

LA POLÉMICA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE EL “INTERVINIENTE” (LA INTERVENCIÓN DE *EXTRANEI* EN DELITOS ESPECIALES)

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León (España)*

I. El interviniente del párrafo final del art. 30 CP colombiano

El Código Penal colombiano del año 2000 introdujo en el Derecho penal del país una figura novedosa en el párrafo final de su artículo 30. El art. 28 CP señala que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. El artículo 29, bajo la rúbrica “autores”, se refiere a los autores inmediatos individuales, mediatos y coautores, a la regla del “actuar por otro” en delitos especiales y a la fijación de la pena para la autoría. Y el art. 30 señala que partícipes (con ese nombre, que da rúbrica además al precepto) son el determinador (que en otros países se llama inductor, incitador o instigador) y el cómplice, define ambas categorías y establece las penas que les corresponden y, por fin, en su último párrafo, establece la regla relativa al que se ha dado en llamar el “interviniente”, conforme al término empleado en la ley (terminología sobre la que algo comentaré más adelante): “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”.

Creo no equivocarme si señalo que, al menos para un observador externo, pero pienso que también para cualquier penalista colombiano conocedor del Derecho penal de otros países, el citado precepto evoca de inmediato otros similares en el Derecho comparado. Así, citando dos ejemplos de ordenamientos con los que el Derecho penal colombiano guarda especial relación, mencionaré, por un lado, el § 28.1 StGB (Código Penal alemán), que reza (incluyo el § completo): “Características personales especiales. (1) Si faltan en el partícipe (inductor [determinador] o cómplice) características personales especiales (§ 14 ap. 17) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará su pena conforme al § 49 apartado 1./ (2) Si la ley establece que características personales especiales agravan,

* El presente trabajo se enmarca en los proyectos de Investigación DER2013-47511-R (Ministerio español de Economía y Competitividad, MINECO) y DER2016-76715-R (MINECO/Agencia Estatal de Investigación –AEI), de los que soy investigador principal, y en la Unidad de Investigación Consolidada –UIC- 166 (Castilla y León), que dirijo.

atenúan o excluyen la pena, ello vale solo para el interviniente (autor o partícipe) en el que concurren”. Y, por otro, el art. 65.3 CP español, introducido en el año 2003 (posterior a la regulación colombiana, por tanto, si bien la jurisprudencia española venía aplicando por vía interpretativa un tratamiento así), cuyo tenor es el siguiente: “Cuando en el inductor [determinador] o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

Muy resumidamente y sin matices, estos preceptos suponen que al partícipe (en sentido estricto) o, al menos, a algunos partícipes en un delito especial (utilicemos la terminología clásica, aunque a estos efectos, daría igual hablar de delitos de infracción de deber, si bien ambas categorías no coinciden), se les castiga por el mismo tipo que al autor (unidad de título de imputación), pero se les rebaja (caso alemán y, aparentemente, colombiano) o se les puede rebajar (caso español) la pena precisamente porque participan en un delito especial sin reunir las características o cualidades propias de esos delitos (de su autor, para ser precisos). La explicación material varía, pero, en mi opinión, la más convincente es la de reflejar que, aunque el partícipe debe responder por el mismo tipo que el autor (unidad de título de imputación), pues es ese precisamente y no otro el injusto que fomenta, existe una mayor distancia del *extraneus* respecto del injusto especial.

Las similitudes señaladas, junto a la ubicación de la regla colombiana dentro del artículo dedicado a los “partícipes”, parecerían corroborar que nos hallamos en ese caso¹. Bien es verdad que en el inciso que nos ocupa el CP colombiano habla de “interviniente” que es en sí un término genérico más amplio que el de “partícipe” en sentido estricto (del que habla el precepto del StGB) y que no menciona por su nombre (al contrario que el StGB y el CP español) a las concretas figuras de participación a que se aplica, lo que deja mayores resquicios a la interpretación².

¹ Y así parecía pensar la mayoría de la doctrina colombiana (a la que posteriormente haré referencia) al poco de la introducción del precepto: v. p. ej. las referencias que ofrece CÓRDOBA ANGULO, La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano, en: Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia) (RDPC), vol XXV, n° 75 (2004), 84 n. 37.

² La elección de la terminología “interviniente” frente a la de “partícipe” por el inciso del art. 30 CP que nos ocupa es también puesta de relieve (y a menudo criticada) por diferentes autores colombianos. P. ej., por todos ellos, v. REYES ALVARADO, Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana, en: Estudios Penales. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha, 2005, 56.

Y, efectivamente, dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, especialmente influyente la segunda de ellas, dieron al traste con la interpretación que parecía más evidente del precepto colombiano. Ese “interviniente”, que en la teoría de la codelincuencia es un término muy genérico, pasa a utilizarse de modo generalizado en Colombia para referirse al preciso “interviniente” de que habla el último párrafo del art. 30 CP colombiano, sea lo que sea esa figura.

Como en otro lugar ya me ocupé hace años de la figura del “interviniente”³, remito para mayores detalles en muchos aspectos a ese trabajo, de modo que este será más breve. Sin embargo, anuncio ya que, tras una nueva reflexión al respecto, mantengo mi opinión expresada en aquel lugar.

II. El (sorprendente) giro jurisprudencial en 2002 y, sobre todo, 2003

Como he señalado, la interpretación de la jurisprudencia colombiana tomó un derrotero distinto al que parecía poderse esperar.

