

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE SUJETO ACTIVO CALIFICADO DE SERVIDOR PÚBLICO¹

LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés²

Recibido: 20 de noviembre de 2015

Aceptado para publicación: 3 de diciembre de 2015

Tipo: reflexión

RESUMEN

La evolución legislativa y los diferentes pronunciamientos por parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, han permitido disparidades interpretativas en sede del concurso de personas de la conducta punible, especialmente cuando de su aplicación se trata frente a delitos especiales. Dicha discusión no solo tiene fundamento en los matices más generales de la coparticipación criminal, sino que también ha tomado impulso frente a sus categorías como la autoría, la coautoría, la determinación, la complicidad y, especialmente, el interviniente, cuestión que impulsa su tratamiento en esta oportunidad. Así pues, mediante el presente artículo se pretende ventilar el tratamiento lógico y práctico deontológicamente aplicable a la vista del autor, en sede de autoría y participación en delitos especiales, haciendo en

¹ Artículo de reflexión, producción original e inédita, resultado del trabajo de investigación presentado como requisito para optar por el título de Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por el autor, bajo el nombre de “El interviniente como una tercera categoría de coparticipación criminal”, que se adelantó en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal, vinculado a la línea de investigación en “Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal”.

² Abogado, egresado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Diplomado como Conciliador en Derecho, Especialista y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la misma Universidad. Litigante y Director del Área de Derecho Penal y Disciplinario de la firma boyacense IterLegis Abogados. Correo electrónico: abogadosergiolopez@gmail.com. Celular: (+57) 312392-2997. Artículo de investigación científica y tecnológica.

esta ocasión hincapié en los delitos de sujeto activo cualificado de servidor público. Con todo, se trata de un propósito que busca despejar, de manera rápida, algunas dudas en cuanto a teorías vigentes, a fin de encontrar la respuesta interpretativa actual del tratamiento dable a las figuras de la autoría y de la participación criminal, en sede de los delitos especiales que protegen al bien jurídico de la administración pública.

PALABRAS CLAVE

Autoría, participación, interviniente, delitos de sujeto activo cualificado, servidor público.

AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN CRIMES OF QUALIFIED ACTIVE SUBJECT OF PUBLIC SERVANT

ABSTRACT

Legislative developments and different pronouncements by the doctrine and national jurisprudence, have allowed interpretative disparities based in the concurrence of persons of the punishable conduct, especially when it is applied facing special crimes. That discussion not only has basis in the broader nuances of criminal partnership, but has also gained advantage against its categories such as authorship, co-authorship, determination, and complicity, especially, the intervener issue that drives its treatment in this opportunity. Thus by this article is intended to ventilate the logical and practical treatment deontologically applicable to the views of the author, the seat of authorship and participation in special crimes, making in this occasion emphasis on crimes of qualified active subject of public servant. However, it is a purpose that seeks to clear, quickly, some doubts as to current theories, in order to find the current interpretative response of possible treatment to the figures of authorship and criminal participation, seat of special crimes that protect the legal interest of public administration.

KEYWORDS

Authorship, participation, intervener, crimes of determinate asset subject, public server.

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM CRIMES DE SUJEITO ATIVO QUALIFICADO DO SERVIDOR PÚBLICO

RESUMO

A evolução legislativa e os vários pronunciamentos de doutrina e jurisprudência nacional têm permitido disparidades interpretativas no concurso de pessoas da conduta punível, especialmente quando é aplicada contra crimes especiais. Essa discussão não só tem base nas nuances mais amplos de parceria criminal, mas também ganhou força contra suas categorias, tais como autoria, coautoria, determinação, cumplicidade e, especialmente o interveniente, questão que impulsiona seu tratamento nesta oportunidade. Assim, por este artigo é para ventilar o tratamento lógico e prático deontologicamente aplicável aos pontos de vista do autor, o assento de autoria e participação em crimes especiais, fazendo nesta ocasião ênfase nos crimes de sujeito ativo qualificado do servidor público. No entanto, é um propósito que busca limpar, rapidamente, algumas dúvidas quanto às teorias atuais, a fim de encontrar a resposta interpretativa do possível tratamento para as figuras de autoria e participação criminal, sede dos crimes especiais que protegem o interesse jurídico da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE

Autoria, participação, interveniente, crimes de sujeito ativo determinado, servidor público.

INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, tras años de evolución al respecto, siguen teniendo cabida discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno al concurso de personas en la conducta punible, encontrándose allí con gran relevancia, la duda del tratamiento deontológicamente atribuible a las figuras de la autoría y de la participación en sede de delitos de sujeto activo calificado, en especial, por la entrada en juego de las teorías del dominio del hecho y de la infracción del deber –fundamentales en este asunto–.

Por lo anterior, autores como Abanto Vásquez (2004), han afirmado que existen dos tendencias frente al particular: los que tradicionalmente aplican la tesis y las consecuencias del dominio del hecho³ en los delitos especiales –asunto que no trataremos en estas páginas–; y aquellos que han venido labrando la teoría de la infracción del deber⁴ para dar solución a los vacíos en vigencia de la primera, por lo que ya se parte de una divergencia teórico-práctica.

Antes de iniciar, debe resaltarse, que el problema que se va a analizar, por cuestiones prácticas, girará y será ejemplificado mediante los delitos especiales de servidor público, hoy en día encontrados en el Título XV de la Ley 599 de 2000, pues téngase en cuenta que no solamente goza de sencillez argumentativa, sino que es uno de los puntos de quiebre más comunes de la realidad nacional frente a las lesiones al bien jurídico de la administración pública, como eje problemático de la corrupción administrativa. Así pues, empecemos por definir cuáles son los delitos especiales y de infracción del deber de servidor público, así como la teoría en examen.

3 Según Welzel (1976), la característica principal del autor se da a través del dominio del hecho, el cual recae sobre el sujeto que realiza la conducta en forma final, debido a una decisión de su entera voluntad. Así, al tenor de esta teoría, según dice López Barja de Quiroga (1996), será autor quien controle de manera directa el delito, coautor quien domine funcionalmente el acto delictivo, y participe quien simplemente preste una ayuda más o menos apta para la ejecución delictiva, sin poder dominar su curso causal.

4 Bajo esta línea, la punibilidad no se predica del dominio, sino de la infracción al deber especial que ostenta el autor del delito.

MÉTODO

Se trata de una investigación básica jurídica, pues el objeto de estudio está constituido por la norma jurídica. Para el efecto, fue usada una metodología de tipo descriptivo-documental, debido a que se busca analizar el desarrollo conceptual de la autoría y de la participación en los delitos de sujeto activo cualificado de servidor público, teniéndose como fuentes directas tanto la legislación aplicable como la doctrina y la jurisprudencia vigentes, teniendo en cuenta que solo allí se han discutido y solucionado los más arduos problemas en torno a la problemática en estudio, teniendo como luz el tratamiento problemático al respecto.

