

¿ES EL INTERVINIENTE UNA FORMA DE COAUTORÍA?*

*Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D.***

*Raúl Acero Pinto****

*Rodrigo Orjuela*****

Universidad Libre, Bogotá, D.C.

RESUMEN

El interviniente es una figura que algún sector de la doctrina considera como una forma de coautoría. Así lo planteó inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; posteriormente estimó la Corte que los intervinientes en un delito podrían ser cómplices o coautores de acuerdo a su participación en el hecho punible. Para otro sector, entienden que el interviniente corresponde a una manera de aplicar la pena a imponer, disminuida en una cuarta parte cuando se trata de delitos especiales, en las cuales el interviniente es el particular, es decir, quien no tiene la calidad exigida por el tipo penal, pero no es una figura de autoría o participación autónoma.

PALABRAS CLAVES

Participación. Autor. Interviniente. Coautor. Autoría inmediata. Punibilidad. Inducción. Cómplice.

ABSTRACT

The intervener is a figure that considers it for some sector of the doctrine like a coautoría form. This way, I outline it initially the Penal Court of the supreme Court of justice, later on it estimated the Court that the interveners in a crime could be accomplices or joint authors according to their holding in the punishable fact. For another sector, they understand that the intervener corresponds to a

Fecha de recepción del artículo: 2 de agosto de 2007.

Fecha de aprobación del artículo: 1° de octubre de 2007.

* Este artículo forma parte de un avance de investigación “La coautoría en la dogmática penal colombiana y su relación con otras formas de autoría y participación” que adelanta el Grupo de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Sede Principal.

** ÁLVARO E. MÁRQUEZ CÁRDENAS PH. D. Abogado. Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid-España. Especialista en Criminología-Instituto de Criminología U. Complutense de Madrid. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana. Docente-investigador, Universidad Libre-Postgrados.

*** RAÚL ACERO PINTO. Coinvestigador, abogado. Estudiante maestría en derecho penal, Universidad Libre.

**** RODRIGO ORJUELA. Coinvestigador, abogado. Estudiante maestría en derecho penal, Universidad Libre.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

way of applying the pain to impose, diminished in a fourth part when it is special crimes in which the intervener is a the matter, that is to say who he/she doesn't have the quality demanded by the penal type, but don't unite figure of responsibility or autonomous participation.

KEYWORDS

Participation. Author. Intervener. Joint author. immediate responsibility. Punibilidad. Induction. Accomplice.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado “La coautoría en la dogmática penal colombiana y su relación con otras formas de autoría y participación” que se adelanta en el Centro de Investigaciones de Postgrado en la Universidad Libre.

La figura de la coautoría no ha sido preocupación de un estudio serio en nuestro país, de hecho en nuestra literatura jurídica nacional no hay una obra de dedicación exclusiva acerca del tema. Es decir, esta forma de coparticipación penal no ha sido objeto de divulgación ni de una investigación académica al respecto que nos permita clarificar el sentido del art. 29 del C.P., su desarrollo, alcance, regulación y sobre todo que explique qué soluciones pretendió alcanzar el legislador con tal figura.

La importancia del tema está dada en cuanto pretendemos divulgar la necesidad que los jueces, abogados y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas que procedan, fundamentándola con un criterio

dogmático, evitando de esta manera la impunidad que generan los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos y que frente a una falta de precisión de concepto los más responsables, los jefes de bandas delincuenciales terminan siendo sancionados apenas como simples cómplices con penas irrisorias, o al contrario, una simple participación convertida en coautoría aplicando penas desproporcionadas a lo realizado por el partícipe.

PROBLEMA A INVESTIGAR

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del art. 29 del Código Penal que trata la figura de la coautoría, buscando su genuino alcance de la norma, correlacionándola e integrándola a las demás disposiciones sancionatorias buscando desentrañar las valoraciones políticas y sociales en que esas normas descansan o se inspiró el legislador al regular como lo hizo las formas de autoría y participación. Por lo anterior cabe preguntar: ¿Cómo debe interpretarse la figura de la coautoría en el C.P. vigente? Si el C.P. define sólo la coautoría impropia, ¿cómo deben entenderse las demás formas de autoría? ¿Cuál es la teoría dominante que explica la existencia dogmática de la coautoría como forma de coparticipación? ¿Cómo ha venido la jurisprudencia de las altas cortes interpretando la figura de la coautoría? ¿Cuál es la teoría dominante en Colombia y cuál es su fundamento? ¿Qué elementos esenciales nos permiten diferenciar la coautoría de otras formas de participación, como la complicidad necesaria, donde también hay acuerdo previo? ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial de

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

concepto previo para definir la coautoría en España? Las respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría con fines prácticos.

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la legislación y doctrina española, que pretende explicar, desde el punto de vista dogmático-penal, el origen de la necesidad que el legislador colombiano tuvo en mente para vincular al derecho positivo el inciso 2º del art. 29 del C.P., consultando los antecedentes doctrinarios, legislativos y el derecho positivo extranjero.

Se busca también, con el sistema metodológico adoptado, el análisis de las otras formas de autoría y participación frente a la figura del coautor, el examen por grupos y casos concretos de los tipos delictivos cuya estructura admite la figura de la coautoría en el sentido del derecho penal.

1. ¿ES EL INTERVINIENTE UNA FORMA DE COAUTORÍA?

1.1 Concepto de interviniente

Debe destacarse, como punto de partida, que este término fue utilizado frecuentemente por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera,

de manera indeterminada, es decir, sin que constituyera un aspecto dogmático. por el contrario, era tan solo un término de referencia para señalar con él a cualquier persona que de una u otra manera actuara dentro de la comisión de un delito.

Se utilizaba este término para referirse indistintamente por ejemplo al autor, al coautor, al determinador y al cómplice, pero en forma tan solo referencial y no como una categoría dogmática especial, por ello se daban definiciones tales como:

“...Conforme con este concepto, todo interviniente en el hecho punible es autor...” (resaltado fuera del texto)¹.

En el mismo sentido incluso la jurisprudencia, siempre utilizó el término de referencia, más no como categoría jurídica, así:

“...En la concepción del derecho penal moderno, la delimitación de las distintas formas de intervención en el delito, siendo ya de por sí compleja en los supuestos en que el interviniente actúa, se dificulta aún más cuando el interviniente omite...”².

Es decir que en cualquier comentario, decisión jurisprudencial o concepto doctrinal que a través de la historia de nuestro país se profirió, siempre se utilizó el término de “interviniente”, para denotar con él tan solo a alguien que de una u otra manera actuaba o tomaba parte en la conducta ilícita,

¹ GÓMEZ JIMÉNEZ, JESÚS AURELIANO. Op. cit., p. 51.

