

La figura del interviniente en el ordenamiento jurídico-penal colombiano

~Prof. Ricardo Hernán Medina Rico~

Profesor de la Univ. de El Rosario, Bogotá (Colombia). Socio de la FICP¹.

~Prof. Laura Andrea Acosta Zárate~

Profesora de la Univ. de El Rosario, Bogotá (Colombia). Socia de la FICP².

“Pero aquel que sin saberlo, se hizo también culpable, será castigado menos severamente. Al que se le dio mucho, se le pedirá mucho; y al que se le confió mucho, se le reclamará mucho más”.

Lucas 12: 48

Resumen.- El presente artículo de reflexión busca desarrollar la figura del interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la dogmática nacional e internacional así como del desarrollo jurisprudencial de la Figura. Se hará una exposición dogmática de los delitos comunes así como de los delitos especiales para, a partir de ello, realizar un análisis de la problemática existente en los delitos especiales cuando el sujeto activo de la conducta no cumple con las características específicas requeridas por el tipo penal. Aunado a lo anterior, se presentará la clasificación de autoría y determinación presentes en el Código Penal colombiano y porqué la sanción requerida para el interviniente no se prevé bajo ningún otra figura de las previstas en la legislación nacional.

Palabras clave.- Autoría y Participación, Servidor Público, Interviniente, Delitos Especiales, Pena.

Abstract.- The following article aims to develop the figure of the “intervener” in the Colombian legal system based on national and international doctrine as well as on the jurisprudential pronouncements about the Figure. Firstly, common and special crimes are going to be analyzed from a dogma perspective in order to evaluate a further issue concerning those cases in which the offender does not fulfill all the requirements demanded by the law. Moreover, this figure will be adapted to the classification of authors that the Colombian Penal Code has and thus, answer why there is no sanction for the “intervener” in any title of the Code.

Key Words.- Perpetration and participation, Public Official, “Intervener”, Special Crimes, Penalty

¹ Abogado egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia). Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Miembro del Consejo Directivo del Colegio de Abogados Rosaristas. Tutor del Equipo de Técnicas de Juicio Oral de la Universidad del Rosario. Profesor de Práctica Penal en el pregrado de la Universidad del Rosario y de postgrado en las universidades del Rosario, Católica de Colombia, Sergio Arboleda (sede Santa Marta - Colombia) y en la Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano. Conferencista invitado en seminarios y diplomados en la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad del Rosario, la Cámara de Comercio de Bogotá, la Personería de Bogotá, entre otros. Ha capacitado instituciones como Migración Colombia y la DIAN. Socio de la Fundación Internacional de las Ciencias Penales. Secretario Académico de Pregrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Abogada egresada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Penal de la misma casa de estudios. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sistema de Justicia Penal de las Universidades de Alicante (España), Lleida (España) Jaume I de Castellón (España) y Rovira e Virgili (España). Profesora de Constitución Política y Democracia en la Universidad del Rosario. Conferencista invitada en seminarios y diplomados en la Universidad del Rosario, APLegis y el Colegio de Abogados Rosaristas, entre otros. Socia de la Fundación Internacional de las Ciencias Penales. Autora de diversos textos académicos. Actualmente trabaja en las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia. Lo expresado en el presente trabajo son opiniones personales que no comprometen institución alguna.

I. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales se ha pretendido castigar a quien cometa conductas contrarias a la sociedad y contra sus ciudadanos. En un primer momento, el reproche resultaba ser parte de la venganza privada para, poco a poco, ser sustituida por lo que hoy conocemos como el Derecho Penal. Así, desde el Código de Hammurabi se han instaurado sistemas legales donde se reprime y se sanciona la comisión de acciones y omisiones que hoy se llamarían delictivas. El Derecho Penal moderno ha propendido por la humanización de la pena y ha esgrimido sus fundamentos sobre principios irreprochables tales como la legalidad y el derecho penal de acto³.

De acuerdo a la evolución del Derecho penal el delito implica hoy en día, en palabras del maestro FORERO RAMÍREZ (2002), “la existencia de una conducta previa. Ésta (que puede ser activa u omisiva) tiene unos atributos o cualidades: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad” (p. 1)

A partir de lo anterior, el Estado ha propendido por imponer penas justas, necesarias, proporcionales y razonables. Según lo mencionado, se ha querido analizar el nivel de intervención del sujeto, así como los encargos especiales que se les imponen a los ciudadanos, para otorgar la pena correcta que cumpla con los diversos fines que el propio ordenamiento jurídico y la sociedad exigen.

Existen ciudadanos con papeles y roles especiales sobre los cuales recaen mayores obligaciones pero que tienen prerrogativas sobre el resto. Verbigracia de lo anterior, existen los servidores públicos, a quienes se les encarga la protección de la cosa pública y el servicio a los ciudadanos; es por la posición que ocupan dentro de la sociedad que la infracción de los deberes a su cargo, genera un reproche mayor que el de aquél ciudadano del común que deshonor la administración pública.

Sin embargo, existen situaciones donde el ilícito no lo comete sólo quien tenga el vínculo jurídico especial; habrá eventos donde el particular preste una colaboración o sea aquél que determine el actuar criminal del sujeto con calidades especiales. En estas hipótesis, su reproche jurídico penal no tendrá mayor inconveniente debido a que se sancionará como

³ Esta evolución la concreta el profesor y maestro BERNATE OCHOA (2005) afirmando: “El derecho penal fruto de la Ilustración representa un cambio de paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, su antecesor. El punto de partida lo representa un nuevo entendimiento del Estado, que pierde su carácter metafísico que lo acompañó en épocas pretéritas y pasa a ser concebido como un ente abstracto resultante de la suma de las voluntades de los individuos – centro de esta nueva ideología-, que su favor ceden una porción de sus derechos, a cambio de la protección que éste ente abstracto les proporciona” (p. 136)

determinador o cómplice y tendrá, según sea el caso, un marco punitivo igual (si es determinador por ser el órgano corruptor) o menor (si es cómplice por su falta de dominio del hecho) que la del autor en quien recae la conducta.