Se combinan fuentes secundarias y terciarias. A partir de las secundarias, se analizó ley, doctrina y jurisprudencia, en relación con la problemática de estudio y los subtemas allí surgidos. En cuanto a las fuentes terciarias, se consultaron las fuentes utilizadas por otros autores.

El método utilizado en el presente artículo es el descriptivo-documental con base en la norma jurídica, tomando como fuentes directas la legislación aplicable al tema estudiado, la doctrina y la jurisprudencia pertinente más relevante al respecto.

El problema de investigación es el siguiente: ¿Cuál es el tratamiento jurídico-penal vigente de la autoría y de la participación en los delitos de sujeto activo cualificado de servidor público? Para resolver esta pregunta, se planteó como objetivo general: Determinar el tratamiento jurídico-penal vigente de la autoría y de la participación en los delitos de sujeto activo cualificado de servidor público, desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia nacional.

Así, la investigación cuenta con dos aspectos de trascendental importancia, por un lado, el análisis de la autoría y de la participación en sede de los delitos de sujeto activo determinado de servidor público; y, por el otro, al estudio de las posturas más relevantes de la doctrina y de la jurisprudencia

colombiana vigente, frente a sus diversos tratamientos problemáticos, con el fin de exponer el tratamiento penal actual de las figuras anotadas.

En ese orden de ideas, los objetivos específicos de la investigación fueron los siguientes: i) precisar en qué consisten los delitos de infracción del deber de servidor público, ii) determinar qué delitos son considerados de infracción del deber de servidor público, iii) determinar las diferencias entre la autoría y la participación en los delitos de sujeto activo determinado de servidor público, y, iv) establecer la aplicación vigente de las figuras de la autoría y de la participación frente a delitos de sujeto activo cualificado de servidor público.

LOS DELITOS ESPECIALES DE SERVIDOR PÚBLICO Y LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER

En la actualidad, al sistema jurídico-penal colombiano le es inherente la teoría diferenciadora⁵, por la cual, debe distinguirse entre autores y partícipes con el fin de dar al derecho penal el alcance necesario para cubrir –penalmente– a todos los que concurren en la conducta punible⁶. Dicha distinción se ha mantenido en nuestro país mediante la teoría del dominio del hecho, que, como se dijo, proscribe como autor a quien ejerza el dominio de la conducta, de la acción o del hecho; por su parte, será partícipe, quien no ejerza tal dominio⁷.

Bajo este orden, tal y como ha venido siendo sostenido por la doctrina dominante⁸, según la teoría en vigencia, el dominio del hecho se manifiesta bajo la óptica de tres categorías: a) como dominio de la acción, mediante

5 Aplicada en la mayoría de sistemas penales de corte europeo-continental, como España, Alemania, Suiza, Argentina, Chile, Perú o Colombia.

6 Este asunto se materializa en el artículo 28 del Código Penal vigente, cuando indica que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

7 Debemos tener en cuenta que todas las modalidades de la autoría y coautoría cuentan con el dominio del hecho, así como todas las categorías de la participación no cuentan con ella.

8 Así podemos encontrar, entre muchos otros, a autores como Navas Corona (2002), Abanto Vásquez (2004), Fernández Carrasquilla (2011), Martínez Escamilla, Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante (2012), Velásquez Velásquez (2013).

la autoría inmediata; b) como dominio de la voluntad, mediante la autoría mediata; y, c) como dominio funcional, mediante la coautoría⁹.

Aunado a lo anterior, podríamos referirnos a una cuarta categoría encaminada a quienes, sin contar con el dominio de la conducta, concurren en la ejecución delictiva, refiriéndonos a los partícipes del delito, es decir, a los determinadores y a los cómplices, en orden de lo indicado por la parte inicial del artículo 30 del Código Penal vigente.

No obstante lo anterior, para el enfoque de esta investigación se debe tener en cuenta que la teoría del dominio del hecho deja algunos vacíos al estudiar la figura del interviniente¹⁰, lo que permitió el nacimiento de una teoría en sede de delitos especiales.

Ahora bien, antes de entrar a dilucidar esta teoría, debemos clarificar qué son los delitos especiales¹¹, donde nos valdremos de la definición que expone Figueroa Fonseca (2014), así:

El concepto de delito especial, como se ha dicho, está referido a los comportamientos en los que se presenta una infracción a los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico, bien por institución o por organización, de tal forma que su configuración se genera por el simple incumplimiento a los deberes especiales que ostenta la persona del sujeto activo (p. 83).

De la transcripción, se pueden extraer varias determinaciones importantes a tener en cuenta: 1. La lesión al bien jurídico surge a partir de la infracción

⁹ Con todo, estos conceptos serán estudiados individualmente más adelante.

¹⁰ Como será precisado más adelante, el interviniente es aquél concurrente que sin contar con las calidades especiales exigidas por el tipo, coadyuva en su realización. Dicha figura se encuentra contenida en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, aun cuando es ignorado en la parte inicial del mismo artículo.

¹¹ Según lo afirman sectores de la doctrina como Abanto Vásquez (2004), el concepto de delito especial nace en Alemania, bajo el nombre de *Sonderdelikte*, para distinguirlos de los delitos comunes denominados *Jedermannsdelikte*.

de los deberes establecidos, por ejemplo de servidor público¹²; 2. Su configuración, como delito, se da por la ejecución de la infracción por parte del autor¹³; y, 3. Su campo de aplicación está limitado únicamente a quienes ostenten aquellos deberes prescritos en el ordenamiento jurídico.

Es por lo anterior que, en el tenor literal de un delito especial, no se encuentran las clásicas palabras de identificación delictiva como: el que o los que; por el contrario, los tipos especiales contendrán la identificación del titular de aquel deber, como lo sería: el servidor público que¹⁴, o, el agente retenedor o autorretenedor que¹⁵, por citar ejemplos.

Vemos así que a diferencia de los comunes, los delitos especiales no pueden ser ejecutados o cometidos por cualquier persona, sino que por un grupo determinado específicamente por la Ley, como es el caso de tipos como: peculado por apropiación, concusión, cohecho propio o interés indebido en la celebración de contratos¹⁶, entre otros, que solamente pueden ser ejecutados por un servidor público.

Entonces, podemos afirmar que, en el sentido que también lo ha sostenido Gómez Martín (2006), los delitos especiales son aquel grupo de tipos que no pueden ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino que con exclusividad, por aquellos que ostentan las calidades o condiciones exigidas por el tipo.

Ya en el sentido de los delitos especiales de servidor público, los podemos definir como aquellos que podrían ser cometidos o ejecutados, como autor, únicamente por el sujeto en el que concurra la calidad de servidor público,

12 Es la razón de ser de los delitos especiales de servidor público, que encontramos en el título XV del C.P., en protección del bien jurídico de la administración pública.

