que favorece al autor, puede suceder que alguien aconseje o medie para que una persona o unos concertados puedan llegar a una concertación con un tercero, o afianzar el propósito del tercero para aceptar la oferta criminal, guardando las diferencias ya analizadas entre complicidad y determinación.

También, puede existir un evento en que una persona sirva una vez de medio material o psicológico, para que la concertación prosiga, teniendo en cuenta que es una conducta de carácter permanente.

Pero lo anterior no significa que podamos llamar cómplice a la persona que, siendo miembro de la organización criminal, sea la encargada de asesorarla en cuanto a nuevas personas que puedan ingresar, ni tampoco podemos llamar cómplice a quien, estando dentro de la organización criminal, realice funciones de poca importancia, o de variada naturaleza, o sea el mensajero de los miembros directivos, casos en los cuales se trataría de un autor de concierto para delinquir, que cumple con una función asignada, de acuerdo con una división y estratificación de funciones internas dentro de dicha organización criminal, donde obviamente no todas las funciones son de dirección y organización. La empresa criminal, como toda empresa, está conformada por personas que realizan otras labores subordinadas, incluso secundarias, y no por ello dejan de pertenecer a la organización criminal.²⁸



²⁸ Esta es la tesis del profesor Francisco Muñoz Conde, donde plantea la solución de coautoría en la *criminalidad organizada* no estatal, en contraposición a la autoría mediata propuesta por Roxin para los aparatos de poder estatal que aparece en Francisco Muñoz Conde, "Problemas de participación y autoría

No puede confundirse al cómplice de concierto para delinquir con quien es cómplice de una de las conductas que motivan el acuerdo delictivo; por ejemplo, un cómplice de lavado de activos. En este caso, la persona responderá por su participación en la correspondiente conducta punible.

CONCLUSIÓN

A pesar de que las técnicas legislativas empleadas en la creación de tipos penales y la jurisprudencia y la doctrina privilegian el concepto amplificado de autor, no puede olvidarse que la parte especial del Código Penal colombiano acogió un sistema diferenciador de autor, donde subsisten varias formas de incidir en la realización del injusto: la del autor, la del interviniente y la del partícipe, quien a su vez podrá ser determinador o cómplice. Este sistema que resulta más justo y coherente está señalado en la *parte especial* del Código Penal, que fija las pautas que en cada caso concreto llevan a la aplicación de los tipos penales contenidos en los artículos de la parte especial del Código Penal.

Si bien es cierto que existe una tendencia a ampliar la figura del autor mediante la utilización de técnicas legislativas que incluyen toda clase de verbos rectores, para que cualquier conducta sea considerada como autoría, la figura de la complicidad no ha desaparecido, y es viable hacer uso de ella, incluso en delitos socioeconómicos plurisubjetivos, o en aquéllos donde la cooperación en sí misma pueda ser uno de los verbos rectores de la conducta punible.

Por último, el derecho penal tiene como fundamento el principio de la dignidad de la persona humana, y dicho principio excluye la posibilidad de encasillar y homogeneizar las actuaciones constitutivas de las conductas punibles; por lo tanto, es imperativo estudiar en cada conducta punible investigada o juzgada la posibilidad de enmarcar la conducta personal del sujeto activo en particular, dentro de las modalidades consagradas en los dispositivos amplificadores del tipo penal.

Como corolario de todo lo anterior, no puede ignorarse la posibilidad de hacer uso del dispositivo amplificador del tipo penal de la complicidad, cuando las circunstancias específicas de la conducta

en la criminalidad organizada”, en Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrillo (eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 151 y ss.

investigada o juzgada demuestren que ésta fue la modalidad de participación del sujeto activo de ésta. Así, se materializa el ideal que es la justicia, y se evita la impunidad de conductas lesivas del bien jurídico tutelado, o la aplicación de penas desproporcionadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, Manuel A., “La complicidad como forma de participación criminal de José Luis Castillo”, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf, consulta del 23 de marzo de 2009.
- Abanto Vásquez, Manuel, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, en <http://www.cienciaspenales.net>, consulta del 23 de marzo de 2009.
- Arroyo Zapatero Luis, Berdugo Gómez de la Torre Ignacio; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos; Serrano Piedecabras, José Ramón, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2.^a ed., Praxis, Barcelona, 2000.
- Cerezo Mir, José, “La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal español”, *Revista de Ciencia del Derecho Penal Española*, fascículo I, enero-abril 1975.
- Colombia, Comisión Redactora, Anteproyecto del Código Penal de 1980.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1980.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 800 de 2000.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 95 de 1936, Imprenta Nacional, 1937.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-205 de 2003 del 11 de marzo de 2003, por la magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, 2003.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia 4 de abril de 2003, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Expediente 12742, 2003.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 2 de febrero de 1983, por el magistrado ponente Luis Enrique Aldana Roza, 1983.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 2 de marzo de 1981, por el magistrado ponente Darío Velásquez Gaviria, 1981.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 25 de mayo de 1992, por el magistrado ponente Gustavo Gómez Gaviria, Expediente 6246, 1992.

- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 28 de febrero de 2006, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Expediente 23699, 2006.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 8 de julio de 2003, por el magistrado ponente Carlos Augusto Gálvez Argote, Expediente 20704, 2003.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 9 de noviembre de 1999, por el magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, Expediente 15349, 1999.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 18 de febrero de 2004, por el magistrado ponente Helman Galán, Expediente 19910, 2004.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 21 de agosto de 2003, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez, Expediente 19213, 2003.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 22 de mayo del 2003, por el magistrado ponente Sigilfredo Espinosa Pérez, Expediente 17457, 2003.
- Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006, por el magistrado ponente Sigilfredo Espinosa Pérez, Expediente 22327, 2006.
- España, Cortes Generales, Ley Orgánica 10 de 1995.
- Fabián Caparrós, Eduardo A., *El blanqueo de capitales*, Coltex, Madrid, 1998.
- Ferre Olivé, Juan Carlos y Anarte Borrillo, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- Forero Ramírez, Juan Carlos, *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Legis, Bogotá, 2002.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, En ADPCP, T. XIX, Fasc. I, Enero-Abril 1965, pp. 13-38 Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat%20critica.pdf, consulta del 23 de marzo de 2009.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia*, Rubinzal Cuzoni Editores, Santa Fe (Argentina), 2003.
- Italia, Parlamento, Código Penal Italiano, R. D. n. 1398 de 1930.
- Jescheck, Hans Heinrich; Weigeng, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, Comares, Granada, 2002.
- Legis editores, *Régimen penal*, Legis, Bogotá, 1998.
- López Peregrin, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tiran Monografías, Valencia, 1997.

- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 2002.
- Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 2000.
- Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Marcial Pons Librero Editor, Barcelona, 2000.
- Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, *Imputación objetiva y delito imprudente en el nuevo Código Penal*, Giro Editores, Bogotá, 2002.
- Valle Muñiz, José Manuel; Prats Caut, José Miguel; Tamarit Sumalla, Josep María, *et al.*, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 4.ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raul, *Derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.