Ello fue obra de dos sentencias, especialmente de la segunda de ellas, cuyo contenido ya expuse con detalle en mi trabajo anterior. Por lo tanto, aquí referiré solo sus principales conclusiones.

1) La primera sentencia la emite la Corte Suprema el 25 de abril de 2002 y el Magistrado Ponente (MP) es Carlos Eduardo Mejía Escobar. En ella, resumidamente, viene a sostenerse:

- Que el “interviniente” del último párrafo del art. 30 CP puede actuar bajo cualquier modalidad de autoría o de participación, siempre “que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial”.
- Que el “interviniente” no constituye una forma diferente o autónoma de autoría o participación, sino un concepto de referencia para aludir a los *extranei* que intervienen junto a un *intraeus* en un delito especial, quedando clara la unidad de título de imputación, pero con una rebaja de pena para el *extraneus* basada en que este no infringiría “deberes jurídicos especiales orientados a la tutela del respectivo bien jurídico”.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano: complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final, en: RDPC, vol XXVI, n° 77 (2005), 45 ss., en particular, 49 ss.

- Que para que exista el tipo especial basta con que cualquiera de los concurrentes actúe como autor o como sujeto instrumentalizado por otro en la autoría mediata o como actuante por otro del tercer párrafo del art. 29 CP. El *intraneus* no podrá actuar como partícipe (determinador –inductor- o cómplice), sino solo como autor “o, en último extremo y residualmente”, en comisión por omisión.

- Si se trata de cualquier clase de autor, de un actuante por otro o, ya dentro de la participación, de un determinador (o inductor), al *extraneus* se le aplicará la rebaja punitiva propia del “interviniente” del art. 30 CP, recibiendo, si se trata de un cómplice, una doble rebaja de pena: la que corresponde a su calidad de tal (segundo párrafo del art. 30 CP) y la propia del interviniente (párrafo tercero del mismo artículo). Y, si es un instrumento en la autoría mediata, no tendrá responsabilidad penal.

2) La segunda sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la que resultará finalmente más influyente, tiene fecha de 8 de julio de 2003, y el Magistrado Ponente fue Carlos Augusto Gálvez Argote. Sus principales líneas, en lo que al “interviniente” se refiere, son:

- Pese a que admite que en principio y por su contexto la figura podría referirse solo a partícipes (determinador –inductor- y cómplice) y que la acepción gramatical de “interviniente” sería compatible con la tesis de la primera sentencia mencionada, dado que el determinador y el cómplice en el “delito propio” (o sea, especial) “no requieren calidad alguna [...] surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30”; como la posesión o no de la cualidad de servidor público es intrascendente para determinador y cómplice, resulta irrelevante para realizar la instigación o en la “ejecución del papel accesorio”. Todo ello no empecería para nada el mantenimiento de la unidad de título de imputación, la distinción entre formas de intervención y su correspondencia punitiva.

- La regla del párrafo tercero del art. 30 CP no se refiere a los partícipes ni a cualquier concurrente al delito, *sino solo “al coautor de delito especial sin cualificación”*, pues puede suceder que no cualificados “también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor” junto al *intraneus*. Así, “se conserva la unidad de imputación”, pero a la vez “se hace práctica la distinción punitiva” establecida por el legislador “frente a ciertos deberes jurídicos”, “relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.

- Por lo tanto, la rebaja punitiva del “interviniente” no les es aplicable a ningún partícipe, determinador o cómplice (a este solo le correspondería la derivada de su calidad de tal). Ello sería, por otra parte, más adecuado al principio de igualdad, pues, de admitirse la tesis sustentada en la otra sentencia de la Corte, resultaría incomprensible por qué al instigador *extraneus* de un delito especial, por ejemplo, un peculado, se le rebajaría la pena y no al de un delito común, como el hurto, ni por qué se beneficia de doble rebaja el cómplice de un delito especial, ni por qué al *intraneus* cómplice del delito especial solo se le aplicaría, frente al particular citado, la rebaja por la complicidad, cuando la cualidad especial “nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia”.

III. La evolución (más bien refrendo) de la jurisprudencia posterior

No cabe la menor duda de que la jurisprudencia colombiana ha asumido plenamente que el “interviniente” del tercer párrafo del art. 30 CP es un autor, en concreto un coautor, en la línea de la muy relevante segunda sentencia cuya doctrina se ha resumido.

Valga como prueba de lo anterior la siguiente selección de resoluciones judiciales de los últimos cinco años, que creo no requieren comentario:

Sentencia del 12 de diciembre de 2012 (MP: María del Rosario González Muñoz), que cita otras sentencias anteriores que siguen la estela de la 8 de julio de 2003: “Según la jurisprudencia vigente de la Sala, el interviniente que realiza actos de autor se hace acreedor a la pena prevista en el respectivo tipo penal disminuida en una cuarta parte, acorde con lo establecido en el inciso final del precitado artículo 30; al determinador, a su turno, con o sin la referida condición, se le aplica la sanción contenida en la norma infringida sin ningún tipo de disminución; mientras al cómplice, careciendo o no de la condición exigida, se le reconoce únicamente rebaja de pena de una sexta parte a la mitad./ Dicha postura jurisprudencial fue establecida en la sentencia del 8 de julio de 2003 proferida dentro de la radicación 20704 y ha sido ratificada en numerosos pronunciamientos”. “En el caso materia de análisis, no hay lugar a aplicar a los acusados la diminuyente prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, pues su concurrencia en la realización del delito de peculado por apropiación no lo fue a título de intervinientes sino en calidad de determinadores, y en esa condición, conforme se señaló en precedencia, se les formuló el juicio de reproche”.

