

**EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL INTERVINIENTE EN LA
JURISPRUDENCIA. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA
POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

JENNY ARLETH RODRÍGUEZ CARVAJAL

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de magister en
derecho penal

Asesor temático

Dr. JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ

**MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

2017

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	3
1. Las sentencias del 25 de abril de 2002 y del 8 de julio de 2003 de la Corte Suprema de Justicia.....	5
2. Algunos de los problemas que se derivan de la doctrina esbozada por la Corte Suprema en relación con la figura del interviniente.....	17
2.1. Asimilación de los delitos especiales como delitos de infracción de deber.....	17
2.2. Al admitir que el extraneus puede ser autor del delito de infracción de deber la Corte Suprema de Justicia contradice sus puntos de partida y quebranta el principio de legalidad.....	24
2.3. La aplicación de la regla del inciso final del artículo 30 no vulnera la igualdad.....	28
2.4. La inclusión del que actúa por otro dentro de los intervinientes del artículo 30 del Código Penal es incompatible con una interpretación sistemática sobre las normas de autoría y participación en el código penal colombiano.....	36
3. Las soluciones a los casos concretos que se derivan de la postura teórica que en este trabajo se acoge.....	39
4. Análisis jurisprudencial.....	41
5. Bibliografía.....	49

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ocupará de analizar en detalle algunos de los problemas e inconsistencias que en mi opinión se advierten en dos importantes sentencias producidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con la interpretación del inciso final del artículo 30 del Código Penal Colombiano relativo a los intervinientes *extraneus* en los delitos especiales.

Para cumplir el fin propuesto, se analizarán cuatro problemas jurídicos derivados de las interpretaciones que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, específicamente en las sentencias 12.191 del 25 de abril de 2002 y en la sentencia 20.704 del 8 de julio de 2003.

En primer lugar analizare la asimilación de los delitos especiales como delitos de infracción de deber, luego si al admitir que el extraneus puede ser autor del delito de infracción de deber la Corte Suprema de Justicia contradice sus puntos de partida y quebranta el principio de legalidad, posteriormente analizare porque la aplicación de la regla del inciso final del artículo 30 no vulnera el principio de igualdad y por ultimo si la inclusión del que actúa por otro dentro de los intervinientes del artículo 30 es incompatible con una interpretación sistemática sobre las normas de autoría y participación en el código penal colombiano.

La doctrina y la jurisprudencia colombianas, han desarrollado diversas tesis en torno al concepto de interviniente, las tesis que van desde los que parecen entender que se trata de una forma autónoma de participación en el delito hasta las que plantean que es tan solo un concepto de referencia. Dentro de este último grupo se ubican los que creen que solo se refiere a los partícipes: determinador y cómplice por un lado; y por el otro, los que consideran que se refiere tanto a autores como a partícipes.

Se evidencia la manera, cómo alrededor de los delitos especiales han surgido problemáticas en torno a la autoría y participación, dentro de los cuales reviste particular complejidad el relacionado con la situación que desde el punto de vista penal, se presenta con relación al interviniente que no reúna las calidades previstas en el tipo penal y más específicamente, las implicaciones en cuanto al tratamiento punitivo.

Con la expedición de la ley 599 de 2000 se ha reavivado la tradicional discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la responsabilidad penal que se podría imputar a un sujeto que interviene en la realización de un delito especial sin tener la calidad especial exigida por el tipo penal correspondiente, y de manera particular esta discusión se ha hecho patente a partir de las dos importantes sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia identificadas más arriba.

1. LAS SENTENCIAS DEL 25 DE ABRIL DE 2002 Y DEL 8 DE JULIO DE 2003 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La primera de las sentencias corresponde a la del 25 de abril del año 2002, radicado 12.191¹. Los hechos del caso son los siguientes:

J. M G .U se casó con N. D. C. E el 5 de noviembre de 1991 en la Notaría 2ª de Pasto. El 30 de septiembre de 1993, por el mismo rito, lo hizo con S. M. B. y para obviar el vínculo anterior, a cambio de una suma de dinero obtuvo de los empleados de la Notaría J.H.M. y E. O J. los documentos relacionados con su primer matrimonio y los destruyó. Al proceso fueron vinculados mediante indagatoria J.H.M. y E. O J.

J. M G .U adquirió la calidad de procesado a través de declaración de persona ausente. Se les definió la situación jurídica y el 12 de junio de 1995, los tres fueron acusados **como coautores del delito de falsedad en documento público descrito en el artículo 223 del Código Penal de 1980**. Los dos primeros en calidad de servidores públicos ejecutores de la conducta y el último de determinador. Esta decisión fue apelada y la Fiscalía en segunda instancia la confirmó el 4 de septiembre de 1995.

El trámite del juicio le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pasto, el cual dictó sentencia el 18 de enero de 1996. Condenó a los sindicados por el cargo de la acusación. A J. M G .U a 40 meses de prisión y a J.H.M. y E. O. J. a 36. Por el mismo lapso se les impuso interdicción de derechos y funciones públicas. El defensor de los dos últimos (también condenados a la pérdida del empleo) apeló y el Tribunal, a través de la sentencia objeto de la casación, confirmó en su integridad el fallo de la primera instancia.”

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 12.191 del 25 de abril de 2002, MP. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

La Corte Suprema no casó la sentencia y por tanto mantiene la condena impuesta a los recurrentes. En relación con el procesado no recurrente declara la prescripción de la acción. Lo que a efectos de este trabajo interesa, tiene que ver con las consideraciones que hizo la Corte Suprema en esta primera sentencia acerca de la aplicación inciso final, relativo al problema del interviniente, las cuales transcribimos para su posterior análisis. Esto dijo la Corte Suprema:

“Dicho inciso consagra una disminución punitiva para el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre a la realización del hecho punible.

Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º). (...)

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. 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 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). (...)

“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 a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. 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 autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inciso 4º artículo 30). 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.

Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones 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. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, *por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.*

Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices).

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 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).”

La segunda sentencia de la cual se ocupará este trabajo fue proferida por la Corte Suprema de Justicia el 8 de julio de 2003, bajo el radicado 20.704². Los hechos de caso son los siguientes:

“Toda vez que el 12 de septiembre de 1.999, aproximadamente a las diez y media de la noche, en el sitio denominado El Boquerón. F. CH. Q., conductor, y J. A. E ayudante, fueron despojados, mediante la utilización de armas de fuego, del vehículo camión junto con la carga de disolventes químicos que en él transportaban, para luego ser conducidos hasta el alto de Canecas, donde introducidos al monte, amordazados y maniatados, se les retuvo, bajo vigilancia de uno de los asaltantes, hasta las 5:30 de la madrugada cuando éste los abandonó advirtiéndoles que podían salir sólo media hora después y que el vehículo lo hallarían en El Espinal, se formuló la respectiva denuncia que sirvió de fundamento para que el 14 de septiembre del mismo año fueran sorprendidos E. H. P y H. R. C. en posesión de los bienes objeto de apoderamiento.

Asignadas en su oportunidad las diligencias que en virtud de dichos acontecimientos se recaudaron, al Fiscal Seccional de Melgar, doctor G. T. L., éste abrió la correspondiente investigación y en virtud de ello escuchó, el 16 y 17 de septiembre, en indagatoria a los dos capturados a quienes, asistidos por el abogado P. O. G. B, interrogó en relación con cargos de hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas y secuestro para luego, en septiembre 20, afectarlos con medida de aseguramiento por los mismos punibles, precisándose que "las acciones posteriormente desplegadas por parte de los victimarios, cuentan con su propia entidad y autonomía para emerger como ilícitos, máxime cuando se comprometen intereses o bienes jurídicos que el legislador ha pretendido específicamente tutelar; en el presente caso la libertad individual y autonomía personal de los ofendidos, se vulneró real y efectivamente (...) Los hechos así concebidos responden

² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de julio de 2003. Radicado 20.704, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

a su propia entidad y cuentan con autonomía descriptiva, acomodándose los mismos a la hipótesis normativa de que trata el artículo 269 ibídem el cual prevé como núcleo rectores la retención u ocultación de una persona".