² Tribunal Nacional, Radicado 7814, 23 de octubre de 1995. Publicado en la Revista *Criterio y Justicia Penal*, cuarto trimestre de 1995, ISSN 0122-3593, p. 83.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

motivo por el cual bien se hacía referencia como interviniente al autor, inmediato y mediato, al coautor en sus diferentes modalidades, propio e impropio, al inductor y al cómplice.

Incluso poco antes de entrar a regir la Ley 599 de 2000, los más destacados doctrinantes hacían referencia a ello señalando por ejemplo: que en un asalto bancario son coautores todos los intervinientes, incluso el que conduce el auto³. Igualmente al respecto, cuando varios cometen un hecho en común, todos son castigados como coautores. La propia ley designa en este caso a los intervinientes como “coautores”⁴, queriendo significar todos con ello y casi al unísono que la expresión “interviniente” era tan solo eso, es decir, una palabra más que era utilizada como mero sinónimo de todo aquél que actúa o toma parte dentro del desarrollo de un ilícito, sin que se quisiera dar cualquier otro significado.

Obviamente, y sin que ello implique el uso del término como especie de categoría jurídica, se ha tomado para significar con éste el actuar en un delito ajeno, sin que se especifique como figura autónoma, como sí lo hace nuestro artículo 30 *in fine*. Así, por ejemplo, algunos autores como Zaffaroni⁵, para quien lo que él denomina como “concurrancia de

personas”, podría tener una doble implicación, pues esa participación en primer lugar puede referirse a todos los que toman parte tales como autores, instigadores y cómplices, pero igualmente puede hacer referencia tan solo a quien en un sentido más estrecho toman parte en un delito ajeno, tales como los instigadores y los cómplices.

1.2 Desarrollo del término “interviniente”

Se puede señalar, independientemente de las varias posturas doctrinales que se tuvieran al respecto, que debe quedar claro que nadie concebía la figura en cuestión del “interviniente” como una categoría dogmática o jurídica especial, o que esta fuera utilizada para solventar las inconsistencias de algunos tipos penales, especialmente de aquellos denominados “especiales” y en los de “propia mano” —que son aquellos en los cuales se exige que el sujeto realice inmediata y corporalmente por sí mismo la acción prohibida, por lo que el ámbito de posibles autores se reduce, pudiendo terceras personas obrar como partícipes, pero no en calidad de coautores—⁶, menos aún en los culposos⁷ y ni qué decir de los omisivos, especialmente en los de comisión por omisión, pues ni siquiera en el proyecto de ley se había pensado

³ VELÁSQUEZ V. FERNANDO, *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997, p. 621.

⁴ JESCHEK, HANS HEINRICH. Op. cit., p. 937.

⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires. Edit. Ediar, 2000, pp. 734-735.

⁶ GÓMEZ LÓPEZ JESÚS ORLANDO. Op. cit., p. 220.

⁷ Aún así, al parecer la jurisprudencia argentina sí sanciona a los intervinientes diferentes del autor en este tipo de delitos, así lo expresa MARCO A. TERRAGNI. www.google.com. Autoría e intervención de terceros en el delito culposo. La Web. www.astrea.com.ar. “Convertir a todo interviniente en autor, como lo hacen con frecuencia los tribunales argentinos, no respeta la lógica que se desprende de la regulación legal que indica, ya que no da lo mismo que quien guía un automóvil adopte la conducta

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

en este término, pues incluso se había mencionado otra expresión que naturalmente hacía juego o era acorde con el lugar en que había sido ubicada, motivo por el cual se utilizó la de “partícipe”⁸.

Sobre este asunto, hace referencia Gómez Pavajeau⁹ en los siguientes términos:

“El Proyecto de Código Penal presentado por el Fiscal General, Dr. Alfonso Gómez Méndez, al Congreso de la República establecía en su artículo 30 inciso final:

“Al partícipe que no teniendo la calidad de servidor público, acceda a la realización de un tipo penal con tal exigencia, se le rebajará la pena en una cuarta parte” (resaltado fuera del texto).

Es decir, tal como nos lo sigue señalando el autor en cita, la idea inicial de los autores de la reforma era bien distinta a la que en últimas quedó plasmada, pues se tenía el criterio de que esa persona a la que se hacía referencia como no cualificado, o mejor sin calidades especiales, era precisamente a un “servidor público”, y por ello así quedó el proyecto y así fue a los primeros debates ante el Senado de la República, pero ya cuando pasó a conocimiento de la Cámara de Representantes, entonces fue allí cuando casi todo varió, pues se abolió el término “partícipe” y el de

“calidad de servidor público”, para en su lugar introducir las expresiones de: “interviniente” y “calidades especiales”, respectivamente, que en nuestra opinión son absolutamente distintas y con implicaciones muy diferentes a las que hubiera tenido si se hubiese aprobado tal como lo decía el proyecto.

Entre otras, la norma tal como inicialmente fue concebida por sus creadores, no se salía del marco de la participación, por ello no solo allí estaba incluida, sino además esa era la denominación para quien no tuviera dichas calidades, es decir, “partícipe”, y si ese hubiera sido el destino final de la norma, consideramos podrían haberse dado aspectos de valoración diferentes como los siguientes:

- a) Necesariamente, así la norma al parecer hacía referencia a quien tomara las riendas con ánimo de autor, en sus diferentes modalidades, es decir, coautor propio e impropio, y también al autor mediato, pues obviamente resultaría absurdo consagrar doblemente las otras dos figuras, esto es, la del inductor y la del cómplice.
- b) Se partía del presupuesto aprobado por la doctrina mayoritaria, según se ha analizado en precedencia en este trabajo, que tanto el inductor o determinador y el cómplice pueden tener tal calidad en los delitos de sujeto activo cualificado, incluso en los de propia mano, de

Cont. nota 7

imprudente provocante de la muerte del peatón, que la actitud del acompañante, quien lo hubo convencido para que imprimiese al rodado una velocidad peligrosa...”.

⁸ Al respecto pueden verse las diferentes actas y trabajos preparatorios. Igualmente a LÓPEZ MORALES JAIRO, *Antecedentes del Nuevo Código Penal*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Intervención y Omisión*, Bogotá, Giro Editores Ltda., 2005, pp. 35-36.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

dolo específico, y otros, sin poseer las calidades requeridas por el tipo penal, es decir, un *extraneus* puede ser determinador o cómplice de un *intraneus*¹⁰, sin necesidad de tener las mismas calidades.

