

# DERECHO PENAL

---

*El interviniente*

*El consentimiento*

*Reflexiones en torno a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional*

*Juez de ejecución de penas en el Estado constitucional y principios de favorabilidad, dignidad humana, libertad, igualdad, legalidad, debido proceso y presunción de inocencia*



# EL INTERVINIENTE\*

Alberto Suárez Sánchez\*\*

## I. PRESENTACIÓN

En vigencia de los códigos penales anteriores hubo controversia en torno a determinar la forma de participación del *extraneus* en la comisión de delito especial o de infracción de deber; sobre todo su intervención en el momento de la ejecución. Para tal efecto se plantearon dos tesis diversas.

Una sostenía que para mantener el principio de unidad de imputación del injusto el *intraneus* respondía como autor y el *extraneus* como cómplice de delito de infracción de deber<sup>1</sup>; así, por ejemplo, si el recaudador de impuestos, en desarrollo del plan común, de manera simultánea con un particular, realizaba el acto de apropiación de los bienes estatales el recaudador (*intraneus*) era autor y el particular (*extraneus*) era cómplice.

La otra tesis abogaba por el concurso de hechos punibles, al ser el *intraneus* autor de delito especial (delitos contra la administración pública) y el *extraneus* autor de delito común (delito contra el patrimonio económico)<sup>2</sup>.

---

\* Este artículo fue escrito en el año 2002, fecha en la cual, obvio, no se había proferido la Sentencia 20704, de la Corte Suprema de Justicia, del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

1. Cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 292.
2. Cfr. JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Concurso de personas en el delito”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, enero-abril de 1993, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 88.

Bien puede decirse que al terminar la vigencia del Código Penal de 1980 ya había consenso en torno a que:

- El *extraneus* que determine al *intraneus* a realizar delito especial o de infracción de deber es determinante de éste.
- La ayuda que preste el *extraneus* al *intraneus* en fase diferente a la de la ejecución del hecho constituye complicidad de delito de infracción de deber.
- El *intraneus* puede utilizar como instrumento de delito de infracción de deber al *extraneus*, mediante coacción o inducción en error o en virtud de estructuras de poder organizadas.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no abordaron el tema de la utilización del *intraneus* como instrumento del *extraneus* (como cuando el particular coacciona al servidor público para que se apodere de caudales públicos que éste administra); ni el de la determinación del *intraneus* por parte del *extraneus* a la realización de delito de infracción de deber (como cuando un recaudador de tributos persuade a una particular para que se apodere de dineros públicos y se los reparten entre ellos).

A solucionar la problemática planteada contribuye con tino la teoría del concurso de personas en la conducta punible elaborada en el Nuevo Código Penal, dado que el último inciso del artículo 30 señala: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Con todo, esta figura del *interviniente* trae consigo algunos problemas que comienzan a ser abordados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, en aras de determinar si se trata o no de una nueva forma de coparticipación criminal o simplemente una que comprende a todos o algunos de los papeles protagónicos señalados en los artículos 29 y 30 del Código Penal. Si se tratase de una nueva forma de participación, habría de señalarse su definición, elementos, características y las diferencias con la autoría (individual, mediata y la actuación a nombre de otro), la coautoría y las tradicionales maneras de participación (complicidad y determinación). Si no se trata de una nueva forma de participación, es necesario fijar si comprende al autor (al coautor) y al partícipe o sólo a aquél o a éste.

Con el propósito de poner un grano de arena en la solución de los problemas que se avecinan para determinar el verdadero alcance de la figura del interviniente, procedo a elaborar el presente ensayo.

## II. SISTEMA DIFERENCIADOR DE AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

– Sabido es que la doctrina universal ha elaborado dos conceptos de autor: el unitario y el diferenciador.

Para el unitario, el cual parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todo interviniente en el delito es autor (autor por instigación, autor mediato, autor inmediato, autor individual, coautor y autor por ayuda). Al encontrar dificultad en el ámbito de la causalidad para señalar algunos comportamientos como principales y autónomos y otros como secundarios y accesorios, renuncia a la accesoriedad.

El concepto diferenciador de autor sí hace distinción entre los distintos desempeños en la realización del delito, porque a unos los considera como autónomos o principales y a los otros como accesorios y subordinados. Tiene al autor (individual, mediato y coautor) como protagonista principal, y al partícipe (cómplice e instigador), como subordinado. Este concepto renuncia a la equivalencia de las condiciones y acepta la accesoriedad.