13 De manera común, la conducta de atención para el derecho penal, en sede de delitos especiales, puede darse por acción o por omisión.

14 Arts. 397, 398, 399, 400, 403, 404, 405, 406, 408 del C.P., etc.

15 Art. 402 del C.P.

16 Encontrados en los arts. 397, 404, 405 y 409 del C.P., respectivamente.

siendo esta precisamente la cualificación especial, excluyendo en todo caso a cualquier concurrente que no tenga dichas calidades¹⁷.

En complemento de lo anterior, resta por afirmar que si bien los delitos especiales requieren para su ejecución de las calidades especiales exigidas, esto solo es obligatorio para los autores¹⁸, pues según los preceptos legales del art. 30 inc. 4 del C.P., puede concurrir en la ejecución del delito un sujeto sin aquellas calidades especiales bajo la denominación de interviniente.

Ahora bien, se deben tener en cuenta dos modalidades dentro del estudio de los delitos especiales, así: 1. Los delitos especiales propios, que son aquellos que exigen la específica calidad o condición del autor del delito – para nuestro caso, la calidad de servidor público–, por lo que a falta de esta resultará la atipicidad de la conducta, por no existir una correspondencia fáctica con otro delito que no requiera de calidades especiales¹⁹; y, 2. Los delitos especiales impropios, que tienen correspondencia fáctica con un delito común, por lo que la calidad especial del autor no es determinante para la punibilidad de la conducta²⁰.

Una vez definidos los delitos especiales de servidor público, podemos retomar la teoría que a su margen se aplica en la actualidad, entendida como

17 Tal y como fue precisado por el mismo autor de esta investigación (2014), no se debe olvidar que por disposición expresa del art. 20 del C.P. –en concordancia del 123 de la Constitución Política–, la condición especial de servidor público puede extenderse de diferentes maneras a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por sus servicios, a los miembros de la fuerza pública, a los particulares que ejercen funciones públicas, entre otros (pp. 123-149).

18 Como es obvio, esta consideración es independiente a la modalidad del autor –mediato o inmediato–, o del coautor –propio o impropio–, por tanto, lo importante es la actuación bajo los términos del art. 29 del C.P.

19 Tal sería el caso del tipo de prevaricato por acción, contenido en el art. 413 del C.P., que en todo caso exige para su ejecución de la cualificación especial de servidor público, por lo que a la ausencia de tal requisito, resultaría la atipicidad de la conducta por falta de correspondencia con un delito que bajo el mismo desarrollo fáctico-punitivo, no requiera de la antedicha calidad especial.

20 Por citar un ejemplo, esta modalidad se da por la correspondencia fáctica que existe entre los tipos de peculado por apropiación del art. 397 del C.P. –delito especial–, y de hurto del art. 239 del C.P. –delito común–.

de la infracción del deber, cuyo nacimiento afluye por la incompatibilidad con la teoría del dominio del hecho. Al respecto, podemos hacer énfasis en lo dicho por Torres Tópoga (2004), así:

Fue precisamente CLAUS ROXIN, abanderado de la teoría del dominio del hecho, quien, analizando unos delitos de la parte especial, consideró que en unos particulares eventos, para determinar quién era autor del delito, no era importante el dominio que se tuviera sobre el hecho, sino que lo relevante era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de protección al bien jurídico, sin importar si tenía o no el dominio del hecho.

De manera que autor era la persona que había infringido ese deber especial, sin importar en qué lugar o periferia se encontraba, ya que lo determinante no era el dominio sobre el hecho, sino la infracción a ese deber personalísimo. (p. 81).

Con base en esta transcripción, podemos comprender que, bajo la teoría de la infracción del deber, la punibilidad en los delitos de sujeto activo determinado de servidor público no requiere de ninguna clase de dominio – como sí se da en la teoría del dominio del hecho –, pues por el contrario y sin mayores consideraciones, solo será vital la infracción del deber de servidor público, pues es precisamente la infracción de este deber especial lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública.

En suma de lo acogido en este capítulo, es imprescindible para la continuidad del trabajo hacer uso de la precitada terminología, pues bien, se trata de las bases para la comprensión del concurso de personas en los delitos contra la administración pública, como lo veremos más adelante. Así, terminando el abrebocas de esta investigación, podemos dar cabida al análisis de la figura de la autoría en sede de los delitos especiales de servidor público.

LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE SUJETO ACTIVO DETERMINADO DE SERVIDOR PÚBLICO

Al hablar de la autoría en el derecho penal colombiano, inamoviblemente estaremos vinculando a la teoría del dominio del hecho para su análisis, no obstante, como ya fue dicho, al tenor del estudio de los delitos especiales debemos tener en cuenta a la teoría de la infracción del deber.

Así pues, acogiendo el concepto diferenciador de autor²¹, será entendido como sujeto activo del delito a quien realice la conducta típica –sea por acción u omisión– ejecutando el verbo rector directa²² o indirectamente²³ (Reyes Echandía, 1990); de otro modo, será quien asuma como propio algún hecho delictivo (Bolea Bardón, 2007), con independencia a la modalidad utilizada²⁴.

Ahora bien, bajo la óptica de los delitos contra la administración pública, la sanción penal²⁵ surgirá como respuesta a la infracción del deber especial del servidor público –autor del delito–, por lo que debemos recordar que su base constitucional –bajo unanimidad interpretativa en sede de la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶ y de la Sala Penal de la Corte Suprema de

21 Esta teoría, también predominante en Colombia –en contraposición al concepto unitario de autor–, prescribe la existencia de diferencias conceptuales y valorativas entre los autores y los partícipes, atendiendo el aporte, importancia y ubicación en la ejecución del delito (Fernández Carrasquilla, 2011); por lo que no podrían ser entendidos a todos los concurrentes como autores, sino que existirán claras diferencias que explican la razón de ser de la autoría, la participación y sus diferencias en cuanto a responsabilidad punitiva.

22 Esto es, autor inmediato.

23 Nos referimos a la autoría mediata.

24 Esta sumaria definición es acogida en su integridad por la parte inicial del art. 29 del C.P. que dice: “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

25 Cuando hablamos de “sanción penal”, mal haría en pensarse que se trata del único sector en el que se asume responsabilidad, pues aquel sujeto la recibirá desde las demás jurisdicciones: contencioso administrativa, civil, disciplinaria, laboral, etc.

26 Véase Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-917/01. (Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; 29 de agosto de 2001).

Justicia²⁷–, afluye a partir del art. 209 de la Constitución Política, de donde se extractan los principios que desarrollan la función administrativa²⁸, y de manera genérica, que establece al servidor público como la herramienta eficaz para cumplir con los fines esenciales del Estado Social de Derecho, encargado de asegurar una convivencia pacífica y un orden justo (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-917/01).

