

DERECHO PENAL

El sujeto activo en los delitos contra la Administración Pública

Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración indebida de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales

Principio de favorabilidad –prospectividad de la ley penal–

Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades

El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para la interpretación sistemática del tipo

Presunción de inocencia, in dubio pro reo y principio de integración

EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

*Alberto Suárez Sánchez***

I. NOCIONES GENERALES

1. La clasificación de los delitos se hace al tener en cuenta los diversos elementos de la estructura del tipo de injusto, tanto en su parte objetiva como subjetiva.

Por razón del sujeto activo los tipos pueden ser: *unisubjetivos* –la mayoría–, que requieren un solo autor; o *plurisubjetivos*, en los cuales el tipo exige concurrencia de varias personas, bien al acudir de manera uniforme para la consecución del mismo objetivo (*delitos de conducta unilateral o de convergencia*), como la rebelión, la asonada, el concierto para delinquir, etc.; o bien de manera autónoma como partes de una misma secuencia delictiva, en los cuales se persigue un objetivo distinto (llamados *delitos de conducta bilateral o de encuentro*), tales como el cohecho, en el que interviene el servidor público y el particular que ofrece o da la dádiva.

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. En este caso se está en presencia de un sujeto activo indiscriminado y genérico, el cual se designa con

* Conferencia dictada en el curso de las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal celebradas en la Universidad Externado de Colombia en agosto de 2000.

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

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 *comunes*.

Existen así mismo, 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”, etc., las cuales reducen el círculo de personas que pueden realizar el tipo. También hay tipos penales que exigen del sujeto activo la directa realización de la conducta descrita. Estos tipos son denominados delitos de propia mano y delitos especiales.

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; en ellos el tipo exige la realización de una acción determinada y sólo quien se encuentre en posibilidad de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo la acción puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto del comportamiento descrito en el tipo legal; como el falso testimonio, la violación sexual, el abandono de familia, etc.

Son *delitos especiales* aquellos en cuyos tipos la ley exige particulares características en el sujeto activo y pueden ser propios o impropios.

Son *delitos especiales propios* aquellos en los cuales la ausencia de las particularidades del sujeto activo torna atípica la conducta por no existir otro tipo penal que recoja similar comportamiento; es decir no tiene el tipo correspondencia con uno común, como en el caso de prevaricato, el cual no sólo ha de ser realizado por servidor público, sino que además la ausencia de tal condición impide que la conducta se instale en otro tipo.

Son *delitos especiales impropios* aquellos en los cuales la condición del sujeto fundamenta una punición distinta, porque si no se da tal característica personal la conducta se desplaza a otro tipo penal paralelo; de modo que sí tiene correspondencia con otro tipo. Es así como incurre en peculado el servidor público que se apropie de bienes estatales o de particulares, cuya custodia, administración o tenencia le ha sido confiada por razón o con ocasión de sus funciones; mientras que quien no es servidor público incurre en delito de hurto agravado por la cualidad de la cosa (bienes del Estado) si realiza la misma conducta; delito patrimonial que comete quien a pesar de ser servidor público no tiene la relación funcional respecto de los bienes materia del apoderamiento, agravado, desde luego, por su condición de servidor público; esto, porque entre los delitos contra el patrimonio económico existen figuras correlativas al peculado.

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” (Maurach); salvo que el tipo exija además cualidades personales (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 a los funcionarios públicos en los delitos de funcionarios 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. Esta teoría ha sido elaborada por un sector doctrinal encabezada por Roxin.

Habrà de determinarse si es aplicable o no el criterio de la “infracción de deber” en el ordenamiento penal colombiano, según el cual el funcionario siempre es autor en estos delitos cualquiera que sea su contribución material o causal al hecho.

2. Con relación a los delitos contra la Administración Pública el Código Penal vigente y el que entrará a regir exige la cualidad de servidor público como elemento configurador de la mayoría de los tipos penales; desde luego que no están congregados en este capítulo todos los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus cargos, dado que el código segrega gran parte de estos delitos a otros lugares, agrupándolos en función del bien jurídico protegido, como sucede con los delitos cometidos por servidores públicos contra la Administración de Justicia, por ejemplo; como tampoco se exige la condición de servidor público en todos los delitos contra la Administración Pública, dado que algunos pueden ser realizados por particulares o servidores públicos sin relación funcional. De manera que no todos los delitos que puedan ser cometidos por un servidor público en el ejercicio de su cargo son llevados de modo necesario al capítulo de los delitos contra la Administración Pública; además, la condición de servidor público agrava la punibilidad, cuando el mismo realice delito en el cual no se encuentra comprometida su investidura (art. 66, 11 C. P. de 1980; 58,9 C. P. de 2000).

Se presenta entonces una doble situación: a. No todos los delitos cometidos por servidor público están ubicados en el capítulo de los delitos contra la Administración Pública; b. No se exige la condición de servidor público en todos los delitos contra la Administración Pública, porque algunos de ellos pueden ser realizados por particulares, como la usurpación de función pública, por ejemplo.

El concepto de Administración Pública que rubrica el Título III del Código Penal de 1980 y el Título XV del estatuto penal de 2000 es el marco en el cual se ejecutan los distintos delitos, que pueden ser realizados incluso por particulares (como el cohecho por dar u ofrecer, tráfico de influencias, usurpación de funciones públicas, por ejemplo), cuyo sujeto activo hay que identificar y precisar en cada uno de los tipos.

A pesar de que el artículo 123 de la Constitución Política dice que *son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios...*, es un problema común a la interpretación de la mayoría de estos delitos el concepto de servidor público, para cuya solución hay que acudir a la definición que del mismo da el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) al disponer:

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 considerarán 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.

Parágrafo. La expresión *empleado oficial* se sustituye por la expresión *servidor público*, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal.

El artículo 20 del Código Penal de 2000 define en estos mismos términos al servidor público.

3. Como el concepto de servidor público que se define en la ley penal no coincide con el que se da en el derecho público, conviene hacer algunas precisiones que permitan dilucidar aquella noción.

3.1. A efectos penales el concepto de servidor público se caracteriza por lo siguiente:

a. Para que pueda hablarse de servidor público es menester una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública¹, por disposición inmediata de la ley, por

1. En relación con la noción de servidor público la Corte Constitucional, en sentencia C-299 de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, señaló:

elección o por nombramiento de la autoridad competente; de todas maneras estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición inmediata de la ley, dado que la elección o el nombramiento deben sujetarse a la ley que las determine. Quien realice funciones públicas al carecer de este requisito no es servidor público; desde luego que es autor de delito contra la Administración Pública (usurpación de funciones públicas).

Sin embargo, en algunos casos el Código Penal atribuye la cualidad de servidor público a efectos penales a particulares que realicen determinadas funciones, como en el delito de peculado, el cual por extensión puede ser realizado, en todas sus formas, por particular que tenga la relación funcional respecto de bienes de ciertas instituciones dedicadas a la utilidad común, *verbi gratia*. Al particular también se le sanciona por atentar contra la integridad de la función pública, sin que esté incorporado a tal actividad, como sucede, por ejemplo, con los delitos de cohecho por dar u ofrecer, usurpación de funciones y tráfico de influencias; casos en los cuales en verdad no se trata de delitos de funcionarios, sino contra la Administración Pública, y el sujeto activo busca conculcar o poner en peligro el recto funcionamiento de la misma.

Respecto del funcionario de hecho, entendiéndose por tal quien habiendo sido nombrado o elegido legalmente no reúne las condiciones necesarias para ello, ha de afirmarse que puede cometer los delitos en los cuales se exija esa cualidad, mientras no se ponga término a la anómala situación, sin perjuicio de las sanciones que le puedan ser impuestas a quien lo nombre o a él mismo.

“Bajo la vigencia de la Constitución del 86 la clasificación de los servidores públicos era de origen legal. Igualmente, dicha clasificación corresponde actualmente al legislador, con sujeción a los parámetros señalados en diferentes textos constitucionales.

“La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (arts. 6º, 122, 123, 124, 126, 127 y 129) sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral.