Empero, en el caso en que el particular ejecute actividades que resulten mucho más relevantes para el desarrollo del ilícito, es donde surge la problemática del interviniente y cómo determinar su responsabilidad penal. Podrán encontrarse momentos donde la concurrencia del particular sea determinante y necesaria para la comisión del punible, es decir, que sin la aquiescencia y la intervención del sujeto sin calidades especiales, no podrá cometerse el delito. Es aquí donde la dogmática, la jurisprudencia y la propia Ley debatieron durante años qué hacer con el extraneus.

El presente artículo busca explicar la figura del interviniente contemplada en la legislación colombiana como base para solucionar las discusiones dogmáticas suscitadas al respecto. En primer lugar, se expondrá la clasificación existente entre los delitos comunes y los especiales, haciendo referencia a los delitos especiales propios y los impropios. En un segundo término, se explicará de manera sucinta la autoría y participación en Derecho penal, y así en un tercer momento, podrá evidenciarse la problemática que existe cuando se cometen delitos especiales desplegando todo el actuar de un denominado “autor” pero sin tener la calificación que exige el tipo penal. En un cuarto momento se explicará cómo se ha desarrollado la figura del interviniente en el ordenamiento colombiano. Como último aparte, se esgrimirán unas conclusiones.

II. DELITO COMÚN Y DELITO ESPECIAL

Para analizar la figura del interviniente a la luz de la legislación colombiana, resulta pertinente profundizar en una clasificación de los tipos que hace alusión a los sujetos activos de los mismos. En este punto, se hace una distinción entre los delitos comunes y los delitos especiales en la medida en que no todos los tipos penales pueden realizarse por cualquier individuo, sino que existen algunos en los que se requieren de calidades específicas del autor para que pueda configurarse la conducta punible.

En primer lugar, respecto de los delitos comunes, es posible afirmar que hacen referencia a aquellos tipos penales que pueden ser cometidos por cualquier individuo sin que se requiera para su configuración, de calidades especiales del mismo. JESCHECK (2002), al referirse sobre los tipos penales comunes, sostiene que “en los delitos comunes el autor puede ser cualquiera, tal y como muestra el anónimo *el que* al comienzo de la mayoría de las

disposiciones penales” (p. 285). En el mismo sentido, MIR PUIG (2007), ha sostenido que “la ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo *el que* ejecute la acción típica. Todos los delitos en que esto suceda, serán delitos comunes” (Págs. 257 y 258). Por último, VELÁSQUEZ (2007), se ha referido al tema estableciendo que “se puede hablar de tipos comunes para referirse a los que no exigen ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita, y que pueden ser realizados por cualquiera” (Págs. 387 y 398).

En la normatividad colombiana vigente, la mayoría de las conductas punibles son delitos comunes; sin embargo, con el ánimo de ilustrar lo anteriormente dicho, son delitos comunes el homicidio, las lesiones personales, la omisión de socorro, el secuestro simple, el cohecho por dar u ofrecer, entre otros, previstos por los artículos 103⁴, 111⁵, 131⁶, 168⁷ y 407⁸ respectivamente. Respecto del último, en el delito de cohecho por dar u ofrecer, no se requiere de la condición “servidor público” para llevar a cabo la conducta punible, sino que precisamente se sanciona al particular,- que puede ser cualquiera-, por ofrecer dádivas indebidas a un servidor público.

Por el contrario, respecto de los delitos especiales, resulta pertinente hacer un breve contexto histórico para poder determinar el concepto de los mismos. En primer lugar, En El Derecho Romano ya se hacía una distinción entre los *delicta communia* y los *delicta propria*, previstos en el Digesto; respecto de estos últimos, los *delicta propria*, se hacía referencia a aquellas conductas ilícitas tipificadas cometidas por parte de sujetos que cumplían una función especial dentro del Estado, los militares. Posteriormente, los glosadores extendieron el concepto de delitos propios, estableciendo que no se configurarían respecto de los militares exclusivamente, sino también se aplicaría a los funcionarios públicos y religiosos, teniendo como fundamento la infracción de un deber especial que recaía sobre esta clase de ciudadanos

⁴ ARTICULO 103. HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

⁵ ARTICULO 111. LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

⁶ ARTICULO 131. OMISION DE SOCORRO. El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

⁷ ARTICULO 168. SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos(1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁸ ARTICULO 407. COHECHO POR DAR U OFRECER. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

particularmente. En tercer lugar, en la Edad Media, especialmente en Italia y Alemania, se recalcó la infracción de deberes especiales como uno de los fundamentos de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos. Por último, durante el siglo XIX, tras la aparición de los primeros Códigos Penales diferentes a los de los Länder, se estableció un régimen especial para determinar la responsabilidad penal de los militares, reservando los delitos especiales para los funcionarios públicos exclusivamente.

Ahora bien, para comprender a cabalidad el concepto de delito especial previsto en la doctrina, es necesario hacer un breve repaso sobre los diferentes modelos conceptuales que la doctrina alemana y española ha construido sobre este punto tal y como lo establece GÓMEZ MARTÍN en su obra "Los delitos especiales".

En un primer lugar, se habla de un concepto simple de delito especial, el cual consagra que son aquellos que sólo pueden ser cometidos, a título de autor, por personas que posean las calificaciones previstas por los tipos penales de este carácter. Esta teoría es acogida por ROBERT VON HIPPEL, citado por GÓMEZ MARTIN (2006), el cual establece lo siguiente:

"(...) la esencia del delito especial no reside en que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas descritas en el tipo pueden cometer estos delitos como autores físicos. Esto, y sólo esto, es lo que se encuentra en la ley, que aquí, como en todas partes, se circunscribe en su redacción al autor físico" (p. 12).