Propuestos, contra dicha decisión, por el defensor de los detenidos, los recursos de reposición y de apelación y habiendo sido estos declarados desiertos por no haberse sustentado oportunamente, lo que motivó a su turno la interposición de un recurso de hecho que en su momento fue desechado, también por carencia de sustentación, el Fiscal T. L. por resolución de octubre 26 de 1.999 dispuso el cierre del sumario, la que, sin embargo, mediando reposición formulada por el defensor y luego de que éste sustituyera el mandato conferido por el procesado H. R., al abogado J. E. H. A. quien propuso similar recurso, fue revocada por el propio funcionario a través de providencia de noviembre 16 en la que a la vez resolvió la petición que conjuntamente elevaron, el 9 de noviembre, los defensores para que se revocara la medida de aseguramiento, accediendo el Fiscal a una tal demanda en relación con el delito de secuestro por considerar en esta oportunidad que los procesados dirigieron todos sus actos al apoderamiento de las mercancías, sin que en ningún momento exteriorizaran "su interés o propósito de atentar contra la libertad individual o autonomía personal del conductor o su acompañante", por manera que la retención que por varias horas se hizo de las víctimas se encuentra inmersa en el inciso final del artículo 350 del Código Penal de 1.980.

Surtidos los trámites internos en el despacho fiscal y luego de que el asunto pasase a la secretaría para la notificación del citado proveído, el Técnico Judicial de la Fiscalía, A. F. A. quien lo había mecanografiado por dictado de T. L., buscando en el escritorio de éste un proceso halló, en cambio, un escrito con membrete del abogado H. A. que contenía, a manera de proyecto de resolución, una serie de argumentos que daban por no concurrente el delito de secuestro en el asunto en que aquél obraba como defensor, tal como se había decidido por el Fiscal en esa mañana.

El hallazgo fue puesto en conocimiento del coordinador de la Unidad, quien a su vez, luego de practicar algunas diligencias, lo trasladó a la Fiscalía delegada ante el tribunal de Ibagué, la que, tras abrir investigación, vinculó a la misma tanto al Fiscal Seccional como a los defensores que en el cuestionado proceso actuaban, afectándolos en su oportunidad con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, al primero como autor y a los abogados como determinadores, aunque respecto de G. B. la segunda instancia consideró no reunirse los requisitos sustanciales y probatorios para hacerlo sujeto de dicha medida y en consecuencia la revocó.

Adelantado el sumario, fue calificado con resolución del 28 de junio de 2.000, precluyéndolo en favor de G. B. y acusando a T. L. como autor y a H. A., esta vez como cómplice del referido punible, acusación que fue confirmada en segunda instancia mediante resolución de septiembre 6 del mismo año.” (Subrayado y cursiva agregados)

En este caso la Corte Suprema hizo una variación en la interpretación el inciso final del artículo 30 del C.P., relativo al interviniente, para lo cual manifestó:

“Finalmente, condenado H. A como cómplice, razón por la cual él a quo interpretó le correspondía una disminución punitiva de una cuarta parte, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, o le comportaría una rebaja de una sexta parte a la mitad, de acuerdo con el inciso 3º de la misma norma, más otra equivalente a la cuarta parte por tratarse, según criterio de la Corte expuesto en providencia de abril 25 de 2.002, de interviniente que no tiene la calidad especial exigida en el tipo penal, resulta, sin embargo, procedente hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir qué se entiende por interviniente en ese contexto y cuál es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cuál la que debe imponerse a quien ejecutando

como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades.

En efecto, definiendo el artículo 29 de la Ley 599 de 2.000 como autor a "quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento", también a "quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado" y como coautores, a "los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte", e incluyendo, el artículo 30 del Código Penal vigente, por su parte, bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice, para, en el inciso segundo, señalar que a aquél corresponde la pena prevista para la infracción y en el tercero que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida de una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que "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", podría, todo lo anterior, significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto, sólo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señalara la Sala en aquella decisión, "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".

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 éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico 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 que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

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 determinadores, 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 ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Pero además, tal entendimiento, ya dinamizado en relación con hechos punibles de sujeto activo que no requiera calidades y frente a un criterio de política criminal, tiende a hacer real el principio de igualdad pues, de iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería porqué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia.

Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr.gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.

Además, así entendida esa acepción, se explica porqué conductas como el peculado por extensión ya no encuentran una específica regulación en la Ley 599 de 2.000, pues aquella opera como un amplificador del tipo penal.” (Subrayado y cursiva agregados)

Las tesis esbozadas por la Corte Suprema en las sentencias citadas han sido objeto de diversos pronunciamientos en la doctrina³. En consideración

³ Así, Díaz y García Conledo, Miguel, “La problemática de la codelinuencia en el código penal Colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30 párrafo final”, en: *Derecho Penal y Criminología*, No 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Córdoba Angulo, Miguel, “La figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, No 75., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; Suárez Sánchez, Alberto, “El interviniente”, en: *Derecho Penal y Criminología*, No 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Hernández Esquivel, Alberto, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Lección 16, 2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Arias

a ello, resulta pertinente hacer un análisis detallado de las citadas providencias, identificando algunos de los problemas resulta importante destacar y que se derivan de los planteamientos contenidos en ambas sentencias.

Para el análisis de los mismos se procederá a enunciarlos y a realizar una valoración crítica. En la parte final y como ejercicio estrictamente académico, se propondrán las soluciones que desde la perspectiva teórica que en el trabajo se adoptará, pudieran resultar más adecuadas en relación con los casos resueltos por la Corte Suprema en las mencionadas sentencias.

Holguín, Diana y Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber”, en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Nro. 15, Bogotá, Legis, 2006; Torres Tópoga, William F. “Autoría en los delitos de infracción de deber”, en: *Derecho penal y criminología*, N° 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

2. ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA DOCTRINA ESBOZADA POR LA CORTE SUPREMA EN RELACIÓN CON LA FIGURA DEL INTERVINIENTE⁴:

Los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia pueden ser objeto de discusión por lo menos en cuatro aspectos, a saber: (i) Asimilación de los delitos especiales como delitos de infracción de deber; (ii) Al admitir que el *extraneus* puede ser autor del delito de infracción de deber la Corte Suprema de Justicia contradice sus puntos de partida y quebranta el principio de legalidad; (iii) La aplicación de la regla del inciso final del artículo 30 no vulnera la igualdad; (iv) La inclusión del que actúa por otro dentro de los intervinientes del artículo 30 es incompatible con una interpretación sistemática sobre las normas de autoría y participación en el código penal colombiano.

A continuación este trabajo se ocupará de explicar las razones que desde el punto de vista académico, y conforme a las elaboraciones dogmáticas que se consideran más acordes con el código penal colombiano, fundamentan las objeciones a las sentencias de la Corte Suprema.

2.1. Asimilación de los delitos especiales como delitos de infracción de deber.

La Corte Suprema de Justicia parece entender que los delitos especiales son – todos- delitos de infracción de deber. Ello por cuanto en la sentencia del 25 de abril de 2002, dijo:

⁴Algunos de estos problemas ya fueron puestos de manifiesto y analizados por MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EN DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano”, ob. cit. pp. 51-74.

“... Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, *aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales* que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado.

(...) 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 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.

(...) 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.

(...) *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 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).”