“Según los términos del artículo 123, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“El artículo 125 a su turno establece en lo pertinente: ‘los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley’.

“Así pues, dentro del género ‘servidor público’ se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

“En cuanto al origen o fuente de la clasificación de los servidores públicos se puede concluir que lo es, en principio, la Constitución pero no existe obstáculo alguno para que el legislador establezca, con arreglo a las atribuciones que le confiere el artículo 150-23, nuevas denominaciones para caracterizar grupos o clases diferentes.

“Con el anterior criterio se manejó por el legislador en el pasado, bajo la vigencia de la Constitución del 86, la materia atinente a la clasificación de los empleados oficiales, al distinguir entre empleados públicos y trabajadores oficiales (art. 5º Dcto. 3135/1968) y al crear en el Instituto de los Seguros Sociales la categoría de trabajadores de la seguridad social”.

b. Es necesario para el concepto de servidor público a efectos penales que el sujeto participe en la función pública.

El artículo 122 de la Constitución Política dispone:

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas (...).

Función pública es la actividad que tiene como fin el interés colectivo o social, el bien y utilidad común, realizada por órganos estatales o paraestatales.

El artículo 209 de la Constitución Nacional reza:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

El principio de moralidad busca que los servidores públicos actúen honestamente, de acuerdo con los parámetros que fije la ley y el marco ético diseñado por la moral media o social².

2. “El artículo 209 de la Carta dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración. Pero no sólo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a la ‘moralidad’, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución; así por ejemplo, será contrario a esa moral el irrespeto a la autoridad jerárquica, o las faltas contra la honra de las personas o su intimidad, o un trato discriminatorio o vejatorio contra alguien o la traición del interés nacional en beneficio del exterior, o las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, o los elementos justificativos de las inhabilidades,

Desde luego que para los efectos penales no es suficiente que se participe en la función pública, pues es necesario que se haga con alguna de las investiduras expresadas en el artículo 63 del Código Penal.

3.2. El concepto de servidor público es ante todo funcional, que debe extraerse del radio de acción de cada tipo penal en concreto; para lo cual ha de tenerse en cuenta la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del dispositivo, sin olvidar el principio de legalidad, así como habrá de determinarse las razones por las cuales se equiparan al mismo algunos particulares a fin de ampliar el círculo de los posibles sujetos activos del delito respectivo.

3.3. El problema de la participación del particular en los delitos cometidos por funcionarios en ejercicio de su cargo, es uno de los más difíciles de resolver en la dogmática; dado que éstos son de los llamados delitos especiales, que, como ya se dijo, exigen en el sujeto activo determinadas cualidades personales. Si no se tiene la condición exigida para el sujeto activo, sólo se podrá ser partícipe (cómplice o determinador), pero no autor; porque conforme a las reglas generales de accesoriedad de la participación y la unidad de título de imputación, el partícipe debe responder del delito cometido por el autor.

El particular podrá ser servidor público para unos efectos, pero no puede extenderse tal condición para ser cobijado por todos los delitos de funcionarios. Así, el interventor en un contrato estatal es servidor público para los fines del contrato, por lo cual podrá incurrir, por ejemplo, en delito de celebración indebida de contrato si se interesa en provecho propio o de un tercero en el que actúa como interventor; pero no podrá ser sujeto activo de los delitos de abuso de autoridad, prevaricato, etc., porque la ampliación del tipo contenida en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no comprende todas las conductas en las cuales pueda incurrir el servidor público.

3.4. Respecto del servidor público la responsabilidad penal en esta materia coexiste con la disciplinaria, dado el carácter de infracción de deber que se da en estos delitos, con independencia de que se exija además el dominio del hecho; la cual, incluso, puede llegar a ser más grave que la penal; lo que ha suscitado la polémica acerca de si se viola o no el *non bis in idem*.

Si se llegare a considerar que los delitos de funcionarios son sólo “delitos de infracción de deber”, quedaría excluida la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a quienes sean castigados por aquéllos, porque el mismo hecho, o sea el de la infracción, se tendría en cuenta tanto para tipificar y sancionar el delito como para tipificar y sancionar la falta disciplinaria.

incompatibilidades y requisitos o calidades para el desempeño de la función pública”. (Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 29 de septiembre de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz).

Por tal razón se arribará a la conclusión de que los delitos de funcionarios tienen doble característica: dominio del hecho + infracción de deber; mientras que las faltas disciplinarias se tipifican con la sola infracción del deber.

3.5. A la responsabilidad penal y disciplinaria, puede sumarse la política, respecto de funcionarios políticos; caso en el cual le corresponde al Congreso el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso o la desviación en el ejercicio del poder político, a pesar de que no se llegue a invadir la esfera del derecho penal. El funcionario político no de manera necesaria debe responder de hechos de corrupción y a veces delictivos en los cuales se encuentren incurso sus colaboradores, subalternos, familiares, etc., al utilizar éstos indebidamente su nombre o las facultades delegadas en ellos; pero a pesar de que no llegare a tener responsabilidad penal, podrá darse la política, ante la cual le queda la posibilidad de dimisión o la rendición de cuentas ante el Congreso que habrá de ejercer el respectivo control; de modo que la responsabilidad penal no excluye la política ni ésta exime a aquélla.

II. DE LOS SUJETOS ACTIVOS EN LOS DISTINTOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para ajustar la redacción del artículo 63 del Código Penal de 1980 a la noción de servidor público establecida por el artículo 123 de la Constitución Política, el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, hizo una enumeración de las personas que pueden ser consideradas servidoras públicas, para efectos penales; lo cual permitirá definir la autoría en esta clase de delitos especiales y fijar los linderos con la participación, porque, se repite, sólo quien tenga tal calidad podrá ser autor en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública³.

El Código Penal agregó algunas otras categorías de servidores públicos a las enumeradas en el artículo 123 de la Constitución Política, como las de los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejercen 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 quienes administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política (la parafiscalidad).

Desde ya hay que advertir que mediante el Decreto 1681 de 1997, la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la Corrupción fue fusionada con la Comisión Nacional para la Moralización.

Son, entonces, servidores públicos.

3. *Cfr.* Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 33 y ss.

1. Los miembros de las corporaciones públicas

Pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública, los senadores de la República y representantes a la Cámara, esto es, los miembros del Congreso Nacional (art. 114 inc. 2º C. N.), los diputados a las Asambleas Departamentales (art. 299 C. N. modificado art. 1º Acto Legislativo 01/96), los miembros de los Concejos Municipales (art. 312 inc. 1º C. N.) y los miembros de las Juntas Administradoras Locales, JAL (art. 318 inc. 2º C. N.).

2. Los empleados y trabajadores del Estado

La noción de *empleados y trabajadores del Estado* se refiere a las personas naturales vinculadas al Estado a cualquier título, en los diferentes niveles de la Administración, a saber:

a. Por el factor territorial: los departamentos (art. 297 a 310 C. N.); las regiones (art. 306 C. N.); los municipios (art. 311 a 321 C. N.); las provincias (art. 321 C. N.); los distritos (art. 322 y 328 C. N. y el Acto Legislativo 1 de 1993 que creó el Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla); las áreas metropolitanas (art. 319 C. N.); las asociaciones de municipios (art. 148 Ley 136/994); los territorios indígenas (art. 329 C. N.) y las entidades descentralizadas locales (arts. 300.7, 313.6, 305.5, 315.3).

b. Por servicios, de acuerdo con la Ley 489 de 1998 está constituido por: los establecimientos públicos (art. 7º) las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 85), las superintendencias con personería jurídica (art. 82), las unidades administrativas con personería jurídica (art. 82); las empresas sociales del Estado (art. 83); las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (art. 84); los institutos científicos y tecnológicos (art. 68); las sociedades públicas (art. 38); las sociedades de economía mixta y las demás entidades nacionales con personería jurídica que llegue a crear, organizar o autorizar la ley, para que hagan parte de la rama ejecutiva del poder público.