De igual forma, JESCHECK (2002) establece que "el tipo solo designa como autor a personas que poseen una caracterización especial (vgr., funcionarios o soldados)" (p. 286). De lo anterior, es posible establecer que no basta con que la persona sea quien ejecute personalmente la conducta descrita por el tipo penal, sino que adicionalmente, es necesario que el sujeto posea las calidades especiales previstas por el mismo.

En segundo lugar, se encuentra el concepto complejo de delito especial, que a su vez es mucho más completo, en la medida en que no se limita a restringir el círculo de posibles autores de la conducta punible, sino que también establece el fundamento de dicha restricción. Son partidarios de esta tesis, autores como SCHMIDHÄUSER, quien citado por GÓMEZ (2006) estipula que:

"se conoce con el nombre de delito común (*Gemeindelikt*) al delito general (*Allgemeindelikt*) comisible por cualquier persona, y con el de delito especial (*Sonderdelikt*) al delito que tan solo puede ser cometido por un círculo limitado de posibles autores sobre la base de una especial posición de deber" (p. 22).

Por otro lado, sobre el concepto autónomo de delito especial, GÓMEZ (2006) establece que “la categoría del delito formada por el binomio *delito especial/ común*, constituiría, junto a los binomios *comisión/omisión*, *autoría/participación*, o *tentativa/consumación*, una nueva forma de aparición del delito” (p. 25). Por último, el concepto dependiente de delito especial, según lo establecido por GÓMEZ, considera que no es posible una definición de delito especial sin tener que remitirse a un concepto de autoría. Por lo tanto, se le concibe como una mera agrupación típica dentro de una determinada aparición del delito. Sin embargo, debe hacerse la salvedad, de que no siempre en los delitos especiales esta calidad se encuentra tipificada de manera explícita, sino que es posible que en varios tipos penales se emplee la expresión “el que”, pero de la descripción de la conducta típica puedan inferirse dichas calidades; tal es el caso del delito de alzamiento de bienes⁹.

Una vez expuestas las distintas teorías sobre el concepto de autor, se entiende por delito especial aquellos que para su configuración, requieren que su autor posea ciertas calidades o condiciones específicas, como por ejemplo, la de servidor público, la de padre de familia, entre otras. Al respecto, JAKOBS (1995) afirma que “en los delitos especiales en sentido amplio no puede ser cualquiera autor de un delito consumado, sino sólo una persona con determinadas características o en determinada situación” (p. 214). De igual manera, LUZÓN PEÑA (2012) establece que son delitos especiales los que “exigen una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo” (p. 163).

A su vez los delitos especiales se dividen en propios e impropios. Son delitos especiales propios aquellas conductas punibles que para que sean cometidas a título de autor por parte de un sujeto, es necesario que éste tenga una cualificación o característica especial; de lo anterior, es posible inferir que todo aquél que intervenga en la comisión del delito y que no posea dicha cualificación, independientemente de si tiene o no el dominio del hecho, no podrá imputársele el delito puesto que no se configuraría la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal colombiano, es un tipo penal especial propio, ya que no puede ser cometido a título de autor por una persona que no tenga la cualificación de servidor público.

⁹ ARTICULO 253. ALZAMIENTO DE BIENES. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otro lado, los delitos especiales impropios, hacen referencia a aquellos tipos en los cuales la calificación no constituye un requisito para que éste pueda configurarse, sino por el contrario, solamente se prevé como una agravación de la conducta punible. Al respecto, JAKOBS (1995) sostiene que “si el deber especial fundamenta la punibilidad, se habla de delitos especiales *proprios*; en los demás casos (cuando meramente se agrava la penalidad), de delitos especiales *impropios*” (p. 214). Un ejemplo de este tipo de delitos en la legislación colombiana, es el delito de extorsión agravada previsto por los artículos 244 y 245 numeral 2; en este punto, es posible hablar de un tipo especial impropio en la medida en que, si bien la extorsión es un delito que puede ser cometido por cualquier persona sin requerirse de una condición especial, el artículo 245 numeral 2 establece que la pena prevista para la extorsión se agravará en aquellos casos en que la conducta fuese cometida por parte de un servidor público o miembro del Estado. En este caso, no es imperioso que el sujeto activo sea cualificado, sino que dicha condición resulta relevante en la agravación de la pena.

III. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL

La comisión de un delito presume la existencia de uno o varios responsables. El estudio del Derecho Penal ha propugnado por establecer quién debe responder y bajo qué modalidad, entendiendo que no todas las personas alrededor de la producción del punible deben responder bajo el mismo título y con la misma pena.

Según lo anterior, analizar la figura de la autoría y la participación en el Derecho Penal, implica transportarse a una de las categorías dogmáticas más importantes dentro del estudio de la ciencia jurídico penal. Este artículo involucra entonces un somero estudio de los diferentes conceptos de autor, haciendo una breve explicación sobre las teorías que manifiestan que no debe existir diferenciación entre autor y partícipe sino que todos aquellos que intervienen en la comisión del punible merecen la misma pena y el mismo reproche (concepto unitario de autor), hasta encontrar teorías diferenciadoras que otorgan diferentes juicios y por ende disímiles consecuencias jurídicas y punitivas a los autores y a los partícipes. Después de cumplido ese cometido, se desarrollarán los diferentes tipos de autor y de partícipes dentro de la teoría dominante en Iberoamérica.

Ahora bien, independientemente de si existe un concepto unitario de autor o una teoría diferenciadora entre autor y partícipe, es menester de quien escribe definir, aunque sea de manera clásica, qué es autor. Para esto, podría retomarse lo expresado por el profesor JIMÉNEZ DE AZÚA (2006) quien consagraba con respecto a los autores que:

“Suele definírseles como los que toman parte directa en la ejecución del hecho. Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito in species. Por eso, la participación es, como la tentativa, una causa de extensión de la pena, puesto que el CP define cada delito en vista de la consumación por el autor.

