

LA FIGURA DEL INTERVINIENTE EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Miguel Córdoba Angulo

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha suscitado una importante polémica en vigencia del actual Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) es la figura del interviniente, relacionada obviamente con el concurso de personas en la conducta punible, es decir, con todo lo referente a la autoría y participación. Partiendo de nuestras disposiciones legales, constitucionales y de una dogmática propia de nuestro país vamos a afrontar el trabajo propuesto.

El interviniente no estaba consagrado de ninguna manera en el Código Penal colombiano de 1980. Esta figura aparece por primera vez y de manera expresa en el Código Penal de 2000.

La legislación penal vigente es muy clara al consagrar que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes, distinguiendo y diferenciando a los mismos, con lo cual acoge un concepto restringido de autor. En efecto, así lo estipulan los artículos 28 y 29 C. P.:

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

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

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y se 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.

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

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.

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 concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.
(Cursiva fuera de texto).

I. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

El tema del interviniente está relacionado con la distinción que se hace en nuestra legislación penal, al igual que en otros países, entre algunos delitos, como son los comunes, especiales, de dominio o de infracción de deber, entre otros. Analicemos brevemente los mismos.

A. DELITOS COMUNES

En nuestro ordenamiento punitivo la mayoría de tipos penales han sido estructurados para que cualquier persona pueda cometerlos. Es decir, el tipo penal no exige cualificación alguna para ser autor de la conducta punible. Dicho de otra manera, se trata de tipos penales no calificados, los cuales normalmente se encabezan con las expresiones “el que”, “los que”, “quien”, “quienes”. A esta clase de comportamientos se los conoce con el nombre de delitos comunes, por ejemplo, el homicidio, que dice: “El que matare a otro...” (art. 103 C. P.).

B. DELITOS ESPECIALES

En contraposición a los delitos comunes surgen los especiales, es decir, aquellos que, única y exclusivamente, pueden ser cometidos por determinadas personas, o en los que el “autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas”¹, o “posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”², o “aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor”³, o aquellos en que la ley “exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito”⁴, o en los que “el círculo de autores potenciales del delito queda restringido a las personas que reúnen las cualidades exigidas por el correspondiente tipo penal”⁵. Dicho de otra manera, se trata de tipos penales con sujeto activo cualificado, por ejemplo, el prevaricato, la concusión y el peculado, pues para ser autor de los mismos es fundamental e imprescindible que se ostente la calidad de servidor público.

Tradicionalmente se suele denominar como *intraneus* a todas aquellas personas que reúnen las cualidades exigidas por los tipos penales especiales, y *extraneus* a quienes no cumplen con las exigencias previstas en las descripciones típicas. Es obvio que para los delitos especiales únicamente pueden ser autores (en cualquiera de sus modalidades) del mismo aquellos que ostenten dichas exigencias, los demás, es decir, los *extraneus*, solamente pueden concurrir en calidad de partícipes.

Estos delitos especiales se subdividen en propios e impropios, veamos.

1. Delitos especiales propios

Son delitos especiales propios los que describen conductas que únicamente pueden ser cometidas por aquellas personas que reúnan las exigencias o cualidades exigidas por el respectivo tipo penal, de tal manera que si un *extraneus*, o dicho de otra manera, un sujeto que no posea las cualidades exigidas, realiza el comportamiento, éste no puede ser autor y además no realiza delito común alguno, su comportamiento es simplemente atípico. Es decir, en éstos no existe correspondencia con un delito común. Por ello, según algunos, la “cualidad especial del autor es circunstancia constitutiva de delito”⁶, o esa cualidad exigida “opera fundamentando la pena”⁷. El

-
1. MARIO GARRIDO MONTT. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1984, pp. 361 y 362.
 2. SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 206.
 3. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Gráficas Benzal, 1966, p.228.
 4. FRANCISO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 290.
 5. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*, vol. II, Madrid, Edit. Trotta, 1999, p. 41.
 6. ÁLVARO MÁRQUEZ CÁRDENAS. *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 328.
 7. CLAUS ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*, t. 1, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAS Y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL (trads.), Madrid, Edit. Civitas, p. 338.

prevaricato es un ejemplo de un delito especial propio, pues sólo lo puede cometer el servidor público, un particular jamás podría ser autor del mismo, por más aporte causal que realice.

2. Delitos especiales impropios

En los delitos especiales impropios también se exige para ser autor, en cualquiera de sus modalidades, que se reúnan las exigencias del tipo, pero, a diferencia de los especiales propios, si quien realiza la conducta no cumple con las calidades es autor de un delito común; por ello se afirma que los delitos especiales impropios tienen correspondencia con un delito común. Se trata de delitos que al ser realizados por personas que reúnen ciertas particularidades “la ley pasa a considerarlos como figuras agravadas o privilegiadas”⁸. Dicho de otra manera, los delitos especiales impropios pueden ser cometidos por cualquier persona, sin embargo, la autoría realizada por el sujeto cualificado puede ser una circunstancia agravante o atenuante⁹. El peculado por apropiación (art. 397 C. P.) es un ejemplo de esta modalidad, ya que si quien se apropia de los bienes del Estado es un servidor público (que tenga relación funcional) su conducta se adecua a este tipo penal, pero si quien se apropia de los mismos es un particular, éste realiza un delito de hurto (art. 239 C. P.).

Actualmente se habla de otra clasificación de los tipos penales y es la que enfrenta a los delitos de dominio y los de infracción de deber, tal como vamos a verlo a continuación, de manera resumida.

C. DELITOS DE DOMINIO

Se consideran delitos de dominio aquellos que exigen para fundamentar el concepto de autor la teoría del dominio del hecho. Es decir, es autor, única y exclusivamente, aquél que tiene el dominio del hecho; por el contrario, quien no lo tenga será partícipe. Se hace una excepción, en la actualidad, en los delitos especiales, en los cuales, además del dominio del hecho, se exige la calidad exigida por el tipo, es decir, cuando el tipo “exija además elementos personales en el autor (delitos especiales)”¹⁰.

WELZEL, uno de los grandes representantes de la teoría del dominio del hecho, sostenía:

La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en

8. GARRIDO M. Ob. cit., p. 362.

9. Es importante resaltar la discusión actual en el sentido de si en los delitos especiales impropios la cualificación es una circunstancia agravante o atenuante o en realidad es un elemento del tipo, todo ello para efectos de la comunicabilidad de circunstancias, previstas en el artículo 62 C. P.

10. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “El interviniente”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxii, n.º 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 19.

forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo del tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho¹¹.