– Dada la teoría de la participación diseñada en el nuevo Código Penal, hoy no se discute que se haya tomado partido de manera definitiva por el sistema diferenciador de autor. En efecto, el artículo 28 señala que en la realización de la conducta punible concurren los autores y los partícipes; el artículo 29 se ocupa de la definición de los autores (el individual –inc. 1.º–, el coautor –inc. 2.º– y el actuante a nombre de otro –inc. 3.º–); y el artículo 30 define al determinador (inc. 1.º) y al cómplice (inc. 2.º).

Ante la nueva legislación no podrá discutirse que sólo son autores los protagonistas del hecho punible señalados en el artículo 29 y partícipes los descritos en el 30; por tanto se ha zanjado la discusión que sin razón dogmática alguna y con evidente equívoco existía en vigencia del Código Penal anterior, en torno a que el determinador era autor, dada la redacción de su artículo 23.

Tampoco se discute que el nuevo Código Penal adhiere de manera incondicional al principio de la accesoriedad, tanto cuantitativa como cualitativa. La primera supone que el aporte del partícipe sólo es punible si al menos hay comienzo de la ejecución del delito por parte del autor; la segunda exige que las categorías del hecho principal (tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad) realizadas por el autor afectan de modo necesario la responsabilidad del partícipe.

La accesoriedad es cualitativa, porque el artículo 30 señala que tanto el determinador como el cómplice instigan o contribuyen a la realización de “la conducta antijurídica”; tesis que se reafirma al tener en cuenta que en el artículo 62 se señala la figura jurídica de la comunicabilidad de circunstancias, consecuencia inmediata de la adopción de la accesoriedad. De modo que la tipicidad objetiva y la antijuridicidad del hecho

del autor se trasladan al partícipe como presupuesto de su propio ilícito, con independencia de que sean dolosas o no, porque el dolo no es accesorio.

La accesoriedad es cuantitativa en nuestra legislación, porque el desvalor de resultado establecido en el artículo 11 del Código Penal para considerar a una conducta como punible requiere que se lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal; desvalor que en la tentativa sólo se da a partir de la ejecución por parte del autor. El partícipe también responde a partir de la ejecución del autor, porque es en este momento cuando surte eficacia la instigación o la ayuda; no es que quede en manos del autor concretar la responsabilidad del partícipe, lo cual desnaturalizaría el principio de que la responsabilidad penal es personal y de que nadie puede ser inculpa por el hecho de otro, porque al instigar o ayudar el partícipe sólo deja librada al azar la realización de la conducta punible, para que el autor la integre a su dominio si lo quiere.

– Consecuencias de la adopción de un sistema diferenciador de autor en el Nuevo Código Penal son las de que de ninguna manera al cómplice o determinador se le pueda tener como autor; que sólo el autor es copartícipe principal y autónomo, y que el cómplice y determinador no son autónomos ni principales, sino accesorios y subordinados, por tratarse la participación de un concepto de referencia.

### III. EL INTERVINIENTE COMO PARTÍCIPE

Al disponer el artículo 28 que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes, se establece de manera incuestionable que no hay formas de intervención en el delito diferentes a las allí descritas.

Esto significa que la figura del interviniente descrita en el inciso final del artículo 30 no es autónoma, sino accesorio o de referencia<sup>3</sup>.

– Interviniente no lo es el autor inmediato e individual, dado que éste es quien “teniendo las exigencias objetivas y personales señaladas por el tipo, por sí solo ejecute la acción descrita, sin utilizar a alguien como instrumento y sin ser empleado como tal”<sup>4</sup>. Por lo tanto, para la autoría inmediata e individual no es suficiente el dominio

---

3. Así lo dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de abril de 2002 al afirmar: “El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos”.

4. SUÁREZ SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 202.

del hecho, dado que hay delitos que tienen señaladas características especiales, cuya concurrencia es necesaria en quien ha de ser calificado de autor.

No todos pueden ser autores de todos los delitos, porque hay hechos punibles que están reservados a una categoría de sujetos. Son éstos los llamados delitos especiales o de infracción de deber, los cuales sólo pueden ser ejecutados por quien tenga la calidad reclamada de manera expresa por el tipo penal o esté obligado por una posición de garante, como el peculado y el prevaricato, por ejemplo, que exigen del autor la cualificación de servidor público (a quien tenga esa cualificación se le denomina *intraneus*).

Por importante que sea el aporte causal objetivo de quien realice el hecho, si carece de la esencial cualificación no podrá ser autor de delito especial o de infracción de deber. Intervención ésta que puede ser alcanzada por los dispositivos propios de la participación (como cómplice o determinador).

– Interviniente tampoco lo es el autor mediato, porque éste es quien, reuniendo las exigencias contenidas en el tipo, realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.