Puede darse el caso que también se denomine autor al que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro sujeto que no es autor o no es culpable o es inimputable. En tal hipótesis nos hallamos en presencia del autor mediato” (p. 574)

Por un lado, el concepto unitario de autor considera que no debe existir la distinción entre autores y partícipes, ya que cualquier persona que tome parte del hecho delictivo debe responder a título de autor. En palabras del profesor JESCHECK (2002) el concepto unitario de autor: “(...) Trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el significado que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global” (p. 694).

Por su parte, las teorías diferenciadoras pueden englobarse en el concepto extensivo y en el concepto restrictivo de autor; el concepto extensivo de autor, comparte con el concepto unitario que no debería existir distinción entre autores y partícipes, pero reconoce que la realidad normativa sí hace dicha diferenciación. Estas teorías, encuentran la justificación para la diferenciación en las teorías subjetivas, así los profesores BERDUGO, ARROYO y otros (2010) explican la figura afirmando que: “Un sujeto será autor si actúa con voluntad de autor (animus auctoris) y será partícipe si obra con voluntad de partícipe (animus socii)” (p. 382).

Sin embargo, estas teorías subjetivas del concepto extensivo de autor fueron criticadas de manera severa por la doctrina, ya que la responsabilidad penal del individuo se deriva de su intencionalidad, lo cual llevaba a complicaciones en la parte probatoria y a excluir cuestiones diferentes a la voluntad. Es por esta razón, que para diferenciar autores y partícipes debían acudir a cuestiones objetivas.

Por lo anterior, surgieron las teorías restrictivas, encargadas de afirmar que debe existir un claro contraste entre los conceptos de autor y partícipe. Estas proposiciones podrían enmarcarse dentro de la teoría objetivo-formal, la teoría objetiva-material y, como teoría mayoritaria en el Derecho Penal Iberoamericano, la teoría del dominio del hecho. El concepto restrictivo de autor, en palabras del profesor DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991):

“parte de la existencia de diferencias objetivas entre la conducta del autor y la del

partícipe. Autor sólo podrá ser aquel en quien concurren todos los elementos de la descripción típica; si no existieran normas que castiguen la participación, ésta tendría que ser necesariamente impune, por lo que tales normas son causas de extensión de la punibilidad” (p. 42).

El concepto restrictivo basado en la teoría objetivo-formal fundamenta la autoría en el principio de legalidad y la realización del tipo penal. Según lo anterior, será autor quien despliegue la totalidad del tipo penal. En palabras de MIR PUIG (2007) “lo decisivo es sólo y siempre la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal” (p. 370).

En cuanto a la teoría objetivo material, el mismo autor señaló que: “intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante” (p. 371)

Ahora bien, la teoría acogida de manera mayoritaria por legislaciones, así como por jurisprudencia y doctrina, ha sido la del dominio del hecho. Esta teoría considera que será autor quien tenga el dominio del hecho, lo que se traduce en la posibilidad (potestad o poderío más que facultad) de iniciar, ejecutar, suspender, terminar, aplazar no desarrollar, impedir, la acción o la omisión delictiva. A pesar del amplio desarrollo y las vertientes que tiene la presente teoría, de manera concisa y breve DE VICENTE MARTÍNEZ (2011) expresa que será autor “el sujeto que tiene el dominio del hecho, es decir, el sujeto que decide los aspectos esenciales de la ejecución del hecho, quien decide o tiene en sus manos el sí y el cómo del acontecer típico” (p. 209).

Según lo anterior, si una de los participantes en la comisión del ilícito no tiene facultades para detener la ejecución del mismo, es decir, si no tiene la capacidad de decidir en qué momento comenzar a ejecutarla y no tiene la potestad de culminarla cuando lo desee, se encontrará frente a alguien que carece del dominio del hecho y por ende del título de autor del delito. Será lo que se denomina un partícipe del delito pero no se considerará bajo ninguna modalidad de autoría. Esto lo afirma el tratadista CREUS (2012), quien escribe que para la teoría del dominio del hecho:

“justamente es autor quien tiene ese dominio, aun cuando, en el caso concreto, se haya limitado, en el aspecto ejecutivo, a realizar un aporte que no se adecue al concepto de causalidad típica (se puede entonces sostener que es autor quien no “mató”, no se “apoderó” o

no “engaño” en cuanto en sus manos haya estado el dominio del hecho), quien no haya dominado el hecho, no puede ser autor, por más que su aporte haya sido determinadamente causal. Quien no reúna en su conducta las características de ese poder, no será más que partícipe (en sentido estricto).” (p. 386)

Dentro del concepto de autor bajo la teoría del dominio del hecho se hallan diversos autores, a saber, el autor directo, el autor mediato y el coautor. Existirá la posibilidad de encontrarnos frente a la autoría paralela pero la misma no será objeto del presente estudio. Por el contrario, se debe entrar a mirar cada uno de los autores desde la perspectiva de la teoría en cuestión.

Dentro de la clasificación de autor el primero que se encuentra es el autor directo. Será autor quien domine directamente el hecho, quien “de propia mano” pueda decidir cuándo y cómo inicia, suspende y termina la ejecución del acto criminal. Según la teoría del dominio del hecho, el autor directo tiene un dominio de acción. En palabras del profesor ROXIN (2000) será autor “quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho” (p. 151).

Sin embargo, es posible que no sea autor quien directamente desarrolla el hecho ilícito, sino que por alguna razón – ya sea coacción, error, inimputabilidad, por ejemplo – el individuo realice el acto típico, pero sea un mero instrumento de otro sujeto. Ese otro sujeto será autor (autor mediato) y con respecto al dominio, tiene dominio de voluntad, ya que domina la voluntad del instrumento y será quien pueda ejercer esas potestades anteriormente descritas (iniciar, suspender, terminar, no proceder, interrumpir, entre otras) con respecto al actuar criminal.