Naturalmente que el concepto de dominio del hecho ha evolucionado, pues en la actualidad se discute si su naturaleza es subjetiva, como lo fue en sus inicios con el esquema final; si, por el contrario, es objetiva, o si participa de ambos criterios. Así mismo, como formas de dominio del hecho se habla de dominio de la acción, para referirse a la autoría directa o inmediata, dominio de la voluntad, para explicar la autoría mediata, y dominio funcional, para los supuestos de coautoría¹². También se habla de dominio del hecho, entendido como determinación objetiva y positiva en el curso del suceso¹³.

D. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Se caracterizan los delitos de infracción de deber porque lo esencial para la configuración de la autoría es el incumplimiento, la no observación de un deber especial que vincula únicamente a un determinado grupo de personas, quienes están obligadas de manera especial a la protección de un bien jurídico, respecto del cual se encuentran en posición de garantía, como ocurre, p. ej., en los delitos de comisión por omisión (omisión impropia, según algunos)¹⁴. Son ejemplos de esta clase de delitos los cometidos por los servidores públicos en Colombia, como sería el caso del peculado por apropiación (art. 397 C. P.), el prevaricato (art. 413 C. P.), la concusión (art. 404 C. P.). También sería un ejemplo el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 C. P.) o el incesto (art. 237 C. P.).

Es fundamental resaltar que en los delitos de infracción de deber para nada se tiene en cuenta el dominio del hecho, es decir, para ser autor basta con la infracción del deber específico que se tiene, independientemente o, mejor, sin importar cuál fue el aporte causal y en qué momento se realizó. Por tanto, puede afirmarse que los delitos de infracción de deber se oponen a los delitos de dominio. En efecto, si un servidor público se apropia de cien millones de pesos que se encuentran bajo su relación funcional y para lograr su objetivo otro servidor público, que también tiene la relación funcional, le presta cualquier colaboración, así sea mínima, como entregarle, a sabiendas, un maletín para que saque el dinero, ambos servidores públicos, por ser

11. HANS WELZEL. *Derecho Penal alemán*, JUAN BUSTOS y SERGIO YAÑEZ (trads.), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1987, p. 145.

12. Sobre la evolución de la teoría del dominio del hecho y sus distintas formas, cfr. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 545 y ss. Igualmente CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 79 y ss.

13. En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *ibíd.*, p. 691.

14. En este sentido, cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. "La autoría en los delitos de infracción de deber", en *Temas Socio Jurídicos*, vol. 20, n.º 43, diciembre de 2002, pp. 161 y ss.

intraneus, por infringir el deber específico deben responder en calidad de autores. Es clara la diferencia con los delitos de dominio, ya que en éstos el que simplemente prestó el maletín tendrá la calidad de cómplice, pues no tenía dominio del hecho.

ROXIN, tal vez el representante más importante de la doctrina de los delitos de infracción al deber, dice al respecto:

Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido del injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación¹⁵.

En los delitos de infracción de deber lo fundamental es precisamente el incumplimiento del deber especial, o del “deber jurídico público o jurídicoprivado”¹⁶, en tanto lo secundario es el aporte causal y el momento de su incorporación a la realización de la conducta punible, sin que sea necesaria la contribución en el momento de la ejecución del hecho, como sí se requiere en los denominados delitos comunes.

Como características de los delitos de infracción de deber se han señalado las siguientes¹⁷:

1. Unidad de imputación. Significa que si un *intraneus* realiza un delito de infracción de deber necesariamente se va a responder por este delito, tanto autores como partícipes.
2. El *intraneus* sólo responde como autor. Cualquiera que sea la intervención del *intraneus*, independientemente de la calidad, del aporte causal y del momento de su incorporación a la conducta punible, hace que se responda a título de autor. En estos eventos para nada se tiene en cuenta si se tuvo o no el dominio del hecho.
3. El *extraneus* solo responde como partícipe (determinador o cómplice). Cualquiera que sea la forma de intervención del *extraneus* en la conducta punible, sólo da lugar

15. ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 385 y 386.

16. SUÁREZ. *La autoría*, cit., p. 161.

17. En este sentido, cfr. *ibíd.*, pp. 162 y ss.

a responder como partícipe, es decir, como determinador o cómplice. Dicho de otra manera, un *extraneus* jamás puede ser autor de un delito de infracción de deber, aunque supuestamente tenga el dominio del hecho.

En síntesis, autor (en cualquiera de sus modalidades) de un delito de infracción de deber es quien infringe ese deber especial, en tanto partícipe es aquél que interviene, de alguna manera, en la conducta punible, pero sin incumplir ese deber.

II. ALGUNAS ALTERNATIVAS PLANTEADAS FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL “EXTRANEUS” EN LOS DELITOS ESPECIALES

Estas diferenciaciones que se hacen en Derecho Penal entre delitos comunes y delitos especiales (propios e impropios), o entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se han planteado fundamentalmente para resolver los casos en que un *intraneus* realiza la conducta punible en socio o con la ayuda o colaboración de un *extraneus*. Por ejemplo, cuando un servidor público (*intraneus*) se apodera de bienes del Estado que se encuentran bajo su administración y custodia (relación funcional), y lo hace de común acuerdo y con la intervención de un particular (*extraneus*). El punto neurálgico es a qué título debe responder el particular, ya que es obvio que el *intraneus* es autor de un delito de peculado.

Frente a esta problemática se han planteado varias formas de solución en la doctrina, de las cuales vale la pena enunciar las siguientes:

1. El *extraneus*, es decir el particular, no responde de nada¹⁸.
2. El *extraneus* debe responder siempre como cómplice¹⁹.
3. El *intraneus* responde como autor de peculado y el *extraneus* como autor de hurto, lo que implica ruptura de la unidad de imputación.
4. La postura mayoritaria aboga por hacer responder al *intraneus* como autor y al *extraneus* como partícipe, es decir, como determinador o cómplice.
5. El *extraneus* puede ser coautor (interviniente) o partícipe (interviniente). Postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de abril de 2002.
6. El *extraneus* únicamente puede ser coautor (interviniente), pero no partícipe interviniente. Postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 8 de julio de 2003.

18. Esta postura es absolutamente minoritaria. Cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, Bucaramanga, Edit. UNAB, 1992, p. 361.

19. Sobre esta postura, *ibíd.*, pp. 360 y 361.

Frente a estas dos últimas posiciones de la Corte Suprema de Justicia nos pronunciamos detalladamente más adelante.