- c) Indudablemente colegimos que el autor de la reforma visualizaba los inconvenientes ya mencionados en este trabajo respecto de la posible impunidad de algunos “intervinientes” (en el sentido de actuante o involucrado en los hechos), por ese motivo consideró que hacía falta en la norma la mención expresa a esas personas que actúan de esa manera y a los que eventualmente no se les pueda imputar el tipo penal, pues no obran ni a título de inductor, ni de cómplice, y como no pueden ser autores, ni coautores, entonces no se podía proseguir con esa situación, por lo que tenía razón de ser la consagración de la figura en los términos en que venía precisamente diseñada, haciendo referencia al partícipe que actuaba con ánimo de autor en un delito de sujeto activo cualificado o en los otros ya mencionados.

Consideramos que “acceder a la realización” de un tipo penal (tal como se había señalado en el texto de la reforma), implicaba necesariamente hacerlo pero en calidad de autor, pero si lo que se quería era referirlo a quien tiene calidad de inductor, este no

accede sino que conlleva a otro; si se refería al cómplice este sujeto tampoco “accede”, sino tan solo colabora con otro en la realización del crimen. Por ese motivo insistimos en nuestra tesis de que la reforma así proyectada venía dirigida para el *extraneus* que tiene *animus auctoris* (ánimo de autor) y no para el que tiene mero ánimo de participar o colaborar con otro (*animus socii*)¹¹.

Y es que la misma terminología habla por sí sola; baste para ello extrapolar el término “acceder” a otras figuras jurídicas como la del “acceso carnal”, en donde incluso se acepta por la doctrina mayoritariamente que este es un delito de propia mano, es decir, de aquellos en los que no puede ser autor sino tan solo quien “accede” y no el que colabora o determina; por ese motivo si la norma en cuestión se plasmó en esos precisos términos, es decir, señalando: “el que acceda a la realización de un tipo penal”, necesariamente se refería al *extraneus* con *animus auctoris*, pues indudablemente no estaba haciendo referencia al determinador y menos al cómplice, entre otras, porque ya precedentemente en el mismo artículo los había mencionado, luego no había razón para volverlos a nombrar, tan solo que con otra denominación.

Obviamente a esta conclusión llegamos, independientemente del verdadero espíritu o concepto que hubiese tenido el autor de la reforma,

¹⁰ Naturalmente, partiendo del presupuesto *sine qua non* de que no se puede tener esa categoría (determinador o cómplice) en abstracto, es decir, sin que exista un autor determinado o por lo menos determinable.

¹¹ Contrario a esta posición GÓMEZ PAVAJEAU. Op. cit., p. 36, quien manifiesta que: “...La nueva redacción surgió de una propuesta que buscaba ampliar el radio de acción del instituto puesto que, como se puede ver, el original tenía varias limitaciones: a) Sólo operaba respecto de los partícipes, esto es, para los determinadores y cómplices...”.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

pues lo que estamos haciendo es un análisis o una interpretación sistemática, lógica e incluso histórica, por lo que creemos que si así se hubiera redactado por el legislador, a esa misma conclusión necesariamente se hubiera llegado por la doctrina, teniendo en cuenta como principio fundamental que, siendo clara la ley, no debe desconocerse so pretexto de interpretarla.

1.3 Categoría dogmática

Hasta este momento, incluyendo a los protagonistas de la reforma penal¹², las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales han considerado que la figura del “interviniente” no tiene un valor más allá que el que se desprende de su propia definición, motivo por el cual no la han manejado como una categoría jurídica o dogmática especial, o sea con autonomía, por el contrario, en unos casos han considerado que hace referencia a los partícipes, es decir, al determinador y al cómplice, en otras a estos y a los autores, sin mayores consideraciones para la figura en cuestión, como si de pronto se tratara de un simple término que el legislador quiso imponer para salir del paso.

Consideramos que la figura en cuestión era necesaria en la ley penal, no fue un simple capricho establecer la misma, pues existen algunos tipos penales en donde eventualmente podría quedar impune la conducta desplegada por un *extraneus*. A manera de hipótesis podemos traer a colación, como ejemplo, algunos casos

problemáticos¹³, o el caso de la Ley 80 de 1993 que en su art. 56 asimilaba al contratista a un servidor público, en consecuencia se presentaba el inconveniente de imputarle el delito de peculado por apropiación cuando se apoderaba de los anticipos y no ejecutaba la obra. Recordemos que mediante Sentencia C-563 de 1998 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo mencionado, pero consideró que los contratistas no son servidores públicos por la simple celebración del contrato, y en consecuencia un *extraneus* que obra tal como aquí ha quedado mencionado, no podría responder por el delito de peculado por apropiación, entonces tendríamos que endilgarle un delito diferente. Al momento en que el legislador destipificó el peculado por extensión, esta conducta podría haber quedado impune, si no hubiera sido porque en lugar de esta creó la del “Abuso de confianza cualificado”.

Lo anterior implica que existen muchas conductas y tipos penales que eventualmente, y por lo menos jurídicamente no podrían imputársele a los *extraneus* cuando obran en las circunstancias relatadas, es decir, con *animus auctoris*, por lo que se hacía necesario crear una figura que de una u otra manera supliera esta falencia, tan solo que el legislador, más por técnica legislativa que por cualquier otra razón atendible, la consagró dentro del título de “partícipes” y específicamente en el artículo 30 *in fine*, por lo obviamente con cierta justificación la doctrina en su mayoría considera que este sujeto es otro

¹² Sobre esto ver GOMEZ PAVAJEAU. Op. cit., pp .35-36. “La expresión interviniente no tiene una especial connotación jurídica y mucho menos jurídico penal...”.

¹³ Casos que en realidad no son materia de este trabajo, aún así se mencionan algunos.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

partícipe más, pero accesorio a los otros, no existe ni la voluntad, ni la imaginación suficiente, por lo menos por ahora, para considerarla como una figura autónoma, con vida propia, entre otras, porque la doctrina foránea aún ni siquiera lo ha pensado. Estamos seguros que cuando allí nazca la idea, entonces la tendremos por cierta y válida.

En consecuencia, la han tratado de una forma algo desconsiderada como si fuera la “cenicienta de la participación”, con categoría de extrema accesoriedad, es decir en unos casos haciéndose referencia a que la calidad de “interviniente” puede tenerla cualquiera, así, el autor, coautor, inductor, cómplice, obviamente con injustas y desproporcionadas rebajas de pena –para los casos en donde por casualidad se adquiere la doble calidad de cómplice y de interviniente–, sin dejarle una sola mínima parte de valor propio, y en otros casos la han considerado como perteneciente tan solo a la coautoría, por lo que eventualmente no tendría valor alguno, pues si no existe un autor, menos un coautor, motivo por el cual en este caso podría proseguir la situación tal como estaba al principio, es decir, con impunidad para algunos casos.