El destacado autor alemán que con anterioridad se citó afirma con respecto al dominio de voluntad, con respecto al dominio de acción, que:

“Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la voluntad" en el autor” (p. 166).

Dentro del dominio de voluntad existen varios supuestos que conllevan a que ese “dominio” jamás sea trasladado al ejecutor material de la conducta: en virtud de la coacción,

en virtud del error, en virtud de la utilización de inimputables y en virtud de estructuras de poder organizadas (que primigeniamente permitía imputar a aparatos armados pero que ha logrado constituirse en estandarte dogmático de la responsabilidad penal de personas jurídicas).

Por último, dentro de las diferentes tipologías del autor se encuentra el coautor. Al respecto, se vislumbra que será más de un individuo quien tenga el dominio del hecho. Según lo anterior, serán varias personas las que en conjunto decidirán la ejecución del acto y si hace falta el aporte o la aquiescencia de alguno, no podrá llevarse a cabo el delito. A partir de lo mencionado el dominio existente será un dominio funcional del hecho.

Pero aparte de los delitos de dominio también se encuentran los delitos de infracción de deber, que en frases del autor SÁNCHEZ VERA (2002) son aquellos “en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo” (p. 30). En este punto, no sólo se estudia si hay dominio del hecho sino que es necesario tener un encargo normativo que se quebranta, una cualificación especial que se viola y permite que se estructure el delito.

A su vez, los partícipes, aquellos que concurren en el despliegue delictivo sin tener un dominio del hecho, pueden clasificarse entre determinador y cómplices; ambas figuras son diferentes, razón por la cual, en muchas legislaciones tienen penas distintas. Respecto de la primera figura, el determinador también conocido como instigador o inductor, se hace referencia a aquél individuo que provoca, promueve, anima, alienta o convence a otra (quien será autor directo) para que lleve a cabo una conducta sancionada por el Derecho Penal. Será determinador y no autor mediato puesto que no tiene dominio del hecho, sólo el determinado o instigado podrá decidir la ejecución del delito de manera libre y espontánea. Aquí no hay coacciones ni errores; por el contrario será el inducido quien, conociendo que lo que hará es delito, lo desarrollará por convicción. La inducción tiene que ser eficaz y debe tener el fin de convencer al otro para delinquir, de una charla amigable, de un chiste o un comentario suelto no puede derivarse una verdadera determinación.

El doctor VELÁSQUEZ (2004) señala al respecto:

“Por "instigación" o "inducción" se entiende la figura en cuya virtud una persona incita, impulsa, apremia a otra a realizar el injusto doloso; de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia,

coacción, provocación de error en el instigado, o abusando del ascendiente o autoridad que se detenta, emitiendo consejos al agente, manifestando deseos, valiéndose de apuestas, etc.; lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz para la realización de la conducta perseguida” (p. 462).

Por otro lado, el cómplice es aquel sujeto que presta una colaboración o ayuda dolosa para “llevar a feliz término” el delito; éste pretende favorecer al autor, prestándole una ayuda (necesaria para algunos doctrinantes y legislaciones) pero sin la cual también podría haberse concluido el delito. Esto lleva a afirmar que no tiene dominio del hecho, por lo cual, no se cataloga como autor. El profesor colombiano citado en el párrafo anterior señala como concepto de complicidad:

“Por tal se entiende la cooperación dolosa con otro en la realización de su actuar antijurídico, dolosamente cometido; el cómplice, pues, se limita a favorecer un hecho ajeno y —como el inductor— no participa en el dominio del hecho. Dicha contribución puede ser de índole intelectual o consistir en un mero despliegue de actividad física, de carácter previo o concomitante al suceso y aun posterior, con la condición de que medie promesa anterior a este” (p. 464).

Hoy en día la legislación colombiana consagra los tres tipos de autoría aquí descritos y los dos partícipes señalados. Se acoge la teoría del dominio del hecho y la de los delitos de infracción (ya que no son excluyentes). La Ley 599 de 2000, Código Penal vigente en la República de Colombia contempla en el artículo 29 los autores¹⁰ y en el artículo 30, en sus primeros tres incisos, los partícipes¹¹.

¹⁰ ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

¹¹ ARTICULO 30. PARTICIPES. 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.

Por su parte la legislación ecuatoriana¹² contempla los diversos autores pero señala como único partícipe al cómplice¹³. Según el Código Orgánico Integral Penal, lo aquí definido como determinador es considerado un autor mediato en la normativa de la República de Ecuador.

La convergencia en los ordenamientos jurídicos de ambos países es el reconocimiento de teorías diferenciadoras entre autor y partícipe. Así puede generar un mayor reproche punitivo el autor, una pena equivalente el determinador (en Colombia puesto que en Ecuador el determinador no se separa del autor como se colige del literal a numeral segundo del artículo 42) y una consecuencia jurídica menor que la del autor al cómplice. Ahora bien, como se verá a continuación, existirá complicaciones para atribuir responsabilidad penal a quienes tengan dominio del hecho en delitos especiales.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES

Una vez explicado en el segundo aparte de este escrito los delitos especiales propios y en el apartado anterior lo relativo a la autoría y participación en Derecho Penal, es preciso traer a colación la dificultad que se encuentra al momento de imputar un delito especial a quien desarrolla el tipo penal y tiene dominio del hecho, pero no tiene la calificación que el mismo delito requiere.

¹² ARTÍCULO 42. Autores. Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

¹³ ARTÍCULO 43. Cómplices. Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

No cabe complicidad en las infracciones culposas.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

Resulta pertinente aclarar en este punto, que se expondrá la problemática y la solución reiterando que en Colombia se acogen los delitos de dominio y los de infracción del deber; será una teoría ecléctica del dominio del hecho, donde para sancionar el delito especial se requiere tener ese deber legal y cualificación especial, pero también el efectivo dominio del actuar criminal.