III. TRATAMIENTO DEL “EXTRANEUS” EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1980

Después de aproximadamente 20 años de vigencia del Código Penal de 1980 se podría afirmar que existía, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cierto consenso frente a la problemática de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales²⁰. Los casos más relevantes se solucionaban de la siguiente manera:

1. El *extraneus* determinaba a un *intraneus* para que realizara un delito de peculado. En este caso el servidor público (*intraneus*) respondía como autor de peculado y el particular (*extraneus*) como partícipe, es decir, como determinador. Ambos tenían la misma pena, por expresa determinación del artículo 23 C. P.²¹.
2. El *extraneus* contribuía a la realización o prestaba una ayuda al *intraneus*, obviamente con acuerdo previo o coetáneo, para cometer un delito de peculado. En estos supuestos el *intraneus* respondía como autor y el *extraneus* como cómplice, lo que implicaba para este último una rebaja de pena, de conformidad con lo estipulado en el artículo 24 C. P.
3. El *intraneus* utilizaba al *extraneus* como instrumento para realizar un peculado. Por ejemplo, un servidor público le solicitaba a un particular que llevara a su casa unos bienes que se encontraban en su despacho, sin saber el *extraneus* que esos bienes pertenecían al Estado y estaban bajo la administración o custodia del aquél. El servidor público respondía como autor mediato de peculado y el particular no respondía de nada, pues había actuado en un error de tipo, es decir, había actuado sin dolo.
4. Tal vez el caso más problemático era cuando el *intraneus* y el *extraneus* se ponían de acuerdo, ambos se apoderaban de los bienes del Estado que se encontraban bajo la administración y custodia del primero, y posteriormente se dividían lo ilícitamente apropiado. Siguiendo las directrices de la legislación penal se terminó por aceptar que el particular era cómplice, pues no tenía la calidad de servidor público (a pesar de haberse apoderado de los bienes), y el servidor público autor de peculado.

La jurisprudencia colombiana no se ocupó de casos como el de la utilización del *intraneus* como instrumento del *extraneus*, p. ej., un particular coacciona a un juez

20. Sobre las distintas formas de solución cfr. SUÁREZ. *El interviniente*, cit., p. 14.

21. A pesar de que el artículo 23 C. P. de 1980 decía: “*Autores*. El que realice el hecho o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción”, la doctrina y jurisprudencia en Colombia entendió finalmente que el inductor es un partícipe, aunque tenga la misma pena que el autor. Ampliamente sobre esta problemática, cfr. YESID REYES ALVARADO. *Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana*, en imprenta.

para que profiera una providencia manifiestamente contraria a la ley; o los casos en que el servidor público “determina” a un particular para que se apodere de dineros públicos que se encuentran bajo la relación funcional de aquél y posteriormente se los reparten²², hoy conocidos como supuestos de “instrumento doloso no calificado”. Estos eventos pretenden resolverse a través de los delitos de infracción de deber²³, y esa constituye una de las razones fundamentales de su creación.

IV. TRATAMIENTO DEL “EXTRANEUS” EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000

La manera de solucionar la intervención de un *extraneus* en un delito especial, o si se quiere en un delito de infracción de deber, ha variado de manera sustancial en vigencia del actual Código Penal, fundamentalmente por la creación del interviniente, consagrado en el inciso final del artículo 30, pues implica la rebaja de la pena en una cuarta parte al interviniente que concurra en la realización de la conducta punible sin tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal.

Para una mejor comprensión del interviniente en nuestra actual legislación penal resulta fundamental partir de unos presupuestos básicos:

1. *Concepto restrictivo de autor*. Teniendo en cuenta la forma en que se legisló todo el tema de autoría y participación en el actual Código Penal, no cabe duda de que se tomó partido por un concepto restringido de autor, también denominado concepto diferenciador de autor²⁴. Para estas posturas, los autores son considerados como autónomos o principales, en tanto los partícipes tienen naturaleza accesoria o secundaria.

En efecto, en el actual Código Penal se señala que concurren a la realización de la conducta punible los autores y los partícipes. La figura del autor, en sus diversas modalidades, está definida en el artículo 29 C. P., en tanto los partícipes, es decir, determinador y cómplices, están regulados en el artículo 30 C. P. De esta manera, nuestra legislación actual solucionó el problema que presentaba el Código de 1980, que en su artículo 23 incluía a los determinadores dentro de los autores, aunque finalmente la doctrina y la jurisprudencia concluyeron que el determinador era un partícipe, a pesar de que se le impusiera la misma pena del autor.

De esta manera, la legislación penal actual no participa del concepto unitario de autor, ni tampoco de un concepto extensivo.

2. *Principio de accesoriedad*. El Código Penal de 2000 indiscutiblemente se adhirió al principio de accesoriedad, tanto en su modalidad cualitativa como en la cuantitativa²⁵. Es decir, la figura del partícipe (determinador o cómplice) únicamente puede

22. En este sentido, cfr. SUÁREZ. *El interviniente*, cit., p. 14.

23. Sobre estos problemas planteados ampliamente, ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 383 y ss.

24. En este sentido, cfr. SUÁREZ. *Ob. cit.*, p. 15.

25. *Ibíd.*, pp. 15 y ss.

existir si previamente aparece un autor. Dicho de otra manera, no puede existir partícipe sin la presencia de un autor. Con razón se ha dicho: “Ninguna duda puede entonces caber en cuanto a que en el Código Penal de 2000 tanto el cómplice como el determinador (en su condición de partícipes) están sometidos al principio de accesoriedad, lo cual significa que su conducta será punible solo en cuanto exista un autor del delito”²⁶.

La accesoriedad es cualitativa, pues para que responda penalmente el partícipe es fundamental que el autor realice como mínimo conducta típica y antijurídica. Así lo consagra de manera expresa el artículo 30 C. P. de 2000, por cuanto textualmente estipula en el caso del determinador: “quien determine a otro a realizar conducta *antijurídica*”, y para los supuestos de complicidad se dice: “quien contribuya a la realización de la conducta *antijurídica*”. Es decir, en nuestro país la legislación penal acogió el principio de accesoriedad limitada, la cual requiere la presencia de la tipicidad y la antijuridicidad, sin exigir que el autor actúe con culpabilidad²⁷.

La accesoriedad es cuantitativa, en el sentido de que el partícipe únicamente responde en la medida que el autor haya dado comienzo al principio de ejecución. Lo anterior con fundamento en el desvalor de resultado previsto en el artículo 11 C. P., que exige la lesión o puesta en peligro efectiva, sin justa causa, del bien jurídico tutelado para que la conducta sea punible. Igualmente, la figura de la tentativa exige entre sus requisitos el que se haya dado inicio al principio de ejecución; por tanto, un partícipe responde penalmente si el autor ha realizado la conducta punible al menos en grado de tentativa.

3. *Unidad de imputación.* De manera reiterada la doctrina y la jurisprudencia nacionales han sostenido que en los supuestos en que exista la presencia de varias personas en la realización de la conducta punible todos deben responder, obviamente cada uno de acuerdo a su forma de intervención, pero manteniendo esa unidad de imputación. Ello es claro en el Código Penal, ya que al autor se le impone la pena descrita en el respectivo tipo penal, y a los partícipes, que son accesorios, se les impone la pena prevista para la infracción, que en el caso del determinador es igual que la del autor y disminuida para el cómplice.