En fin, la ejecución delictiva en tipos mantenidos al margen de la corrupción administrativa da lugar a variadas posibilidades de autoría y participación, por lo que conviene dejar claro en este momento que la calidad especial de servidor público solo debe ser ostentada por aquellos que se mantengan en posición de autores o coautores, pues, como se sabe, los partícipes no requieren de la calidad especial, ya que no transgreden deber alguno.

Con lo anterior, partimos de una premisa inicial, por la cual, en delitos de sujeto activo calificado de servidor público, la autoría devendrá directamente de la vulneración a dicho deber jurídico especial, lo que nos obliga ahora a posar nuestra mirada sobre las modalidades de autor que contempla la Ley 599 del 2000, a saber: la autoría inmediata y la autoría mediata. Veamos de qué se tratan estas modalidades en aplicación del presente estudio.

AUTORÍA INMEDIATA

Siendo un concepto acuñado en la Ley 599 del 2000, se entenderá como tal al ejecutor directo o material de la conducta punible. Así pues, el Código Penal –art. 29, inc. 1– lo enuncia con la afirmación: “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo”. Así, se entenderá por autor inmediato a aquel que ostente el cumplimiento de todos los elementos objetivos y personales del delito, realizando por sí mismo todas y cada una de las acciones contenidas en el tenor literal del tipo.

27 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. No. 29.206. (Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas; 15 de mayo de 2008).

28 El art. 209 de la C.P. dice taxativamente que “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...”.

Ahora bien, teniendo de presente el art. 28 del C.P., se admite la presencia de autores inmediatos y de partícipes en la ejecución del delito, pues, como sostiene Navas Corona (2002), el partícipe no ejecuta sino que contribuye, sin perjuicio de la importancia del aporte desde un punto de vista cuantitativo. En tal orden, se debe tener en cuenta que para ejercer cualquier modalidad de autoría en delitos especiales de servidor público, por tratarse de delitos con sujeto activo determinado, el sujeto activo de la conducta deberá gozar de la calidad de servidor público.

Igualmente, como lo sostuvo Hernández Plasencia (1996), en los delitos especiales es irrelevante el aporte material, ya que la lesión al bien jurídico parte de la infracción al deber especial, que para nuestro caso se traduce en la de servidor público.

Con todo, y a manera de ejemplo, será autor inmediato del delito de peculado por apropiación, el alcalde (servidor público) del municipio “X”, que se apropia personalmente de dineros pertenecientes al erario municipal.

AUTORÍA MEDIATA

En contraste de lo anterior, el autor mediato es el que ejecuta el delito utilizando a otro como instrumento; dicho sujeto activo calificado, en calidad de hombre de atrás, deberá contar con la calidad de servidor público para su punición, pues de lo contrario habría que ser analizado desde la perspectiva de la participación.

Retomando el ejemplo anterior, esta modalidad de autoría se daría si el mencionado alcalde engaña o coacciona a una persona, servidor público o no, con el fin de que sustraiga unos dineros del erario municipal, encontrados al interior de la alcaldía del municipio “X”, con lo que, aunque el alcalde directamente no sustrajo las sumas, sí utilizó a un “hombre de adelante” para conseguir su fin²⁹. En este evento, también se configuraría el delito de peculado por apropiación, en calidad de autor mediato.

²⁹ Téngase en cuenta que, en estos eventos, el hombre de adelante no puede ser punido, pues actúa por medio de coacción o engaño, ya que de no ser así, estaríamos ante una coautoría –si se trata de un sujeto cualificado– o de una participación –de no contarse con los requisitos exigidos por el tipo especial–.

Ahora bien, existe la posibilidad de que el hombre de adelante no cualificado, no esté actuando por engaño ni coacción alguna, sino que actúe con dolo o responsabilidad plena –figura conocida bajo el nombre de instrumento doloso no cualificado–, cuestión que no configuraría problema alguno, pues el intraneus será responsable a título de autor mediato y el extraneus responderá como partícipe del delito realizado (Roxin, citado por Abanto Vásquez, 2004); y, de igual forma, si el hombre de adelante actuara con dolo y fuese cualificado, actuaría en calidad de autor mediato; y el hombre de atrás, como determinador del delito especial.

En fin, de este concepto, siempre y cuando se obre con error o coacción, se dirá que el “hombre de adelante” no tendrá responsabilidad por la carencia del elemento de la voluntad, toda vez que ha sido instrumentalizado por el “hombre de atrás” quien cuenta con el dolo y con el dominio del hecho, por medio del dominio de la voluntad del ejecutor material del delito³⁰.

Ahora bien, si se habla de la teoría de la infracción del deber en torno a la autoría mediata, es imprescindible que el hombre de atrás o instrumentalizador, cuente con la calidad de servidor público, pues de lo contrario surgiría la atipicidad de la conducta, por falta de los elementos subjetivos del autor, claro que esta situación habrá de ser analizada individualmente ante cada caso en concreto. Para finalizar, en cuanto a las diferencias del autor mediato con el partícipe-determinador, Fernández Carrasquilla (2011) ofrece un paralelo dentro de los siguientes términos:

Aunque terminológicamente puede entenderse la autoría mediata, según hemos advertido, como forma de determinación en sentido amplio –el autor mediato determina al inmediato valiéndose de engaño, coacción o abuso de inimputabilidad–, nuestra legislación la prevé expresamente ahora como forma de autoría (C.P., artículo 29-1), mientras que la “determinación” (en sentido estricto) está prevista como forma de participación accesoria (Constitución Política, artículo 30, inciso 2)

³⁰ Es esta la razón por la que el autor mediato cuenta con el mismo grado de responsabilidad que la del autor inmediato.

En la *autoría mediata*, “el hombre de atrás” ejerce el dominio del hecho por medio del dominio de la voluntad del ejecutor y domina esta voluntad por error, fuerza o abuso de la inimputabilidad, comete o realiza el injusto típico usando a otro como instrumento no responsable. En la *determinación como participación*, en cambio, “el hombre de atrás” hace surgir en el ejecutor la decisión de cometer el delito, pero no domina la ejecución ni hace parte de ella (Fernández Castilla, 2011, Vol. 2, p. 870).

COAUTORÍA

Dada mediante el acuerdo común de varios sujetos en sede de la ejecución de un delito, la encontramos contenida en el inciso 2º del art. 29 del Código Penal, al afirmar como tales a quienes mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal, atendiendo la importancia del aporte.

Bajo esta base, según también lo afirma Velásquez Velásquez (2013), se entienden como tales a quienes mediante el acuerdo, que podrá ser expreso o tácito, desarrollan una conducta de manera grupal, haciendo uso de una contribución objetiva a su consumación.

Así pues, debe tenerse en cuenta que tal y como sucede con la autoría, al hablarse de la figura de la coautoría en delitos especiales, también impera la teoría de la infracción del deber, por lo que se tendrán como requisitos en la ejecución de un delito de sujeto activo calificado contra la administración pública: 1. Que todos los coautores ostenten la misma calidad especial de servidor público; 2. Que los coautores ejerzan una infracción grupal al deber especial que sobre ellos recae³¹. De esta manera, téngase en cuenta que la coautoría especial es igual a la autoría, con la diferencia de que la infracción del deber es común a varios sujetos.