Rasgo fundamental de la autoría mediata es cuando el autor no realiza la acción ejecutiva de manera personal sino mediante el instrumento, siendo aquél el único autor; asimismo, el autor mediato debe reunir todas las características especiales señaladas para el autor directo e individual, por lo cual deben concurrir en él los elementos personales propios de éste.

Como el artículo 30 define como interviniente a quien sin tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, es de entender que excluye de manera definitiva tanto al autor inmediato e individual como al mediato, porque en éstos, se repite, deben concurrir los elementos personales exigidos en el respectivo tipo penal.

El legislador creó la figura del interviniente para abarcar a quien, sin poder ser autor por no tener las calidades exigidas en el tipo penal, intervenga de cualquier forma y en cualquier momento en la realización del delito, sin tener en cuenta la importancia del aporte causal ni la fase de su contribución; de modo que la aportación objetiva puede ser importante o secundaria y puede hacerse en las fases preparatoria, ejecutiva o posterior del delito. Sólo importa que no tenga la calidad señalada en el respectivo tipo penal; es decir, que no infrinja un deber especial jurídico-público o jurídico-privado.

El no cualificado que utilice como instrumento a un *intraneus* no puede ser autor del delito especial, porque al no concurrir en él el elemento personal exigido por el tipo penal y al no infringir el deber especial, no puede ser ni autor inmediato e individual ni autor mediato, como en el ya citado ejemplo del particular que coacciona al servidor público para que se apropie de bienes estatales que administra.

A este partícipe la doctrina alemana<sup>5</sup> lo tiene como instigador. Tesis que merece estudio por parte de nuestras jurisprudencia y doctrina, para concluir si es aplicable o no; es decir, para precisar si el carente de un deber especial jurídico-público o jurídico-privado que utilice al *intraneus* para la realización de un delito que de haberlo ejecutado éste sería especial, es autor de constreñimiento para delinquir (art. 184 C. P.) o autor mediato de delito común o determinador de delito especial (como lo hace la doctrina alemana). Lo cierto es que tal *extraneus* no puede ser autor mediato de delito especial del cual sea instrumento el *intraneus*.

– En suma, el interviniente sólo puede ser determinador o cómplice<sup>6</sup>. Es indispensable fijar la forma de participación de dicho interviniente, porque la rebaja de pena señalada en el último inciso del artículo 30 es única para el determinador y acumulativa para el cómplice, dado que a éste se le disminuye la pena de una sexta parte a la mitad (inc. 3.<sup>o</sup>), de un lado, y en una cuarta parte (inc. 4.<sup>o</sup>) de otro, como se verá adelante.

#### IV. ELEMENTOS

Se pueden señalar como elementos de la figura del interviniente los siguientes:

##### A. LA CONCURRENCIA DEL INTERVINIENTE SÓLO EN DELITOS ESPECIALES O DE INFRACCIÓN DE DEBER

La mayoría de los tipos penales se diseñan sin más exigencia respecto al sujeto activo que la de que sea persona humana, pues sólo las personas físicas pueden delinquir, dado que son ellas quienes poseen capacidad de acción culpable. En este evento se está en presencia de un sujeto activo indiscriminado y genérico, el cual se designa con expresiones tales como “el que”, “los que”, “quien” o “quienes”, indicantes de una total indeterminación, razón por la cual la conducta típica puede ser realizada por toda persona humana. Estos delitos suelen ser llamados *comunales*.

Existen, asimismo, otros tipos penales que señalan ciertas condiciones personales en el sujeto activo, como ocurre en las descripciones legales que se refieren tan sólo a personas discriminadas normativamente por razón de la exigencia de ciertas cualidades, indispensables para que sean tenidas como sujetos activos. Es así como se utilizan expresiones tales como “el servidor público”, “la madre”, “quien no siendo comerciante”, “el comerciante”, “directivo o miembro de una junta u órgano de administración”, “el deudor”, etc., las cuales reducen el círculo de personas que pueden

5. Cfr. CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 395.

6. Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Edit. Temis, 2002, pp. 459 y ss. ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 286 y ss.

realizar el tipo. También hay tipos penales que exigen del sujeto activo la directa realización de la conducta descrita. Estos tipos son denominados delitos especiales y de *propia mano*.

Son delitos de *propia mano* aquellos cuyos correspondientes tipos, por razón de la naturaleza del injusto, sólo pueden ser ejecutados por determinadas personas que han de realizar de modo directo y personal el hecho típico, como el falso testimonio, la violación sexual, el abandono de familia, por ejemplo. Son *delitos especiales* aquellos en cuyos tipos la ley exige particulares características en el sujeto activo y pueden ser propios o impropios, como el prevaricato y el peculado, por ejemplo.