Si un servidor público es investigado por haberse apropiado de bienes estatales que estén bajo su encargo y custodia, no habrá duda que podrá endilgársele un delito de peculado¹⁴ por apropiación o malversación de caudales o efectos públicos. Tampoco existirá problemática alguna en imputarle muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas a la madre que acabe con la vida de su hijo de cinco días de nacido que es fruto de una violación que sufrió¹⁵.

El problema se presentará cuando no sólo se encuentre el servidor público -en el primer caso planteado-, sino que sean tres los participantes en el delito, esos mismos tres los que se apropien del dinero del erario, esos tres que pueden cometer el delito sólo si los tres lo deciden, tres que tienen dominio funcional del hecho, pero que de los tres sólo uno es servidor público.

¿Bajo qué modalidad de autoría o participación se pueden juzgar a los dos no servidores públicos? Algunos podrían considerar que son partícipes, son cómplices, ya que hicieron un aporte (¿prestaron una colaboración?) para que el delito pudiera llegar a feliz término. Otros dirían que debe atribuírsele responsabilidad a título de determinador, ya que logró instigar, persuadir y convencer al servidor público para delinquir, y se es determinador porque la única forma de consumar el delito era con la participación del servidor público, sin esa instigación eficaz sería imposible culminar el plan criminal.

Si se considera cómplice o determinador se soluciona el problema de la calificación del sujeto activo. Como es bien sabido ninguno de los mencionados partícipes debe tener la calificación para satisfacer los requisitos de participación. Basta con que efectivamente hayan prestado la colaboración o sembrado de manera eficaz hayan sembrado en la psiquis del autor la idea de delinquir. Sin embargo, tal y como se explicó en el capítulo anterior, tanto el cómplice¹⁶ como el determinador no tienen dominio del hecho, y, como en el ejemplo planteado, puede ocurrir que la intervención de los particulares sea tan determinante y

¹⁴ Artículo 397 del Código Penal de Colombia y Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador

¹⁵ Artículo 108 Código Penal de Colombia

¹⁶ Para profundizar en la diferencia entre autor y partícipe puede consultarse: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. B de F. 2006

necesaria que precise un dominio funcional del hecho, esto es, que sin el servidor público no se consumiría el delito pero sin la concurrencia de lo realizado por los particulares tampoco podría la conducta punible desplegarse a cabalidad.

Al tener dominio del hecho (funcional, de acción, de voluntad) se trasladaría directamente a la categoría dogmática de la autoría. Empero, el problema es que, tal y como fue expuesto anteriormente, para ser autor (directo, coautor, mediato) se requiere satisfacer los elementos de la tipicidad. Al desarrollar un análisis de tipicidad y adentrarse en la tipicidad objetiva, es necesario revisar el sujeto activo de la conducta, que en los delitos especiales – como se explicó en el primer aparte – requieren un sujeto activo calificado. Si no se cumple dicha calificación, es imposible atribuir responsabilidad a título de autor por el delito especial.

Llegaría a considerarse la posibilidad de buscar un delito común equiparable a los delitos especiales, un delito paralelo. Así, en el ejemplo planteado de malversación o peculado por apropiación, podría llegar a considerarse que hay un hurto por parte del particular. Es más, podría tipificarse como agravante que se cometa sobre bienes del Estado. Así se configuraría un hurto agravado por apropiarse de bienes del Estado.

Sin embargo, esta consideración es errada ya que los verbos rectores de los dos delitos es diferente. Mientras que en el delito de peculado se tiene por verbo rector la “apropiación”, en el delito de hurto se hace referencia a “apoderarse”; la diferencia existente recae básicamente en que en el primero se está haciendo suyo un bien sobre el cual había una administración, protección, tutela, mientras que en el segundo se está teniendo comportamientos de señor y dueño con respecto a bienes que jamás estuvieron bajo la órbita de protección, cuidado, control del sujeto activo. Hubo un efectivo “arrebato” de la tenencia y propiedad del bien; cuando se habla de apropiarse se presupone una custodia del bien.

¿Y si para castigar esta confianza depositada por la administración en el servidor se encuadra la conducta en otro tipo penal que lleve inmerso el reproche de la confianza y la defraudación al patrimonio? Podría pensarse en imputar coautoría por el abuso de confianza. Aquí se pensaría en una calificación del mismo (o en un agravante, según disponga el legislador) si se cometen sobre bienes del Estado. Así, se castiga la acción desplegada contra el patrimonio económico de la administración pública y la confianza depositada sobre él por el Estado.

Con lo anterior se estaría incurriendo en un error, en la medida en que lo que el Estado quiere sancionar con la conducta desplegada no es un atentado contra el patrimonio económico sino, como bien lo protege el delito de peculado o malversación, es el bien jurídico administración pública, que no sólo busca el amparo de los recursos públicos, de los bienes de la administración y del erario en sí mismo sino que sanciona el desvalor cometido por el funcionario a quien se le encargó la protección de los caudales públicos. Por lo tanto, el reproche es más efectivo cuando se sanciona el delito contra la administración pública.

¿Qué hacer? ¿Sería coherente con los principios del derecho penal y con el fundamento del mismo dejar impune la conducta desplegada por los particulares? Como no encuentra cimiento la postura de dejar sin reproche penal lo realizado por los sujetos comunes, no puede imponérsele pena a título de determinador ni de cómplice por su dominio del hecho, tampoco es factible sancionarlo como autor de un delito especial ni autor de un delito común de similitud típica al especial, en Colombia ha hecho tránsito la figura del interviniente que se explicará a continuación.