Y en la sentencia del 8 de julio de 2003, señaló:

“... 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 determinadores, 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 ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.*" (Cursiva y negrillas agregadas)

Como puede apreciarse en los apartes resaltados, en ambas sentencias la Corte Suprema de Justicia parece tratar como *equivalentes los conceptos de delito especial* –que son aquellos en los que la esfera de los posibles autores está restringida a ciertos sujetos, esto es, para aquellos que reúnan las calidades especiales previstas en el tipo para el sujeto activo⁵- *con delitos de infracción de deber*⁶.

⁵ Sobre el concepto de delito especial, véase, por todos, GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, "Los delitos especiales", Montevideo - Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006, capítulos primero y segundo, pp.1-62. Para este autor "si algo caracteriza a los delitos especiales por encima del resto de sus peculiaridades es, precisamente que en ellos se produce una restricción de los posibles *autores*. Los delitos especiales no pueden ser cometidos a título de *autoría* por cualquier sujeto, sino tan solo por aquellos que presenten los requisitos previstos en el tipo para el sujeto activo. Una definición no ya exhaustiva, sino incluso mínima de delito especial deberá tener en cuenta necesariamente este aspecto.

Del mismo se derivan, en realidad, todos o gran parte de los problemas dogmáticos que, en materia de participación, error y concurso de leyes, plantea la tipología delictiva de los delitos especiales." (p.57). Este mismo autor toma partido por una clasificación de los delitos especiales en el sentido de que estos obedecen a una estructura tripartita: "Que distingue entre los delitos especiales con estructuras sociales institucionalizadas; los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucionalizada y, por último, los delitos especiales en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna."

Una tal asimilación no resulta correcta, en primer lugar, porque como lo afirma Díaz y García Conlledo:

“... el ideador de la categoría de los delitos de infracción de deber — *Pflichtdelikte*—, Roxin, no la concibió como una categoría que viniera a sustituir a la de los delitos especiales —*Sonderdelikte*—, sino que puso de manifiesto que, en su opinión, en algunos delitos especiales la autoría no venía determinada por el dominio del hecho, sino por la infracción de específicos deberes extrapenales que penden sobre ciertos sujetos, de manera que quien los infringe es autor con independencia de que tenga el dominio del hecho y quien no está sujeto a ese deber no es autor aunque posea el dominio del hecho (...) *Pero hay delitos especiales que no serían de infracción de deber.*”⁷ (Cursivas fuera del original)

(p. 520). Puede consultarse además sobre el concepto de delito especial a Córdoba Angulo, Miguel, ob. cit. pp. 73-74.

⁶ Sobre el particular SUÁREZ SÁNCHEZ parece también asimilarlos. Es lo que se desprende al menos de la siguiente afirmación: “En los delitos especiales o de infracción de deber solo el *intraeneus* puede ser autor. Desde luego que no es la simple condición de servidor público ni la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor; lo determinante es la infracción que se deriva de tener a su cargo un concreto deber específico de comportarse adecuadamente; deber que surge no de la norma penal cuya vulneración trae como consecuencia la pena, dado que aquél concurre en todo delito tanto para el autor como para el partícipe por ser todos destinatarios de la norma, sino de una extrapenal que no cobija de manera necesaria a todos los intervinientes en la realización del delito.”, véase Suárez Sánchez, Alberto., “El interviniente”, ob. cit. p.19.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La Problemática de la codelinuencia en el Código Penal Colombiano”, en Derecho Penal y Criminología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Nro. 77, 2005. pp. 57 y 58. Según el propio Roxin, en algunos delitos especiales: “(...) 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 origina 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 obligación” Véase: Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, p. 387-388.

Otro autor, Gómez Martín, precisa que si bien “es un lugar común en la doctrina considerar que el criterio de los *Pflichtdelikte* fue ideado por Claus Roxin, uno de los principales defensores de teoría del dominio del hecho, con un objetivo muy concreto: fundamentar de modo satisfactorio la autoría del *intraneus* en los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, en los que la teoría del dominio del hecho se mostraba en su opinión, especialmente inidónea para conseguir aquel objetivo. No obstante, no sería correcto considerar a la teoría *Pflichtdelikte* como un simple criterio para la determinación de la autoría en la referida constelación de delitos. No en vano, algunos de sus partidarios la concibieron como un criterio con pretensión de validez para la determinación de la autoría en todos los casos de delitos especiales, y otros, incluso, como una auténtica concepción sobre el injusto de esta clase de delitos”.⁸

De acuerdo con lo esbozado hasta el momento y dando por aceptada la premisa según la cual los delitos especiales son aquellos en los cuales el círculo de posibles autores está limitado a ciertos sujetos que tienen una calidad “especial” que es la que precisamente da nombre a la categoría de delitos; pero que además, existen diferentes fundamentos materiales que permiten explicar la restricción a un determinado círculo de personas⁹ y que uno de esos fundamentos, es la teoría de los delitos de infracción de deber, bien sea que se la entienda desde la perspectiva planteada por Roxin –es decir, como una teoría sobre la determinación de la autoría en los delitos especiales- o bien como una teoría sobre el fundamento del injusto de los delitos especiales-¹⁰, puede entonces, por esta vía, concluirse que la asimilación que hace de la Corte Suprema de Justicia entre delitos especiales y de infracción de deber es incorrecta, **porque conduce a una asimilación entre delito especial y de infracción de deber** que lleva a que se entienda que todos los delitos especiales lo son de infracción de deber, y como

⁸ Véase, GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, ob. cit. p. 128.

⁹ *Ibid.* pp. 67-247.

¹⁰ Usando acá la terminología empleada por GÓMEZ MARTÍN, *ibid.* p.129.

ya se dijo, el ideador de esta categoría no concibió estos los delitos de infracción de deber como un sucedáneo de los delitos especiales.

Así las cosas, resulta claro que la Corte Suprema de Justicia al adoptar en las sentencias mencionadas la teoría de los delitos de infracción de deber con sinónimo de delito especial, lo hace sin tener en cuenta que la misma, por lo menos en su versión original, no es una categoría que reemplace a la de delitos especiales, sino que, hay algunos de estos delitos en los que la limitación de la autoría a ciertos grupo de sujetos, no depende del dominio que el sujeto calificado tenga del hecho¹¹, sino de que infrinja un deber jurídico al que está vinculado.

En segundo lugar, si se analiza este problema desde la perspectiva del derecho positivo, se hace aún más evidente que asimilación entre delito especial y de infracción de deber no es correcta, pues no resulta acorde con el Código Penal colombiano vigente. En efecto, Arias Holguín y Sotomayor Acosta, han explicado que en el Código Penal colombiano, no hay tipos penales “que se agoten en sola infracción de un deber”, pues además de ello se exige, al mismo tiempo, la realización de una determinada acción por parte del sujeto y por tanto, desde la óptica del principio de estricta legalidad, la teoría de los delitos de infracción de deber resulta insostenible conforme a nuestro derecho positivo.¹²

Para los mencionados autores: “(...) en realidad tanto el concepto de autor como las diferentes formas de autoría se encuentran contenidos en los tipos de la parte especial, razón por la cual las normas de la parte general que regulan la materia poseen un carácter declarativo y no constitutivo. De ahí que conforme al Código Penal colombiano, autor de un delito solo puede ser quien además de cumplir con las demás exigencias típicas, “realice la conducta punible” (C.P., art. 29) o, si se

¹¹ Véanse ROXIN, CLAUS, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, ob. cit.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, La autoría en Derecho Penal, Barcelona, PPU, 1991.