Tenemos entonces que, si existe la realización de un delito especial o, si se quiere, de un delito de infracción de deber, todos aquellos que intervengan en la realización del mismo deben responder penalmente por ese delito, manteniendo la unidad de imputación y dependiendo de su calidad respectiva. Sin embargo, si bien resulta conveniente el mantenimiento de esa unidad de imputación en los eventos de participación de un *extraneus* en delitos cometidos por un *intraneus*, esa finalidad no puede, o mejor no debe, conseguirse vulnerando el principio de legalidad²⁸.

26. REYES. Ob. cit., p. 19.

27. Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004, pp. 465 y ss.

28. En este sentido REYES. Ob. cit., p. 13.

Esa unidad de imputación es aún más clara con la creación de la figura del interviniente en Colombia, la cual permite rebajar la pena a los que intervengan en el delito especial o de infracción de deber, cuando no reúnan las calidades especiales exigidas para el tipo respectivo. Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia: “La norma –se refiere al interviniente– en este sentido zanja *de lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial...”²⁹.

4. *Únicamente puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber aquél que reúna las calidades o infrinja el deber.* Partiendo del principio de legalidad, de naturaleza constitucional y legal, en el sentido de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, es indudable que para ser autor, en cualquiera de sus modalidades, en los delitos especiales o de infracción de deber, es imprescindible que éste reúna las calidades especiales o personales o infrinja ese deber específico. Por el contrario, cualquiera que sea el aporte causal por parte de quien no reúna esas condiciones personales o especiales o no infrinja el deber tendrá necesariamente la calidad de partícipe, es decir, determinador o cómplice. Dicho de otra manera, en ningún caso y por ningún motivo un *extraneus* puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber.

Existe pleno consenso tanto entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho como entre los seguidores de los delitos de infracción de deber, en la doctrina nacional como en la extranjera, en el sentido de que en los delitos especiales, o si se quiere de infracción de deber, única y exclusivamente el *intraneus* puede ser autor del mismo, en tanto el *extraneus* siempre será partícipe. Con razón REYES ALVARADO y partiendo del principio de legalidad asegura: “pues bien, los tipos penales describen todas conductas predicables de un autor, luego si una norma establece que el comportamiento en ella contenido solo puede ser desplegado por quien tenga una determinada cualificación, entonces únicamente puede ser autor de esa conducta la persona que posea esa específica cualidad”³⁰.

Es indudable que para ser coautor, dice con razón otro sector doctrinal³¹, se necesitan los mismos requisitos que para ser autor, por manera que, en tratándose de delitos de infracción de deber o especiales, como los llaman otros, nadie que no tenga la cuali-

29. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR. La jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener la unidad de imputación en los delitos especiales; basta citar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO. También en sentencia del 29 de julio de 1992, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

30. REYES. Ob. cit., p. 10. Y dice también lo siguiente: “Por el contrario, como el tipo penal está dirigido al autor, todo aquel que sea reputado como tal debe poseer la cualificación eventualmente exigida por el tipo, en respeto al principio de legalidad” (p. 12).

31. Cfr. ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 279.

ficación o no esté especialmente vinculado con esa relación de deber puede ser coautor; la contribución del *extraneus* siempre constituirá participación.

Es tan claro todo lo anterior que realmente resulta inexplicable, por decir lo menos, que nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, en dos decisiones afirme, contrariando todos los principios y presupuestos básicos de la autoría y participación, que un *extraneus* pueda ser coautor en un delito de infracción de deber, como vamos a verlo más adelante.

5. *El interviniente no es una figura autónoma sino accesoria.* Absolutamente claro resulta el hecho de que la figura del interviniente descrita en el inciso final del artículo 30 C. P. no es autónoma, sino por el contrario accesoria o de referencia. Así lo ha reconocido, incluso, de manera expresa, nuestra Corte Suprema de Justicia: “El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo penal, toman parte en la realización de la conducta compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos”³².

Tiene absoluta razón un sector de la doctrina colombiana, cuando afirma que no existe ninguna duda de que la figura del interviniente no corresponde a una categoría dogmática autónoma; y por consiguiente, su contenido debe determinarse por vía de interpretación, la cual a su vez puede hacerse desde dos puntos de vista diferentes: el primero, desde la propia ubicación de dicha figura al interior del Código Penal, y el segundo, desde la concepción teórica de la cual parte nuestra actual legislación penal³³.

En primer lugar, si partimos de nuestro actual Código Penal que ubicó la figura del interviniente en el último inciso del artículo 30, es decir, en el que regula expresamente a los partícipes, es indudable, es incuestionable, que dicha forma de intervenir en la conducta punible, única y exclusivamente, se reguló para ellos, o sea, para el determinador o cómplice y no para el autor, el cual precisamente está regulado en una norma diferente (art. 29 C. P.). Si la finalidad del legislador hubiese sido que la expresión interviniente se predicara tanto de autores como de partícipes así lo habría consagrado.

Dicho en otras palabras, la reducción de la pena de una cuarta parte consagrada en el inciso final del artículo 30 solamente puede aplicarse al “determinador interviniente” o al “cómplice interviniente”, es decir, al partícipe que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización. Una fórmula sencilla

32. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

33. Sobre las distintas formas de interpretar la figura del interviniente en Colombia ampliamente REYES. Ob. cit., pp. 17 y ss. En sentido similar SUÁREZ. *El interviniente*, cit., pp. 16 y ss.

de solución del último inciso del artículo 30 hubiese sido utilizar la expresión “partícipe” en lugar de “interviniente”, con lo cual se habría hecho claridad que dicha disminución punitiva solo cobija a los determinadores o cómplices³⁴.

Por ello se ha dicho:

En consecuencia, el hecho de que el legislador haya recurrido a la expresión “interviniente” solo dentro del artículo referido a los partícipes pone en evidencia que su intención era la de establecer normas sobre la regulación de la pena para quienes en calidad de determinadores o cómplices sin cualificación (esto es, en su condición de partícipes *extraneus*) hubieran intervenido en la ejecución de un delito especial propio. Ese es, por lo demás, el mismo criterio utilizado por el legislador alemán al señalar que al partícipe en quien no concurren elementos personales especiales se le concederá una rebaja de la pena; solo que el Código Penal alemán precisa dentro de esa misma disposición que el concepto de “partícipe” se refiere de manera expresa a las categorías de inductor y cómplice, aclaración con la que evita la polémica que en nuestro medio ha generado el inciso final del artículo 30 C. P.³⁵.