Quedan comprendidos los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Los empleados públicos se encuentran vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria a través de un acto condición, formado por el nombramiento y la posesión. Los trabajadores oficiales son las personas que se encuentran vinculadas a la Administración mediante una relación contractual laboral de naturaleza bilateral.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, por regla general las personas que prestan sus servicios en el sector central de la Administración son empleados públicos. Quienes laboren en los establecimientos públicos (art. 70 Ley 489/998) en la mayoría de los casos

tienen el carácter de empleados públicos. Por excepción son trabajadores oficiales quienes se ocupan de labores que por estatutos hayan sido señaladas como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales. En las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta el principio es inverso: por lo general quienes para ellas trabajan son trabajadores oficiales, y excepcionalmente tienen el carácter de empleados públicos quienes cumplen funciones de dirección, confianza y manejo.

En cuanto a la llamada rama ejecutiva del poder público, puede decirse que en principio todas las personas que presten sus servicios en el sector central tienen el carácter de empleados públicos⁴.

3. Los miembros de la fuerza pública

Pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración los miembros de la Fuerza Pública, en concordancia con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política; la cual está conformada por las Fuerzas Militares –Ejército, Armada y Fuerza Aérea (art. 217 C. N.)– y la Policía Nacional, cuya naturaleza es civil (art. 218 C. N.).

A los miembros de la Fuerza Pública se les aplicará el Código Penal cuando la conducta no esté tipificada en el Código Penal Militar o cuando se trate de un delito que no tenga relación con el servicio.

4. Los particulares que ejercen funciones públicas

El Estado autoriza el ejercicio de determinadas funciones públicas a los particulares, con la finalidad de satisfacer necesidades de carácter general, debido al incremento de las funciones que a aquél le son asignadas.

En los casos concretamente señalados en la ley por autorización de la Constitución Política, pueden investirse a los particulares de la autoridad del Estado para que desempeñen funciones administrativas. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley.

Esta delegación es desarrollo de uno de los fines esenciales del Estado colombiano consagrado en el artículo 2º de la Constitución: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”.

En desarrollo de lo establecido por el último inciso del artículo 123 de la Constitución Política, que faculta a la ley determinar el régimen aplicable a los particulares que

4. *Ibid.*, pp. 38 y ss.

temporalmente desempeñen funciones públicas, varias disposiciones constitucionales se refieren a tal tarea por parte de los particulares.

- La administración de justicia en la condición de árbitros o conciliadores (art. 116 inc. 4)⁵.
- El cumplimiento de funciones administrativas en las condiciones que señale la ley (art. 210).
- El control fiscal (art. 267 inc. 2º).
- La prestación de servicios públicos (art. 365 inc. 2º C. N.).

A su turno, la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) consagró que los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria tienen la calidad de servidores públicos⁶. En efecto:

- Quedan comprendidas las personas que desempeñen funciones públicas en las Cámaras de Comercio; quienes fueron encargadas por la Ley 80 de 1993 de llevar el Registro de Proponentes, esencialmente público y generador de actos administrativos⁷.

5. “...Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento (...).

“La administración de justicia por los árbitros sólo tienen estas limitaciones.

“La primera, que los particulares sólo pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque, al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

“La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o conciencia.

“Y la última, que los árbitros administran justicia ‘en los términos que determine la ley’. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral”. (Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995; M. P. Jorge Arango Mejía).

6. “La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar, sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas, aspecto este último que se inscribe dentro de la perspectiva, más amplia, de la participación de los administradores ‘en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación’, que el artículo 2º de la Constitución colombiana consagra como uno de los fines prevalentes del Estado. El desempeño de funciones administrativas por particulares es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente”. (Corte Constitucional; Sentencia C-166 de 20 de abril de 1995; M. P. Hernando Herrera Vergara).

7. “Siendo las Cámaras de Comercio entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, y correspondiendo al registro de proponentes a una función pública de índole administrativa, el legislador, al expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública con fundamento en la atribución expresa contenida en el inciso final del artículo 150 superior, estaba facultado para regular, dentro del referido estatuto, lo concerniente al Registro de Proponentes, así como para asignar el ejercicio de esta función a particulares, acatando de paso la previsión del artículo 210 de la Carta,

– Para los efectos del delito de peculado por extensión, el artículo 138 del Código Penal amplía las consecuencias jurídicas de los llamados peculados propios a los particulares que realicen cualesquiera de las conductas en ellos descritas, sobre bienes que administren o tengan bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en las cuales el Estado tenga la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste; o pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales. Con lo cual se amplió de modo considerable el ámbito del sujeto activo y del objeto material en relación con la norma del código penal anterior; sin tener en cuenta que si bien aquellas asociaciones carecen de fines de lucro, no todos sus objetivos principales apuntan a intereses generales, dado que sus beneficios concretos están destinados tan sólo hacia un mínimo sector de la población⁸. De modo que no puede afirmarse que siempre tales entidades desarrollan y cumplen funciones públicas; entonces, difícilmente puede admitirse que el particular que las administre tiene el deber de fidelidad que está en cabeza del servidor público, sobre todo si se tiene en cuenta que el bien jurídico de la Administración Pública debe concretar relaciones sociales y no sólo gremiales o de grupo.

Esta extensión no tiene justificación alguna, por cuanto en realidad por lo general se afecta el patrimonio económico de particulares o de un número reducido de personas que no interesa a la Administración Pública; y aun en el caso de que se trate de bienes del Estado se podría aplicar sólo la circunstancia genérica de agravación prevista para los delitos contra el patrimonio económico en el numeral segundo del artículo 372 del Código Penal de 1980 y en el mismo numeral del artículo 267 del de 2000; por lo cual resulta excesiva la imposición de sanciones penales a los particulares que no cumplen funciones públicas propias de conductas realizadas por el servidor público⁹.

En el delito de peculado por extensión, el sujeto activo es por exclusividad el particular o el servidor público que no tiene relación funcional, pues si la conducta la realiza un servidor público con tal relación, se presentaría el peculado propio en cualquiera de sus modalidades.

Tal vez fueron éstas, sumadas a otras, las razones por las cuales en el Código de 2000 se eliminó el peculado por extensión. Si tales particulares cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas, por la redacción del artículo 20 del nuevo Código, deberán ser considerados servidores públicos y serán sujetos activos de peculado propio; si no cumplen tales funciones sólo serán sujetos activos de delito patrimonial. Esto significa que a partir de la vigencia del nuevo Código Penal la conducta del particular que concrete algunas de las descripciones típicas de peculado

conforme al cual el cumplimiento de funciones administrativas por particulares se realiza 'en las condiciones que señala la ley''. *Ibid.*

8. *Cfr.* Gómez Méndez. *Op. Cit.*, p. 112.

9. *Ibid.*

propio quedará cobijada o por los dispositivos de los delitos contra la Administración Pública si de manera permanente o transitoria cumple funciones públicas, o por los de los delitos patrimoniales si no cumple tales desempeños.

–El artículo 402 del Código Penal de 2000 de modo expreso tipifica como delito de peculado la conducta del agente retenedor, autorretenedor o recaudador que no consigne dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para su respectivo pago, las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente o recaudadas por impuesto sobre las ventas. Sea oportuno señalar que sobre el inciso tercero del citado artículo, el cual dispone que tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a las mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones, porque el inciso tercero del artículo 29 del nuevo código de modo expreso asimila a aquellas personas a autoras.

– También pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta) quienes ejercen función pública.

– La Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Administrativa) para efectos de la responsabilidad penal en materia de contratación estatal, consideró que el contratista, interventor, consultor y asesor son particulares que cumplen funciones públicas.

Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

En principio, es sujeto activo de los delitos de celebración indebida de contratos el servidor público; entendido como tal no sólo quien suscribe el contrato respectivo, sino también todos los demás funcionarios que de una u otra forma intervienen en el proceso de celebración, ejecución y liquidación del contrato; por lo cual pueden ser sujetos activos, entre otros, los directores administrativos y financieros de las entidades públicas, los jefes de oficinas jurídicas y los asesores que emitan concepto dentro del proceso de contratación.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 consideró que cumplen funciones públicas y, por tanto, son servidores públicos, para efectos de la responsabilidad penal, el contratista, interventor, consultor y asesor; por lo cual están sujetos a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

Se comparte con Gómez Méndez el criterio de que era innecesaria la creación de esta norma, porque conforme a las reglas de la participación aquellos particulares podían ser cobijados penalmente; además, si se entiende que cumplen funciones públicas en forma permanente o transitoria, quedan comprendidos por el concepto de servidor público señalado por el artículo 63 del Código Penal de 1980 y 20 del de 2000.

El nuevo Código Penal elimina tal innecesaria asimilación al servidor público; pero no significa que la conducta del contratista, interventor, consultor y asesor, que realice cualesquiera de los hechos descritos en los tipos penales de los delitos de la celebración indebida de contratos (arts. 408 a 410 del Código Penal de 2000) se torne atípica; en efecto, si en la celebración, ejecución y liquidación del contrato tales intervinientes cumplen funciones públicas permanentes o transitorias, incurrirán en dichos delitos, pues serán sujetos activos de los mismos.

Desde luego que tal asimilación a particulares que ejercen funciones públicas y por ende a la calidad de servidores públicos ha de operar sólo respecto de los tipos penales de celebración indebida de contratos y demás desempeños relacionados con la respectiva contratación; y nada más.

Respecto de la responsabilidad penal del particular que intervenga como contratista, interventor, consultor y asesor, podrán plantearse tres tesis:

- a. Que es sujeto activo no sólo de los delitos de la celebración indebida de contratos, sino también de todos los delitos de funcionario, tales como prevaricato, abuso de autoridad, falsedad en documento por servidor público, por ejemplo.
- b. Que es sujeto activo sólo de delito de celebración indebida de contratos.
- c. Que es sujeto activo de los delitos de celebración indebida de contratos y los demás conexos, como cohecho, concusión, etc.

La primera de estas hipótesis es incorrecta, porque se vulneraría el derecho fundamental de legalidad y la norma rectora de tipicidad, dado que implicaría hacer una interpretación extensiva y odiosa. Es impensable que tales intervinientes en el proceso de contratación estatal se conviertan en servidores públicos para todos los efectos y en posibles sujetos activos de todos los delitos contra la Administración Pública y los demás que exijan tal condición.

La segunda situación tampoco es inadmisibles, porque bien puede ocurrir que el interventor, por ejemplo, exija una dádiva para extender un acta con determinado contenido, caso en el cual podrá ser sujeto activo de concusión y de falsedad ideológica en documento público si además consigna una falsedad o calla total o parcialmente la verdad al elaborar tal acta. Esto significa que la responsabilidad penal de aquellas personas que intervienen en cualquier etapa del proceso de celebración de contrato

estatal se extiende a los delitos conexos realizados en ocasión de la prestación permanente o transitoria de la función pública.

La tercera hipótesis es la correcta, porque no es tan amplia como la primera ni tan restrictiva como la segunda y no vulnera el principio de legalidad de los delitos y de las penas, siempre y cuando que los delitos conexos sean concernientes a la celebración, ejecución y liquidación del contrato. La noción de relación funcional sumada a la de servidor público (asimilado por las razones puntualizadas) serán el límite para determinar lo que habrá de tenerse como delito conexo.

5. Trabajadores del Banco de la República

Pueden ser sujetos activos de los delitos contra la administración pública los funcionarios y trabajadores del Banco de la República.

Es innecesario mencionar de manera expresa a estos servidores como posibles sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública, porque es claro que sus miembros tienen la calidad de servidores públicos al otorgársele a tal ente autónomo la prestación de un servicio público esencial, y además quedan incluidos dentro de la genérica expresión “empleados o trabajadores del Estado” que consagra el artículo 63 del Estatuto Penal de 1980 y 20 del de 2000.

6. Personas que administran los bienes parafiscales

El artículo 338 de la Constitución Política estableció las llamadas contribuciones parafiscales, definidas por el artículo 2° de la Ley 225 de 1995, así:

Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración¹⁰.

10. “Las contribuciones ‘parafiscales’ son una figura de raigambre francesa y se identifica con los impuestos en su obligatoriedad y en que, a diferencia de las tasas, no constituye una retribución por un servicio

El Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) dispuso que los particulares que administren bienes parafiscales tienen la calidad de servidores públicos. Estos particulares adquieren dicha calidad no sólo por la procedencia de los fondos que administran, tienen o custodian, sino también por el objeto y objetivo de los mismos.

– La misma Ley 190 de 1995 creó un organismo que tendría la facultad de controlar el comportamiento de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, la cual estaría integrada por siete comisionados, designados por el Presidente de la República para un período fijo de cuatro años (art. 71); los integrantes de esta comisión –que nunca se constituyó– tendrían el carácter de servidores públicos. El Decreto 1681 de 1997, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias, fusionó dicha comisión con la Comisión Nacional para la Moralización, que igualmente había sido creada por la Ley 190 de 1995 (art. 67).

No era necesaria la alusión expresa a que sus integrantes fuesen considerados servidores públicos, pues de acuerdo con las funciones que le habían sido asignadas no existía duda de que sus miembros eran servidores públicos.

– La protección a la Administración Pública cubre la acción de quien atente contra el agente de la misma; evento en el cual no se protege a la persona del servidor público como tal, sino en razón de la función pública que desempeña. Por tal motivo el Código Penal tipifica los casos de violencia contra el servidor público (art. 164) y la perturbación de actos oficiales (art. 165).

– Así mismo, hay un elenco de delitos que atentan contra la Administración Pública, en los cuales la condición de sujeto activo está reservada al particular que no ejerce función pública; como en los casos de cohecho por dar u ofrecer (arts. 143 C. P. 1980; 407 C. P. de 2000), tráfico de influencias (art. 147 C. P. de 1980); convertido en circunstancia de agravación del delito de estafa en el estatuto penal de 2000 –art. 247,3–, usurpación de funciones públicas (arts. 161 C. P. de 1980; 425 C. P. de 2000) y simulación de investidura o cargo (arts. 163 C. P. de 1980; 426 C. P. de 2000).

– También hay delitos contra la Administración Pública que pueden ser realizados de manera indistinta por servidor público y/o particular que no ejerce funciones públicas,

recibido del Estado. Difieren de los impuestos en que no ingresan a las arcas comunes del Estado. Las contribuciones parafiscales se crean para alimentar y nutrir a una entidad específica; por ejemplo, el seguro social. Las contribuciones obligatorias para la seguridad social se consideran casos de parafiscalidad.

“A diferencia de los impuestos y de las contribuciones, cuyas tarifas deben ser definidas expresamente por la autoridad de elección popular que las impone, las tarifas de las contribuciones o tasas que se cobren por la prestación de servicios públicos pueden ser fijadas por las autoridades administrativas, pero la ley señalará la metodología necesaria para el establecimiento de dichas tarifas” (Juan Camilo Restrepo. *Hacienda pública*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 223 y ss.).

como el indebido destino de recursos para metales preciosos (arts. 139A C. P. de 1980; 403 C. P. de 2000) y la utilización indebida de información privilegiada (art. 148A C. P. de 1980; convertido en delito patrimonial en el nuevo estatuto penal –art. 258–).

En resumen:

1. Pueden ser realizados sólo por servidor público los siguientes delitos:

- Concusión (art. 149 C. P. de 1980; art. 404 C. P. de 2000).
- Enriquecimiento ilícito (art. 148 C. P. de 1980; art. 412 C. P. de 2000).
- Prevaricato (arts. 149, 150 y 151 C. P. de 1980; arts. 413 y 414 C. P. de 2000).
- Abuso de autoridad y otras infracciones (arts. 152 y ss. C. P. de 1980; arts. 416 y ss. C. P. de 2000).
- Abuso de función pública (art. 162 C. P. de 1980; art. 428 C. P. de 2000).