¹² ARIAS HOLGUÍN, DIANA Y SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber”, en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*. Revista Internacional, Nro. 15, Bogotá, Legis, 2006. p. 178

prefiere, quien realiza el tipo de la parte especial. Y una somera mirada a la parte especial de la legislación penal colombiana resulta suficiente para comprobar que la distinción entre delitos de dominio y de infracción del deber carece de respaldo legal.”¹³

Pero aun suponiendo que la teoría de los delitos de infracción de deber pudiera ser considerada como una teoría válida para explicar todos los supuestos en los que el legislador ha restringido el círculo de posibles autores¹⁴ y por tanto para sustituir la categoría de los delitos especiales, la asunción de tal teoría en todo caso debe estar referida al derecho positivo. En el caso colombiano, como ya se ha dicho, en la mayoría de los tipos penales en los que se requiere una calidad especial, se exige además que el sujeto realice una determinada acción. Así por ejemplo, en el peculado por apropiación del art. 397 del C.P. además de la calidad de servidor público se requiere que el sujeto realice la acción típica consistente en *apropiarse*, es decir, no basta que el servidor público infrinja el deber de custodiar y garantizar la indemnidad de los bienes del Estado que están a su cargo administración, sino que específicamente se requiere que realice una conducta activa y positiva que en el caso del peculado supone la realización de actos de *disposición* ilícitos respecto de los bienes del Estado.

La conclusión anterior viene a ser reforzada por la previsión contenida en el artículo 29 del Código Penal colombiano que establece que es autor “quien realice la conducta punible” y la conducta punible esta descrita por los verbos rectores (apropiarse, proferir, recibir, etc.) previstos en las distintos tipos contenidos en la parte especial.¹⁵

¹³ Ibíd. pp. 177 y 178.

¹⁴ Al respecto véase GÓMEZ MARTÍN, ob. cit. pp.128-186.

¹⁵ En este sentido SOTOMAYOR ACOSTA Y ARIAS HOLGUÍN, ob. cit. p. 178, quienes además agregan que la regulación de la tentativa es otro argumento para considerar insostenible la teoría de los delitos de infracción de deber en el Código Penal colombiano: “De otra parte, la TDID parece difícilmente compatible con la regulación de la tentativa en el Código Penal colombiano, toda vez que desde tal teoría cabe apreciar ya un delito tentado cuando el sujeto obligado por el deber

En síntesis, aun haciendo caso omiso de las múltiples objeciones que cabe hacer la teoría de los delitos de infracción de deber, parece bastante claro de acuerdo con lo que se acaba de explicar que una tal categoría es incompatible con el derecho positivo colombiano.¹⁶

2.2. Al admitir que el *extraneus* puede ser autor del delito de infracción de deber la Corte Suprema de Justicia contradice sus puntos de partida y quebranta el principio de legalidad

La adopción de la teoría del dominio del hecho implica asumir la consecuencia más importante que de ella se deriva que es precisamente aquella según la cual, solo quien tenga el deber jurídico podrá infringirlo, y en consecuencia, solo podrá ser *autor* aquel sujeto calificado que con independencia de si domina o no el hecho, haya infringido su deber. Por tanto, no puede ser autor quien no tenga el deber, y por ello, lo relevante no es si ha realizado “la conducta punible” en los términos del artículo 29 del Código Penal sino, que en realidad lo importante es que se constate en el caso concreto la infracción a su deber, con independencia de la forma, ni el momento en el que se haya producido tal infracción.

De tal manera que, a la luz de la teoría de la infracción del deber, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de las que se ocupa este trabajo, incurren en una grave contradicción al admitir que un *extraneus* puede ser “autor” o “coautor” de un delito de infracción de deber, puesto que, por definición, el *extraneus* es aquel

especial “extrapenal” o vinculado a la institución positiva infringe el deber, ya sea contribuyendo o determinando el hecho lesivo. Tal conclusión, sin embargo, parece contrariar lo previsto en el artículo 27 del Código Penal, que de forma expresa exige el inicio de “ejecución de la conducta punible” en toda tentativa”, ob. cit. p.178

¹⁶ Una buena síntesis de esas críticas esta en el trabajo de Arias Holguín y Sotomayor Acosta, ob.cit.

sujeto que precisamente no tiene el deber especial en que se fundamenta la autoría en estos delitos, y en consecuencia no podrá ser nunca autor.

La contradicción que supone adoptar la teoría de los delitos de infracción de deber y al mismo tiempo admitir que puede ser autor o coautor un *extraneus*, es decir, aquel que carece de la calidad especial exigida por el tipo penal, está presente en las dos sentencias objeto análisis. En la sentencia del año 2002 la Corte afirma “para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado)”, con lo cual, resulta evidente que para la Corte Suprema el *extraneus* puede ser autor en las distintas modalidades –incluso actuante por otro-¹⁷ o coautor, lo cual supone pues una contradicción con el punto de partida según el cual la atribución de la calidad de autor presupone la infracción de un deber y por razones lógicas, no resulta posible infringir un deber que no tiene.

Pues bien, en la segunda sentencia, esto es, en la del año 2003, resulta aún más evidente el equívoco de la Corte Suprema, pues sigue adhiriendo a la teoría de los delitos de infracción de deber, pero en esta ocasión plantea que el interviniente al que se refiere el inciso final del artículo 30 solo puede ser un coautor. En esta oportunidad la Corte Suprema expresó: “Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes (...) *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.*” (Cursiva agregada).

¹⁷ En relación con la posibilidad de que el *extraneus* sea un autor que actúe en lugar de otro, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en “La problemática de la codelinuencia...”, p.63.

El párrafo transcrito implica una doble contradicción, puesto que si el *delito propio* requiere de un sujeto calificado que debe infringir un deber, no se entiende como puede ser coautor, quien no solo no tiene la calidad especial, sino que tampoco está en posibilidad de infringir el deber. Lo que se quiere poner de manifiesto con estas observaciones es que además de las críticas que merece la asunción de la teoría de los delitos de infracción en el derecho positivo colombiano¹⁸, la Corte Suprema tampoco es consecuente con las implicaciones que ello tiene en materia de autoría y participación en aquellos delitos en los que el legislador ha restringido el círculo de posible autores sobre la base de la infracción de deberes especiales, concretamente, en lo referente a la responsabilidad de los *extraneus*.

Sobre este particular ya se han pronunciado algunos autores colombianos, entre ellos Córdoba Angulo¹⁹, Suárez Sánchez²⁰ y Arias Holguín y Sotomayor Acosta²¹. Según el primero, la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia al considerar coautor al *extraneus* de un delito de infracción de deber conlleva un quebrantamiento de los principios de legalidad y de tipicidad²², y ello obedecería, según se entiende, en primer lugar, a que el interviniente *extraneus* no reúne los elementos típicos – por ejemplo la calidad especial de servidor público- y en ese sentido no podrá ser autor del un delito en el cual esta calidad es presupuesto de la autoría.

Y en relación con el principio de tipicidad, cita como ejemplo el peculado por apropiación del Código Penal colombiano, que exige para su tipificación, que quien se apropie de los bienes del Estado tenga una relación funcional con los

¹⁸ Estas críticas están esbozadas y explicadas de manera convincente por ARIAS HOLGUÍN Y SOTOMAYOR ACOSTA, ob. cit.

¹⁹ CÓRDOBA ANGULO, ob. cit.

²⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ, ob. cit.

²¹ ARIAS HOLGUÍN Y SOTOMAYOR ACOSTA, ob. cit.

²² CÓRDOBA ANGULO pp. 90-91.

mismos (“cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”) y eso es justamente lo que le faltaría al *extraneus*, aquella relación funcional, que es lo mismo que Gracia Martín denomina “relación de dominio social”²³, a la cual se hará referencia más adelante.