Ahora bien, dado el evento en que solo un concurrente ostentara el deber especial del cual deviene la infracción, se tendría como consecuencia que los demás aportantes al delito indefectiblemente serían tratados como partícipes-cómplices, al tenor de la interpretación vigente, debido a que si

³¹ Véase lo anotado previamente en cuanto a la autoría.

no se cuenta con la calidad especial requerida, no habría forma de lesionar el bien jurídico tutelado.

En este último evento, como bien lo ha afirmado Zaffaroni (2006), se hablaría de una complicidad necesaria y no de una coautoría, como una limitación legal al principio del dominio del hecho, lo que hace evidente las razones por las cuales se forjó la varias veces citada teoría de la infracción del deber.

Del mismo modo, será importante tener en cuenta sus elementos, los cuales se resumen así: 1. El elemento subjetivo del acuerdo común al acto, por el cual cada concurrente se compromete a desarrollar su función dentro de la ejecución delictual³²; 2. El elemento objetivo de la contribución, de donde deviene la relación de corresponsabilidad por la adecuación típica producto de la división de los coautores en la ejecución del delito; 3. El elemento temporal de la inmediatez, dado que, como dice Jakobs (1997), la coautoría se fundamenta en un acto de organización delictiva de acción, decisión y configuración, siendo por tanto inviable una responsabilidad en modalidad de coautoría, por actuaciones cometidas por otros de manera previa al aporte realizado; y, 4. El elemento de la unidad delictiva, pues recuérdese, cada coautor responderá por los excesos o hechos individuales que cometa por fuera del acuerdo criminal, pues mal haría en suponerse la existencia de cualquier tipo de responsabilidad que cobijara a los demás concurrentes, por hechos o actos que excedan lesiones al bien jurídico tutelado, sin haber sido algo acordado si quiera tácitamente.

Con lo anterior, tenemos una clara similitud –por no decir igualdad– con la figura de la autoría simple, donde la particularidad esencial será que la infracción del deber sea grupal y no individual. Ahora, bajo un orden lógico, no se puede ignorar que la coautoría se encuentra acuñada actualmente en Colombia bajo las modalidades de coautoría propia y coautoría impropia con particularidades individuales cada una.

32 Pues tal y como lo indica Velásquez Velásquez (2013), dicha decisión grupal es lo que evidencia la cotitularidad de responsabilidad del delito, siendo suficiente para ello probar el dolo común.

En primer lugar, la coautoría propia se da cuando todos los concurrentes –servidores públicos– ejecutan en su totalidad, integridad y simultaneidad la totalidad del hecho o de los hechos delictivos, de manera posterior al acuerdo común y sin distribución del trabajo criminal.

Por su parte, la coautoría impropia en delitos especiales se daría cuando los coautores cualificados, mediando un acuerdo previo, que puede ser expreso o tácito, ejecutan el delito mediante una división organizada de tareas, las cuales en conjunto se encuentran encaminadas al mismo fin de la consumación delictiva.

Así las cosas, la utilidad de la coautoría impropia se aprecia con lucidez, en los eventos donde cada actuación ejecutada por un coautor no pueda ser entendida como delito, si aquella se analiza individualmente, utilizándose como respuesta un análisis delictivo grupal, con el fin de que la penalización pueda cubrir a cada aportante delictivo.

En fin, se ven con claridad dos requisitos imprescindibles al hablar de coautoría en delitos especiales de sujeto activo determinado de servidor público: 1. La obvia calidad especial de ser servidor público, que materializa la infracción del deber³³; y, 2. El aporte objetivo a la ejecución delictiva, que materializa la voluntad grupal.

Con todo, en resumidas cuentas lo anterior es la noción que en la actualidad se mantiene en vigencia por el derecho penal nacional, por lo que una vez comprendida la autoría –y sus clases– en sede de los delitos de sujeto activo cualificado de servidor público, podemos disponernos a estudiar la participación en esta clase de tipos.

33 Dado el evento de que uno de los concurrentes no sea servidor público, tal y como ya ha sido mencionado, aquel será tratado como un partícipe, por ser un extraneus

LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE SUJETO ACTIVO DETERMINADO DE SERVIDOR PÚBLICO

Al hablar de la participación en delitos especiales, nos adentramos en un amplio margen de discusión, a razón de la ubicación que debería aplicarse para cada una de las figuras devenidas de esta calidad –determinador, cómplice o interviniente–, dado que de por sí, el artículo 30 del Código Penal contiene grandes vacíos causados por una muy pobre técnica legislativa, como será mencionado en su momento. La norma en crítica dice:

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

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

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

En tal orden, antes de continuar, debemos tener en cuenta que los partícipes se diferencian de los autores, porque estos comenten materialmente la conducta punible, en cambio, los partícipes contribuyen a la ejecución del delito del autor, sin poder decidir sobre la ejecución del mismo³⁴. Así mismo, en delitos especiales, el autor será aquel sujeto cualificado –intraneus– que infrinja el deber especial que sobre él recae sin importar cómo lo haga, por lo que la presencia o ausencia del dominio del hecho no tendrá trascendencia alguna. Por su parte, tal y como lo sostiene Abanto Vásquez (2004), todo sujeto que sin contar con las calidades especiales –extraneus– que colabore

34 Los partícipes son un concepto de dependencia, pues no son autónomos en tanto suponen la existencia de una conducta ajena –la del autor–.

de cualquier manera en la ejecución del delito, con dominio o no, antes, durante o después de la consumación, será partícipe del delito especial.

Vemos con lo anterior que, en los delitos en análisis, la autoría solamente habrá de surgir ante el quebrantamiento de deberes especiales específicos, por lo que, todo aquel concurrente que no vulnere deber especial alguno —es decir, que no sea sujeto cualificado—, carecerá de los elementos subjetivos de la autoría, por lo que bajo la óptica de la teoría de la infracción del deber, deberá ser entendido como partícipe del tipo especial.

Lo último, debido a que la coparticipación criminal tendrá un matiz distinto dependiendo de la clase de delitos y teoría ante los que nos encontremos, pues como se ha venido afirmando, en los delitos de dominio la autoría girará en torno a quien domine materialmente el hecho, en cambio, en la teoría de infracción del deber solo se analizará el deber especial transgredido.

Con todo, encontramos las subclases contenidas en la participación, por lo que para continuar, entraremos a definir cada una de estas figuras al tenor de los delitos de sujeto activo determinado de servidor público, a saber: al determinador, al cómplice y al interviniente³⁵.