En segundo lugar, si la figura del interviniente se interpreta de conformidad con el sistema utilizado por el legislador del Código vigente encontramos, como ya lo dijimos en un aparte anterior, que el tratamiento del determinador y del cómplice en cuanto a su punibilidad es accesoria respecto del autor; dicha accesoriadad está expresamente consagrada en el artículo 30 C. P. Dicho de manera diferente, los partícipes (determinador y cómplice) responderán siempre y cuando exista un autor de por lo menos una conducta típica y antijurídica. En consecuencia, también la punibilidad del interviniente siempre será accesoria. No puede imponerse jamás una pena, así sea rebajada, a un interviniente sin la presencia de un autor con calidades o exigencias personales especiales, o que haya infringido el deber que requiera el respectivo tipo penal. Ello confirma la naturaleza accesoria o de referencia del interviniente.

La figura del interviniente se creó, dicho de manera muy general, para permitir una rebaja de pena a aquellas personas que no reúnen las calidades especiales o no infringen un deber específico, ya que el autor, además de infringir la prohibición del respectivo tipo penal, posee una calidad especial o infringe un deber especial. Es decir, la sanción del autor de un delito especial o de infracción de deber tiene un doble fundamento, por un lado la prohibición que trae el respectivo tipo penal, p. ej., en el

34. De acogerse la fórmula de cambiar la expresión “interviniente” por “partícipe” la norma quedaría de la siguiente manera: “Al partícipe que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”. Fórmula que deberá discutirse en Colombia si se quiere zanjar la polémica planteada. De esta manera se asemejaría al parágrafo del Código Penal alemán que dice: “Si faltan características personales especiales en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamentan la punibilidad del autor, entonces se debe atenuar la pena...”.

35. REYES. Ob. cit., pp. 18 y 19.

peculado, apropiarse de unos bienes del Estado, y por otro la calidad especial o el haber infringido ese deber personalísimo por ser servidor público; en tanto la pena del particular únicamente se fundamenta en dicha apropiación ilícita, pero no en la calidad, que obviamente no posee, y menos en infringir un deber especial que tampoco tiene, y por ello debe tener una menor sanción.

Por ello se ha sostenido:

Bajo esta premisa se debe entender que quien interviene en un delito especial sin tener la cualificación exigida en el tipo para el autor siempre será partícipe y se le disminuirá la pena en una cuarta parte si es determinante, pero cuando se trata de complicidad tendrá una doble diminuyente punitiva: la primera por su condición de cómplice, y la segunda por no tener la cualificación jurídica exigida en el tipo penal, las cuales son acumulables.

Estas rebajas encuentran explicación racional si se tiene en cuenta que el reproche implícito en la norma penal no es solamente por la realización fáctica de la conducta, sino por la infracción del deber institucional personalísimo al cual solo está vinculado el autor³⁶.

Así las cosas, como lo ha sostenido la doctrina de nuestro país mayoritariamente³⁷, incluso la Sala de Casación Penal inicialmente³⁸, al determinante interviniente se le debe rebajar la pena en una cuarta parte, en tanto al cómplice le es aplicable una doble diminuyente, una la prevista por su calidad de cómplice, y otra por tratarse de un interviniente.

V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL INTERVINIENTE EN COLOMBIA

Una vez destacados los presupuestos básicos señalados en precedencia, resulta pertinente entrar a analizar el tratamiento jurisprudencial que ha recibido la figura del interviniente en nuestro país, fundamentalmente a raíz de dos decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que han generado una gran confusión, una gran polémica, una gran incertidumbre, como pasamos a verlo a continuación.

36. HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 287.

37. En este sentido, cfr. SUÁREZ. *El interviniente*, cit., p. 18; HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 287. En contra de la doble rebaja para el cómplice, cfr. VELÁQUEZ. Ob. cit., p. 467, quien sugiere una sola rebaja para el cómplice, la prevista en el inciso 3.º artículo 30 C. P.

38. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR, aceptó que al determinante interviniente se le rebajara la pena en una cuarta parte y que con relación al cómplice concurrían las dos rebajas de manera acumulada, una la del cómplice y otra la del interviniente. Sin embargo, esta postura fue modificada radicalmente en providencia de la misma Corte del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

A. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL.
SENTENCIA DEL 25 DE ABRIL DE 2002,
M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

El caso que ocupaba la atención de la Sala de Casación Penal, de manera resumida, era el siguiente: un individuo se casó por segunda vez ante una notaría y para obviar el vínculo anterior, a cambio de una suma de dinero, obtuvo de dos empleados de la misma (un mensajero y un auxiliar de servicio) los documentos relacionados con su primer matrimonio y los destruyó. Por estos hechos fueron condenados de la siguiente manera: el particular como determinador y los dos trabajadores de la notaría como coautores de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público³⁹.

De esta decisión vale la pena destacar algunos aspectos, a los cuales ya habíamos hecho referencia con anterioridad:

1. Acepta la Corte Suprema de Justicia de manera expresa que el interviniente es una figura accesoria o de referencia.

Al respecto manifiesta: “El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino *un concepto de referencia* para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos” (cursiva fuera de texto).

2. Admite también la unidad de imputación, es decir, que si alguien realiza como autor el delito especial o de infracción de deber, tanto *intraeneus* como *extraneus* deben responder por él.

Sobre el tema dice: “La norma, en este sentido, zanja *de lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, *el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial...*” (cursiva fuera de texto).

Y más adelante agrega: “Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres disposiciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte se preserva el postulado de la *unidad de imputación*, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes” (cursiva fuera de texto).

3. También reconoce un concepto restringido de autor, al aceptar que los autores son considerados como autónomos o principales, en tanto los partícipes tienen naturaleza

39. En la providencia citada aparece que la acusación fue como coautores de delito de falsedad en documento público descrito en el artículo 223 C. P. de 1980. Los dos primeros en calidad de servidores públicos ejecutores de la conducta y el último de determinador. Esa calificación de coautores obedecía a que en esa época en el artículo de autores se consagraba al determinador, aunque finalmente doctrina y jurisprudencia reconocieron que el determinador era en realidad un partícipe.

accesoria. Y dice, con razón, refiriéndose al interviniente: “Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias”.

4. Reconoce igualmente el principio de accesoriedad en la participación, es decir, que no puede existir determinante o cómplice sin un autor que realice al menos conducta típica y antijurídica. Sobre esto afirma: “la participación además de *accesoria* es secundaria” (cursiva fuera de texto).

5. Encuentra justo y racional la rebaja de pena para los intervinientes. Al respecto asegura: “la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico demanda para su configuración”. Incluso, acepta una rebaja de la cuarta parte para el determinante interviniente y una doble disminución en caso de complicidad.

Sin embargo, la decisión de la Corte ha generado, de un lado, una interesante controversia frente a los delitos de infracción de deber, y de otro, una gran crítica por aceptar que puede ser “coautor interviniente” un *extraneus* en un delito especial o, si se quiere, de infracción de deber; veamos por separado estos puntos de vista.