Suárez Sánchez por su parte advierte que el *extraneus* al carecer del elemento personal exigido por el tipo “de ninguna manera puede ser autor (directo o mediato) ni coautor”²⁴. Por su lado, Arias Holguín y Sotomayor Acosta, al resumir las interpretaciones que consideran correctas respecto del inciso final del artículo 30, dejan ver que ellos también consideran que por virtud del principio de legalidad, solo puede ser autor quien tenga la calidad especial exigida por el tipo, y es por eso que afirman: “(...) La autoría en los delitos especiales requiere la concurrencia de dos condiciones: el dominio del hecho y la calidad especial exigida en el tipo pena—(...) Quienes no tengan la calidad especial exigida en el tipo penal, independientemente de que dominen o no el hecho, son todos partícipes. También serán partícipes aquellos que teniendo la calidad exigida en el tipo penal, carezcan del dominio del hecho.”

Por otro lado, Díaz y García Conlledo a ese mismo respecto ha dicho: “Si nos atenemos a la teoría de los delitos especiales o admitimos las consecuencias en materia de autoría de la categoría de los delitos de infracción de deber, a la que con tanto entusiasmo parecen adherirse las dos sentencias, es obvio que el autor de estos delitos solo puede ser el calificado o el infractor del deber, sino también que el no cualificado o aquel sobre el que no recae el deber no puede ser autor en ningún caso de estos delitos. Desde esta perspectiva y en una lectura sencilla del precepto del último párrafo del artículo 30 C.P., resultaría claro que, como el

²³ GRACIA MARTÍN, LUIS, El actuar en lugar de otro en el derecho penal. Teoría General. I, Universidad ad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pp.332-424.

²⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, ob. cit. p.27

extraño no puede ser autor de estos delitos, el “interviniente” tiene que ser necesariamente un partícipe, o sea, un determinado o un cómplice.”²⁵

En conclusión, y de acuerdo con lo dicho en párrafos precedentes, es notorio que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia referidas al problema del interviniente, adoptan la teoría de los delitos de infracción de deber, cuya compatibilidad con el ordenamiento jurídico penal colombiano no resulta tan clara²⁶ Sin embargo, la Corte Suprema no es consecuente con su propio punto de partida y ello la lleva a incurrir en una contradicción que podríamos denominar intrasistemática, dado que existe un importante consenso en el sentido de que en los delitos de infracción deber lo determinante para atribuir la autoría, es que el sujeto obligado haya incumplido su deber lo cual por razones apenas lógicas ya señalada, implica que quien no tiene el deber no podrá infringirlo y en consecuencia no podrá ser autor.²⁷

2.3. La aplicación de la regla del inciso final del artículo 30 no vulnera la igualdad

El principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 13 y en los artículos 7 de la Ley 599 de 2000 y 4 de la Ley 906 de 2004, es norma

²⁵ DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, ob. cit. p. 71.

²⁶ Al respecto se remite a lo dicho por ARIAS HOLGUÍN Y SOTOMAYOR ACOSTA. Así mismo CÓRDOBA ANGULO, ob. cit. p. 87, quien expresamente reclama: “(...) 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.”

²⁷ CÓRDOBA ANGULO, ibíd. p.76 señala como características principales de los delitos de infracción de deber las siguientes.

rectora de la ley penal y tiene reconocimiento además en tratados internacionales ratificados por Colombia²⁸ y en amplia jurisprudencia.²⁹

Si entendemos que “*el principio de igualdad ordena tratar de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente*”³⁰ al aplicar dicho principio a la problemática del tratamiento punitivo que se le debe dar al partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial en compañía de un *intraneus*, a efectos de establecer la responsabilidad penal del primero, resulta necesario tener en cuenta en qué medida el *extraneus* tiene acceso al bien jurídico y por tanto capacidad para lesionarlo.

Siguiendo acá los planteamientos de Gracia Martín, para quien “el fundamento o la *ratio essendi* de los delitos con especiales elementos de autoría (...) hay que buscarlo en la “relación *peculiar*” de unas determinadas clases de sujetos –los *intranei*- con el bien jurídico protegido. A esta relación peculiar de dominio “relación de dominio social” y con dicha expresión quiero significar que el bien jurídico protegido se halla en una determinada estructura social controlada por ciertas “clases” de individuos y queda bajo la dependencia de éstos.”³¹

En relación con el punto específico que en este trabajo interesa, en el que la Corte Suprema considera que no existe fundamento para dar un tratamiento diferenciado al cómplice *extraneus*, respecto de cómplice *intraneus*, conviene previo, el análisis del asunto, citar de nuevo a Gracia Martín, quien refiriéndose a los llamados delitos en los que la calidad de funcionario público –en la legislación penal española- es elemento de la autoría, manifiesta: “La interpretación de los delitos especiales como delitos de dominio social se manifiesta en el amplio grupo de los delitos funcionarios (sic). También la *ratio essendi* de estos delitos radica

²⁸ Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

²⁹ Sentencia C-093 de 2001, Sentencia T 247 del 15 de abril de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-698 de 28 de agosto de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, T-340 de 2010, entre otras.

³⁰ MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La problemática de la codelincuencia”, ob. cit. p. 67.

³¹ GRACIA MARTIN, LUIS, ob. cit., p. 359

en “el dominio sobre la concreta estructura de de la función pública en la que se halla el bien jurídico protegido”. La rúbrica del Título VII del Libro II del Código penal reza “de los delitos de los funcionarios públicos *en el ejercicio de sus cargos*”. Entiendo que la cualidad (...) de funcionario y los deberes que dicha posición comporta son sólo presupuesto e indicio de la tipicidad de los delitos de funcionarios. Lo *decisivo* para la tipicidad, sin embargo, es la realización de la acción típica *por funcionario en el ejercicio de su cargo*. Lo que es tanto como decir: en el ejercicio del dominio sobre el concreto ámbito de la función pública en la que ejerce sus *competencias*.”³²

Y más adelante puntualiza: “(...) la perspectiva de las características de la acción típica los delitos de dominio social se caracterizan porque la acción típica presenta una cualidad específica consistente en que es realizada en el ejercicio de una función que es monopolio de cierta clase de sujetos.”³³

De lo anterior puede inferirse que el sujeto que carece de la relación de dominio social sobre el bien jurídico protegido, no tendrá posibilidad de ser autor del delito puesto que como bien lo señala Gracia Martín, el dominio social es un *monopolio* de cierta clase de sujetos. A modo de ejemplo, en los delitos contra la administración pública previstos en el Título XV del Código Penal colombiano, el *ejercicio de la función pública* es monopolio de quienes ostentan la calidad de servidores públicos en los términos del artículo 20 del código penal.³⁴

³² *Ibíd.* p.358

³³ *Ibíd.* p.371.

³⁴ Artículo 20 C.P.: Servidores Públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Si se aceptan las anteriores premisas, resulta muy dudoso entonces que se pueda seguir sosteniendo la tesis de la Corte Suprema de Justicia según la cual, “tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia. El punto de vista de anterior, la deja de lado una consideración importante y es que cuando se trata de un cómplice *intraneus*, al tener este un dominio social sobre el bien jurídico, inserto dentro de la estructura social denominada “función pública”, estará en mayor capacidad de contribuir a la lesión del bien jurídico que el cómplice *extraneus*, que precisamente carece del dominio social de la función pública y en consecuencia, está en menor capacidad de contribuir a la lesión del bien jurídico.

Así por ejemplo, si el secretario del juzgado presta ayuda al juez de su despacho para que este se apropie de los dineros representados en títulos judiciales cuya custodia y cuidado está a cargo de ambos funcionarios, y que por tanto, los dos tienen el dominio social sobre el bien jurídico –esto es, *el correcto ejercicio de la función pública que implica en este caso el adecuado manejo de los recursos públicos-*; es claro que este cómplice *intraneus*, por tener mayor posibilidad de acceder al bien jurídico, tendría en su haber un *plus*, representado en un mayor desvalor de la acción, *que justificaría un mayor reproche penal que la que tendría por ejemplo un extraneus* que hubiese prestado esa misma ayuda. Es decir, si la conducta hubiese sido realizada un *extraneus*, este merecería un reproche penal, que desde el punto de vista del menor desvalor de su acción, y por tanto de lo injusto de su conducta, en todo caso debería ser menor que el del *intraneus*, se insiste, por carecer del dominio sobre la función pública como bien jurídico afectado.