Auto de 11 de marzo de 2013 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero): “...se equivoca de modo grave la demandante cuando aspira a que, para los efectos perseguidos, se tenga en cuenta a favor de su prohijada la disminución punitiva que el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 prevé en su inciso final para los intervinientes en el delito./ Olvida en ese contexto que J. fue condenada como determinadora del punible tentado de peculado por apropiación agravado y que por tanto conceptualmente dicha categoría no es asimilable a la de interviniente./ Es que la rebaja de la cuarta parte de la pena prevista en el último inciso del artículo 30 del Código Penal, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala, procede únicamente para quien ostenta esa última calidad, es decir, el autor particular de un delito especial que no tiene la condición de servidor público; esa atemperación punitiva, opera únicamente en favor del interviniente que no reúne las características del sujeto activo calificado, pero actúa como autor, no cómplice ni determinador”.

Sentencia de 21 de octubre de 2013 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero): “Bien entiende esta Sala, integrada también por conjueces, que la Corte acogió en principio la postura por la que abogan las recurrentes en el sentido de que al determinador se le asigne la doble condición de interviniente, pero igualmente comprende que aquella fue variada desde julio de 2003 para señalar dichos conceptos como incompatibles y desde entonces esa ha sido la línea jurisprudencial uniforme, reiterada y pacífica, siendo sus más recientes pronunciamientos los de febrero 8 de 2012 y diciembre 12 del mismo año, radicados Nos. 37696 y 37611, respectivamente./ No obstante lo anterior, esta Sala ha revisado dicha línea y ha concluido mayoritariamente en su reiteración, luego la petición que hace la sentenciada de que se reexamine el tema deviene inane cuando precisamente el debate y los consecuentes salvamentos de voto se han suscitado en torno a esa temática./ El acusado por ende, según esa deducción final del ad quem, participó en los hechos como interviniente, vale decir, como autor sin calidad de servidor público, luego, como lo reclama el censor y avala el Ministerio Público, le correspondía la disminución punitiva prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, sentido en el cual el fallo impugnado será entonces parcialmente casado”.

Auto de 11 de diciembre de 2013 (MP: María del Rosario González Muñoz): “En ese orden de ideas, es incuestionable que el procesado [en cuanto determinador] no tiene derecho al descuento punitivo reclamado, restringido al coautor que no tiene la calidad de sujeto activo calificado exigida en el respectivo tipo penal, como de forma retirada lo ha precisado la Sala”.

Sentencia de 19 de marzo de 2014 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero): “Por lo demás, está claro que el interviniente es un verdadero autor, sólo que no reúne la especial cualificación que en ciertos delitos exige el tipo penal, en este caso no posee la condición de servidor público, forma atenuada de comprender la participación del inculpado frente a esta delincuencia que le reportó una sanción menor, sabido que S. celebró los contratos en los que tenía interés, por interpuesta persona, en aspecto que pone en cuestión si lo hizo como coautor, en la forma originalmente imputada, o en condición de interviniente, en la manera según finalmente, por favorabilidad, entendió el fallador, lo que descarta como es obvio la eventualidad referida genéricamente a serle imputada la conducta a título de cómplice, descartado que su intervención fue accesoria. En últimas, visto que la imputación como interviniente le reportó una sanción menor, carecería en todo caso de interés para sostener que sólo podía condenársele como coautor”.

Auto de 30 de julio de 2014 (MP: Gustavo Enrique Malo Fernández): “...para la Sala el interviniente sigue siendo un coautor y responde como tal, al margen del beneficio punitivo que conlleva aquella calidad./ .../ En concreto, determinó que en estos que se le tiene como “*coautor-interviniente*”, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, «*fenómeno accesorio de la participación en la conducta criminal, y tendrá derecho a la rebaja de pena de una cuarta parte, en la medida en que merece un mayor reproche el servidor público que viola el deber jurídico (intraneus), frente al que no posee esa especial calidad (extraneus)*»”.

Sentencia de 20 de agosto de 2014 (MP: Eugenio Fernández Carlier): “El interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación”.

Auto de 15 de octubre de 2014 (MP: Eugenio Fernández Carlier): “Pero tratándose de la rebaja punitiva para el interviniente, no es posible jurídicamente el indefectible reconocimiento a cualquiera de los que hubieren participado en delitos de sujeto activo calificado que no posean las calidades especiales de éste, porque como lo ha clarificado esta Corporación ello sólo tiene lugar para quien bajo tales presupuestos actúa como coautor, no cómplice o determinador./ En efecto, a los partícipes, sean determinadores y cómplices no los puede cobijar el descuento de una cuarta parte de la pena prevista en el tipo penal; a aquéllos les corresponderá la pena prevista para la infracción, en tanto que a éstos la señalada en el tipo penal disminuida de una sexta parte a la mitad./ Recuérdese

que el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación ...”.

Auto de 22 de octubre de 2014 (MP: Eugenio Fernández Carlier): “A este respecto, la Sala ha señalado que la disminución punitiva propia del interviniente no se predica para el cómplice, ni para el determinador, al contrario de lo sostenido por el demandante”.