1.4 Aspectos del artículo 30 del Código Penal

Finalmente, y pese a la descripción inicial que se había descrito para esta norma, el Legislador la plasmó de la siguiente manera:

“Art. 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

“(…).

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

De la presente norma se pueden resaltar algunos aspectos, tales como:

- a) Hace referencia a pluralidad de personas, pues no señala estrictamente “el que realice”, o cualquier término similar, sino precisamente a quien de una u otra forma contribuya con otro u otros, pues no otro es el significado de la expresión “concurra”.
- b) Por mala técnica o, mejor, por falta de técnica el legislador consagró esta norma del “interviniente” dentro de la figura de la participación, lo que eventualmente hace creer a gran parte de la doctrina, en forma errada, que puede ser interviniente tanto el inductor como el cómplice, entre otras razones, porque situada allí le pasa lo mismo que a la figura del determinador en el anterior art. 23 que era como una sub-especie más del sub-género “autores” y todo dentro del género “participación” (Título III, Capítulo III), por ello la figura del interviniente situada dentro del art. 30 actual, pasa entonces a ser una especie más de la participación, lo cual conlleva a la apreciación inicial que le dio la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en su gran mayoría la doctrina.
- c) Al parecer iba dirigida a solucionar los casos problemáticos en donde eventualmente sería más jurídico absolver, pues no era posible endilgarle a ningún título el hecho

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

a un sujeto. Para ejemplificar miremos el caso de quien concurre con un servidor público a realizar un delito especial; si no actúa en calidad de partícipe, ni de autor mediato, no habría forma de decir que es coautor, pues las exigencias para tal calidad deben ser las mismas que las del autor.

1.5 Jurisprudencia

Teniendo en cuenta la relativa novedad de la figura en cuestión, al parecer no mencionada en muchas legislaciones, pues de ello da cuenta la misma doctrina nacional e internacional, es decir, poco o nada se menciona al respecto, no mucha es la posibilidad de hacer referencia a esta. Aún así y *a contrario sensu*, la jurisprudencia nacional de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, pese a lo contradictoria entre sí, ha hecho referencia a este tema, en los siguientes términos:

1.5.1 Sentencia, radicado 12191, del 25 de abril de 2002.

M.P.: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Mediante esta decisión resolvió la Sala Penal un recurso de casación interpuesto por los defensores de dos procesados (Eduardo O. Jojoa Jojoa y Jairo H. Morán Bravo), contra la sentencia de marzo 8 de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la condena de 36 meses de prisión que les había impuesto el Juzgado 1º Penal del Circuito de esa ciudad, al hallarlos responsables del cargo de falsedad en documento público descrito en el artículo 223 del Código Penal de 1980.

Hechos y actuación procesal:

JOSE MANUEL GARCÍA USECHE se casó con NANCY DEL CARMEN ESPINOSA el día 5 de noviembre de 1991 en la Notaría 2ª de Pasto. El día 30 de septiembre de 1993, por el mismo rito, lo hizo con SANDRA MILENA BETANCOURTH y para obviar el vínculo anterior, a cambio de una suma de dinero obtuvo de los empleados de la Notaría JAIRO HERNÁN MORÁN y EDWAR ORLANDO JOJOA los documentos relacionados con su primer matrimonio y los destruyó.

Consideraciones de la Corte (Sala Penal):

Después de hacer el correspondiente estudio de la demanda en cuestión, se adentra la sentencia a analizar cada una de las figuras hoy consagradas en el Código Penal, específicamente lo relativo a la “participación” y sus formas, denotando y dejando claro que la figura del “interviniente” no es más que un simple término de referencia que describe una persona que actúa dentro de un delito de sujeto activo cualificado sin tener calidades (*extraneus*), así lo dejó plasmado la sentencia en referencia:

“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, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. 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

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

del tipo especial y, de otro, 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. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”.

Así mismo, para justificar entonces la posibilidad de una doble rebaja de pena, especialmente para ciertos eventos en que el *extraneus* actúa además no solo como interviniente sino también como cómplice, prosigue la sentencia con los siguientes argumentos:

“...Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como coautor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo... Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inciso 3º del artículo 30 C. P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los

cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal...”.

Con esta jurisprudencia la Corte sentó varios precedentes, así:

a) La figura del interviniente corresponde tan solo a un concepto de referencia, y no a una categoría dogmática definida, autónoma o especial.

b) El interviniente es quien, no teniendo las calidades, concurre a cualquier título, es decir, como autor, coautor y partícipe¹⁴.

c) Bajo este entendido, entonces a quien así actúa, merece una doble rebaja de pena, en el evento que tan solo preste una colaboración en un delito ajeno, es decir, si actúa en calidad de cómplice, se le ha de considerar interviniente y su responsabilidad es doblemente atenuada, de un lado como cómplice y otra por ser interviniente.

Esta consideración conlleva implícita una seria contradicción, pues si en un comienzo se considera que “interviniente” tan solo es un término de referencia, entonces, al concederle al cómplice *extraneus* esa nueva rebaja de pena como interviniente del artículo 30 *in fine*, es porque de alguna manera la sentencia considera la figura en cuestión con cierta autonomía e independencia frente a las demás.

d) No se adentra en las razones lógicas y sistemáticas de la figura en cuestión,

¹⁴ Compartiendo esta posición igualmente, GÓMEZ PAVAJEAU. Op. cit., p. 24. También GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR. Op. cit., p. 232.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

pues no es aceptable que se haya creado la figura haciendo referencia al particular cuando ya en precedencia (dentro de la misma norma) se había tipificado la figura del determinador y el cómplice, a sabiendas que para estos dos no se requieren calidades especiales.

No debemos olvidar que, de *lege data*, la doctrina y la jurisprudencia venían aceptando que se puede participar a título de inductor o determinador (figura que incluso algunos asimilan con el autor intelectual)¹⁵, sin necesidad de reunir o poseer las calidades exigidas por el tipo penal, pues un *extraneus* puede ser determinador o cómplice, tan solo que la cuestión diferenciadora vendría a ser de punibilidad, pero en esencia sí es viable dicha calidad en un delito especial.

Por esa razón, no resulta lógico que el legislador haya “creado”¹⁶ (incluso con un sentido algo novedoso) la figura del interviniente para referirse a quien sin tener calidades pueda concurrir en la realización de una conducta punible a título de determinador o de cómplice.