Por razón del sujeto activo también se han clasificado los delitos en de dominio y de infracción de deber.

Son *delitos de dominio* aquellos que exigen para la autoría, o sea para la auténtica realización del hecho típico, además de llevarse a cabo toda la actividad ejecutiva contenida en el tipo, el “dominio del hecho”, o sea “el doloso tener las riendas del acontecer típico, esto es, la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo”<sup>7</sup>; salvo que el tipo exija además elementos personales en el autor (delitos especiales).

Son *delitos de infracción de deber* aquellos en los cuales lo único esencial para la autoría es el incumplimiento de un deber especial que interesa a un círculo de sujetos, como los servidores públicos en los delitos de servidores, o a los “garantes” quienes están obligados a la protección de manera especial de un bien jurídico, respecto del cual tienen una posición de garantía de su incolumidad, como ocurre en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia. En ellos es indiferente para la autoría que el sujeto realice o no todos los requisitos de la conducta típica y tenga o no el dominio del hecho, dado que sólo importa que infrinja su deber específico.

En los delitos especiales o de infracción de deber sólo el *intraneus* 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 de delito.

La cualificación que caracteriza a los delitos especiales o de infracción de deber debe darse tanto en la autoría como en la coautoría, porque en esta forma de realización del hecho si quien participando en división de trabajo con otro u otros no infringe deber

---

7. REINHART MAURACH. *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Edit. Ariel, 1962, p. 309.

especial, no puede ser autor, así sea cosustentador del dominio del hecho. El particular que en desarrollo de un plan común ejecute la conducta descrita en un tipo penal de delito especial sólo es cómplice; así, por ejemplo, si el notario y un particular falsifican una escritura pública de la cual aquél da fe, sólo el notario es autor, mientras que el particular sólo es cómplice.

Por tal razón el ámbito de la coautoría en los delitos de infracción de deber se reduce de manera apreciable, porque sólo cabe hablar de la misma cuando varias personas que se encuentran sujetas a un mismo y único deber, con división de trabajo y en desarrollo de un plan común, ejecutan la conducta que defrauda la expectativa de deber.

De lo dicho se deduce que sólo se da la figura del interviniente de cara a los delitos de infracción de deber, respecto de los cuales aquél no puede ser autor ni coautor.

## B. PARTICIPACIÓN DEL INTERVINIENTE EN CUALQUIER FASE DEL DELITO

Como en los delitos de infracción de deber, sólo es autor quien defrauda la concreta materia jurídica de comportarse adecuadamente, el *extraneus* adquiere la condición de partícipe con independencia del momento en el cual preste su contribución para la realización del delito. Desde luego que el aporte causal voluntario que haga puede variar según actúe como cómplice o determinador.

El *extraneus* puede ser determinador de delito especial o de infracción de deber, cuando con dolo persuade al *intraneus* a que infrinja el deber especial, caso en el cual éste es el autor del mismo.

El *extraneus* es cómplice cuando de manera voluntaria ayuda al *intraneus* a la ejecución del delito especial; auxilio que puede ser prestado antes del delito, durante su comisión y aun después de su agotamiento.

La causalidad que caracteriza a la complicidad puede ser de cualquier naturaleza: necesaria, primaria o secundaria. Por muy importante e indispensable que sea el aporte causal siempre dará lugar a la complicidad, porque su comportamiento es de referencia; es decir, accesorio al de quien infringe el deber especial (el autor), el cual de ninguna manera podrá ser autónomo y principal.

## C. RESPONSABILIDAD DEL INTERVINIENTE SÓLO COMO PARTÍCIPE

Como el interviniente sólo se configura en los delitos especiales o de infracción de deber, en razón a que no concurren en él las calidades especiales exigidas en el tipo penal, se descarta que pueda serlo el autor o el coautor.

El autor no puede ser interviniente, porque, se repite, aquél en los delitos especiales sólo lo es quien posee los elementos personales reclamados en el tipo. De modo que si estos elementos concurren en el sujeto que interviene en cualquier fase del delito de infracción de deber, se convierte en autor, quien de ninguna manera queda comprendido por la definición de interviniente, ni tampoco favorecido por la rebaja de pena señalada para éste por el último inciso del artículo 30.

Tampoco el coautor puede ser interviniente, porque en aquél también deben concurrir las calidades especiales señaladas en el tipo penal, lo cual lo coloca, lo mismo que al autor, al margen de la participación.

El interviniente, por consiguiente, sólo responde como partícipe (determinador o cómplice).