1. Aceptación de los delitos de infracción de deber

La Sala de Casación Penal en esta providencia da un giro de 180 grados en materia de autoría y participación, pues abandona, sin explicación alguna, la teoría del domino del hecho, que venía fundamentando en sus decisiones⁴⁰, y acepta, sin reparo alguno, la teoría de los delitos de infracción de deber.

En efecto, dijo sobre el tema:

La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo en error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge [...]

Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del

40. Sobre la teoría del dominio del hecho, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 1998, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

tipo no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás).

Es entonces un hecho indiscutible que nuestra Sala de Casación Penal acogió plenamente la teoría de los delitos de infracción de deber, al igual que poco a poco lo va haciendo la doctrina en nuestro país⁴¹; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, al igual que la doctrina, tiene la obligación en un futuro próximo de explicarnos el porqué de dicho cambio, y además de desarrollar coherente y sistemáticamente dicha postura y fundamentalmente analizar si es compatible con nuestro ordenamiento penal; para ello deberá responder las observaciones o, si se quiere, las críticas que se le han formulado.

Es obvio que este no es el tema a desarrollar en este escrito, sin embargo, vale la pena enunciar algunas observaciones que plantea la doctrina frente a los delitos de infracciones de deber:

1. Lo primero que debe abordarse es cuáles son los delitos de infracción de deber, ya que todo el mundo habla de ellos pero no existe una fórmula clara y precisa que los distinga de los de dominio. Para el caso colombiano y a manera de ejemplo, se pregunta: ¿son delitos de infracción de deber el homicidio agravado por el parentesco, el homicidio culposo agravado por la fuga, el infanticidio, el aborto?

2. El propugnar por los delitos de infracción de deber, como el propio ROXIN⁴² lo reconoce, al igual que otros tratadistas como ZAFFARONI⁴³, lleva a la reconstrucción del viejo concepto extensivo de autor. Entonces, la pregunta que surge es: ¿si el Código Penal colombiano, como ya vimos, acoge un concepto restringido y no extensivo de autor, puede dar cabida a esta clase de delitos?

41. Acepta la teoría de los delitos de infracción de deber HERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 279 y ss. En contra ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXII-XXIII, n.º 73, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 117 y ss.

42. ROXIN acepta que su postura de los delitos de infracción de deber tiene concordancias con el concepto extensivo de autor. Al respecto dice: “En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier ‘causar’ de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor”: *Autoría*, cit., p. 412.

43. ZAFFARONI también afirma que los delitos de infracción de deber llevan a un concepto extensivo de autor, así: “ROXIN lleva a cabo otro intento de resolver el problema de la autoría prescindiendo de su vinculación con el tipo, como resultado de considerar que en los delitos de deber la violación de éste es una forma autónoma de autoría que nada tiene que ver con el dominio del hecho, que en su entender sólo opera en los delitos de dominio, porque en los de deber resalta un concepto extensivo de autor”: EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 742.

3. También se ha dicho que los delitos de infracción de deber fundamentan el injusto, única y exclusivamente, en el desvalor de acción, que implican la ignorancia del principio de lesividad⁴⁴, lo cual dificultaría su aceptación, si tenemos en cuenta que en nuestra legislación penal actual el injusto se compone tanto de desvalor de acción como de desvalor de resultado⁴⁵. ¿Se podrá abandonar en esta clase de delitos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, cuando legal y constitucionalmente está reconocido el desvalor de resultado?

4. Los partidarios de los delitos de infracción de deber, entre ellos ROXIN⁴⁶, propugnan la responsabilidad a título de determinador en los supuestos en que un *extraneus* utiliza como instrumento a un *intraneus* en la realización de un delito especial o si se quiere de infracción de deber, en tanto el *intraneus* no responde de nada. Esto fue enunciado expresamente por la Corte en la providencia que venimos comentando, cuando dice que el tipo especial surge cuando el sujeto cualificado “es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo en error)”. Sería, p. ej., cuando un particular induce en error a un servidor público, para que no dé cuenta a la autoridad de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio (abuso de autoridad por omisión de denuncia, art. 417 C. P.) en cuyo caso se propone que el *intraneus* (particular) responda como determinador de este delito, aunque el servidor público (*intraneus*) no responda de nada, por actuar en error.

Esta última solución resulta absolutamente inaplicable, pese a que lo sostenga la Sala de Casación Penal, en nuestra legislación actual, pues, como lo hemos dicho, rige entre nosotros el principio de accesoriedad, lo que significa que no puede existir un determinador sin un autor que realice conducta típica y antijurídica. No puede sacrificarse, por ningún motivo y bajo ningún aspecto, el principio de legalidad, es decir, lo dispuesto expresamente en el artículo 30 C. P.

Lo anterior pone de presente que debemos ser muy cautelosos a la hora de aceptar una teoría como la de los delitos de infracción de deber, la cual no puede implementarse desconociendo la normatividad penal que rige en nuestro país. Igualmente debemos pensar si esa es la opción político criminal que más nos conviene, si sus soluciones llevan a penas justas, proporcionales y razonables. De todas maneras, la discusión está abierta y apenas comienza.

2. *Un extraneus puede ser, según la Corte Suprema de Justicia, coautor interviniente de un delito especial o de infracción de deber*

Lo comentado hasta el momento sobre esta jurisprudencia es positivo, incluso para algunos novedosa por aceptar la teoría de los delitos de infracción de deber, pero lo

44. Cfr. ZAFFARONI. Ob. cit. p. 47.

45. Cfr. SUÁREZ. “Premisas”, cit., pp. 118 y ss.

46. Cfr. ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 395 y ss.

que sí resulta desconcertante e inaceptable es que se sostenga que un *extraneus* pueda ser coautor interviniente de un delito de infracción de deber o especial para otros.

La Corte encuentra como uno de los puntos de partida de la figura del interviniente que se presente “conurrencia o pluralidad de intervinientes. Que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de “autoría” (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (incs. 1.º, 2.º y 3.º art. 30).

Es decir, la Corte, en una interpretación extensiva, entendió que el inciso final del artículo 30 que regula a los partícipes también debe aplicarse en caso de autoría. Según este planteamiento, en el supuesto de que un particular (*intraneus*), en asocio y de común acuerdo con un servidor público (*intraneus*), se apodere de bienes del Estado que están bajo la relación funcional de éste, ambos deben responder como coautores de peculado por apropiación, obviamente el particular como coautor interviniente, con una rebaja de pena de la cuarta parte.

Esta solución a todas luces es insatisfactoria.