Más lógico resulta, por lo menos en principio, pensar que la idea del

legislador fue la de suplir con esta figura los casos problemáticos (en donde podría generarse impunidad por falta de tipificación), y en consecuencia asimilarlo más a un asunto de autoría. Pero lo que en realidad jamás podría ser es que se piense en que el interviniente se refiere al determinador y al cómplice, tan solo por la mala técnica empleada al tipificar dicha figura jurídica en el artículo 30 que trata de la participación. Por ello creemos firmemente que mejor hubiera resultado darle un artículo distinto para entender que debemos manejarla como una figura autónoma y con propio resplandor.

e) No se sabe a qué criterio o teoría sobre la autoría se acoge la Corte en esa sentencia, es decir, si maneja el criterio restrictivo, extensivo o unitario de autor. Al parecer acoge el criterio “unitario”¹⁷ que, como ya vimos, considera autor a todo interviniente.

Lo anterior, por cuanto la Corte señala que se puede ser autor sin reunir las calidades exigidas en los tipos penales de sujeto activo cualificado, tan solo que no se le daría esa denominación, sino la de interviniente con la correspondiente rebaja de pena de una cuarta parte.

¹⁵ Tipo de autoría que rechazamos de plano, pues no dice nada ni aclara nada, ya que el autor mediato, e incluso algunos otros tipos de coautoría como la impropia, en donde existe distribución de la tarea criminal, también puede darse una forma de autoría “intelectual”. Contrario a esto SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe en el injusto penal*. Bogotá, Edit. Temis. 1992, p. 81. “...Autor no puede ser solo el que realiza directa y objetivamente el tipo de conducta o parte de él. Lo es igualmente el que utiliza a otro de instrumento para delinquir (autor mediato), como también lo es el jefe de una banda de delincuentes que dirige actividades criminales mediante otros que también saben y quieren lo que hacen (*autoría intelectual*)” (resaltado fuera de texto).

¹⁶ En estricto sentido, sí fue creación del legislador de turno, pues el proyecto de reforma no consagraba esa expresión sino, por el contrario, la de “partícipe”.

¹⁷ Contrario a esto GÓMEZ PAVAJEAU. Op. cit., p. 24, quien sostiene que la jurisprudencia en este caso propugna por una interpretación extensiva de autor.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

f) Acepta la teoría de “unidad de imputación”, es decir, considera la Corte que con ese manejo que allí se le dio al interviniente, se soluciona el problema de tener que imputarle al *extraneus* un delito diferente que el que se imputa al *intranens*, cuando concurren ambos a la comisión del hecho.

g) Lastimosamente no hace referencia la Corte, de cómo ese manejo de la figura podría dar solución a los demás tipos penales cualificados, pues hemos de recordar que no solo existen los de servidor público o especiales¹⁸, sino también por ejemplo los de propia mano, como el acceso carnal violento y otros.

h) Deja entrever que necesariamente debe existir pluralidad de sujetos para poder imputarle a alguien dicha calidad de interviniente, toda vez que concurre obviamente con otro u otros en la comisión del delito especial.

i) Como consecuencia de considerar que deben existir pluralidad de sujetos en la comisión del hecho, ello implica que cuando no sea así, sino que por el contrario tan solo actúe el *extraneus*, a lo sumo se le puede endilgar un delito común que se relacione con el hecho, como sería el caso por ejemplo de un *extraneus* que ingresa a una bodega de la DIAN y se apodera de unas mercancías que la aduana tiene incautadas. En este caso no resulta muy difícil imputarle el delito de hurto posiblemente calificado y agravado.

Aún así, podría existir la ocasión o el caso en donde en un delito especial, propio o impropio, o de propia mano, de omisión, etc., por no haber sino la actuación de un solo sujeto, en este caso *extraneus* (por no reunir las calidades exigidas), habría que considerarse la posibilidad de la absolución, o mejor de la impunidad¹⁹.

1.5.2 Sentencia, radicado 20704. Julio 8 de 2003. M.P.: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Mediante esta sentencia la Sala Penal acoge un concepto “restrictivo” de coautoría y así lo expresa:

“...El término interviniente hace referencia a un concepto restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación...”.

Al referirse al determinador y al cómplice la sentencia plantea, entre otras, lo siguiente:

“..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

¹⁸ www.google.com. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN. Ed. citada. Esto sin descartar que hay autores que sostienen que en los delitos especiales no cabría un concepto extensivo de autor, sino solo uno restrictivo.

¹⁹ Naturalmente este es tema poco explorado y que por no hacer parte directa de este trabajo, preferimos dejarlo tan solo planteado.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene 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 le 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...”.

Es decir que hasta este punto la sentencia aquí referida ha variado respecto de la anterior, y tiene consideraciones distintas para esa manifestación de no aceptar el título de “interviniente” para los otros partícipes.

Al respecto, concluye esta sentencia que tan solo puede hacer referencia la figura del “interviniente” al coautor, pues no pudiendo ser autor por no reunir las calidades exigidas, no menos cierto es que se exige por lo menos la presencia de varias personas (dos o más).

Conforme a esta nueva jurisprudencia, podemos destacar algunos aspectos tales como los siguientes:

a) Da un giro de casi ciento ochenta grados respecto de la sentencia anterior (Rad.12191 ya analizada).

b) Se descarta la posibilidad de que el determinador o el cómplice también puedan ser intervinientes.

c) No acepta una doble rebaja de pena para el cómplice, cuando tiene calidad de extraño (*extraneus*).

Al respecto obviamente surgen inquietudes tales como:

¿Qué pasa si un *intraneus*, con manejo de los bienes incautados concurre, pero tan solo con ánimo de asociado (*animus socii*) con otro sujeto (*intraneus* para este primer caso) en la comisión del delito de peculado, como sería por ejemplo el caso de quien tiene a su disposición la bodega donde se almacenan bienes incautados y otro sujeto le propone que le colabore y le da a ganar algo, con el fin de que el encargado (servidor público) deje la puerta sin seguro para que el otro venga en horas de la noche con un camión y se apodere de la mercancía?

En un caso como el planteado bien podría asegurarse que su cooperación tan solo fue a título de cómplice, en consecuencia por ello respondería, aún a sabiendas que tiene un compromiso y un deber mayor que cualquier sujeto extraño, después de todo está casi traicionando la confianza depositada por el Estado en él. Obviamente la rebaja sería la mencionada en la figura de la complicidad, pues contribuyó con el otro sujeto *intraneus* en el delito de peculado por apropiación.

El mismo ejemplo pero con una variante:

Si el mismo sujeto concurre con otro que no tiene calidades, esto es, tan solo es un *extraneus*, tendríamos que señalar

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

que es cómplice del otro sujeto, pero ya no en el delito de peculado por apropiación, sino en el de hurto calificado y agravado. Claro está que para no dejar tan impune el asunto ¿le podríamos asignar al servidor público la calidad de autor, obviamente sin serlo? Creemos que ello sería desbordar la juridicidad que debe regir en toda investigación penal.