## V. FINALIDAD DE LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

### A. REAFIRMAR EL CARÁCTER UNITARIO DE LA IMPUTACIÓN DEL INJUSTO

Se dijo antes que en vigencia del Código Penal de 1980 se elaboraron dos tesis para explicar la forma de participación del *extraneus* en los delitos especiales, cuando su participación era la de ejecutar la conducta descrita en el respectivo tipo penal: consistente una en que concurrían el delito especial realizado por el *intraneus* a título de autor, y el delito común realizado por el *extraneus*, también a título de autor; mientras que la otra abogaba por la unidad de la imputación del injusto alrededor del tipo especial, al tener al *intraneus* como autor del delito y al *extraneus* como su cómplice.

Esta problemática, como ya se dijo, encuentra adecuada solución en el nuevo Código Penal, porque el numeral 4 del artículo 30 no precisa el momento en que el interviniente ha de concurrir a la realización de la conducta antijurídica; por lo cual ha de entenderse que puede hacerlo en el mismo momento de la realización de la conducta que concreta la infracción de deber del *intraneus* o en cualquier otro. En todo caso, el delito es uno solo: el de infracción de deber, del cual el *intraneus* es autor y el *extraneus*, partícipe.

### B. REAFIRMAR EL CONCEPTO DIFERENCIADOR DE AUTOR EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

Si la nueva legislación penal hubiera tomado partido por un concepto unitario de autor, habría sido innecesaria la creación de la figura del interviniente, porque cualquiera que fuere su aporte, tuviere o no las calidades especiales exigidas en el tipo

penal, sería autor, por el simple hecho de haber puesto una condición para la producción del resultado típico.

Al crearse la figura del interviniente se reafirmó la adscripción de nuestra legislación al concepto diferenciador de autor, porque despeja cualquier duda en el sentido de que el *extraneus* no puede ser autor (individual o mediato) ni coautor.

## **VI. CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN DE LA FIGURA DEL INTERVINIENTE**

Las consecuencias más importantes de la elaboración legal de la figura del interviniente se advierten en el ámbito de la punibilidad, porque es destinatario de rebaja de pena en las cantidades señaladas adelante.

— Por razones político-criminales la sanción penal para el autor de delito especial o de infracción de deber ha de ser más drástica que la del autor de delito de dominio. La infracción de deber la tiene en cuenta el legislador para crear figuras que cobijen conductas que de no existir aquéllas serían abarcadas por tipos penales de delitos comunes, o para tipificar como delitos conductas que realizadas por un particular serían impunes; son ejemplos de la primera clase el peculado y la concusión, porque ante la inexistencia de estos delitos podría tipificarse delito patrimonial o contra la autonomía personal; y son ejemplos de la segunda el prevaricato y el cohecho, entre otros porque si un particular toma decisión contraria a la ley no delinque, como tampoco lo hace el particular que recibe dádiva o acepta promesa remuneratoria para retardar u omitir un acto propio de su particular desempeño.

— La idiosincrasia de los delitos de infracción de deber ha sido muy particular, porque el legislador para señalar el sujeto activo del delito especial tiene en cuenta de manera primordial los elementos personales que deben concurrir en éste y la infracción del deber especial, por lo cual relega a un segundo plano la forma de realización del delito. Lo principal es la infracción del deber jurídico-público o jurídico-privado, lo cual le da autonomía al hecho para convertir en autor a quien lo vulnera; mientras que lo secundario es el aporte causal y el momento de su incorporación al acontecer criminal, sin que sea necesaria la contribución en el momento de la ejecución del hecho, como sí se requiere en los delitos comunes, pues sólo es figura central del acontecer típico (autor) quien realice directamente, o utilizando a otro como instrumento, la conducta descrita en el tipo penal, caso en el cual la causalidad y el momento de su aporte son primordiales para precisar la autoría.

— Si lo determinante para la autoría en los delitos especiales es la infracción del deber especial, mientras que para la autoría en los delitos comunes es el dominio del hecho, la participación debe tener consecuencias diversas en el ámbito de la punibilidad, porque el partícipe en el delito de infracción de deber no infringe a éste. Esas conse-

cuencias se concretan en que la participación (complicidad y determinación) en los delitos especiales da lugar a una reducción de la pena.

Es así como se pueden dar las siguientes hipótesis:

- a. Que el *extraneus* sea coautor de delito especial y se le disminuya la pena en una cuarta parte.
- b. Que el *extraneus* sea determinador de delito especial y se le rebaje la pena en una cuarta parte.
- c. Que el *extraneus* sea cómplice de delito especial y se le reduzca la pena sólo en una cuarta parte, de acuerdo con lo dispuesto por el último inciso del artículo 30.
- d. Que el *extraneus* sea cómplice de delito especial y se le disminuya doblemente la pena: de una sexta parte a la mitad, de acuerdo con el inciso 3.º del artículo 30, y además en una cuarta parte, de conformidad con el inciso 4.º del mismo artículo.