Sentencia de 27 de octubre de 2014. (MP: Fernando Alberto Castro Caballero): “Además, a ... no podía tenérselo como interviniente de cohecho propio por cuanto esta figura, tal como la concibe la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación ..., únicamente admite como tal a quien no reuniendo las calidades exigidas para el autor, concurre a la ejecución material del delito —coautor—, por tanto si N. no hizo ningún aporte frente a la conducta típica en punto del presunto cohecho propio de L., puesto que al parecer quien recibió o aceptó dinero o promesa remuneratoria para vender su función fue la citada, entonces no podía considerársele como copartícipe./ ... Como se trata de un delito de sujeto activo cualificado, se considera autor a aquel que reúna esa especial calidad exigida por el legislador, es decir, lo realiza el servidor público que traiciona los principios legales, sin embargo, puede suceder que en la ejecución material del ilícito participe un sujeto que no reúna tal calidad pero que asume como propio el decurso delictual, al cual se le tiene como coautor-interviniente./ ... Para la Sala resulta diáfano que a pesar de que el procesado no tomó parte en la ejecución material del ilícito y que tampoco reunía las calidades especiales exigidas por el tipo penal para ser sujeto activo del mismo, de todas formas le asiste responsabilidad en el punible de interés indebido en la celebración de contratos pero a título de determinador, respecto de quien el legislador expresamente dispuso que se sanciona con el mismo monto de pena del autor, sin que haya lugar a discutir la eventualidad de que concurra la disminución punitiva señalada para el interviniente, pues cuando se trata de delitos que atentan contra la administración pública, los cuales requieren de sujeto activo cualificado (*intraneus*), la conducta de quien no reúne esas calidades (*extraneus*) encaminada a corromper y a instrumentalizar al servidor público para lograr sus malignas e ilegales pretensiones, merece tanto desvalor como la del autor que cede ante tales sugerencias o presiones”.

Auto de 2 de diciembre de 2014 (MP: Eugenio Fernández Carlier): “En cuanto a la violación directa por falta de aplicación del inciso final del artículo 30 del Código Penal, el profesional del derecho trajo a colación un problema jurídico resuelto de tiempo atrás

por la Corte en un sentido que se contrapone a sus intereses, atinente a la rebaja de la cuarta parte prevista por el legislador para el interviniente, es decir, el sujeto activo que sin contar con las calidades especiales requeridas por el tipo contribuye a la producción del resultado. Al respecto, la Sala ha dicho que tal disminución no puede aplicarse para quien actúa en calidad de determinador ni de cómplice, sino únicamente para quien participa a título de coautor”.

Sentencia de 9 de septiembre de 2015. (MP: Fernando Alberto Castro Caballero): “Por tanto, se equivocaron los falladores de instancia al dejar de aplicar la figura del interviniente –inciso final del art. 30 C.P.– y el consecuente descuento punitivo, toda vez que el delito de peculado por apropiación exige un sujeto activo cualificado, esto es, un servidor público, calidad que, según quedó visto, no reúne el acusado H. que, reitérese, actuó como particular al suscribir el contrato de obra cuestionado, y quien dadas las circunstancias del hecho juzgado fue acusado y condenado a título de autor”, citando a continuación pasajes de la sentencia de 8 de julio de 2003, que considera doctrina jurisprudencial “reiterada y pacífica”.

Sentencia de 30 de septiembre de 2015. (MP: Eugenio Fernández Carlier): “Si el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende como forma atenuada su participación, la Corporación de instancia no logró estructurar cabalmente la ligazón con los servidores públicos, también coautores”.

Auto de 28 de octubre de 2015 (MP: José Luis Barceló Camacho): “La polémica propuesta en el cargo primero, en el que se arguye que la concurrencia de particulares en delitos que prevén sujeto activo calificado da lugar a que en todos los casos se les aplique la diminuyente punitiva que para la figura del interviniente consagra el artículo 30, inciso final, del Código Penal, desconoce la jurisprudencia reiterada de la Sala que ha circunscrito tal instituto al coautor de delito especial sin cualificación excluyendo a los partícipes, o sea, al cómplice y al determinador .../ (...) De esta manera, con independencia de las referencias o estudios que en la doctrina puedan aparecer sobre el particular, lo cierto es que el entorno patrio la discusión ha sido zanjada hacia aquel entendimiento, es decir, a que los determinadores y cómplices en delitos especiales se les aplica la pena dispuesta en la ley por su participación accesoria sin diminuyentes de ninguna clase”.

Sentencia de 9 de marzo de 2016 (MP: Luis Guillermo Salazar Otero): “Finalmente, el cargo enrostrado por violación directa de la ley por el apoderado de N., por medio del cual cuestiona la estipulación de la pena como determinante al no habersele reconocido la disminución prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, en calidad de interviniente, no está llamado a la prosperidad, no por los motivos señalados por el Ministerio Público, quién no advirtió la independencia de esta censura con las anteriores y por ello, que no era inadmisibles su postulación por contradictoria, sino porque sus argumentos, nada novedosos, no dan lugar a modificar la posición que al respecto de manera consistente esta Corporación ya ha fijado y que, precisamente, intenta derruir infructuosamente./ Por manera que, no se puede identificar un error en la no aplicación de la disminuyente por el sentenciador, por cuanto ello lo fue en acatamiento de la jurisprudencia vigente al respecto que impide conceder tal rebaja al determinante, porque su destinación es exclusiva al coautor, título bajo el cual no se le endilgó responsabilidad./ Recuérdese que el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación ...” (sigue cita de pasajes de la sentencia de 8 de julio de 2003).