Como ya lo expusimos, existe acuerdo pleno tanto entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho así como entre los seguidores de los delitos de infracción de deber, en el sentido de que en los delitos de infracción de deber o especiales única y exclusivamente puede ser autor el *intraneus*, en tanto el *extraneus* siempre será un partícipe. Resulta obvio, entonces, que en el caso planteado el particular no puede ser autor (en ninguna de sus modalidades) y tiene que responder como determinador o cómplice, pero jamás como coautor interviniente.

El considerar, como lo hace la Sala de Casación Penal, como coautor de un delito especial o de infracción de deber a quien no reúne los elementos típicos utilizados por el legislador en la redacción de la una norma penal implica vulnerar de manera flagrante el principio de legalidad, sin que pueda tomarse como excusa para dicha violación el que al coautor interviniente se le rebaje la pena en una cuarta parte. Con razón se ha dicho: “Por eso, cuando la Corte Suprema de Justicia sostiene que un particular puede ser autor de un delito especial propio y que en su condición de tal (dentro de la amplia noción de interviniente) se le debe aplicar la sanción reducida a que alude el inciso final del artículo 30 C. P. colombiano de 2000 no hace nada diverso a quebrantar el principio de legalidad”⁴⁷. Si bien resulta conveniente mantener la unidad de imputación en los supuestos en que un *extraneus* participa en un delito especial o de infracción de deber, ello no puede hacerse quebrantando el principio de legalidad.

Esta interpretación de la Corte quebranta igualmente el principio de tipicidad, pues en el ejemplo planteado un particular sería coautor interviniente de un peculado por

47. REYES. Ob. cit., p. 20.

apropiación, pese a no tener la relación funcional con los bienes objeto del apoderamiento. Nadie discute hoy en Colombia que la relación funcional es imprescindible para realizar el juicio de adecuación típica en cabeza del autor. Tanto el principio de legalidad como el de tipicidad son normas rectoras, fundamentadas en la Constitución Política y en la ley, por tanto son obligatorias y prevalentes, no puede haber excepciones a dichos principios.

En la providencia en comento existe una gran contradicción, pues acepta de una parte y sin limitación alguna la teoría de los delitos de infracción de deber, en la cual sólo puede ser autor aquél que infringe ese deber especialísimo, sin importar su aporte causal; por el contrario, aquél que no infringe ese deber especial es partícipe. Si la Corte hubiese desarrollado coherentemente esta postura habría necesariamente concluido que el particular no podía ser autor, ni coautor, por no haber infringido ese deber.

También se contradice la Sala de Casación Penal cuando acepta, por un lado, que el interviniente no es una categoría autónoma sino un concepto de referencia y por otro, sin embargo, al afirmar que puede existir un coautor interviniente le está dando la calidad de principal o autónomo. El darle al interviniente dicha calidad lleva a preguntarnos si ello significa que pueda predicarse una determinación o una complicidad del coautor interviniente. Si ello es así, ¿cuál sería la pena de referencia, la del *intraneus* (pena prevista en el tipo) o la del *extraneus* (coautor interviniente) que tiene la pena rebajada en una cuarta parte?

También se ha criticado la postura de la Corte cuando afirma que para que nazca a la vida jurídica el delito especial es suficiente que alguno de los concurrentes ostente la calidad especial, sea cual fuere la posición desde donde se ubique, porque según esta postura “un particular podría ser autor de un delito de peculado, en cuanto el cómplice que haya colaborado en la apropiación de dineros del Estado tuviese la condición de servidor público, o en cuanto quien le haya determinado a realizar dicha actividad poseyera la cualificación exigida en el respectivo tipo penal”⁴⁸.

De manera respetuosa debemos decirlo, la Sala de Casación Penal contrarió los presupuestos básicos y mínimos que exige nuestra legislación penal en materia de autoría y participación, al predicar que un *extraneus*, un particular, pueda ser coautor (interviniente) de un delito de infracción de deber o si se quiere especial.

48. *Ibid.*, p. 21. Esta crítica realizada por REYES no parece tener razón, ya que la Corte acogió en esta decisión los delitos de infracción de deber, y en ésta resulta claro que si alguien infringe ese deber surge el mismo a la vida jurídica, luego no puede existir determinante o cómplice infringiendo el deber, pues tendrían calidad de coautores.

B. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL.
SENTENCIA DEL 8 DE JULIO DE 2003,
M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

El caso que ocupó la atención de la Sala de Casación Penal, de manera resumida, fue el siguiente: un fiscal profiere una providencia manifiestamente contraria a la ley, ayudado por el abogado defensor de uno de los implicados, quien había elaborado un documento a manera de proyecto de resolución, encontrado en el escritorio del funcionario, en el cual se plasmaban una serie de argumentos para sustentar la no tipificación de un delito, pese a que la prueba demostraba la existencia del mismo, en concurso con otras conductas punibles. Por estos hechos fueron condenados por un tribunal en primera instancia, así: el servidor público como autor de prevaricato y el particular como cómplice, pero a éste por no tener las calidades se le reconoce la doble rebaja de la pena, una por cómplice y otra por interviniente. La Sala de Casación Penal confirmó el fallo, pero no reconoció la doble diminuyente para el abogado, sino únicamente la prevista para el cómplice.

En esta decisión, la Sala de Casación Penal vuelve a modificar sustancialmente su postura frente a la figura del interviniente. Partiendo del supuesto que en los delitos especiales los partícipes (determinador y cómplice) no requieren la calidad exigida para el autor, surge evidente la exclusión de la figura del interviniente para los mismos. Dicho de otra manera, para la Corte el interviniente no es un concepto aplicable ni al determinador ni al cómplice, sino únicamente al coautor de un delito especial sin cualificación, es decir, al *extraneus* coautor.

Dijo la Sala en su parte pertinente:

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 dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir, como autor, es allí donde opera la 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 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. (Cursiva fuera de texto).

A esta posición de la Sala le son imputables las mismas críticas hechas en precedencia, pues al igual que la primera decisión se permite que un *extraneus* responda como coautor interviniente de un delito especial o de infracción de deber, pese a no tener las calidades especiales exigidas por el tipo o no haber infringido el deber.

Sin embargo, esta última providencia es aún más criticable y más inconsistente que la anterior.

Afirmar que la figura del interviniente no es aplicable a los partícipes, es decir, al determinante y cómplice, de entrada y de manera grave viola el principio de legalidad, ya que basta observar, como lo dijéramos en oportunidad anterior, que la misma se reguló en el inciso final del artículo 30 que precisamente define a los partícipes. Resulta curiosa esta forma de interpretación, pues lo que dice la Corte es: si bien el interviniente aparece en el artículo que regula a los partícipes, eso no es así, pues ese inciso debe ubicarse al final del artículo 29 que define a los autores. Dicho de otra manera, se estaría “derogando” el inciso final del artículo 30 y “creando” uno nuevo que sería el artículo 30, con un nuevo inciso relacionado con el interviniente.