De acuerdo con lo dicho, al contrario de lo que se infiere de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, un tratamiento punitivo como el que se defiende en este trabajo para el cómplice *extraneus* sería rigurosamente respetuoso del

principio de igualdad, pues precisamente trata en forma desigual dos comportamientos que son igualmente desiguales.

En consonancia con lo dicho, es útil traer a colación lo expresado Díaz y García Conlledo quien es partidario de que el *extraneus* debe ser castigado con menor pena. Dice el autor en cita: “El principio de igualdad ordena tratar de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente. Y quien participa de un delito común (y que podría realizar como autor) se sitúa en una posición accesoria de la del autor, digamos que ésa es su diferencia en cuanto a acceso al injusto (en el cómplice, además, la menor importancia de su aportación, lo que justifica la rebaja de pena), mientras que el extraño que participa en un delito especial muestra un *plus* de distancia respecto al injusto especial y, por tanto, es perfectamente respetuoso con el principio de igualdad reconocerle una diferencia en su responsabilidad penal (que en el caso del cómplice debe sumársele a la rebaja por la menor importancia de su aportación).”³⁵

Así las cosas, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pudiera derivar de la intervención de un *extraneus* en un delito especial, no debería tener las mismas consecuencias punitivas que la participación de un *intraneus* al que le resulta más accesible el bien jurídico. El menor potencial lesivo de la actuación del *extraneus*, debe reflejarse en la atenuación de la pena, acorde con los parámetros de necesidad de pena, expuestos en los artículos 3 y 4 del Código Penal colombiano.

Como bien lo dice Rueda Martín: “Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado, mientras que un ejercicio desviado de los fines a los que sirve conduce

³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “La problemática de la codelinuencia” ob. cit. p. 67.

a una frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, en consecuencia, a la lesión o peligro de éste.³⁶

La pregunta entonces no es si ¿se debe castigar al *extraneus*?, sino, ¿cómo y en qué cantidad?, dado que la diferencia entre un cómplice *intraneus* y un cómplice *extraneus* es la mayor lejanía del primero respecto del bien jurídico y por lo tanto la menor importancia si se compara con la del *intraneus*³⁷.

Este argumento encuentra respaldo en la forma como el Código Penal Colombiano regula por ejemplo el tema de la coautoría en el cual condiciona la imputación a título de autor a la importancia del aporte (El Código Penal Colombiano, expresamente en el artículo 29 inc. 2º, a efectos de establecer la responsabilidad de los coautores condiciona la responsabilidad a la importancia del aporte.)

Así como la diferencia de responsabilidad de coautores y partícipes depende de la importancia del aporte, de igual forma se puede distinguir entre los partícipes, por ejemplo entre cómplice *intraneus* y *extraneus* la forma diferenciada como aportan al injusto especial. En ese orden de ideas, el aporte del *extraneus* debe considerarse menos importante que el del *intraneus* por estar éste más cerca y por tanto en mayor posibilidad de afectar de manera más directa el bien jurídico. Lo anterior implica un menor injusto (por eso hablamos de criterio de graduación del injusto) que para respetar el principio de proporcionalidad de la pena consagrado

³⁶ RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, "Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública", en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, No 8., p. 142, disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-85030/Documento.pdf>.

³⁷ Sin embargo ARIAS HOLGUÍN Y SOTOMAYOR ACOSTA, consideran incluso que es posible predicar la impunidad para el interviniente *extraneus*: "Es por demás obvio que la lejanía del *extraneus* del injusto especial a la que se alude, es aún mayor en las hipótesis de delitos especiales propios, razón por la cual no resulta descabellado defender su impunidad. Entre otras cosas, esto es lo que permite luego justificar el tratamiento diferente a la participación del *extraneus* en un delito especial impropio, pues esa distancia del *extraneus* con el injusto especial es menor en estos delitos ateniendo a la correspondencia de estos con el tipo; de ahí que en tal caso no proceda la impunidad sino solo la atenuación conforme al inciso final del artículo 30." p.23

en el art. 3 del Código Penal, debe traducirse en una menor pena para el *extraneus* respecto del *intraneus*.

La sentencia 12.191 del 25 de abril de 2002, MP. Carlos Eduardo Mejía Escobar, fue respetuosa del principio de igualdad y reconoció la distinción entre formas de intervención principales y accesorias, traducéndose esta distinción al momento de impartir las consecuencias punitivas según el grado de afectación del bien jurídico de quien tiene a su cargo el deber especial. Al indicar:

“Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador (...) y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

“Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen.”

Sin embargo como ya se explicó en el año 2003, la sentencia 20.704, del 8 de julio de 2003, varió la postura y consideró, en forma errónea, por lo ya dicho, que se violaba la igualdad.

Cabe recordar que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1122 de 2008, declaró la exequibilidad del inciso 4º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal y de paso indicó que no había vulneración del principio de igualdad

en la diferencia de pena entre servidor público y extraño en delitos especiales o de sujeto activo calificado.

En esta oportunidad, el problema jurídico que se debatió en la Corte consistía en establecer si la norma acusada (inciso 4º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000), en cuanto se aplique en relación con delitos especiales de servidor público que impliquen afectación de la administración pública y, más específicamente, del patrimonio público, resultaba contraria a la igualdad, al establecer una punición diferente para los servidores públicos y para los intervinientes que no tengan esa condición, sin fundamento distinto que esa diferencia de calidades en los sujetos.

Luego de realizar algunas precisiones dogmáticas en torno a los delitos de sujeto activo calificado o especiales, así como realizar un recorrido por las diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre el alcance del artículo 30 del Código Penal y analizando cada una de estas posturas, se refirió al principio de igualdad en desarrollo de las previsiones del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, señalando que:

“El legislador debe otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles. Por consiguiente, un tratamiento legislativo diferente no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable. El primer presupuesto, entonces, para que proceda la verificación de un cargo por violación del principio de igualdad por tratamiento diferenciado es que se esté ante supuestos de hecho que sean equiparables.

En aquellos eventos en los que se haya constatado el anterior presupuesto, es preciso establecer la constitucionalidad del criterio de diferenciación empleado por el legislador, para lo cual se le aplica un "test de razonabilidad" en orden a establecer si se justifica o no, a la luz de la Constitución, el trato desigual.”³⁸

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 1122 de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Concluyó el alto tribunal en que la diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran "... quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen." Así, prosigue la Corte Constitucional, la rebaja punitiva para el *extraneus* "... 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."

Por lo anterior, consideró la Corte Constitucional que no hay lugar a la infracción del principio de igualdad dado que el *extraneus* que participa en un delito especial impropio participa en un hecho más grave que su delito común paralelo, razón por la cual debe responder con base en el delito especial, pero que, al mismo tiempo, no reúne las calidades especiales que dieron lugar a la configuración del tipo agravado, razón por la cual cabe atenuar la pena que finalmente le resulte aplicable.

Sin embargo, la Corte Constitucional en esta oportunidad, no toma posición sobre quien es interviniente.

2.4. La inclusión del que actúa por otro dentro de los intervinientes del artículo 30 es incompatible con una interpretación sistemática sobre las normas de autoría y participación en el código penal colombiano

El artículo 29 inciso final del código penal colombiano -Ley 599 de 2000-, establece: "También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que

fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.”