Auto del 30 de marzo de 2016 (MP: Gustavo Enrique Malo Fernández): “En esas condiciones, es inaceptable que el recurrente desconozca la realidad que exhibe el fallo confutado, para reclamar que su defendido actuó como autor material sin cualificación, esto es, como interviniente, en procura de obtener una dosificación punitiva más favorable”.

Auto de 29 de junio de 2016 (MP: Fernando Alberto Castro Caballero): la procesada no fue cómplice, sino interviniente, porque su conducta “revela sin ambages que la implicada obró como coautora, con dominio del hecho, puesto que sin su concurso no se habrían realizado los delitos objeto de acusación, por lo que al carecer de las calidades exigidas en el tipo penal –servidor público–, resulta ajustado a derecho considerarla como interviniente, según lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte”.

IV. La opinión de la doctrina científica

Por lo que alcanzo a ver, la doctrina colombiana es, sin embargo, mayoritariamente contraria a la interpretación de la Corte. Y ello, por cierto, con independencia de que se

asuma (plena o parcialmente) la categoría de los delitos de infracción de deber⁴. Sin afán de exhaustividad ni en la cita⁵ ni en los argumentos, podemos repasar algunas opiniones. Así, CÓRDOBA ANGULO llega a afirmar que “resulta inexplicable, por decir lo menos, que nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, en dos decisiones afirme, contrariando todos los principios y presupuestos básicos de la autoría y participación, que un *extraneus* pueda ser coautor en un delito de infracción de deber”⁶.

Es frecuente señalar que considerar autor o coautor a un *extraneus* en un delito especial o de infracción de deber vulnera de manera flagrante el principio de legalidad (y de tipicidad)⁷, también cuando se excluye del párrafo final del art. 30 CP precisamente a los partícipes, determinador y cómplice, que son precisamente los que se contienen en el art. 30⁸. En relación con esto último se apela incluso al sentido común⁹.

Se pone de manifiesto que resulta dogmática y político-criminalmente inaceptable que se castigue menos (por la aplicación de la regla del “interviniente”) al *extraneus* “coautor” con un *intraneus* que al *extraneus* que actúa como determinador de este (y que, por tanto, conforme a la línea jurisprudencial que se ha consolidado, quedaría excluido de la aplicación de tal regla)¹⁰.

⁴ Sobre la recepción en Colombia de esta, con múltiples ulteriores referencias, por todos ARIAS HOLGUÍN/SOTOMAYOR ACOSTA, Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción del deber”, en: Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional (DPC) 15 (2006), 133 ss. Estos autores adoptan una perspectiva crítica.

⁵ Entre otras cosas porque mis posibilidades de acceso a la literatura científica colombiana son limitadas.

⁶ CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 82.

⁷ Así, CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 89 s., 93; REYES ALVARADO LH-Gaitán Mahecha, 2005, 554 s., 556, 559; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., 2011, 304.

⁸ Así, CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 92; REYES ALVARADO, LH-Gaitán Mahecha, 2005, 552 s.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Lecciones PG, 2ª, 2011, 304. Negando con rotundidad que el “interviniente” del art. 30 CP pudiera ser autor o coautor, ya antes de la sentencia de 2003, pero teniendo en cuenta la de 2002, SUÁREZ SÁNCHEZ, El interviniente, en: RDCP, vol. XXII, n° 72 (2001), 20 s.

⁹ ARIAS HOLGUÍN/SOTOMAYOR ACOSTA, DPC 15 (2006), 163. En el caso de estos autores se da la peculiaridad de que, si bien creen que la disposición relativa al interviniente se aplica únicamente a los partícipes, es decir, a determinadores y cómplices, no cualificados (*extranei*), ello solo sucedería en los delitos especiales impropios, pues (planean al menos como hipótesis que) en los propios ese partícipe resultaría impune (v. especialmente 184 ss.; no es posible entrar aquí a discutir este extremo).

¹⁰ CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 92 s.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Lecciones PG, 2ª, 2011, 305. GÓMEZ PAVAJEAU, Intervención y omisión, 2005, 45.

También se ha aludido a la contradicción que supone admitir la categoría de los delitos de infracción de deber y, a la vez, sostener que puede ser (co)autor de estos una persona sobre la que no recae el deber especial (un *extraneus*)¹¹.

Solo VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ parece algo menos crítico con la sentencia que inició la línea jurisprudencial consolidada (considera que “sin duda, abre mejores caminos para el entendimiento del asunto”¹²), admitiendo que el interviniente pueda ser el autor, pero sin excluir de la figura (al contrario que la sentencia mencionada) al determinador *extraneus*, dada la regulación legal, aunque no al cómplice¹³. Con quienes sí se muestra absolutamente crítico este autor es con todos los que pensamos de manera diferente y contraria a la admisión de autores como “intervinientes” del art. 30 y a la exclusión de él de los partícipes (en caso del mencionado autor, solo de los cómplices)¹⁴.