DETERMINACIÓN

En delitos de dominio del hecho, el determinador es el sujeto que induce, eficazmente, la idea criminal en alguien más. Se trata, según afirma Pabón Parra (2005) de aquel quien transfiere el propósito de cometer el delito, y por medios eficaces, logra que otro sujeto lo ejecute materialmente. En tal orden, se debe tener en cuenta que no existen limitantes en cuanto a la forma en la que el determinador logre provocar al autor o ejecutor material la comisión delictiva, ya que lo verdaderamente relevante es la idoneidad del convencimiento del autor.

35 Para una mayor profundidad y análisis, véase: López Zamora, S. A. (2016). *El interviniente como una tercera forma de coparticipación criminal*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Santo Tomás, Tunja, Colombia.

Ahora bien, aunque pareciese tener cierto grado de similitud con la autoría mediata, lo cierto es que en la determinación no se coacciona o induce en error al ejecutor material, sino que este tiene claridad y autonomía no viciada en su actuar³⁶, es decir, ejecuta el hecho por voluntad propia.

Además de lo dicho, según Velázquez Velásquez (2013), existen cinco requisitos esenciales para su existencia en delitos de dominio del hecho, así: 1. El delito debe ser producto de la instigación eficazmente realizada por el determinador; 2. El determinador siempre habrá de actuar con dolo; 3. La actuación del determinador debe ocasionar la comisión delictiva por parte del determinado; 4. El hecho a que se induce debe consumarse, o por lo menos alcanzar el grado de tentativa punible; y, 5. El determinador deberá carecer del dominio del hecho, pues de lo contrario habrá de considerarse como coautor (pp. 590-591).

No obstante lo anterior, debe decirse que en delitos de infracción del deber, la determinación aplica de una manera distinta, en donde al hablarse de delitos de sujeto activo determinado, se parte de un deber especial –reforzado– de protección a un bien jurídico, que como se ha indicado, se entenderá vulnerado a través de la transgresión al deber positivo –del servidor público para nuestro caso–³⁷.

La afectación a ese deber positivo de protección del bien jurídico, desde la postura del autor, da lugar a que deba sancionarse al sujeto cualificado –servidor público–, sin importancia de la periferia en la que actúe, pues bien, bajo la óptica de la teoría de la infracción del deber, será autor todo aquel que transgreda su deber.

De lo anterior, entonces, habrá de afirmarse que así como Velásquez Velásquez indica que el determinador deberá carecer del dominio del hecho,

36 Recuérdese que en la autoría mediata el ejecutor material no sabe que está cometiendo el delito, o bien, lo sabe pero está de cualquier manera coaccionado en su actuar.

37 Tal y como lo dice Kierszenbaum (2009), este deber positivo obliga al sujeto cualificado a proteger el bien jurídico especial, no mediante un “no hacer”, sino a través de un “hacer”, que obliga al sujeto a actuar de una forma tal que proteja y mejore el estado actual del bien jurídicamente tutelado.

en delitos de infracción del deber deberá carecerse de la cualificación exigida por el tipo, lo que da a entender que ningún servidor público podrá concurrir en la ejecución de un delito especial, so pena de adquirir la calidad de autor.

COMPLICIDAD

La calidad de cómplice, encontrada en el tercer inciso del artículo 30 del Código Penal, es atribuida a todo aquel que contribuya en la ejecución delictiva, o bien, a quien preste una ayuda posterior sobre el mismo, por acuerdo previo o concomitante a su realización.

De tal modo, tanto en delitos de dominio del hecho como de infracción del deber, será entendido como tal a todo aquel concurrente del delito que no cuente con el dominio del hecho, pues los partícipes no pueden decidir sobre la ejecución delictiva.

Así, esta calidad se aplica sin incidentes a delitos de sujeto activo determinado, ya que los requisitos especiales del tipo están enfocados a la autoría y no a la participación, pero además, el cómplice no requiere de cualificación alguna para ser sancionado penalmente.

En últimas, esta calidad surge a través de una colaboración que no es decisiva para la consumación delictiva, lo que significa que será suficiente una ayuda que haga más eficiente o expedita la ejecución del delito, incluyéndose en tal orden el apoyo moral o intelectual.

Ahora bien, la particularidad de esta calidad es que aun sin la existencia de esa ayuda o apoyo moral o intelectual, o contribución instantánea o posterior, el delito se seguirá ejecutando, pues bien, el cómplice es subsidiario al autor del delito –nunca podrá existir un cómplice sin un autor–.

EL INTERVINIENTE EN LOS DELITOS DE SUJETO ACTIVO DETERMINADO DE SERVIDOR PÚBLICO

Como último punto a tratar dentro de este trabajo, encontramos a la discutida figura del interviniente, ubicada en la actualidad en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, y por la cual, se sancionará con una pena rebajada en una cuarta parte a todo aquel que, sin contar con las calidades especiales exigidas por el tipo, concurre en su realización.

Por citar un ejemplo, esta figura se ubica en el extraneus que hurta bienes del estado con un intraneus: en este evento, el primero será sancionado a título de interviniente del delito de peculado por apropiación.

En tal forma y teniendo en cuenta las consideraciones previas de los delitos especiales, el interviniente es el concurrente que, siendo extraneus, concurre en la ejecución de tipos de sujeto activo cualificado.

En cuanto al trato originario de la cuestión, surge en la doctrina alemana, donde como bien lo ha sostenido Bacigalupo (2007), se tiene relación directa con la teoría de la infracción del deber, siendo Roxin³⁸ quien utiliza por primera vez el término de “deber extrapenal”, como fundamento de los delitos especiales, afirmando que los delitos de infracción del deber son aquellos en los que el autor lesiona dicho “deber”³⁹(p. 85).

Igualmente, como lo refiere Ossandón Widow (2006), Günther Jakobs continúa labrando el concepto, pero identifica a la infracción del deber no

38 Tal y como lo afirma Torres Tópaga (2005), la teoría de la infracción del deber fue identificada inicialmente por Roxin en el año de 1963, mediante su trabajo doctoral y obra: “Täterschaft und Tatherrschaft” (p. 82).

39 Téngase en cuenta que un concepto será “extrapenal”, en los eventos en los que para su definición debe valerse de otras legislaciones ajenas al derecho penal. Por citar un ejemplo, obsérvese el deber de celebrar contratos en cumplimiento de los requisitos legales (situación que inobservada será penada por el tipo encontrado en el art. 410 del C.P.), siendo todos los elementos relacionados con la Contratación Estatal, definiciones que no encontraremos en el Código Penal, dado que como conceptos “extrapenales”, se encuentran en el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y demás normas afines del Derecho Administrativo y de la misma Contratación Estatal.

solo como una regla para determinar la autoría, sino que también, como el fundamento de la imputación penal, como una herramienta para identificar a los delitos comunes que al ser ejecutados por un intraneus adquieren la calidad de delitos de infracción del deber, por el simple hecho de quien los comete (p. 5).