2. Pueden ser sujetos activos tanto el servidor público como el particular que ejerce funciones públicas, en los siguientes delitos:

- Peculado (arts. 133 y ss. C. P. de 1980; arts. 397 y ss. C. P. de 2000).
- Cohecho propio e impropio (arts. 141 y 142 C. P. de 1980; arts. 405 y 406 C. P. de 2000).
- Celebración indebida de contratos (arts. 144, 145 y 146 C. P. de 1980; arts. 408, 409 y 410 C. P. de 2000).

3. Pueden ser sujetos activos de manera indistinta tanto el servidor público como el particular que no cumple funciones públicas, en los siguientes delitos:

- El indebido destino de recursos para metales preciosos (arts. 139A C. P. de 1980; art. 403 C. P. de 2000).
- Utilización indebida de información privilegiada (art. 148A C. P. de 1980; convertido en delito patrimonial en el estatuto penal de 2000 –art. 258–).

4. Sólo los particulares o servidores públicos sin relación funcional pueden ser sujetos activos en los siguientes delitos:

- Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público (art. 147 C. P. de 1980; transformado en circunstancia de agravación del delito de estafa en el nuevo estatuto punitivo –art. 247.3–).

- Usurpación de funciones (art. 161 C. P. de 1980; art. 425 C. P. de 2000).
- Simulación de investidura o cargo (art. 163 C. P. de 1980; art. 426 C. P. de 2000).
- Delitos contra los empleados oficiales (arts. 164 y 165 C. P. de 1980; arts. 429 y 430 C. P. de 2000).

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El sujeto activo no se identifica con el autor dado que es un elemento de conformación del tipo; en tanto que la noción de autor se refiere a quien realiza el tipo. La descripción del hecho en las distintas figuras legales no señala quiénes son autores del mismo ni los diversos modos en los cuales puede tener lugar la contribución de cada uno de los intervinientes en la ejecución del hecho; en efecto, las modalidades de realización del hecho típico son tenidas en cuenta en la Parte General, al regular la coparticipación, entendida como autoría, coautoría y participación (complicidad y determinación), pues estas dos últimas son formas de ampliación del tipo especial.

En otras palabras, en la descripción típica no hay autores, sino sujetos activos; en tanto que ante la realización del hecho no hay sujetos activos sino autores y partícipes. Desde luego que el hecho de que se trate de categorías conceptuales diferentes, no significa que se encuentren desligadas; porque a quien el tipo penal señale como sujeto activo, es de entrada el posible autor; razón por la cual no puede ser autor del respectivo hecho punible quien no reúna las exigencias personales señaladas para el sujeto activo en el tipo.

2. Los delitos, se dijo antes, pueden ser de dominio y de infracción de deber.

Los delitos de infracción de deber son delitos especiales, los cuales exigen una cualificación en el sujeto activo para ser autor (*intraneus*). Por importante que sea el aporte causal del *extraneus* en la producción del respectivo resultado, el *extraneus* sólo puede ser partícipe.

Conforme a la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho, o sea quien, al reunir las condiciones personales y subjetivas, de manera directa y personal, o valiéndose de otro (el instrumento), realiza la conducta descrita en el respectivo tipo penal. Sólo quien realice el hecho con dominio es autor, en tanto que los demás intervinientes son partícipes (cómplices o determinadores).

En Alemania, con Roxin a la cabeza, se ha elaborado la teoría de los “delitos de infracción de deber”, entre los cuales están los llamados “delitos de funcionarios”,

cuyos tipos describen la acción y la persona del autor, y respecto de los cuales los preceptos sobre participación se presentan como causas de extensión de la pena. Al requerir la mayoría de los delitos contra la Administración Pública la realización de la acción por parte de funcionario, se diría por los seguidores de esta teoría que se exige un requisito imprescindible de la autoría, que se concreta en la infracción de deber.

Es cierto que sólo el *intraneus* puede ser autor de delito de funcionario. Es más, el punto de vista determinante para la autoría en el delito de funcionario revela que no es la condición de funcionario lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico del implicado de comportarse adecuadamente (que se deriva de tener la relación funcional), cuya infracción consciente y voluntaria fundamenta la autoría. En efecto, el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infringir el deber, cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado. Sólo es autor de delito de funcionario quien infrinja el deber que le incumbe de velar por la incolumidad del bien jurídico de la Administración Pública; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe.

En los delitos contra la Administración Pública el criterio determinante para la autoría, conforme a la teoría de los “delitos de infracción de deber”, reside en tal infracción. Desde luego que no se alude a aquel deber de acatar la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito y se extiende incluso a los determinadores y cómplices no cualificados; dado que si los partícipes no estuvieran comprendidos como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad, la que no es discutida hoy; por lo cual no sólo es destinatario de la norma la persona cualificada, sino también el *extraneus* partícipe.

Lo fundamental para decidir sobre la autoría en los “delitos de funcionario” lo constituye una infracción de deber extrapenal que no se extiende de modo indispensable a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que son anteriores a la creación de la norma penal y que se originan en otras ramas del Derecho. Se caracteriza el delito de infracción de deber porque el obligado sobresale entre los demás copartícipes por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador lo considera como figura central del suceso o sea como autor, precisamente debido a esta obligación.

Los “delitos de infracción de deber” están en contraposición con los tipos en los que la autoría se destaca por el dominio del hecho, sin que existan posiciones de preeminencia por deberes especiales, denominados “delitos de dominio”, y en los cuales la figura central es quien tenga el dominio del hecho, o sea el autor, dado que los demás protagonistas desarrollan papeles secundarios y accesorios. Roxin aborda

el tema de los delitos “de infracción de deber” frente a la teoría del dominio del hecho¹¹.

3. En materia de coautoría en los delitos de infracción de deber, se tiene lo siguiente:

Quien contribuye en división de trabajo con otro a realizar el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor. Así, el particular que en el delito de peculado ayuda al funcionario a apoderarse de los bienes estatales, sólo es cómplice, aunque sea cosustentador del dominio del hecho o detentador exclusivo de tal dominio; lo cual no encaja con la teoría del dominio del hecho, porque podría no darse el codominio o dominio funcional por parte del servidor público, indispensable para la coautoría frente a esta teoría.

El codominio del hecho o dominio funcional no es necesario ni suficiente en “los delitos de infracción de deber” para perfilar la coautoría. Se podría formular el siguiente interrogante: ¿Es necesario el dominio conjunto (dominio funcional) del curso del hecho al menos, junto a la infracción del deber, o no hace falta?

Roxin descarta por completo la idea del dominio del hecho¹². Piénsese en el siguiente caso: dos altos funcionarios de un banco estatal conciben el plan de apoderarse de los caudales que administran, pero la operación financiera decisiva la lleva a cabo uno sólo de ellos, mientras que el otro se limita a actuar en la fase preparatoria o en la subsiguiente a la de la realización para asegurar el éxito del plan. En este caso no se da el codominio del hecho o dominio funcional tal como lo concibe la teoría del dominio del hecho referida a la coautoría. Sin embargo, a la luz de la teoría de “los delitos de infracción de deber” ambos son coautores del delito de peculado por apropiación, porque si bien es cierto que no se da la dependencia funcional, no es menos cierto que ambos tienen el deber de salvaguardar intereses patrimoniales del Estado o de los particulares que les ha sido impuesto.

El fundamento de esta solución la hace descansar Roxin en lo siguiente: si fuese necesario para la autoría, además de la infracción de deber, el dominio del hecho, los copartícipes se dividirían en dos grupos heterogéneos por completo: en dominadores del hecho con deber de lealtad y en obligados a lealtad sin dominio del hecho, lo cual conduciría a consecuencias inaceptables y eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber, porque no habría autor si el ejecutor obró sin tener deber de lealtad en tanto que quien lo tiene permaneció en el desarrollo del hecho en un segundo plano. Así, si el tesorero de algún municipio de Colombia, desde Europa le pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero público, quien realiza el hecho no podría ser autor de peculado por falta del deber de lealtad, en

11. Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, pp. 386 y ss.