Segunda variante:

Si esa misma conducta la realiza un particular (por ejemplo una persona de la cafetería que tan solo está vinculada por una empresa temporal) que también permite la entrada de varios sujetos (*intrañeus*) para apoderarse de dichas mercancías. Igualmente podría ser considerado tan solo cómplice en el delito de peculado por apropiación, lógicamente con la rebaja de pena para dicha calidad, y sin considerarlo como “interviniente”.

Por lo anterior, y con base en lo propuesto, llegamos a la conclusión de que dicho cómplice respondería en la misma proporción, bien sea un servidor público o tan solo un particular, lo cual evidentemente riñe contra todo principio de justicia, pues ante la comunidad no resulta lógico que quien tiene ese deber tan importante para el cual juró incluso al tomar posesión del cargo resulte respondiendo igual que quien no ha tenido en sus manos esa responsabilidad y deber.

d) Descarta definitivamente el uso indiscriminado que se le venía dando al término “interviniente”, pues se

tenía como tal a todo aquél que de una u otra forma actuara en la comisión de un delito, por eso se decía que bien podía hacerlo en calidad de autor inmediato o mediato, coautor, inductor y cómplice, incluso como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica²⁰.

Ahora ya solo tiene un significado y es el de quien concurre en la comisión de un delito especial sin tener las calidades. Por ese motivo desde ahora ya no se puede volver a utilizar ese término en forma indiscriminada, pues ello podría conllevar a errores de interpretación. De ahora en adelante es mejor utilizar el término correcto que es el mismo que menciona la norma; cuando nos vayamos a referir a una persona que actúa en un delito debemos darle el apelativo de “concurrente” y no el de interviniente.

La sentencia mencionada hace referencia a ello en los siguientes términos.

“...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...”.

e) Maneja la teoría del “criterio restrictivo de autor”, pues considera que, debe haber necesariamente pluralidad de sujetos, y por lo menos uno además del interviniente, y por ello la sentencia expresa que el uso del término interviniente se da en un

²⁰ Clase de autoría señalada en el inciso 3° del art. 29, que no ha sido debatido ni analizado en este trabajo, por ello tan solo lo dejamos planteado.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

sentido restrictivo²¹ de coautor de delito especial sin cualificación.

f) Concluye la sentencia en que el interviniente tan solo está referido al coautor, es decir, debe existir necesariamente un autor con calidades de *intraneus*, para que se pueda dar la intervención en el delito especial.

En este punto consideramos que la jurisprudencia se adentra en una especie de conclusión sin justificación, o por lo menos sin explicación, puesto que siempre se ha aprobado por la doctrina en general, incluyendo nuestra jurisprudencia, que el coautor también debe reunir las mismas calidades que el autor²², esto es, cumple las mismas exigencias que el autor, tan solo que eventualmente con distribución de la actividad criminal, pues en ese caso estaríamos frente al coautor impropio que si bien no realiza los mismos comportamientos que el otro sujeto, por lo menos sí otros que igualmente exigen tener las mismas calidades exigidas en el tipo penal.

Por tal motivo no resulta jurídico, o por lo menos es bastante forzada la tesis sostenida en esta sentencia, según la cual el interviniente está referido exclusivamente al coautor, pues cae por su propio peso, ya que si se le quiso dar esa denominación a quien no cumple dichas calidades, es decir, al *extraneus*, no hay razón para decir que es igual al coautor.

Ante esta apreciación de la Corte no puede menos que decirse que la

misma sentencia se contradice ya que inicia manifestando que el término interviniente hace referencia a un “concepto restrictivo de coautor” que evidentemente tiene sumisión al principio de accesoriedad, por lo que se acepta la figura del determinador y el cómplice como sujetos diferentes al autor y sin las calidades especiales exigidas para dicho sujeto, pero realmente en este aspecto la jurisprudencia más parece acercarse al criterio unitario de autor, pues dentro de esta teoría se considera que todo aquél que intervenga en la comisión de un delito es autor y para nada interesan las diferentes denominaciones, y si se considera que el interviniente pese a no tener las mismas calidades que el autor, aún así es coautor, no resiste entonces el análisis correspondiente.

Obviamente esto sin adentrarnos en otros delitos especiales, incluso de pronto en los culposos y omisivos (entre otras porque no es materia de este trabajo), pero si así fuera aquí se encontrarían posibles complicaciones que no se resuelven con tan solo decir que el interviniente está referido al coautor.

g) De otro lado, también resulta bastante complicado y en ocasiones casi imposible evidenciar que un extraño pueda realizar en solitario un delito especial, toda vez que para ello resulta más fácil y jurídico imputarle un delito semejante, pero común, sin que por ello se afecte la “unidad de imputación”, porque esta solo existe cuando hay autor *intraneus*.

²¹ Contrariamente la otra sentencia anterior, rad.12191, sobre el mismo tema, no señaló expresamente a qué teoría sobre la autoría se apegaban sus planteamientos.

²² Así, por ejemplo VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. Op. cit., p. 620 “...Por eso, cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor...”. También REYES ECHANDÍA. Op. cit. SOLER SEBASTIÁN. Citado por REYES ECHANDÍA. Op. cit., p. 184.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

Por ejemplo, si un *extraneus* se apodera de mercancía incautada por la aduana y lo hace en solitario, no resulta en este caso muy complicado imputarle un delito contra el patrimonio como hurto, incluso agravado.

Pero no todos los casos son tan simples. Por ejemplo si un *extraneus* que quiere parecer más joven para poder obtener el puesto de trabajo vedado a los mayores de 35 años, cambia en su cédula de ciudadanía auténtica la fecha de nacimiento para aparentar menos edad. Si esta conducta la realiza un servidor público incurre en el delito de “Falsedad ideológica en documento público”, pero si es *extraneus* no podría considerarse autor, tampoco coautor, porque igual requiere las mismas calidades; en consecuencia y según esta jurisprudencia debe quedar impune, pues ese comportamiento no está tipificado en nuestro Código Penal.

Pero si utilizamos, por lo menos para casos como este aquí planteado, la figura del interviniente como una categoría dogmática autónoma, con vida propia, jurídica, podríamos señalar que es un interviniente y en consecuencia podríamos imputarle la conducta mencionada, tan solo que rebajada en una cuarta parte, tal como lo dispone la norma en cuestión.

Naturalmente vendrían las consideraciones en contra señalando que no concurre, pues está solo, que no interviene sino que actúa, y muchas otras críticas, pero esa sería una posible solución al problema original de generar impunidad para ciertos eventos.