Este último inciso del artículo citado regula lo que se conoce como *actuar en el lugar de otro*, que no es una forma autónoma de autoría, sino una dispositivo a través del cual el legislador ha dispuesto que “también es autor” (valga decir calificado, directo o mediato) el sujeto que, aunque careciendo de los elementos que fundamentan la penalidad del delito, realiza la conducta típica.

Es una forma de resolver el problema que se presenta como consecuencia de la *escisión* de los elementos del tipo, que impedía atribuir responsabilidad a quien sin tener que cumplir determinada calidad realizaba la conducta típica, como el caso del administrador del patrimonio de una persona natural que para impedir el embargo de sus bienes se “alza” con ellos, con lo cual, sucedía que sin ser el deudor realizaba la conducta prevista en el artículo 253 del código penal – alzamiento de bienes-. En este caso, la cláusula del actuar por otro permite extender la autoría, atribuyéndole la calidad especial, al sujeto que en este caso realiza la conducta típica de alzamiento de bienes pero carece de la condición de deudor.³⁹

Pues bien, en relación con este aspecto, la Corte Suprema de Justicia también incurre en una contradicción al afirmar en la sentencia de 2002 lo siguiente:

“ (...) 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 miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29).”

³⁹ Sobre el actuar por otro véase completo estudio monográfico de GRACIA MARTIN LUIS, El actuar por otro en el derecho penal, 2 vol.

Véase también con referencia al derecho colombiano ESCOBAR VÉLEZ, SUSANA, El “actuar en lugar de otro” en el Código penal colombiano. Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.

Como bien lo puso ya de presente Díaz y García Conlledo: “si fuera cierto que el interviniente del último párrafo del artículo 30 del C.P. pudiera ser el actuante por otro del artículo 29, resultaría, que necesariamente siempre habría que aplicarle la rebaja de pena establecida por el primero de los preceptos citados, pues, por definición, se trata de un *extraneus*. Esto resulta chocante cuando precisamente la regla del actuar por otro persigue atribuir la cualidad especial al autor que no la posee personalmente”⁴⁰

Además si el legislador, como también lo señala Díaz y García Conlledo⁴¹, hubiese considerado al actuante en lugar de otro como un interviniente, no se entiende entonces porque en el párrafo final del artículo 29 se establece que “el autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”, pues es obvio que las diversas modalidades son las previstas en todos los párrafos precedentes, incluidas aquellas modalidades, por ejemplo, en las que es autor directo o mediato y a la vez actúa en lugar de otro.

En definitiva, la consagración de la cláusula de actuar en lugar de otro como una forma de extender la autoría en el sentido ya indicado es en realidad un argumento a favor del entendimiento según el cual, los intervinientes a los que se refiere el artículo 30 del código penal son única y exclusivamente los partícipes, esto es, el determinador y el cómplice, tesis que es la que en este trabajo se defiende y que prohíjan algunos de los autores citados.

⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La problemática de la codelinuencia”, cit. p.63

⁴¹ *Ibíd.* p.63

3. LAS SOLUCIONES A LOS CASOS CONCRETOS QUE SE DERIVAN DE LA POSTURA TEÓRICA QUE EN ESTE TRABAJO SE ACOGE.

En relación con la sentencia 12.191 del 25 de abril de 2002 M.P Carlos Eduardo Mejía, la imputación a título de coautores del delito de falsedad ideológica por destrucción a los funcionarios de la notaría y a su vez la imputación como determinador al *extraneus* interesado en que se destruyera su registro civil de matrimonio, es la calificación jurídicamente correcta, y en ese sentido, las sentencias de instancia y el fallo de casación no merecen ninguna objeción desde la perspectiva que en este trabajo se defiende.

En lo que tiene que ver con la punibilidad la solución tampoco resulta problemática, pues resulta claro que la pena a imponer a los coautores es la prevista para el delito y la del determinador de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 30 será la “pena prevista para la infracción”.

No sobra advertir que aunque no es objeto de este trabajo, otro asunto que resulta problemático es si de conformidad con el artículo 20 del C.P. Los empleados de la notaria pueden ser considerados servidores públicos y por la tanto *intraneus* del delito de que se les juzgó.

Y en relación con la sentencia 20.704 de 8 de julio de 2003 M.P Carlos Augusto Gálvez, la condena impuesta por el delito de prevaricato en calidad de autor al servidor público que fue procesado, tampoco ofrece ninguna discusión en tanto que no hay duda de que tenía la calidad especial y en el caso concreto ostentaba el dominio social sobre la función de administrar justicia. Además, porque de la narración que de los hechos hace la Corte Suprema, aparece claro que es el Fiscal quien realiza la conducta típica, consistente en proferir resolución manifiestamente contraria a la ley.

Y en cuanto *extraneus* respecto del cual la Corte Suprema mantuvo la condena esa específica forma de participación que se le atribuye. Sin embargo, y por lo ya

expuesto a lo largo de este trabajo es claro que por tratarse de un cómplice *extraneus* el tratamiento punitivo que debió darse en este caso implicaba rebajar la pena de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 30 es decir, “de una sexta parte a la mitad”, dada su calidad de cómplice.

Dada su condición de *extraneus* en el delito por el cual se le juzgó, y en consecuencia su mayor lejanía respecto del injusto especial debió darse aplicación al inciso final del artículo 30. Es decir, que a la rebaja por la calidad de cómplice se debió sumar la rebaja de la cuarta parte prevista para el interviniente *extraneus*.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Se tomará como Sentencia creadora de línea, la expedida por la Corte Suprema de Justicia, el 25 de abril del año 2002, radicado 12.191, en la que se asume una posición que ha sido objeto críticas y variaciones.

Sentencias confirmadoras de línea:

- a. La línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, continuó en el mismo año 2002, con providencia que se cataloga como conservadora de línea y que al respecto expuso:

“... la aplicación del inciso final del artículo 30 del Código Penal, no depende del tipo de participación declarado en la sentencia sino del tipo de intervención revalorado frente a los nuevos textos legales, es decir, frente al nuevo sistema regulador del concurso de personas en el hecho punible. En otras palabras, si se le consideró cómplice en la acusación o la sentencia, pero lo que en realidad llevó a cabo fue conducta de autor o determinador, la imputación y la pena, en letra y sentido de la nueva codificación, serán las previstas para la infracción especial con punibilidad disminuida en una cuarta parte. Pero si se le consideró cómplice porque llevó a cabo aporte causal de tal, porque su participación además de accesoria fue secundaria, la imputación y la pena se fijarán considerando la diminuyente por complicidad y, concurriendo con ella, la que correspondería al interviniente que no tiene la calidad especial, esto es, la del inciso final del artículo 30 del Código penal.⁴²

Al igual que la sentencia creadora, esta sentencia confirmadora de línea acepta la aplicación del interviniente para cualquiera de las categorías propias de la autoría y la participación, indicando la sanción para la infracción con la disminución de una

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de junio de 2002. M.P. Jorge Córdoba Poveda.

cuarta parte, de otro lado, para el cómplice la rebaja sería doble por ser tal y por ser *extraneus*.