Por eso se dice con razón:

Si se opta por analizar la noción de “interviniente” con base en su ubicación dentro del Código Penal de 2000, es evidente que el legislador recurrió a su empleo dentro del artículo destinado a regular la figura de los “partícipes”, prescindiendo de ella en la redacción que le otorgó el artículo dedicado al tratamiento de los “autores”. En consecuencia, la expresión “intervinientes” solo puede referirse a aquellas categorías dogmáticas comprendidas dentro de la figura de la “participación”, sin que su ámbito de aplicación pueda hacerse extensivo a los “autores”. Si el legislador hubiese querido referir la expresión “interviniente” tanto a los autores como a los partícipes, no la hubiera incluido dentro del artículo sobre partícipes sino que la habría incorporado a una norma diversa en que de manera específica se regulara la punibilidad en los delitos especiales propios, como ocurre en el Código Penal alemán, que regula en artículos independientes los aspectos relacionados con la punibilidad de los intervinientes⁴⁹.

La postura asumida por la Corte lleva a otra gran inconsistencia: siguiendo el ejemplo que hemos utilizado del servidor público que en asocio y de acuerdo con un particular se apoderan de los dineros del Estado, que están bajo la administración o custodia del primero, y posteriormente se los dividen, ambos responderían como coautores de peculado por apropiación y al particular se le rebajaría la pena en una cuarta parte por ser coautor interviniente. Pero si un particular simplemente determina al servidor público, es decir, ni se apodera ni se queda con dineros del Estado,

49. REYES. Ob. cit., p. 18.

sería determinante y le correspondería la misma pena que el autor, ya que –según la Sala– de este partícipe no es predicable la figura del interviniente, lo cual resulta francamente inaceptable dogmática y político-criminalmente.

Tampoco puede compartirse la afirmación de la Corte cuando asegura: “pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir, como *autor*”, pues, como tantas veces lo hemos dicho, para ser autor de un delito especial o de infracción de deber no basta ni concurrir a la realización del verbo rector ni ejecutar la conducta como suya (la vieja tesis subjetivista), sino que es indispensable que concurren en él las calidades o exigencias personales o especiales o infrinja el deber especial que exige el respectivo tipo penal.

CONSIDERACIONES FINALES

Tenemos entonces claro hasta el momento lo siguiente:

1. La figura del interviniente es accesoria y no autónoma.
2. La figura del interviniente, única y exclusivamente, se predica de los partícipes, es decir, de determinadores y cómplices.
3. En los delitos especiales o de infracción de deber no puede ser autor (en ninguna de sus modalidades) el *extraneus*.
4. En los delitos especiales o de infracción de deber solo puede ser autor el que reúna las calidades especiales o personales que exija el tipo o infrinja el deber personalísimo.
5. Al partícipe interviniente se le debe rebajar la pena en una cuarta parte⁵⁰.

Ahora bien, si se parte de la teoría del dominio del hecho, como lo sugiere un importante sector doctrinal, en los delitos especiales para ser autor se requiere dos elementos: uno, que tenga el dominio del hecho, y dos, que concurren en él las calidades especiales o personales exigidas por el tipo penal.

Partiendo del dominio del hecho y frente al interviniente se tendría como presupuesto lógico el siguiente: el inciso final del artículo 30 permite rebajar la pena al partíci-

50. En Colombia la principal discusión se ha planteado sobre si al cómplice interviniente se le debe o no rebajar doblemente la pena, una por el factor de la complicidad y otra por ser interviniente. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran ampliamente divididas. A favor de la doble rebaja, p. ej., YESID REYES, ALBERTO HERNÁNDEZ y ALBERTO SUÁREZ, y la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 25 de abril de 2002. Incluso, esta posibilidad de doble rebaja para el cómplice ya la había sugerido EMIRO SANDOVAL HUERTAS en 1988, en su obra *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, p. 67. En contra, FERNANDO VELÁSQUEZ y la Sala de Casación Penal en la sentencia del 8 de julio de 2003.

pe que no reúna las calidades; *a contrario sensu*, al partícipe (determinador o cómplice) que posea las calidades especiales o personales no se le aplicará la disminución punitiva allí prevista.

Partiendo de la premisa anterior se tendrían, entre otras, las siguientes consecuencias:

1. Si un particular (*extraneus*) determina a un servidor público (*intraneus*) a cometer un peculado, el primero sería determinador interviniente y se le rebajaría la pena en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del artículo 30 C. P.

2. Si un servidor público determina a otro servidor público, ambos teniendo la relación funcional, pero solo uno de ellos el dominio del hecho, éste último, es decir, el que tiene el dominio del hecho y la relación funcional, sería autor y el otro sería simplemente determinador, y tendría de conformidad con nuestro artículo 30 la misma pena que el autor. No se le aplicaría al determinador la disminución prevista para el interviniente, ya que sí reúne las calidades especiales.

3. Si un particular presta simplemente una ayuda a un servidor público que comete un peculado, éste responderá como autor del mismo y el particular sería cómplice interviniente y se le aplicaría la doble rebaja, una por la complicidad y la otra por interviniente.

4. Si un servidor público presta una simple ayuda a otro servidor público para realizar un peculado, ambos con la calidad especial, es decir, con la relación funcional, responderá el primero como cómplice (por no tener el dominio del hecho) y el segundo como autor (por tener el dominio del hecho y además las respectiva exigencia especial del tipo), pero el cómplice solo tendrá la rebaja de la complicidad, pues no es predicable la disminución punitiva del interviniente por tratarse de un cómplice con calidades.

De esta manera permitiría una graduación punitiva diferenciadora para autores, partícipes, intervinientes con y sin calidades.

Obviamente, estas soluciones no pueden predicarse si se acoge la teoría de los delitos de infracción de deber, ya que en ésta es autor aquél que infringe el deber, y no puede hablarse nunca de un partícipe (determinador o cómplice) que infringiera el deber, pues necesariamente sería autor. En consecuencia, el *extraneus* siempre sería un partícipe interviniente y tendría derecho a la rebaja prevista en el inciso final del artículo 30 C. P.⁵¹.

51. De esta solución se apartaría la decisión de la Corte del 8 de julio de 2003 comentada en el trabajo, ya que no acepta la figura del interviniente para los partícipes, y por ende no aceptaría la doble rebaja para el cómplice.

Como se ha podido apreciar a lo largo del trabajo, la discusión en Colombia está planteada y apenas comienza, por ello la jurisprudencia y la doctrina nacionales tienen un gran compromiso en aras de buscar lo que sea más aconsejable para nuestra realidad nacional, lo más justo y necesario desde el punto de vista político-criminal, lo más respetuoso para nuestro incipiente Estado social y democrático de Derecho y lo más ajustado a nuestra Carta Política y a la ley.