– No es aceptable la primera solución, porque es indiscutible que el *extraneus* no puede ser coautor de delito especial o de infracción de deber, por no tener la cualidad exigida por el tipo penal para el sujeto activo.

– Sí es admisible la segunda hipótesis, porque el *extraneus* sí puede ser determinador de delito especial, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Código Penal concurre a la realización de la conducta, razones por las cuales es interviniente en la misma y se hace merecedor de la reducción de pena en una cuarta parte<sup>8</sup>.

– El interviniente sí puede ser cómplice, y su rebaja de pena no es sólo de una sexta parte a la mitad. Frente a esta hipótesis pueden presentarse dos soluciones:

- a. Que atentaría contra el fin superior de la igualdad el darle tratamiento discriminatorio y preferencial al cómplice de delito especial, porque tendría doble reducción de pena,

8. De esta manera recojo la tesis expuesta en otro trabajo, en la cual sostuve: “Si el *extraneus* determina al *intraneus* a la realización de delito especial, se le aplica la pena propia del determinador, o sea la prevista para la infracción. En esta hipótesis no puede afirmarse que se trate de interviniente que carece de las calidades especiales exigidas en el tipo penal y que por tal razón ha de ser beneficiado con la reducción de pena señalada por el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000, por las siguientes razones: en primer lugar, porque no concurre a la realización, sino que sólo determina a tal realización; y, en segundo lugar, porque atentaría contra el principio de igualdad reducirle la pena al *extraneus* que determina a delito especial, con lo cual quedaría en posición de privilegio porque el determinador a delito común no se beneficiaría con tal rebaja, estableciéndose entonces un tratamiento discriminatorio para el instigador en delito especial”. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “El sujeto activo en los delitos contra la administración pública”, en revista *Derecho Penal y Criminología* N.º 68, enero-abril de 2000, Universidad Externado de Colombia, p. 38.

mientras que el cómplice de delito común quedaría en desventaja porque sólo se beneficiaría con la diminuyente de punibilidad señalada en el artículo 30<sup>9</sup>.

b. Que si interviniente es tanto el determinador como el cómplice y la ley no distingue entre ellos al hacerlos destinatarios de la rebaja de pena, el intérprete y el aplicador de la norma no puede hacer tal distinción; razón por la cual debe entenderse que la rebaja de pena del último inciso del artículo 30 se hace tanto para el determinador como para el cómplice. Por ser esta interpretación más provechosa para el cómplice de delito de infracción de deber, debe preferirse de cara a la anterior.

En consecuencia, la cuarta hipótesis es correcta y debe ser el cómplice de delito especial destinatario de la doble rebaja de pena.

## VII. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002 DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante esta decisión la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las nociones del interviniente en el nuevo Código Penal, del delito de infracción de deber, de la forma de intervención en esta modalidad delictiva y del cómputo de la rebaja de pena para el interviniente.

Dada la importancia de la sentencia de la Corte, por separado me referiré a cada uno de los temas mencionados, analizados en ella.

### A. EL INTERVINIENTE COMO CATEGORÍA NO AUTÓNOMA

Dice la Corte:

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...

Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas... Por otro lado, permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias.

9. Esta tesis fue defendida en el trabajo antes citado, así: "Tampoco es admisible la segunda, porque se atentaría contra el fin superior de la igualdad al darle tratamiento discriminatorio y preferencial al cómplice en el delito especial, dado que tendría doble reducción de pena, en tanto que el cómplice en delito común quedaría en desventaja porque sólo se beneficiaría con la reducción de punibilidad señalada por el inciso tercero del artículo 30". *Ibíd.*, p. 38.

La autonomía de la figura del interviniente ha de mirarse desde dos aspectos: uno referido a que no se trata de una categoría de participación autónoma y principal como lo es la autoría, sino de una figura accesoria; y otro consistente en que se trata de una forma de participación no diferente a las señaladas en el artículo 30 del Código Penal; es decir, de la determinación y la complicidad.

Al reconocerle la Corte al interviniente el carácter accesorio admite que no es autor, porque sólo éste es autónomo y principal. En otras palabras, que el interviniente es quien concurre en la realización de la conducta punible como cómplice o determinador.

## B. FINALIDAD DE LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

Afirma la Corte:

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...

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.