V. Mi propia opinión

Pues bien, con mi máximo respeto por los tribunales y magistrados y jueces colombianos y por la doctrina que los apoya, debo volver a manifestar mi discrepancia con la tesis que se ha impuesto rotundamente en la jurisprudencia de Colombia y mi acuerdo con la doctrina mayoritaria del país. Como ya expuse mis argumentos en mi trabajo anterior sobre el tema¹⁵ y también ofrecí ulteriores referencias, omitiré aquí la autocita y, en general, la cita de otros autores, recordando, eso sí, que muchos de mis argumentos los defienden también otros autores colombianos. Me limito a continuación a realizar alguna reflexión relativamente nueva y a resumir mis principales argumentos.

Me parece insostenible la posición jurisprudencial (la de la sentencia de la Corte de 2002 y la de 2003 y la línea que ha consolidado esta) ya sencillamente porque decir que puede ser autor (coautor) de un delito especial o de infracción de deber (sigo sin entrar en el

¹¹ Así, CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 88 s.; URBANO MARTÍNEZ, Autoría y participación. Balance jurisprudencial, en: RDPC, vol XXV, n° 75 (2004), 215 s.; TORRES TÓPAGA, Autoría en los delitos de infracción de deber, en: RDPC, vol XXVI, n° 77 (2005), 92, 96 (desde una defensa clara de los delitos de infracción de deber); HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Lecciones PG, 2ª, 2011, 302 ss.

¹² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., 2009, 933 s. La expresión no aparece en su Manual de Derecho Penal. Parte General, 6ª ed. 2014, 600, aunque señala que la sentencia (en esta ed. hay una errata en su fecha) “por fortuna” rectifica algún error jurisprudencial anterior.

¹³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, PG, 4ª, 2009, 931 s.; 933 s.; Lecciones PG, 6ª, 2014, 598 s., 600.

¹⁴ V. los duros calificativos de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, PG, 4ª, 2009, 932 s. n. 254. Estos desaparecen en Lecciones PG, 6ª, 2014, pero es de suponer que no por un cambio de opinión del autor, sino porque en esta obra se renuncia a las notas al pie.

¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, vol XXVI, n° 77 (2005), especialmente 56 ss.

tema de las diferencias entre ambas categorías y en la valoración de la segunda) quien no reúne las especiales cualidades que estos exigen, como es necesariamente el caso de nuestro “interviniente”, es una contradicción palmaria. Ello contradice, más allá incluso de la teoría de la codelinuencia, el propio principio de legalidad (y tipicidad). Esos tipos exigen necesariamente y en su tenor que los realice como autor un *intraneus*.

La primera de las sentencias de la Corte, la de 2002, admite (en muchos casos con contradicciones) “intervinientes” autores y partícipes y hasta instrumentos impunes (a los que evidentemente no habría forma de aplicarles la regla del párrafo final del art. 30 CP colombiano).

La segunda (la de 2003) restringe el “interviniente” al “coautor” *extraneus* que realiza el delito junto a un coautor (aquí sí con mayor propiedad) *intraneus*. Pero no puede superar la crítica central y evidente de que no puede haber un autor (por lo tanto, de ninguna clase, tampoco un coautor) en un delito especial o de infracción de deber que no reúna las cualidades especiales exigidas sobre el tipo (o sobre el que no recaiga el deber, para los que así lo prefieran).

Aventuro mi sospecha o intuición¹⁶ de que tras la importante sentencia de 8 de julio de 2003 y las demás que le siguen late la idea de que la coautoría (supongo que en especial la que en Colombia se denomina “impropia”, aunque parece ser la mencionada en el segundo párrafo del art. 29 CP colombiano) no es verdadera autoría, sino una forma accesoria o parcialmente accesoria de intervención. Esto es, por cierto, algo que, fuera del problema que aquí nos ocupa, se observa a veces en decisiones judiciales y en opiniones doctrinales en diversos países, incluido el mío. O al menos de que el especial “coautor” del último párrafo del art. 30 CP no lo es estricta o jurídicamente (es decir, no es verdadero autor), sino que es algo nuevo: “interviniente”, eso sí, no determinante ni cómplice tampoco, una figura nueva y distinta.

Significativa al respecto me parece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 2012 (MP: María del Rosario González Muñoz): “En ese caso, sin duda, desde el punto de vista naturalístico se configura una coautoría, aun cuando quien no reúne la condición requerida por el tipo penal adquiere por mandato legal la calidad de interviniente, figura a la cual se refiere el inciso final del artículo 30 del estatuto punitivo”.

¹⁶ Alimentada también porque me parece difícil que una sentencia bien hilada como la que comienza la línea citada o un autor tan importante y sólido como VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ incurran sin más en un razonamiento que a primera vista parecería claramente sin fundamento.

Habría, por lo tanto, autores (inmediatos, mediatos y coautores, partícipes determinadores y cómplices) y un “interviniente”. Pero creo que, en ese caso, dando un paso más allá sobre lo que sostiene la línea jurisprudencial consolidada y la doctrina colombiana muy minoritaria, debería reconocerse que ese “interviniente” es un partícipe, sometido por tanto al principio de accesoriedad y respetando así la idea de que no es posible ser autor no cualificado en un delito especial o en uno de infracción de deber. Ello explicaría también la ubicación del precepto.

Evidentemente no es esa tampoco la interpretación del último párrafo del art. 30 CP que sustento, entre otras razones porque así, para resolver un problema muy concreto (el del no cualificado que comparte plenamente el hecho con el cualificado), se dejaría fuera de la regla al determinador y al cómplice, lo que me parece muy inadecuado y supondría algo así como “matar moscas a cañonazos”, si se me permite una expresión poco académica. Pero, al menos, resultaría una posición más clara y más coherente con la teoría de la codelinuencia y hasta con el principio de legalidad.