V. EL INTERVINIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La figura del interviniente se contempló en la legislación colombiana a partir de la Ley 599 de 2000, Código Penal vigente en el territorio nacional. Como se señaló en el aparte tercero de este escrito, los artículos 29 y 30 consagran los autores y partícipes respectivamente. El último inciso del artículo 30 consagra al interviniente, a saber:

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

Con esa descripción, el legislador dejó abierta la posibilidad de interpretar de diversas formas cómo debe responder el extraneus de un delito especial. Así, en una primera jurisprudencia hito, se consideró que el particular podría ser coautor-interviniente o partícipe-interviniente dependiendo de lo realizado al momento de la comisión del hecho delictivo. En palabras de la propia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2002):

“El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas

soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”

Según lo anterior, y como lo expresa la sentencia en comento, podían existir sujetos que tenían la calidad especial y ser autores o partícipes y, en dado caso de no cumplir con ser sujeto activos calificados, podrían ser intervinientes autores o intervinientes partícipes. En consecuencia de lo mencionado, el sistema de proporcionalidad se veía completo ya que si no se tiene la calidad especial el reproche es menor (rebaja por ser interviniente) es decir que un autor con las calidades especiales tendrá un marco punitivo mayor que un autor interviniente o un determinador servidor público un reproche mayor que un determinador interviniente. En el mismo sentido, podría tenerse doble beneficio si se es cómplice interviniente, ya que no domina el hecho y no tiene el encargo especial de ser servidor público. Por otro lado, tampoco se destruye la unidad de imputación, ya que con que exista al menos un sujeto con la calificación, se comunicaría el delito a todos los que intervinieron en la conducta contraria a derecho.

Pero al año siguiente, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹⁷ consideró errada la anterior interpretación y plasmó que el particular (extraneus) únicamente podía ser coautor-interviniente, ya que era errado afirmar la existencia de intervinientes determinadores y cómplices. Esta afirmación se sustenta en que en delitos especiales es indiferente si los partícipes que estuvieron en la comisión del ilícito tienen la calificación o no exigida para el autor.

A pesar de lo anterior, y de que el autor de este texto comparte lo expuesto por el maestro GÁLVEZ ARGOTE en su sentencia, la doctrina no se ha sentido satisfecha con ninguna

¹⁷ Anotó la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2003) que: “Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.

de las dos posiciones. El profesor CORDOBA ANGULO (2004) critica ambas sentencias ya que considera que cuando se habla de la figura del interviniente es clara su ubicación en el artículo 30, y no se puede afirmar que haya autores-intervinientes y partícipes-intervinientes como lo manifiesta la sentencia del año 2002 ni sólo coautores-intervinientes como señala la jurisprudencia del año 2003, sino que por el contrario los intervinientes sólo pueden ser partícipes, esto es, cómplices y determinadores. En el mismo sentir del tratadista CORDOBA se encuentran los doctor HERNÁNDEZ ESQUIVEL¹⁸ y SUÁREZ SÁNCHEZ¹⁹.

A pesar de la amplia doctrina que respalda la posición que el interviniente debe aplicarse sólo a partícipes, el autor del presente texto considera que la posición del profesor GÁLVEZ ARGOTE es la adecuada ya que existirán personas que participan más allá de una simple complicidad y determinación, que serán concluyentes, determinantes, únicos, necesarios y definitivos para la comisión del ilícito. Como se ha mencionado no pueden ser coautores por su falta de cualificación, y la respuesta dogmática es la aplicación de la figura del interviniente, quien en términos de pena tendrá una rebaja ya que no tiene el vínculo jurídico especial que el tipo penal requiere.

Sea considerada la figura del interviniente para aplicarse a autores y partícipes, sólo a autores o sólo a partícipes, se empezó a estructurar una solución para el extraneus del delito especial. Como lo explica el tratadista VELÁSQUEZ (2007):

“Con la fórmula adoptada por el legislador de 2000, pues, se resuelve de forma parcial el problema planteado por la codificación derogada que no traía herramienta alguna para sancionar de manera más benigna al interviniente que no reunía las calidades exigidas por ciertos tipos o que requerían del agente la realización personal y directa; por ello, fue necesario que la doctrina y la jurisprudencia se inclinaran por diversas soluciones: la imposición de la pena señalada para el autor, la del cómplice, o la impunidad del actuar. El dispositivo legal adoptado, entonces, se compadece plenamente con la asunción del criterio del dominio del hecho como herramienta fundamental para la construcción de la teoría del concurso de personas a partir del texto positivo; sin embargo, la fórmula legal debe ser objeto

¹⁸ HERNÁNDEZ ESQUIVEL (2012) señala en este sentido: “la figura del interviniente sólo puede referirse a la forma de participación –determinación y complicidad-, no sólo por su ubicación sistemática en el Código –el artículo 30 se refiere a los partícipes-, sino también porque la naturaleza dogmática normativa del fenómeno sólo permite las distintas formas de coautoría dentro de los precisos alcances previstos en el tipo penal, como garantía del principio de legalidad” (p. 304).

¹⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ (2007) al respecto afirma: “El interviniente es el copartícipe que careciendo de las calidades especiales exigidas en el tipo realiza con el intraneus la conducta de delito especial o le determina o le ayuda a tal realización” (p. 523).

de pulimento para dar cobijo expresamente a las diversas hipótesis en las cuales no es posible explicar la autoría con base en ese criterio, de tal manera que se zanjen discusiones inútiles que tanto daño le hacen a la administración de Justicia, y, por supuesto, a la seguridad jurídica” (p. 466).