Al respecto, bien vale la pena destacar entonces que esta sentencia no corrige completamente los problemas de los casos problemáticos, pues si bien es cierto las otras figuras consagradas en el mismo artículo 30, esto es, las del determinador y el cómplice cumplen con una especie de accesoriadad limitada²³, pensamos que no así la del interviniente, pues cuando la norma hace referencia a esta en especial ya solo exige que “concurra a su realización”, por lo que bien podría argumentarse que tan solo conlleva una accesoriadad mínima, esto en el evento de que no se tenga como autónoma.

Obviamente siempre existirá la posibilidad que parte de la doctrina considere para ese caso una accesoriadad extrema o, peor aún, considerarlo con plena autonomía, y por ende sin accesoriadad, casos estos en que se complicaría el asunto de manera desproporcionada.

De todas formas, bien vale la pena analizar los términos utilizados por el legislador para poder así hacernos a una idea un poco más clara del problema planteado:

a) El término “concurrir”, a voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua implica grupo de personas, pues deriva de concurrencia o conjunto de personas que asisten a una reunión, por lo que concurrir significa entonces juntarse en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas²⁴.

²³ A esto se hizo referencia en precedencia, indicando que en este tipo de accesoriadad tan solo se exige que el autor realice una conducta típica y antijurídica.

²⁴ Diccionario Consultor Espasa. Madrid, Edit. Espasa. 1998.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

b) De aquí podemos llegar a la necesaria conclusión que cuando el legislador hace referencia al verbo concurrir, implica necesariamente que el interviniente no puede actuar en solitario, es decir que por lo menos debe haber otro sujeto más en la comisión del delito.

En este caso, por ejemplo, un sujeto A concurre con B, C y D a la realización de un ilícito.

c) Pese a esa pluralidad de personas o sujetos, ello *per se* no implica que concorra con otro que necesariamente tenga que revestir calidad de autor, porque igualmente el interviniente puede concurrir con otro u otros intervinientes, y en ese caso cumpliría a cabalidad el mandato legal de “concurrir”.

En este caso por ejemplo un sujeto A (*extraneus*) concurre con B (*intranets*) y C (*extraneus*) a la realización de un delito especial o común.

También podría ocurrir que el sujeto A (*extraneus*) concurre con B (*extraneus*) y C (*extraneus*) a la realización de un delito especial o común.

Debemos tener en cuenta el hecho de que el legislador no dispone que para tener la calidad de “interviniente” se tenga necesariamente que concurrir con otro que tenga la calidad de autor.

d) Así mismo el término “realización” utilizado por el legislador en la norma cuestionada, y según voces del mismo diccionario, proviene del verbo “realizar” que significa: efectuar, hacer real y efectiva una cosa, realizar una tarea, sentirse plenamente satisfecho por la consecución de las máximas aspiraciones, etc.

e) Con fundamento en esa definición, si la expresión “realización” conlleva un dolo final, esto es, ánimo e intención de concluir un delito, ello podría conllevar entonces a pensar que el “interviniente”, en el evento de considerarlo dependiente de un autor, constituye una “accesoriedad extrema”, pues se parte del presupuesto de que el autor debe cometer una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que evidentemente traería consecuencias muy diferentes al hecho de considerarlo con accesoriedad mínima o limitada, tal como ocurre para las otras dos figuras de la participación.

Si el sujeto A (*extraneus*), concurre con B (*intranets*) en la realización de un peculado por apropiación, en ese caso B debe resultar culpable.

Ejemplo: el sujeto B requiere urgentemente un dinero para salvarle la vida a su hija menor, pues ha sido secuestrada y amenazada de muerte con unas escasas horas de tiempo por parte de los plagiarios. A concurre con B al apoderamiento de un dinero que B custodia por sus funciones. En este caso, y según lo últimamente planteado, para que A responda como interviniente debe resultar culpable B, lo que en un caso como este sería bastante difícil, pues nadie podría por regla general hacerle reproche de culpabilidad a B ya que cualquiera estando en esa misma circunstancia posiblemente haría lo mismo.

f) Si el término “realización” se mira con más holgura, podría señalarse que para que A sea considerado interviniente en peculado por apropiación, bastaría con que B realizara una conducta apenas típica (accesoriedad mínima), lo cual se evidencia con el solo hecho

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

Raúl Acero Pinto

Rodrigo Orejuela

de que B se apodere dolosamente del dinero que custodia, sin adentrarnos más allá de lo pedido.

g) Con base en lo dicho, puede concluirse que el legislador no especificó si existe o no algún tipo de accesoriedad de la figura del interviniente con la del autor.

h) Si partimos del presupuesto de que sí se exige la presencia de un autor *intraneus* y como el legislador no especificó, como sí lo hizo con las figuras del determinador y el cómplice, qué tipo de accesoriedad debemos manejar frente al interviniente, es obvio que la doctrina y la jurisprudencia deben ir supliendo esta falencia, pues habrá quienes argumenten que se trata de una accesoriedad mínima, mientras otros sostendrán que se trata de una extrema y hasta hiper extrema, incluso limitada como la que se maneja frente a las figuras del determinador y el cómplice, todo lo cual obviamente hará variar la situación de un extremo al otro.

**1.5.3 Sentencia, radicado 23979.
Marzo 7 de 2007. M.P.: Dr.
Mauro Solarte Portilla.
Sindicado: José Roldán
Luna Rodríguez**

Esta sentencia resolvió la demanda de casación interpuesta por la Defensa y por la Fiscalía, y como tema central puede mencionarse que corrobora una vez más el criterio o posición de la Corte respecto de la figura del “interviniente”, pues tal como ya lo había señalado la sentencia mencionada aquí (rad. 20704), nuevamente se dispone que la figura del interviniente tan solo hace referencia a un criterio restrictivo de coautor, y por ese motivo no se puede señalar que los

demás partícipes tengan esta calidad de interviniente, por no reunir las calidades exigidas en el tipo penal especial.

Extrañamente dentro de esta sentencia se expresa algo que no deja de considerarse posiblemente como un *lapsus*, pues da a entender que eventualmente podría quedar impune una conducta, pues al no establecer la calidad en que actúa el *extraneus*, necesariamente ninguna imputación podría realizarse en su contra; esto se colige de la siguiente expresión utilizada por la Corte en esta última sentencia:

“...Como en este caso resulta claro que el procesado José Roldán Luna Rodríguez no podía ser coautor de peculado por apropiación por no reunir la condición prevista en el tipo penal, y fue llamado a responder en juicio como determinador del delito de peculado por apropiación, a su favor no resultaba procedente aplicar la rebaja de la cuarta parte de la pena, como de manera errada lo hizo el tribunal...”.