Admite la Corte, entonces, que la categoría del interviniente pone punto final a la polémica existente en torno a la forma de participación del *extraneus* y del *intraneus* en los delitos especiales o de infracción de deber, al decidir que no se da la doble imputación del injusto, en el sentido de que al *intraneus* se le impute la autoría de delito especial y al *extraneus* la de delito común, sino que se trata de un sólo delito del cual el *intraneus* es el autor y el *extraneus* el partícipe (determinador o cómplice).

## C. ADMISIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Caracteriza a los delitos de infracción de deber que sólo es autor de los mismos quien infringe el deber especial jurídico-público o jurídico-privado, sin que sea necesario el dominio del hecho, el cual sí se exige en los delitos de dominio, mientras que es partícipe quien no infringe igual deber cualquiera que sea el aporte causal y el momento de su incorporación a la realización del delito. Así, por ejemplo, conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber, elaborada por los alemanes, con ROXIN a la cabeza, si el administrador se vale de un *extraneus* para cumplir el apoderamiento de los caudales que administra, sin que concurra a la ejecución de la conducta, por ese solo hecho se considera que infringe el deber y que es autor del delito, porque no se requiere el dominio absoluto del hecho, que se concretaría en ejecutar el acto de

apoderamiento de los bienes, razón por la cual en tal caso los teorizantes de los delitos de infracción de deber tienen al *intraneus* como autor mediato de delito especial y al *extraneus* como cómplice a través de la figura del llamado “instrumento doloso no cualificado”. Esto, porque en los delitos de infracción de deber, como ya se anotó, lo que determina la autoría es la vulneración del deber especial y no la importancia ni el momento del aporte causal para la realización del delito, del mismo modo que cualquiera que sea la causalidad del *extraneus* y la fase de su incorporación al delito, no da lugar a autoría sino a participación (determinación o complicidad).

Además, de acuerdo con la teoría de los delitos de infracción de deber, si el *extraneus* utiliza al *intraneus* como instrumento (por error o coacción) para ejecutar delito especial, no se admite la autoría mediata del *extraneus* porque no infringe el deber, sino la inducción. De modo que si un particular (*extraneus*) obliga a un administrador público (*intraneus*) a apoderarse de los caudales que éste administra, incurre aquél en inducción (determinación) de delito especial, pues no puede tal *extraneus* ser autor mediato de delito de infracción de deber especial, por carecer de éste.

Consecuencia de la admisión de la teoría de los delitos de infracción de deber es la de que quien infringe el deber es sólo autor (individual o mediato) o coautor, sin que pueda ser de ninguna manera partícipe, y que sólo es autor quien infringe el deber, porque por muy importante y determinante que sea el aporte causal si no lo vulnera es sólo partícipe.

La Corte Suprema en la mencionada sentencia de manera expresa alude a la modalidad de los delitos de infracción de deber al afirmar:

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 al rededor 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...

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 posición de la Corte concuerda con la teoría de los delitos de infracción de deber, porque siempre que aparezca en la escena del delito especial el sujeto cualificado,

éste es autor. Con todo, vale la pena recalcar que a la luz de los delitos de infracción de deber, cuando el *extraneus* instrumentaliza al *intraneus* a que realice delito especial, aquél no es autor porque no infringe el deber especial, sino sólo instigador<sup>10</sup>; tesis ésta que conduce a la eliminación de la accesoriedad de la participación, porque implica admitir que no en todos los casos en los cuales se utilice a alguien como instrumento se da la autoría mediata y que existe delito de partícipe sin la concurrencia de la autoría. En efecto, si se afirma que el *extraneus* no es autor mediato por carecer de la cualificación exigida por el tipo penal y que el *intraneus* no es autor porque es utilizado como instrumento, se concluiría que hay delito especial sin autor y que del mismo responde sólo el *extraneus* a título de partícipe (instigador). La complejidad de esta tesis amerita la atención de los estudiosos del tema del concurso de personas en la conducta punible.

#### D. EL INTERVINIENTE PUEDE SER AUTOR O PARTÍCIPE

Dice la Corte:

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 (art. 29 C. P.), 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 2.º de los artículos 29 y 30, respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inc. 4.º art. 30) (cursiva fuera de texto original).