Ahora bien, ya conociendo las bases impuestas por la doctrina originaria, antes de entrar a exponer la postura del autor, debemos tener en cuenta las dos líneas jurisprudenciales colombianas que con más fuerza han regido a la figura del interviniente y que en la actualidad se siguen tomando como base argumentativa, proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁰, así:

En primer lugar, tenemos a la Sentencia del 25 de abril de 2002, con radicado No.12.191, en ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, donde se afirmó que la figura del interviniente no era autónoma dentro del concurso de personas en la conducta punible –ya que estas se encuentran expresamente señaladas en el artículo 28 del Código Penal–, sino que por el contrario, se trataba de una figura dependiente de la autoría para su existencia, por lo que desde esta perspectiva sería imposible hablar de un interviniente sin la presencia de un intraneus en delitos especiales.

Esta postura configuraba al interviniente como un concepto de referencia para identificar al extraneus que coadyuvara en la ejecución del delito, ya sea por compartir roles con el intraneus, o bien por consentirle.

Del mismo modo, esta sentencia indica que el extraneus no puede infringir ningún deber jurídico especial, pues por la carencia de las calidades exigidas por el tipo, es imposible que lesione el bien jurídico, lo que permite colegir que se podrá ostentar la calidad del interviniente a título de autor o partícipe, en sus diferentes posibilidades, bastando que uno de los concurrentes, sin relevancia de la forma o calidad en que actúe en la ejecución delictiva,

40 Se puede encontrar un análisis más profundo de las posturas a exponer en: López Zamora (2016, pp. 90-99).

cuenta con las calidades especiales exigidas, para que pueda acaecer un interviniente.

Con todo, mediante esta línea interpretativa se asumió un criterio unitario de autor, por el cual se resta importancia al aporte del intraneus y del extraneus, teniendo como única diferencia la sanción a imponer, que López Zamora (2016) resume en los siguientes términos:

- a. Si el extraneus 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, la pena será la prevista para el delito (art. 29, inc. 4), rebajada en una cuarta parte (art. 30, inc. 4); b. Si el extraneus interviene como determinador –instigador– de otro que actúa dolosamente, o como determinado –instigado–, la pena será la prevista para el delito (art. 30, inc. 2), rebajada en una cuarta parte (art. 30, inc. 4); c. Si el extraneus interviene en calidad de cómplice, tendrá una doble atenuación punitiva, de una sexta parte y de una cuarta parte (art. 30, inc. 3 y 4, respectivamente); y, d. Si el extraneus es instrumentalizado por el intraneus, no tendrá sanción penal (art. 32). (p. 90).

Por su parte, la segunda interpretación con más base frente a esta figura surgió mediante la Sentencia del 8 de julio de 2003, con radicado No. 20.704, en ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, donde la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cambia, al excluir de la aplicación del interviniente a las figuras del determinador y del cómplice. Esta interpretación tomó fuerza, con fundamento en que, primero, el legislador limitó la categoría del interviniente a los autores que sin contar con las calidades especialmente requeridas por el delito, coadyuvaran en su ejecución; y, segundo, tanto los determinadores como los cómplices, por

ser partícipes, tampoco requieren de calidades especiales en sus roles ante la ejecución del tipo especial⁴¹.

En este orden, la Corte exaltó un criterio restrictivo de coautor del tipo especial sin cualificación, cuya aplicación solo debe surtirse en la autoría, en el sentido de que la figura del interviniente no es análogo de la participación, ni se trata de un concepto aplicable a todo concurrente no cualificado, pues como indica López Zamora (2016), mediante este análisis se buscó:

Mantener la unidad de imputación, conservar la distinción entre las formas de intervención principal y accesoria, y guardar la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de aporte en la ejecución delictiva, entendiendo que el trato diferencial devenido de la atenuación punitiva de una cuarta parte surge en razón a la carencia de un deber especial del extraneus. (p. 91).

Así pues, las anteriores son las dos líneas interpretativas que jurisprudencialmente han rodeado a la figura del interviniente penal, pero que a la luz del autor, tienen ciertas falencias que por supuesto, pueden ser corregidas mediante la aplicación del interviniente como una tercera forma de coparticipación criminal⁴².

Bajo este análisis, debe de tenerse una adhesión a la teoría de la infracción del deber como supuesto aplicable a la coparticipación criminal en delitos especiales, siendo autor quien viole aquel deber jurídico y partícipe quien no.

De esta forma, el intraneus únicamente podrá ser tenido como autor y nunca como partícipe, pues recuérdese, la sanción penal en delitos especiales surge

41 A la luz de esta postura, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia asume como inconcebible la doble atenuación punitiva aplicada mediante la interpretación del año 2002, donde al cómplice –que para dicha interpretación también podía ser interviniente–, se le atribuiría una rebaja de una sexta parte y de una cuarta parte (art. 30, inc. 3 y 4, respectivamente).

42 Esta postura se expone a profundidad en: López Zamora (2016, pp. 101-110).

a razón de la transgresión del deber infringido, no obstante, habrá de tenerse en cuenta reglas de particular importancia, como se verá adelante.

Dicho esto, las claras y gravosas incongruencias sustanciales que del Código Penal rodean al interviniente, dan lugar a la necesidad de reformar los artículos 28 y 30 de la Ley 599 del 2000, que si bien darían lugar a profundas consecuencias, pueda ser la salida jurídica a un conflicto interpretativo que viene aumentando con fuerza incluso de manera previa a la entrada en vigencia del Código Penal de 1980.

Con esta propuesta, habría de: a. Incluirse en el artículo 28 a la figura del interviniente como una tercera forma de coparticipación criminal; b. Eliminarsse el inciso final del artículo 30, exaltando en la participación solamente a las figuras de la determinación y la complicidad; y, c. Adicionarse un nuevo artículo, por medio del cual se estructure de manera clara al interviniente penal, exaltándose con obligatoriedad su alcance y cobertura, logrando así un tratamiento plausible sin mayores interpretaciones.

Esta nueva codificación habría de partir aclarando que el interviniente podrá ser ubicado tanto en la autoría como en la participación, siempre y cuando se respeten las siguientes reglas: frente al extraneus que como si fuera autor lesionara materialmente el bien jurídico especial, se adquirirá la calidad de interviniente, pero solamente cuando se actúe como un coautor no cualificado, siendo prerequisite de punición la existencia de un intraneus bajo la modalidad de coautor⁴³. En tal forma, surgiría la categoría del coautor-interviniente, teniendo como sanción la pena prevista para el delito, con la atenuación de una cuarta parte.

Ahora bien, si un extraneus actúa individualmente y de cualquier forma logra lesionar materialmente al bien jurídico especial, a fin de evitar todo rastro de impunidad, habrá de sancionarse mediante el delito especial –pues

43 Esto debido a que aunque en la teoría de la infracción del deber lo relevante es el incumplimiento a determinados deberes especiales, es clara la accesoriidad entre el intraneus y la posibilidad de que el extraneus lesiones el bien jurídico especial, pues si bien no se da una transferencia de cualificaciones, el actuar conjunto de los agentes es lo que da lugar a la lesión efectiva del bien jurídicamente tutelado, justificándose la aplicación de la autoría a un sujeto no cualificado.

es este el cometido—, bajo la categoría de autor-interviniente⁴⁴, teniendo como sanción la pena prevista para el delito, con la atenuación de una cuarta parte.