12. *Ibid.*

tanto que el tesorero tampoco podría responder como tal por falta de dominio del hecho; se daría en tal caso un delito de dominio o común a pesar de que existe la infracción de deber por parte del tesorero, o sea un delito patrimonial del cual sería autor el particular y determinante el servidor público.

Los delitos contra la Administración Pública se singularizan porque el autor pertenece a un determinado círculo de personas a quienes está confiada la incolumidad del respectivo bien jurídico; razón por la cual el *extraneus* no puede ser autor en el sentido del precepto especial, sino sólo determinante o cómplice. Pero, conforme a la teoría de los “delitos de infracción de deber”, los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurren los demás elementos del tipo, por lo general responden como autores, dado que aun cuando se limiten a permitir o favorecer que otro perjudique directamente al Estado, quebrantan un deber que se les impone personalmente a ellos.

La coautoría en los delitos de infracción de deber tiene una estructura diversa por completo en relación con el concepto general de autor, pues mientras para la teoría del dominio del hecho son elementos de la coautoría el plan común y la esencialidad de la contribución, para la teoría de los “delitos de infracción de deber” no se tiene en cuenta el aporte causal en la fase ejecutiva, sino el quebrantamiento conjunto de un deber compartido, dado que sólo hay coautoría cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo deber que vulneran de manera conjunta, sin que sea suficiente el quebrantamiento de una común ética del funcionario en general sino la vulneración de un específico y compartido deber.

Ejemplos:

a. Si un empleado público en uso de sus funciones adultera un documento con la cooperación de otro funcionario que no tiene entre sus funciones la de certificar o expedir ese mismo documento, este último es sólo cómplice porque no ha infringido su deber. Con todo, se da la coautoría cuando determinado asunto está confiado a varias personas y todas ellas quebrantan el deber compartido. Así, hay coautoría si entre los obligados a la vigilancia de internos, con incumplimiento de sus funciones, cooperan en la evasión de presos, sin que sea necesario tener en cuenta ni la cantidad ni el momento de la aportación al hecho.

b. Si un servidor público con la contribución de otro se apodera de bienes del Estado y sólo aquél tiene la relación funcional, sería el primero autor del delito de peculado y el segundo cómplice del mismo.

4. Para configurar la autoría mediata en la teoría de los “delitos de infracción de deber”, también se tiene en cuenta sólo la infracción y no el dominio del hecho; dado que aquella prevalece sobre el dominio.

En el ejemplo antes planteado del tesorero de algún municipio del país que desde Europa le pide a un tercero *extraneus* que retire fondos de la Tesorería, los cuales luego se reparten, sólo el tesorero es autor; dado que si bien es cierto que el tesorero con deber de lealtad no tiene el dominio del hecho y que depende del *extraneus* el que éste quiera llevar a cabo o no los engaños necesarios para las transacciones patrimoniales, no es menos cierto que el tesorero infringe el deber de lealtad que le incumbe, lo cual lo convierte en la figura central del suceso de la acción; circunstancia ésta que lo constituye en autor más en concreto: en autor mediato. No puede decirse que como el tesorero no tuvo el dominio del hecho a lo sumo es inductor o determinante de delito común. El dominio del hecho es irrelevante en este caso, pues lo que en últimas cuenta es la infracción del deber.

No podrían darse dos delitos: el especial del cual es autor el servidor público y el común o de dominio cuyo autor es el particular; porque se atentaría contra el principio de la unidad de acción delictiva.

Esto permite concluir que de cara a la teoría de los “delitos de infracción de deber” la autoría mediata tiene una doble estructura: en los delitos de dominio el sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro o, como dice Roxin, en el marco de aparatos de poder organizados; mientras que en los delitos de infracción de deber, para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho, dado que basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentra a la periferia de la posición de deber que fundamenta la autoría.

Conforme a la teoría de los “delitos de infracción de deber” de no ser así, es decir de insistirse en la idea del dominio del hecho, podrían quedar excluidos de castigo gran parte de los delitos contra la Administración Pública, porque sería suficiente que todo obligado a lealtad se colocase en un segundo plano al poner en práctica la obra criminal.

La teoría de los delitos de “infracción de deber” encuentra solución satisfactoria para el llamado *instrumento doloso no cualificado*: el funcionario que sin tener el dominio del hecho instiga a un *extraneus* a realizar el resultado lesivo a la Administración Pública, es autor mediato, puesto que al vulnerar el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa), ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. Para la misma teoría, lo contrario llevaría a la impunidad en la mayoría de los delitos de infracción de deber, porque quien tiene el dominio del hecho no responde por no tener la calidad de servidor público, y quien induce tampoco lo hace, por el carácter accesorio de la participación.

Entre los alemanes, existe prácticamente unanimidad en torno a la solución de castigar al cualificado, quien no realiza de manera directa el delito especial sino por medio del *extraneus* que obra con dolo, como autor mediato y a éste (al *extraneus*), quien sí realiza la acción ejecutiva en forma directa, como cómplice. Para llegar a tal solución,

han desarrollado los germanos la llamada *teoría del instrumento doloso no cualificado*, conforme a la cual si el inducido no cualificado sabe a ciencia cierta que ejecuta delito especial pudiera decirse en principio que tiene el dominio del hecho, pero no puede ser autor por carecer de la calificación legal, presentándose problemas frente a la accesoriadad; por lo cual no habría salida distinta a la impunidad, dado que el *extraneus* no puede ser autor por falta de la calificación y el *inraneus* (el calificado) no puede ser instigador porque la instigación presupone la autoría en el determinado y tal autoría no existe. Es así como de acuerdo con la teoría “del instrumento doloso no cualificado”, el *inraneus* se convierte en autor mediato y el *extraneus* en cómplice.

De modo que si el funcionario A induce al extraño B a cometer un delito especial impropio, conociendo B todo el contenido y alcance de su comportamiento, A es autor mediato del delito especial y el extraño B es su cómplice. Se extrema esta doctrina al sostener que el funcionario que participe como mero cómplice en el delito especial impropio, es también autor mediato.

En el ejemplo del tesorero antes mencionado, éste es autor mediato del delito de peculado, por infringir el deber, en tanto que el particular, quien distrae los dineros del tesoro, es instrumento doloso no cualificado, es decir, cómplice.

Es cierto, como lo sostiene la doctrina dominante, que el extraño no podrá ser autor en sentido estricto de un delito especial, porque si el texto legal habla de servidor público, por ejemplo, quien no tenga tal calidad no es cobijado por el tipo especial. Podrá sí responder como determinador o cómplice.

En resumen, el extraño no puede ser autor mediato de delito especial, pero el *inraneus* sí con la sola excepción de que el delito además de especial sea de propia mano, en cuyo caso, a pesar de que el sujeto pertenezca al círculo de autores señalados por la ley, no puede valerse de un instrumento para realizar el delito, sino que ha de ejecutar de manera personal el comportamiento recogido por el tipo.

Para fundamentar la mencionada solución, se dan razones distintas. Welzel, por ejemplo, echa mano a la teoría del dominio del hecho, explicando mediante el concepto del “dominio social” que éste lo tiene quien obre detrás del instrumento, o sea el *inraneus* exclusivamente. Roxin, por su parte, a pesar de que avala los resultados de la teoría dominante (la autoría mediata del *inraneus*) no comparte la fundamentación, al desarrollar la comentada nueva teoría.

Bacigalupo, resuelve el problema de manera diferente calificando al *inraneus* como autor directo y al *extraneus* como cómplice¹³.

13. “En los delitos especiales el tipo está constituido por una violación del deber que especialmente incumbe al sujeto activo. Lo que debe dominarse por el sujeto calificado, único que puede ser autor es el *hecho*

Mir Puig, da a la teoría del “instrumento doloso no cualificado” una resolución desde el prisma de la “pertenencia del hecho”, diciendo que el cualificado debe responder como autor mediato porque a él se le puede y debe imputar el hecho como suyo¹⁴.

Entre nosotros no es aplicable ninguna de las anteriores soluciones, porque el principio de legalidad prohíbe tener como autor a quien no ha realizado la conducta descrita en el tipo, ni ha utilizado a otro como instrumento, dado que la ley de modo expreso y claro define como autor a quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. En este caso el *extraneus* conoce y quiere lo que hace.