En verdad, como se sostiene a lo largo de este ensayo, el particular o *extraneus* en delito especial puede actuar como determinador o cómplice, pero al carecer del elemento personal exigido por el tipo, de ninguna manera podrá ser autor (directo o mediato) ni coautor. Esto evidencia el desacierto en el cual incurrió la Corte al hacer la afirmación antes transcrita, porque sostiene que el *extraneus* podrá ser coautor o autor mediato de delito especial. Sin embargo, bien puede hacerse la lectura del pasaje transcrito con el siguiente entendimiento:

- Que cuando alude al “autor” se refiere al *extraneus* que, inducido por el *intraneus*, realiza de manera personal la conducta descrita en el tipo especial, como en el citado ejemplo del administrador que utiliza al particular para apoderarse de los caudales puestos bajo su control; caso en el cual el *intraneus* sería autor mediato y el *extraneus* partícipe.
- Que cuando se refiere al *extraneus* como “coautor” alude al *extraneus* que ejecuta junto al *intraneus* la conducta descrita en el tipo penal, como en el también citado

10. Cfr. ROXIN. Ob. cit., p. 395.

ejemplo del tesorero y el particular que en cumplimiento de un plan común realizan de manera conjunta el acto de apoderamiento de los bienes públicos, caso en el cual hay coejecución que no caracteriza a la coautoría, porque el particular no puede ser coautor de delito especial, pero que sí da lugar a la responsabilidad del particular a título de partícipe. En otras palabras, a quien en este aparte jurisprudencial la Corte denomina “autor” o “coautor” es sólo el *extraneus* que ejecuta el hecho junto con el *intraneus*, o es utilizado como “instrumento doloso no cualificado” por el *intraneus*, cuya denominación jurídica aceptada es la de partícipe y no la de autor ni coautor.

Mayor dificultad plantea la afirmación que hace la Corte en el sentido de que el *extraneus* puede ser autor mediato, lo cual de ninguna manera es viable, porque, como ya se dijo, el autor mediato debe tener la calidad personal exigida por el tipo penal en el delito especial; razón por la cual la teoría de los delitos de infracción de deber tiene como inductor al *extraneus* que utilice al *intraneus* como instrumento para la realización de delito especial. Para evitar el equívoco de asimilar el autor mediato al determinador, como lo sugiere la sentencia comentada, bien vale la pena tener en cuenta que en donde la Corte utiliza la expresión “autor mediato” en el aparte transcrito, debe leerse “determinador”, si se quiere ser consecuente con la teoría de los delitos de infracción de deber; sin perjuicio del debate que habrá de hacerse en torno a si es viable aceptar que pueda haber partícipe sin autor frente a nuestra teoría de la coparticipación criminal, porque esto implicaría dejar a un lado el concepto diferenciador de autor (que tiene como supuesto la accesoriadad) y tomar partido por un concepto unitario.

## E. OTROS COMENTARIOS

Se advierten contradicciones en el curso de la sentencia de la Corte, porque sostiene que el interviniente es concepto de referencia (pp. 17 y 18) y al mismo tiempo afirma que puede ser autor (p. 20) o autor mediato (p. 18). Es decir, de un lado, se afirma que el interviniente es accesorio (partícipe), y del otro, que puede ser autónomo (autor directo o mediato). La verdad es que el interviniente es concepto de referencia, y por consiguiente sólo puede ser cómplice o determinador. De ninguna manera puede ser autor en alguna de sus modalidades ni coautor, so pena de tomar partido por un concepto unitario de autor; lo cual es metodológicamente imposible de cara a la teoría del concurso de personas en la conducta punible diseñada en nuestra legislación, porque, se repite, participa de las dos características esenciales del sistema diferenciador de autor: renuncia a la equivalencia de condiciones y acepta la accesoriadad del partícipe.

Se pone de manifiesto otra contradicción al señalar que en los delitos especiales es autor quien infringe el deber, lo cual es indiscutible, pero afirma que el *extraneus* puede ser autor o coautor, lo cual no es cierto. No hay coherencia, porque fusiona la teoría del

delito de dominio, para la cual sólo es autor o coautor quien domina o funcionalmente codomina el hecho, con la de los delitos de infracción de deber, para la cual el dominio del hecho no es determinante para la elaboración de la noción de autor.

#### F. LA REBAJA DE PENA

Siguiendo la política criminal de los delitos de infracción de deber, la Corte fija las pautas para la reducción de la pena del interviniente, al señalar que el determinador se hace acreedor a la rebaja de una cuarta parte (art. 30, inc. 4.º) y el cómplice a la doble reducción señalada en los incisos 3.º y 4.º del artículo 30; es decir, de una sexta parte a la mitad, de un lado, y en una cuarta parte, del otro. Lo cierto es que ni el autor (en cualquiera de sus modalidades) ni el coautor se pueden beneficiar con la rebaja de pena señalada en el inciso 4.º, porque tienen las calidades exigidas en el tipo penal y por ello quedan excluidos de la condición de interviniente.