- b. El 25 de septiembre de 2002, con providencia del Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo, confirma la línea, cuando expone:

... A la luz del anterior Código Penal, en los delitos especiales – el soborno no tiene esta característica – cuando en su realización concurría un particular, por ese sólo hecho se le atribuía a título de cómplice sin necesidad de valorar la forma cómo había participado en él, en tanto que el nuevo Código Penal (artículo 30) al crear la figura del interviniente que carece de las calidades especiales exigidas por ciertos tipos penales, exige determinar la forma en que concurre en la realización de la conducta punible como autor (mediato o coautor) y como partícipe (instigador o cómplice); en ese orden, se le disminuirá la pena en una cuarta parte si participa como autor o como determinador, pero si lo hace como cómplice se acumulará la disminución por participación y la cuarta parte como interviniente.⁴³

La providencia citada, en nada se aleja de la sentencia creadora y las demás confirmadoras, pues se afinsa en idéntica posición en el sentido de aplicar la disminución dependiendo de si se es autor, determinador o cómplice y continúa con la doble rebaja cuando su participación es a título de cómplice.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de septiembre de 2002, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Fortalezas de esta interpretación jurisprudencial:

1. Acepta la Corte Suprema de Justicia que la figura del interviniente descrita en el inciso final del artículo 30 del C.P. no es autónoma sino por el contrario accesoria o de referencia.
2. Acepta la unidad de título de imputación, es decir, considera la Corte que en esa interpretación que allí se le dio al interviniente, se soluciona el problema de tener que imputar al *extraneus* un delito diferente que el que se le imputa al *intraneus*, cuando concurren ambos a la comisión de un hecho punible.
3. Reconoce un concepto restrictivo de autor.
4. Acepta una rebaja de la cuarta parte para el determinador interviniente y una doble disminución en el caso de la complicidad.

Variación jurisprudencial: Segunda postura asumida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal:

Para el año 2003, la Corte Suprema de Justicia, varió ostensiblemente la línea jurisprudencial expresada durante el año 2002, en efecto, la Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20704, la Sala de Casación Penal, indicó que ni el determinador, ni el cómplice responden a la categoría de interviniente, porque este concepto únicamente puede predicarse del coautor, cuando no reúne las calidades especiales exigidas en el tipo penal.⁴⁴

Esta posición se ha venido manteniendo por la alta corporación, siendo confirmada, por ejemplo en el 2005, en decisión con ponencia de Edgar Lombana Trujillo *“la decisión apunta a la figura del interviniente, circunscrita al autor. El suscrito piensa, de acuerdo con la primera postura adoptada por la Corte sobre el*

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003. Radicado 20.704, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

*tema, que tal fenómeno se predica no solamente del autor, sino de todos los autores y partícipes que no poseen la cualificación exigida por el tipo legal aplicable”.*⁴⁵

En sentencia del 15 de agosto de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, expresó que el criterio jurisprudencial fijado en su nueva línea era reiterativo en señalar que *“la reducción punitiva de la cuarta parte de la pena prevista para el interviniente (...), solo es aplicable al coautor del delito especial sin cualificación, sin que sea procedente tener en cuenta la dosificación allí prevista, respecto de quienes ostentan la calidad de determinador o de cómplices”*. Concluyendo que no se precisaba desarrollo jurisprudencial alguno acerca de la manera cómo debe darse tratamiento al interviniente, porque sobre la materia ya se tenía una línea jurisprudencial sólida⁴⁶.

En providencia del 7 de septiembre de 2007, se manifestó en sentencia confirmadora de línea⁴⁷, así:

“El anterior criterio interpretativo lo ha venido aplicando la Sala desde la decisión de fecha julio 8 de 2003, que en lo pertinente bien está traer a colación para mayor ilustración sobre la improcedencia de la solicitud elevada por la colaborada del Ministerio Público:

“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 determinadores, autores, coautores y cómplices, sino

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de junio de 2005. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Aclaración de voto del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia., sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de agosto de 2007.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. Radicado 22447. M.P. Marina Pulido de Barón.

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 ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.

Como en el asunto que ocupa la atención de la Sala al procesado ROYMAN GUAO SAMPER se le imputó responsabilidad penal por la totalidad de los delitos concurrentes en calidad de determinador, es claro que en su favor no puede actualizarse la especial circunstancia que reclama la colaboradora del Ministerio Público.”⁴⁸

“En tal sentido, la posición dominante en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, se sustenta bajo el entendido que la figura del interviniente consagrada por el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 establece que “ *de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala, la reducción punitiva de la cuarta parte de la pena prevista para el interviniente “que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concorra en su realización”, sólo es aplicable al “coautor del delito especial sin cualificación”, sin que sea procedente tener en cuenta la dosificación*

⁴⁸ *Ibíd.*

*punitiva allí prevista, respecto de quienes ostentan la calidad de determinadores o de cómplices*⁴⁹

En sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en proceso con radicado 29.221, M.P., se indicó con respecto al tratamiento que debe darse a las diferentes manifestaciones de la figura del interviniente:

“De acuerdo con el artículo 30 inciso 4º de la ley 599 de 2000 aquel que “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

En la comisión de conductas punibles con sujeto activo cualificado como los que se han tipificado contra la administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian.

En efecto se advierte que en los eventos en los que un particular concurra a la realización de una conducta punible de aquellas que requieren de autor cualificado, se lo considera partícipe justamente por no tener la especialidad exigida en el tipo penal, sin que esa calidad pueda ser concurrente con la de cómplice.

Frente al tema, la Corte ha dicho:

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

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. M.P. Marina Pulido de Barón.

aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor del delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna dicha 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 ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”⁵⁰.

Confirman la línea las siguientes decisiones: Auto del 20 de abril de 2007 M.P. Marina Pulido de Barón. Sentencia del 23 de mayo de 2007 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Auto del 15 de agosto de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Casación discrecional del 5 de diciembre de 2007 M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Auto del 23 de enero de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Auto del 20 de febrero de 2008 M.P. Javier Zapata Ortiz. Auto del 9 de abril de 2008 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Auto del 12 de mayo de 2010 M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 10 de mayo de 2011. Auto de Sala.

En Sentencia con radicado 37611 del 12 de diciembre de 2012, con ponencia de la Magistrada María del Rosario González Muñoz, se mantiene la línea jurisprudencial introducida en el 2003, bajo el entendido que no proceden las

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia* del 8 de julio de 2003, reiterada, entre otras, el 26 de abril de 2006. Rad. 22146.

diminuentes en calidad de intervinientes, porque en este caso se trata de determinadores del delito de peculado.⁵¹

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 37611 del 12 de diciembre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS HOLGUÍN, D. y SOTOMAYOR ACOSTA, J., “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de Infracción de deber”, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista internacional, Legis, 2006.

CÓRDOBA ANGULO, M., “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, disponible en internet en foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/.../985. Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “La Autoría en Derecho Penal”, Barcelona, PPU, 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano”, en Derecho Penal y Criminología Volumen XXV, N° 76. Julio Diciembre de 2004, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano –complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final-“, En: Derecho penal y criminología, N° 77. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005.

ESCOBAR VÉLEZ, SUSANA, El “actuar en lugar de otro” en el Código penal colombiano. Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “Los delitos especiales”, Montevideo - Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.

GRACIA MARTÍN, LUIS, El actuar en lugar de otro en el derecho penal. Teoría General. I, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

ROXIN, CLAUS. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2000.

RUEDA MARTÍN MARÍA ÁNGELES, “Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública” En Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época, No 8.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (1998) El interviniente. En: Revista Derecho Penal y Criminología Nro. 72. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUAREZ SÁNCHEZ, A., “Autoría”, 3º edición, Universidad Externado de Colombia, 2007.

TORRES TÓPOGA, WILLIAM F. “Autoría en los delitos de infracción de deber”, en: *Derecho penal y criminología*, N° 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Sentencias

C.S.J. Radicado 12191 de 25 de abril de 2002, M.P Carlos Eduardo Mejía Escobar.

C.S.J. Radicado 20.704 de 8 de julio de 2003, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

C.S.J. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de junio de 2002. M.P. Jorge Córdoba Poveda.

C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de agosto de 2007.

C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2006.
M.P. Marina Pulido de Barón.

C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de junio de 2005. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Aclaración de voto del Magistrado Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

C-1122 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C-093 de 2001.

Sentencia T 247 del 15 de abril de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-698 de 28 de agosto de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.