Debe tenerse como acción de determinación lo que realmente es, sin que la misma pueda ser transformada en acción de autoría (mediata o como se la quiera llamar), ya que ese cambio desconoce el principio de tipicidad, el derecho fundamental de legalidad y el valor superior de la seguridad jurídica. De manera que la solución

que infringe el deber. En este sentido no hay ninguna diferencia con un delito no especial. El dominio del hecho se caracteriza por el dominio de la acción, no de la voluntad del otro. Sólo que, dominio del hecho de la infracción del deber sólo puede tenerlo el sujeto del deber y no quien carece del deber. Esta solución no ofrece ningún inconveniente en donde el tipo se agota en la descripción de la violación de un deber especial... pues aquí toda inducción a un tercero o todo valerse del mismo es ya *autoría directa* y no autoría mediata, y complicidad de parte del tercero. Pero tampoco ofrece dificultad alguna donde el tipo penal capta solo una forma determinada de acción violatoria del deber, pues la estructura del delito es la misma que en el caso anterior: ‘perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular’ (art. 173, inc. 7 C. P. argentino) ‘ejercer alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales’ (art. 198 C. P. español), no son sino la descripción de la violación del deber de no perjudicar y de no obligar más allá del límite acordado o de no actuar como funcionario en causa propia. Por esto es preciso distinguir entre el dominio de la acción de infracción del deber, que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber, y el dominio que sobre su propia acción tiene el *extraneus*, no sujeto del deber. Sin duda que éste domina su acción de ejecutar. Pero el dominio del hecho que determina la *autoría* depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás desde el punto de vista de la estructuración directa del hecho *total*. En los delitos de infracción de deber sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber. Resumiendo: En estos casos hay *autoría directa* del *intraneus*, mientras que el sujeto no calificado es un cómplice”. (Enrique Bacigalupo Zapater. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Edit. Temis, Llanud, 1984, p. 194).

14. “Ejemplo de *inidoneidad del instrumento* para ser autor (*instrumento doloso no cualificado*). La secretaría particular del funcionario público destruye a solicitud de éste papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo; según el artículo 364 C. P. sólo comete delito el *funcionario* que realiza la mencionada conducta, y la secretaría no posee dicho carácter público. En todos estos casos sólo puede imputarse el hecho al hombre de atrás, como autor mediato. Si no se le considerara autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como partícipe (inductor) del instrumento porque éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participa (principio de *accesoriedad* de la participación)... Muy distinta es la perspectiva aquí propuesta. Entendemos la autoría como una *relación de pertenencia* del hecho, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y *debe imputársele como suyo* porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo. En los dos casos acabados de comparar el funcionario de atrás es causa del hecho –sin él no se hubiera producido la actuación del mediador–, con lo que ya es posible imputárselo como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto *causante* del hecho, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibles *laguna*: pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría *impune*”. (Santiago Mir Puig. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Ed. PPU, 1985, pp. 320 y s.).

correcta ante nuestro derecho positivo, es tener al *extraneus* como autor de un delito de dominio (común) y no de infracción de deber y al *intraneus* como inductor del mismo.

Desde el punto de vista político-criminal tal vez no sea satisfactoria esta solución, porque bien podría aducirse en contra de la misma que le basta al *intraneus* estar a la periferia de la ejecución del hecho constitutivo de infracción de deber para dejar de ser autor de delito especial y convertirse en partícipe de delito común; pero si se quiere ser consecuente y respetuoso de las mencionadas garantías constitucionales y legales no hay salida distinta, salvo que se modifique el concepto de autor mediato y de instrumento para que esta nueva noción cobijase al llamado instrumento doloso no cualificado.

5. La intervención del *extraneus* en el delito especial puede darse así:

- a. Que el *extraneus* participe como cómplice o determinador de delito especial realizado por *intraneus*.
- b. Que el *intraneus* utilice al *extraneus* como instrumento para realizar delito especial.
- c. Que el *extraneus* realice conjuntamente con el *intraneus* delito especial.

En la primera hipótesis, el *intraneus* es autor de delito especial y el *extraneus* cómplice o determinador del mismo.

En la segunda, el *intraneus* es autor mediato de delito especial y el *extraneus*, instrumento, porque aquél domina la voluntad de éste, quien obra sin dolo, dado que si el *extraneus* sabe que realiza delito de funcionario y quiere su realización no es instrumento de delito especial ejecutado por el *intraneus* como autor, sino autor de su propio delito o sea del común, del cual es determinador o cómplice el servidor público. No es aplicable la teoría del instrumento doloso no cualificado y, por consiguiente, no es el funcionario autor de delito especial y el particular cómplice del mismo.

A solucionar la tercera hipótesis contribuye el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000 al establecer que *al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.*

No hay ninguna duda de que frente a la nueva legislación ya no es posible hablar de la existencia de dos delitos diferentes cuando el *extraneus* y el *intraneus* de manera conjunta realizan delito especial; no podrá aducirse la existencia de un delito especial del cual es autor el *intraneus* y de uno común del cual lo es el *extraneus*. Sólo se da el

delito especial, del cual es autor el *intraneus* y partícipe (cómplice) el *extraneus*. De acuerdo con este inciso se plantea una nueva situación en materia de participación y da lugar a las siguientes hipótesis:

1. Que se tenga como coautor al *extraneus* del delito especial, pero disminuida la pena en una cuarta parte.
2. Que el *extraneus* es cómplice de delito especial y se le disminuye doblemente la pena; de una sexta parte a la mitad de acuerdo con el inciso segundo del artículo 30 y además en una cuarta parte de conformidad con el inciso tercero del mismo artículo.
3. Que el *extraneus* es cómplice de delito especial y se le rebaje la pena sólo en una cuarta parte, de acuerdo a lo dispuesto por el último inciso del artículo 30.

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

Tampoco es admisible la segunda, porque se atentaría contra el fin superior de la igualdad al darse 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 segundo del artículo 30.

La tercera solución es la adecuada, porque si bien es cierto que no es aplicable por las razones ya señaladas la teoría alemana *del instrumento doloroso no cualificado*, no es menos cierto que el legislador de modo expreso en parte ha llenado el vacío. Es así como se pueden dar las siguientes hipótesis:

- a. Que el realizador de “delito especial” sea sólo el *extraneus*. En este caso se da la autoría del delito común, porque como el *intraneus* no ha realizado la conducta, no hay autoría de este delito ni complicidad por parte del *extraneus*, sin importar que el *intraneus* haya restringido su deber, a lo cual debe sumarse el dominio del hecho para configurar la autoría del delito especial.
- b. Que el delito especial sea realizado con el *extraneus* y el *intraneus* de manera conjunta. En este evento el *intraneus* es autor de delito especial y el *extraneus* cómplice del mismo. Opera para el cómplice *extraneus* la rebaja de pena señalada por el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000, o sea en una cuarta parte.
- c. Si el *extraneus* determina el *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 trata 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.

Esto nos permite concluir desde ya que la rebaja de pena señalada por el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000 sólo operará respecto del *extraneus* que realice junto al *intraneus* delito especial, por su condición de cómplice. Si el *extraneus* ayuda al *intraneus* en la fase preparatoria o ejecutiva (sin concurrir a su realización) o posterior, su contribución es de cómplice y se le reducirá la pena conforme al inciso segundo del artículo 30 del Código Penal de 2000 o sea de una sexta parte a la mitad.

Cabe destacar que el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000 no crea una nueva forma de participación, pues sólo señala un parámetro de cuantificación de la pena para el cómplice no cualificado de delito especial que realiza el hecho. El cómplice cualificado recibirá la pena del inciso segundo, la cual al momento de la dosificación será más drástica que la que se le impondrá al cómplice no cualificado; no sobra advertir que si el cualificado concurre a la realización del hecho, no se le reduce la pena en una cuarta parte tal como lo dispone el último inciso del comentado artículo 30, pues en tal evento sería coautor y no se beneficiaría de las rebajas señaladas por este artículo.