Por lo demás, sigo entendiendo aceptables mis argumentos anteriores (que también son de otros) frente a las sentencias que supusieron el giro interpretativo que analizamos (sobre todo la segunda), los principales de los cuales son mis dudas (en realidad más que eso) sobre la posibilidad de admitir de manera irrestricta la categoría de los delitos de infracción de deber (aunque he señalado repetidamente que esto no es objeto de las presentes reflexiones), la inconsistencia incluso con esa tesis de admitir que pueda ser autor un no cualificado y que basta, en la primera sentencia, que cualquiera (hasta un sujeto instrumentalizado en la autoría mediata¹⁷) de los que intervienen en el hecho sea un cualificado para que el delito sea especial o de infracción de deber (con curiosas apelaciones incluso al actuante por otro, al que, de ser cierto lo sostenido por la sentencia, habría que aplicarle siempre la rebaja del “interviniente”, pues, por definición, no reúne las cualidades especiales en su persona), la incorrección de la apreciación de la sentencia de 8 de julio de 2003 de que aplicar la rebaja del “interviniente” al determinador o cómplice *extraneus* vulneraría el principio de igualdad (antes al contrario, lo respetaría al apreciar la diferente cercanía al injusto especial de cualificado y no cualificado; y es posible que lo que lo vulnere sea precisamente la interpretación jurisprudencial).

¹⁷ Del que la sentencia de 25 de abril de 2002 dice que será siempre impune, algo que muchos no compartimos, pues creemos en la posibilidad de autor (responsable) tras el autor (responsable).

Por lo demás, la interpretación de que el último párrafo del art. 30 CP se refiere a los partícipes parece más coherente con la ubicación del precepto y coloca al Derecho colombiano más en línea con el de otros países con cláusulas muy parecidas, aunque es evidente que este argumento no resulta central, sino de apoyo¹⁸. La regla del “interviniente” combinaría la consagración de la unidad de título de imputación en los delitos especiales o de infracción de deber con la atención a la mayor lejanía de los partícipes (accesorios, por tanto) *extranei* del injusto especial de (todos o algunos, sobre eso no entro tampoco aquí) esos delitos.

VI. La intervención de *extranei* en delitos especiales: ¿cómo se resuelve la “coautoría” entre un *intraneus* y un *extraneus*?

El problema central que preocupa a la sentencia de 8 de julio de 2003 y a las que la han seguido es la de cómo calificar al “coautor” *extraneus* que realiza el hecho junto a un coautor *intraneus*¹⁹. Pues bien, ya me ocupé en mi trabajo anterior varias veces mencionado ampliamente de este tema y las distintas posibilidades²⁰, de modo que aquí reproduciré solo mi solución para los casos más habituales.

El tratamiento del *extraneus* debe ser, a mi modo de ver, el siguiente: en los delitos especiales propios no cabe calificarlo de autor de delito alguno, pero sí de cómplice, partícipe castigado con pena inferior a la del autor en sentido estricto en el delito especial del *intraneus*, pues toda coautoría (en el sentido material), por ser realización conjunta de la acción (o acciones) típica(s) nuclear(es), supone cooperación en el delito (a no ser, claro, que el coactuante extraño sea además el determinador del otro sujeto, en cuyo caso esta será la calificación que proceda; no reiteraré esta observación).

En los delitos especiales impropios, el *extraneus* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cómplice en el delito especial; ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del

¹⁸ En este sentido tampoco me parece justa la crítica que me hace VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, PG, 4ª, 2009, 932 n. 254, de que hago “esfuerzos mayúsculos por acomodar las fórmulas colombianas a su {mi} propia concepción, originariamente diseñada de cara al derecho español”. Siempre he sido respetuoso con las diferencias entre los distintos ordenamientos positivos (incluso he criticado seguidismos doctrinales que a veces las ignoran) y, desde luego, mis esfuerzos, acertados o no, en la materia que nos ocupa estaban y están muy lejos de pretender simplemente ese acomodo. Que mi posición coincida ampliamente con la de la mayoría de la doctrina colombiana creo que lo demuestra sobradamente.

¹⁹ CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol. XXV, n° 75 (2004), 78, considera además que ya antes de producirse la actual discusión este era “tal vez el caso más problemático”, lo que posiblemente explique la deriva de la sentencia que ha marcado la línea jurisprudencial en la materia.

²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, vol. XXVI, n° 77 (2005), 75 ss.

sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus*.

En definitiva, en los supuestos que parecen preocupar especialmente en la segunda sentencia, al *extraneus* se le puede castigar (sin tener en cuenta ahora su posible autoría de un delito común) como cómplice del delito especial, es decir, con una pena atenuada. Además habrá que añadir la rebaja de pena en virtud del artículo 30 *in fine* CP (doble rebaja, como veremos enseguida). Podría observarse que la pena es excesivamente leve para este “coautor” material, especialmente en comparación con la que corresponde al determinador.