De otro lado, cuando un extraneus utilice la calidad especial del intraneus para cometer un delito cualificado, mediando coacción o engaño, habrá responsabilidad penal por transferencia de calificaciones haciéndose uso de la autoría mediata, a razón de que el hombre de atrás se está valiendo de la especial cualificación del hombre de adelante para cometer el delito, siendo sus cualidades funcionales las que han de permitir la consumación del acto delictivo. Bajo este análisis, el extraneus instrumentalizado habrá de ser sancionado como autor mediato del tipo especial por transferencia de calificaciones, sin atenuación alguna.

Del mismo modo, cuando es el intraneus el hombre de atrás, el extraneus el instrumentalizado y la consumación delictiva, tiene base en la cualificación del primero, habrá de sancionarse penalmente al intraneus como autor mediato del tipo especial, en la regular forma del artículo 29 del Código Penal⁴⁵.

Debe tenerse en cuenta que, si el extraneus no se encuentra instrumentalizado por parte del intraneus, sino que comete el delito de manera dolosa, al sujeto cualificado habrá de sancionársele a título de coautor y al sujeto no cualificado a título de coautor-interviniente, del delito especial, teniendo como sanción la pena prevista para el delito, con la atenuación de una cuarta parte.

Ahora bien, en el campo de la participación, la calidad del extraneus dependerá de la actuación del sujeto cualificado, sancionándose al interviniendo-determinador con la pena establecida para el delito especial,

44 Si bien se expone con sencillez, en la práctica esta viabilidad sólo tendrá aplicación frente al delito de peculado por apropiación, donde el extraneus tiene la posibilidad efectiva de lesionar el bien jurídico especial, aun cuando no cuenta con las calidades exigidas de autor. En otros delitos especiales de servidor público es notoria la imposibilidad.

45 Como es lógico, en los eventos de autoría mediata, el hombre de adelante —coaccionado o engañado—, no tendrá responsabilidad alguna.

con una atenuación de una cuarta parte; y, al interviniente-cómplice con la sanción del tipo especial, con una atenuación de una sexta parte –a razón del principio de favorabilidad⁴⁶–, pero nunca con una doble disminución punitiva.

Debe recordarse que, dado que la interpretación debida en delitos especiales se encuentra inmersa bajo la teoría de la infracción del deber, un servidor público –sujeto cualificado– nunca podrá ser tratado como un partícipe en un delito especial, pues sin importar la ubicación o periferia en que actúe en torno al delito, su calidad especial lo hace infractor del deber que sobre él reposa, y en tal forma, vulnerador del bien jurídico.

También es importante exaltar que, bajo el argumento de la unidad en el título de la imputación, no habrá incidencia en la existencia de delitos especiales propios o impropios⁴⁷, pues el extraneus está interactuando con el tipo especial, por lo que habrá de proscribirse todo análisis a delitos comunes coexistentes.

Finalmente, se considera que el interviniente debe ser tratado como una figura autónoma y no de referencia dentro del concurso de personas en la conducta punible, pues como se ve, es posible sancionar a un extraneus por la comisión de un delito especial, sin tenerse como requisito la presencia o punición de un servidor público, a razón de la lesión al bien jurídicamente tutelado.

Con todo, la anterior es una postura que ofrece luz a las oscuras interpretaciones que han rodeado a la figura del interviniente penal, por tratarse de una efectiva tercera figura en el margen de la coparticipación criminal, debido a las especiales particularidades que ostenta.

46 Por el cual prevalecerá la Ley más permisiva o favorable sobre la restrictiva o desfavorable.

47 Un delito especial propio es aquél que no tiene equivalencia con un delito común; y, un delito especial impropio es aquél que sí, como el delito de peculado (tipo especial) con el delito de hurto (tipo común).

CONCLUSIONES

En suma de lo dicho, para todos los que modestamente nos consideramos investigadores de las figuras y posturas aquí planteadas, debemos resaltar que esta es tan solo una mirada sumaria y muy rápida sobre la autoría y la participación en los delitos especiales, y sin usar este recuadro como una repetición sin sentido de las conclusiones a las que ya hemos llegado atrás, resta por recomendar al lector que solo mediante la muy noble lucha académica, día por día podremos llenar esos vacíos tan cortos de garantías y tan generadores de injusticias. Como siempre, el autor queda a la espera de la más fuerte crítica académica, para que en una próxima oportunidad, pueda enmendar sus muy esperados errores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vásquez, M. A. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal*, 38, 3-23.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción del deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons.
- Bolea Bardón, C. (2000). *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Código Penal. Ley 599 de 2000. Publicado en el Diario Oficial 44.097, de 24 de julio de 2000.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-917/01. (Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; 29 de agosto de 2001).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado No. 12.191. (Magistrado Ponente Carlos Eduardo Mejía Escobar; 25 de abril de 2002).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado No. 20.704. (Magistrado Ponente Carlos Augusto Gálvez Argote; 8 de julio de 2003).
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal parte general* (Vols. 1-2). Bogotá: Ibáñez.
- Figueroa Fonseca, L. C. (2014). *El interviniente en derecho penal*. Bogotá: Ibáñez.

- Gómez Martín, V. (2006). *Los delitos especiales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Hernández Plasencia, J. U. (1996). *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Kierszenbaum, M. (2009). La autoría y la participación en un delito especial. *Revista Lecciones y Ensayos*, 86, 261-284.
- López Barja de Quiroga, J. (1996). *Autoría y participación*. Madrid: Ediciones Akal.
- López Zamora, S. A. (2014). La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal. *Revista Principia Iuris*, 21, 123-149.
- López Zamora, S. A. (2016). *El interviniente como una tercera forma de coparticipación criminal*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Santo Tomás, Tunja, Colombia.
- Navas Corona, A. (2002). *Autoría y participación delictiva*. Bucaramanga: Sic.
- Ossandón Widow, M. A. (2006). Delitos especiales y de infracción del deber en el anteproyecto del código penal. *Revista Política Criminal*, 1, 1-122.
- Pabón Parra, P. A. (2005). *Manual de derecho penal parte general – parte especial* (7ª ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Reyes Echandía, A. (1990). *Derecho penal* (11ª ed.). Bogotá: Temis.
- Torres Tópaga, W. F. (2005). Autoría en los delitos de infracción del deber. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 26 (77), 79-102.
- Velásquez Velásquez, F. (2013). *Manual de derecho penal parte general* (5ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez* (11ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, R. E. (2006). *Manual de derecho penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.