¿Cómo responde en Colombia el *intraneus* en los delitos contra la Administración Pública?

Se aplican las siguientes reglas:

1. En los delitos especiales o de infracción de deber, sólo es autor quien tenga la calidad y el estatus institucional contemplado en el tipo penal, de modo que el *extraneus* no podrá ser autor, por muy importante que sea el aporte causal, como tampoco puede ser coautor, así intervenga de común acuerdo en la fase ejecutiva del delito especial junto con el *intraneus*, pues en tal caso el delito es especial y lo realiza sólo quien el legislador ha querido tener como autor.

Se requiere entonces del dominio del hecho tanto en los delitos especiales como en los comunes. En los delitos comunes es autor quien tenga el dominio del hecho; mientras que en los especiales lo es quien domine el hecho e infrinja el deber, que se concreta en la ecuación: *dominio del hecho + infracción del deber*.

Así por ejemplo, es autor de delito de peculado el servidor público que se apropie de

bienes del Estado o de particulares respecto de los cuales tenga la denominada relación funcional; pues si sólo permite que otro se apropie de los mismos no es autor sino cómplice, porque esta modalidad de peculado se da únicamente respecto del servidor público que realice la apropiación, dado que tanto la legislación vigente como la que entrará a regir no señala como conducta constitutiva de este delito el permitir o consentir que un tercero se apodere de los bienes, como lo hace, por ejemplo, la legislación española (art. 432). No es válido afirmar que la permisión de apoderamiento por parte del funcionario tipifica el delito de peculado por apropiación a favor de tercero, porque esta modalidad exige que el servidor público cumpla de todas maneras el acto de apropiación y permita que un tercero obtenga el lucro.

2. El *extraneus* podrá ser partícipe (cómplice o determinador), bien porque determine al *intraneus* a ejecutar el delito especial o bien porque le ayude en cualquier etapa del delito, dado que si la ayuda la presta en el momento de la ejecución, con independencia de su importancia y necesidad, así sea en lo causal cualitativa y cuantitativamente superior a la del *intraneus*, será sólo partícipe.

No es posible, en el caso de que en la ejecución del hecho punible intervenga tanto el *intraneus* como el *extraneus* darle al hecho una doble denominación jurídica: una para el *intraneus* (la del delito especial o de infracción de deber) y otra para el *extraneus* (la del delito común o de dominio) porque ello implicaría darle a un mismo hecho una doble calificación jurídica. Si el hecho es uno sólo debe recibir una sola denominación, conforme al interés jurídico que el Estado tenga más urgencia de proteger, que lo es del delito especial o de infracción de deber, porque ese estatus institucional hace que el delito común ceda paso ante el especial. No es posible en este caso la existencia de dos delitos, o sea, uno especial y otro común, para tener al *intraneus* como autor del primero y al *extraneus* como autor del segundo, pues se trata de un mismo hecho y éste no puede recibir dos calificaciones jurídicas diversas; esta solución contraría las reglas generales de accesoriadad de la participación y la unidad de título de imputación.

A solucionar la participación del *intraneus* en la realización de delito especial contribuye el último inciso del artículo 30 del Código Penal de 2000, tal como antes se anotó.

3. El *intraneus* podrá utilizar como instrumento al *extraneus*, evento en el cual el delito lo domina el *intraneus*, quien responderá como autor mediato.

La participación del *extraneus* en los delitos especiales, según nuestro ordenamiento penal, puede plantearse y solucionarse de la siguiente manera:

1. Que el *extraneus* ejecute junto con el *intraneus* delito especial.

En este caso el *intraneus* es autor del delito especial y el *extraneus* cómplice.

Ejemplo: si el recaudador de impuestos (*intraneus*), junto con un extraño se apodera de unos bienes respecto de los cuales aquél tiene la relación de funcionalidad, el recaudador es autor del delito de peculado mientras que el *extraneus* es simplemente cómplice del mismo. El delito que se comete es el especial y sólo puede ser autor del mismo quien tiene la cualificación reclamada por el tipo penal, o sea el funcionario, quien, además, infringe el deber. El *extraneus*, por carecer de tal calidad, jamás podrá ser autor de peculado.

De manera que no puede decirse válidamente que el recaudador es autor de peculado y el particular autor de hurto, pues necesariamente, dada la envergadura del bien jurídico comprometido, las conductas se polarizan hacia única delincuencia: el delito contra la Administración Pública.

No puede afirmarse que la circunstancia de empleado oficial del *intraneus* se comunica al extraño y que por tal motivo éste deba responder como autor del delito especial, por las siguientes razones: en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la condición de empleado público no es una circunstancia personal atenuante, agravante o excluyente de la punibilidad, sino simplemente un elemento del tipo, como la conducta o el objeto material, por ejemplo; y, en segundo lugar, porque las circunstancias no se comunican entre coautores, sino únicamente de autor a partícipe (arts. 25 C. P. 1980; 62 C. P. 2000).

Se le aplica al *extraneus* el contenido del inciso final del artículo 30 del Estatuto Penal de 2000 al disminuirse la pena en una cuarta parte.

Si la ayuda es anterior o posterior a la realización del delito especial por parte del *intraneus*, tal contribución es también de complicidad pero se disminuye la pena de una sexta parte a la mitad; lo mismo ocurre si la ayuda es concomitante con la ejecución del hecho, pero el extraño no concurre en su realización.

2. Que el *intraneus* ayude o instigue al *extraneus* a realizar delito, el cual al ejecutarlo aquél tipificaría delito especial

En esta hipótesis, el *intraneus* es partícipe (cómplice o determinador) de delito no especial y el *extraneus* es autor de tal delito común.

Ejemplo: Si el tesorero de un municipio ayuda o instiga a un extraño a que se apodere de los bienes que aquél tiene bajo su custodia por razón de su cargo, el extraño será autor de delito de hurto, mientras que el funcionario será cómplice o determinador del mismo.

Se repite, si el *extraneus* ejecuta un delito especial a sabiendas de que lo está realizando, no es aplicable en nuestra legislación la teoría del “instrumento doloso no cualificado”, ni la de los “delitos que consisten en la infracción de un deber” (la de Roxin), porque

el principio de legalidad prohíbe tener las acciones de inducción y de complicidad similares a las de autoría si la ley penal no lo dice expresamente, pues la conducta de instigar no es subsumible directamente en el tipo, ni puede constituir autoría mediata, porque como el *extraneus* sabe perfectamente lo que hace y quiere hacerlo, no es instrumento.

3. Que el *extraneus* instigue o ayude al *intraneus* a ejecutar delito especial.

En este evento el *intraneus* es autor de delito especial y el *extraneus* partícipe (cómplice o determinador), porque éste puede ser partícipe en el delito de aquel.

Ejemplo: si el particular ayuda o instiga al recaudador para que se apodere de los dineros públicos, éste será autor de peculado y aquél cómplice o determinador de ese mismo delito. Quien no tiene la cualificación reclamada por el tipo nunca será autor del delito especial, pero sí podrá ser cómplice o determinador, por el carácter accesorio de la participación¹⁵.

4. Que el *intraneus* utilice al *extraneus* como instrumento para ejecutar un delito especial.

El *intraneus* es autor mediato del delito especial y el *extraneus* es el instrumento.

Ejemplo: si el recaudador de impuestos le pide a un particular que retire de la oficina pública unos objetos y los lleve a la casa del funcionario, mandato que el *extraneus* cumple al creer que las cosas ciertamente pertenecen al funcionario, éste es autor mediato de peculado y el particular es instrumento.

15. Sobre la responsabilidad del *extraneus* en el delito especial ha habido pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, así: “Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación. La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental. Tradicionalmente, aun cuando no en una forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal pueda ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determine a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurre relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de ésta a que realice sobre ella actos erótico-sexuales. De no aceptarse ese planteamiento la conducta del determinador carecerá de significación jurídico-penal a menos que por sí misma configures delito”. (Sent. del 9 de mayo de 1983. M. P. Luis E. Aldana R.).