En consideración de los autores del presente texto, la figura del interviniente soluciona los problemas dogmáticos que se generaban al estar en presencia de un extraneus que no cumplía con los requisitos de ser un mero partícipe y que, a falta de la calificación especial, cumplía a cabalidad con los requisitos de una autoría. Es pertinente señalar que al no ser intraneus su reproche será menor, pero jamás se le juzgará por un delito paralelo común. Cimentando lo anterior la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2011) ha expresado:

“(…) En la base de esta opción legislativa estaría la consideración de que el extraneus que participa en un delito especial impropio participa en un hecho más grave que su delito común paralelo, razón por la cual, debe responder con base en el delito especial, pero que, al mismo tiempo, no reúne las calidades especiales que dieron lugar a la configuración del tipo agravado, razón por la cual cabe atenuar la pena que finalmente le resulte aplicable.”.

VI. CONCLUSIONES

La distinción existente entre delitos comunes y especiales determina que los primeros son aquellas conductas que puede cometer cualquier sujeto mientras que los segundos requieren para su configuración unas calidades especiales que deben concurrir en el sujeto activo del punible.

Dentro de los delitos especiales se halla la división entre delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. Los denominados propios hacen referencia a aquellos delitos donde se requiere la cualificación o característica especial para ser denominado autor. La doctrina mayoritaria ha expresado que importa poco – o nada – el dominio del hecho bajo este tipo de ilícitos, lo importante es poseer la calidad requerida por el tipo objetivo. Por su parte, los delitos especiales impropios son aquellos que se prevén como agravantes de un delito común. Esto quiere decir que el deber especial se constata al momento de la punibilidad, lo cual lleva a que para que el agravante aparezca, deben concurrir ciertas calidades en el sujeto activo que en principio cometió un delito común.

El reproche jurídico y social ha variado conforme la evolución misma de la dogmática penal ha trasegado por los años. Según lo anterior, se han elaborado teorías a partir de concepciones unitarias de autor, así como teorías diferenciadores en conceptos extensivos y

restrictivos de autor. Hoy en día la teoría del dominio del hecho y la infracción de deber son mayoritarias en muchas legislaciones Iberoamericanas.

Autores y partícipes son reconocidos en la legislación colombiana. El marco punitivo existente para los autores no discrimina si se actuó bajo las calidades del autor directo, el autor mediato o el coautor. Mismo recuadro sancionatorio tendrá el determinador. Por otro lado, el cómplice tiene una rebaja con respecto a la pena del autor.

Esta distinción existente es práctica, útil y necesaria en los postulados esgrimidos en el Derecho penal vigente. Cuando se está en presencia de delitos comunes donde muchas personas intervienen en el devenir criminal, constituye herramienta eficaz para sancionar en su justa medida a los delincuentes.

En presencia de delitos especiales propios, la distinción existente entre autores y partícipes se desdibuja cuando existe alguien en quien no concurren las calidades especiales pero que su actuación ha sido tan determinante, ha tenido dominio funcional del hecho y, aun así, pretenda no atribuírsele responsabilidad de autor ya que no tiene la cualificación del tipo.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta el principio de culpabilidad del Derecho penal, la legislación colombiana contempló desde el año 2000 la figura del interviniente, la cual no ha tenido tratamiento pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina pero que ha ayudado en el debate propuesto.

El interviniente fue tratado de manera primigenia por la jurisprudencia como aquel autor que no tenía las calidades especiales que requiere el tipo o como aquel partícipe en el que tampoco concurrían dichos elementos. Así, podría hablarse de autor-interviniente, cómplice-interviniente y determinador-interviniente, aplicándose la rebaja de penas existente en el Código Penal colombiano. En segundo momento, la Corte Suprema de Justicia expresó que un partícipe no requiere de las calidades especiales para cometer un delito por lo cual el tratamiento de interviniente sólo aplicaba para los autores que no tenían la cualificación especial. En un tercer momento la doctrina respondió que era equivocado este tratamiento y que, en virtud entre otras cosas de la ubicación de la figura en el Código penal además de acoger la teoría de la infracción de deber, el beneficio del interviniente se aplica exclusivamente a los partícipes en quienes no se encuentra la cualificación del tipo penal.

Sea cual sea el tratamiento que se tenga a la figura – este autor considera que la misma hace referencia a los autores o coautores en quienes no radican las calidades específicas y particulares del tipo objetivo en delitos especiales propios – lo que sí demuestra la

consagración legal de la figura es una búsqueda de solución para los problemas dogmáticos de imputación y judicialización de personas que requieren reproches diferentes a los de simple autor o simple partícipe en los delitos especiales en cuestión.

La figura del interviniente permite, como lo dice la cita bíblica que da apertura a este texto, poder sancionar con mayor severidad a quien mayor encargo se le ha dado y de manera más benévola a quien menos se le ha encargado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BERNATE OCHOA, Francisco. El sistema penal debe construirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado. ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo? Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá. Enero-julio de 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal Parte General. 2ª Edición. Ediciones Experiencia. 2010

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Universidad del Rosario. 2008

CÓRDOBA ÁNGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. Página 71 – 95. En Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen 25 No. 75. Año 2004. Universidad Externado de Colombia

CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte General. 5ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2012.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, DEMETRIO, Eduardo y MATELLANES, Nuria. Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito. Editorial Iustel. Madrid. 2011

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. 1ª Edición. PPU. Barcelona. 1991.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El Delito de omisión en el nuevo Código penal. Universidad del Rosario. 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. B de F. 2006

GÓMEZ MARTIN, Víctor. Los Delitos Especiales. B de F. 2006

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Autoría y participación. En: Lecciones de Derecho Penal Parte General. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición. 2012.

JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons. 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General. 5ª Edición. Editorial Comares Ltda. Granada. 2002.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. Teoría del Delito. Iure Editores. México. 2006.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 7ª Edición. 4ª Reimpresión. Editorial Reppertor. Barcelona. 2007

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. 2000

SÁNCHEZ-VERA, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Marcial Pons. Madrid. 2002.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. Universidad Externado de Colombia. 3ª Edición. 2007

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General. Comlibros. 3ª Edición. 2007.

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2004.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 12 de Mayo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de Julio de 2003. Magistrado ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.