CONCLUSIONES

De esta sentencia igualmente (como de las otras mencionadas), pueden extractarse algunos corolarios, así:

- a) Insiste en que el “interviniente” no es el determinador ni el cómplice.
- b) Al parecer no tiene el mismo criterio que sí posee la anterior (rad. 20704), pues en esta actual ya se dice expresamente que el sindicado no podía ser COAUTOR de peculado por apropiación, por no reunir la condición prevista en el tipo penal.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

c) En consecuencia, y por lo menos hipotéticamente, si no se hubiera podido hacer cargos como “determinador”, no teniendo calidades ni posibilidades de otra forma de imputación, necesariamente se tendría que haber absuelto, generando así mayor impunidad.

d) El criterio de autor manejado en esta sentencia por la Corte resulta siendo el “extensivo”, pues al haber preceptos que describan otras formas de participación se debe acudir a estas, tal como ocurre en este caso, en donde la Corte niega la posibilidad de ser coautor, por no reunir dichas calidades; en consecuencia será partícipe, obviamente en este caso como determinador, porque reunía dichas características.

Al respecto nos preguntamos, según lo manifestado por esta sentencia: ¿qué ocurriría si el sujeto no hubiera actuado en la calidad de determinador? Pensamos que la respuesta sería la de considerarlo por fuerza impune.

e) La sentencia anterior (rad. 20704) se adscribía a un criterio restrictivo de coautor, mientras que esta última rechaza ese criterio, pues no acepta que se pueda ser coautor sin tener las calidades exigidas para dicho sujeto en los tipos penales especiales.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

ANTÓN ONECA, JOSÉ. *Derecho Penal*. 2a. ed., Madrid, Akal, 1986.

ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. *Manual de Derecho Penal. El Delito. II*. Pamplona. 1985.

Por ese motivo, y en este caso concreto resuelto por esta última sentencia, bien podríamos afirmar que se obtuvo sentencia condenatoria en un caso tan conocido y grave, más por obra de la suerte que por otra razón, pues si no se hubiera podido imputar en calidad de determinador (obviamente por no serlo), el caso hubiera quedado sin solución, es decir, con absolución.

f) Esta decisión de la Corte en esta última sentencia nos permite insistir en que debemos ir tratando de manejar la figura del “interviniente” más liberadamente, es decir, dándole un alcance mayor al que se le ha otorgado hasta este momento, para llegar incluso a tratarla como una figura autónoma e independiente de las demás, y así podríamos decir que en casos como este en donde ni siquiera se han podido establecer los posibles autores (aunque sí los hubo), pero como el *extraneus* no puede ser coautor, tampoco autor, y no probando su participación como determinador o cómplice, podríamos afirmar que es un interviniente, es decir, un sujeto que ha actuado con *animus auctoris*, y no tiene las calidades del tipo, y por ello debería responder como tal con la consecuente rebaja en la pena señalada en el inciso final del artículo 30.

- Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D. BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios de Derecho Penal. Parte General.* 4ª ed., Madrid, Akal, 1997.
- Raúl Acero Pinto _____ *La noción de autor en el Código Penal.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- Rodrigo Orejuela _____ “La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y en el nuevo Código Penal alemán”. En: *Estudios Penales.* Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982.
- _____ *Delitos impropios de omisión.* 2ª ed., Bogotá, 1969.
- _____ *Delito y punibilidad.* Madrid, Editorial Civitas. 1983.
- _____ *Lineamientos de la teoría del delito.* 2ª ed., Buenos Aires. 1986.
- _____ “Notas sobre la propuesta de Anteproyecto de Código Penal”. RFDUC. Monográfico. N° 6. Madrid. 1984.
- _____ *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal.* ADPCP.
- CEREZO MIR, J. *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal español.* Anuario, tomo 28, N° 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975.
- _____ “Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal”. En: *Problemas fundamentales del derecho penal.* Madrid, 1982.
- _____ Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990. AP. Tomo I. Madrid. 1991.
- _____ “Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto del Código Penal, Parte General, de octubre de 1990”. En: *Estudios sobre la moderna reforma penal española.* Madrid, 1983.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General.* 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blach, 1991.
- COBO GÓMEZ DE LINARES, MIGUEL A. *Presupuestos del error sobre la prohibición.* Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, Edersa, 1988.
- CÓDIGO PENAL. Pamplona, Aranzadi, 1993.
- CODIGO PENAL. La Ley-Actualidad Jurídica. Número 13, Madrid, 1995.
- CODIGO PENAL COMENTADO. Coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Madrid. 1990.

¿Es el interviniente una forma de coautoría?

CODIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. 18ª ed., Civitas. Biblioteca de legislación. Madrid, 1993.

CONDE-PUMPIDO, CÁNDIDO. “Encubrimiento y receptación”. En: Ley de 9 de mayo de 1950. Barcelona. 1955.

_____ *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Madrid, 1990.

CÓRDOBA RODA, JUAN. *Notas al Tratado de derecho penal de Maurach*. II. Barcelona. 1992.

CÓRDOBA RODA, JUAN y RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Artículos 1-22. Madrid, Ariel, 1996.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. *La autoría mediata en el derecho penal*. Granada. Comares. 1996.

HERZBERG, ROLF DIETRICH. Die Problematik der “besonderen persönlichen Merkmale” im *Strafrecht*, en ZStW 88, 1976.

_____ *Täterschaft und Teilnahme*. München, 1977.

HIRSCH, HANS-JOACHIM. “Acerca de los límites de la autoría mediata. Presupuesto para la reforma penal”. En: *Centro de Estudios Criminológicos*. Universidad de la Laguna, 1992.

JAÉN VALLEJO, MANUEL. “La autoría y participación en el Código Penal de 1995”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Nº 2. 1997.

_____ *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid. 1994.

_____ *Código Penal Comentado*, art. 14. Coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Madrid, 1990.

_____ *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 1998*. Madrid, Dykinson, 1999.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. “La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación”. En: *El Criminalista*. Segunda serie. Tomo IV. Buenos Aires, 1960.

_____ *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires. 1990.

Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D. _____ *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. *El Delito*. 4ª ed., Buenos Aires. 1963.

Raúl Acero Pinto JORNADAS SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CODIGO PENAL DE 1994. La Laguna. Tenerife.

Rodrigo Orejuela

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1993.

NOCETTI FASOLINO, ALFREDO. “La obediencia debida en el derecho penal”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Números 58-59. Año XII, Santa Fe, 1949.

NÚÑEZ, RICARDO. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Tomo II. Buenos Aires, 1960.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid, Civitas, 1980.

_____ “La autoría conforme al Código Penal”. En: Revista *La Ley*, marzo de 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA. *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Madrid, 1986.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid, Tecnos, 1990.