Pero esto es una consecuencia de la decisión del legislador colombiano de no incluir en el Código Penal una forma de cooperación o complicidad equiparada en pena a la autoría, lo que se puede conseguir describiendo una figura aparte de la del cómplice (solución que me parece preferible y que es la que adopta el CP español en la letra b de la segunda parte de su art. 28) o haciendo potestativa o dependiente de ciertas circunstancias la rebaja de pena para la complicidad, tal y como existe en el CP español (letra b de la segunda parte del art. 28). En España, el “coautor” *extraneus* sería un cooperador o cómplice necesario (un partícipe sometido a la regla de la accesoriedad), al que se aplicaría, en su caso, la rebaja de pena (potestativa en España), permitida por el art. 65.3 CP español (el similar al del interviniente, como señalé al principio de este trabajo), si su distancia del injusto especial lo merece. Esta solución me parece más satisfactoria.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ²¹ ha desmentido, frente a mí, la inexistencia de cooperación o complicidad necesaria en el Derecho penal colombiano, fundando su existencia en el cuarto párrafo del art. 61 CP colombiano (en concreto en su parte final), que reza: “Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”.

Sin duda tiene razón este autor en que yo debería haber mencionado el precepto. Corrijo mi omisión y lo hago ahora. Pero, obviamente, el criterio general que ofrece (el mayor o menor grado de eficacia de la contribución y ayuda) es muy flexible y, por supuesto, opera sobre la rebaja de pena que establece el segundo párrafo del art. 30 CP colombiano para

²¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, PG, 4ª, 2009, 931, 931 n. 251; Lecciones PG, 6ª, 2014, 598.

la complicidad: “pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”, lo que no resulta equiparable a lo dispuesto por el CP español. Pero tampoco deseo entrar aquí en esa discusión (pues la regulación de la cooperación necesaria en España es también discutida y discutible). Aprovechando de modo constructivo la advertencia que me hace el autor citado, señalaré que el “coautor” *extraneus* de nuestro caso, que habrá de ser calificado de cómplice en Colombia, deberá recibir, con apoyo en el art. 61, párrafo cuarto *in fine* CP, la menor rebaja de pena en el marco del segundo párrafo del art 30 CP colombiano. Con todo, sigue sin satisfacer el trato más favorable de este sujeto frente al determinador *extraneus* (no entro a discutir si ello es porque la pena del cómplice o cooperador debería ser más alta o porque la del determinador o inductor debería ser menor).

VII. ¿Doble rebaja de pena al cómplice interviniente?

Por fin, se plantea si el cómplice *extraneus* en un delito especial o de infracción de deber (recuerdo además que en esa categoría se ha de incluir, como acabo de decir, al falso “coautor” *extraneus* que realiza el hecho con un *intraneus*) ha de recibir solo la rebaja de pena debida a la menor entidad de su participación en el delito (segundo párrafo del art. 30 CP) o además la correspondiente al “interviniente” (párrafo final del art. 30 CP colombiano).

En coherencia con la exclusión de los cómplices de la regla del “interviniente” por la sentencia de 8 de julio de 2003 y todas las que le siguen, y por la doctrina colombiana minoritaria, pero relevante al estar representada por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ²² (quien, recuérdese, coincide en este punto con la jurisprudencia consolidada, pero no así en lo que se refiere a la exclusión por esta del determinador o inductor de la regla del “interviniente”), una y otra creen que al cómplice solo le es aplicable la primera rebaja, pero no la segunda.

Esta posición no se produce solo en Colombia. Llega hasta el punto de que en España, la ley ha excluido de la rebaja (potestativa en España) del precepto español similar al del interviniente (el art. 65.3 CP español) al cómplice (no necesario o simple), al mencionar literalmente solo al inductor (determinador) y al cooperador necesario.

²² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, PG, 4ª, 2009, 932; Lecciones PG, 6ª, 2014, 598.

Sin embargo, la doctrina colombiana mayoritaria (y la primera sentencia de la Corte, la de 25 de abril de 2002) cree que debe aplicarse la doble rebaja²³.

Como parece coherente con todo lo que hasta ahora he expuesto y defendido, estoy de acuerdo con esta segunda opinión²⁴. Resumidamente señalaré que ello se debe a que ambas rebajas poseen un fundamento diferente: la primera responde a la menor entidad de la contribución del cómplice y la segunda, idéntica a la que opera en el determinador o inductor, a la (eventual) mayor lejanía del partícipe *extraneus* respecto del injusto especial. Por ello me parece equivocada también la exclusión de la rebaja (potestativa) de pena al cómplice en el art. 65.3 CP español²⁵.

²³ Así al menos SUÁREZ SÁNCHEZ, El interviniente, en: RDCP, vol. XXII, nº 72 (2001), 29; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Lecciones PG, 2002, 286, 287; 2ª, 2011, 301, 305; CÓRDOBA ANGULO, RDPC, vol. XXV, nº 75 (2004), 84; URBANO MARTÍNEZ, RDPC, vol. XXV, nº 75 (2004), 216; ARIAS HOLGUÍN/SOTOMAYOR ACOSTA, DPC 15 (2006), 163, 183

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, vol. XXVI, nº 77 (2005), 70, 77.

²⁵ Un sector doctrinal en España propone aplicársela por analogía (favorable). Aunque no entraré en el debate, esa posibilidad, que me parecería materialmente satisfactoria y que no es imposible (por tratarse de analogía favorable), plantea en todo caso dificultades ante el claro tenor literal del precepto, que habla de “inductor” y de “cooperador necesario”, en clara exclusión del cómplice (o cooperador no necesario).