

FUNDAMENTOS PARA UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LA CLÁUSULA DEL INTERVINIENTE SEGÚN LA TEORÍA DE LOS DELITOS ESPECIALES

*Miguel Ángel Muñoz García**

Resumen: El presente artículo critica la tesis jurisprudencial vigente sobre el interviniente, prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal colombiano, según la cual la figura se aplica para el coautor de delito especial sin cualificación, con base en la teoría de la participación de los sujetos *extranei* en los delitos especiales. Según esta concepción, solamente puede ser autor quien ostente la calidad especial exigida en el tipo penal, sin que sea viable recurrir al dominio del hecho, para fundamentar la punibilidad como interviniente del coautor extraño. Para tal efecto, se realiza una revisión bibliográfica del estado de la cuestión en materia de delitos especiales, se estudia la

* Abogado de la Universidad Javeriana. Magíster en Ciencias Penales, Universidad Externado de Colombia. Máster en razonamiento probatorio, Universitat de Girona y Università degli studi di Génova. Candidato a doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante y consultor en temas penales. Profesor investigador de la Universidad Manuela Beltrán, adscrito al Grupo de Investigación en “Derecho, Justicia y Desarrollo Global” de la misma universidad. Bogotá, Colombia. Correo-e: tetraktys16@hotmail.com Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: marzo de 2019. Para citar el artículo: MIGUEL ÁNGEL MUÑOZ GARCÍA. “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales,” *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 39, n°. 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-53. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.02>

posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y, al final, se sugiere una interpretación del ámbito de aplicación del interviniente.

Palabras clave: Interviniente; Delitos especiales; *Intraneus*; *Extraneus*; Autoría; Participación.

REFLECTIONS ON THE NATURE OF SPECIAL CRIMES AND THE INTERPRETATION OF THE INTERVENER'S CLAUSE

Abstract: This article criticizes the valid jurisprudential thesis on the intervener provided in the final paragraph of article 30 of the Colombian Criminal Code, according to which the figure applies to the co-author of special crime without qualification, based on the theory of participation of *extranei* subjects in special crimes. According to this conception, it can only be an author who has the special quality required in the criminal type, without it being coming to resort to the domain of the fact, to substantiate the punishment as an intervener of the foreign co-author. For this purpose, a bibliographic review of the status of the matter in relation to the special crimes is carried out, the position of the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice is studied, and, in the end, an interpretation of the scope of the intervener is suggested.

Key words: Intervener; Special Crimes; *Intraneus*; *Extraneus*; Authorship; Participation.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende retomar la discusión sobre la figura del interviniente, prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal colombiano, trayendo a colación algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los delitos especiales y la participación de los sujetos *extranei* en tales delitos. Para tal efecto, se realizará una revisión bibliográfica del estado de la cuestión en materia de delitos especiales, con el fin de identificar y analizar el fundamento de esta clase de delitos y el tratamiento adecuado que debe recibir el *extraneus* que interviene en los mismos. Con base en las conclusiones de este análisis, se estudiarán las posiciones jurisprudenciales sobre el concepto de interviniente, elaborando una crítica de las mismas y una sugerencia de interpretación del ámbito de aplicación del último inciso del artículo 30 del Código Penal.

I. LA RESPONSABILIDAD DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

En los llamados delitos especiales, solamente puede ser autor aquel que reúne las calidades personales incorporadas en la descripción legal típica, por lo que los sujetos

activos no calificados (*extranei*), no pueden ser autores directos, mediatos, o coautores en tales delitos, sino a lo sumo partícipes. Ahora, para reconocer si un delito es especial o no, puede ser útil preguntarse si la limitación del círculo de posibles autores del delito se encuentra o no justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. Si la respuesta es afirmativa, el delito será considerado especial¹.

En los delitos especiales propios, una especial calidad típica del autor, por lo general consistente en un deber jurídico específico, resulta en sí constitutiva del injusto respectivo (v.g., delitos de funcionario público); en estos delitos, la calidad personal contribuye a dar relevancia a la necesidad de tutela del bien jurídico, esto es, concurre en el fundamento del injusto y supone por ello la inexistencia de cualquier otro delito². Siguiendo a Ferré Olivé, “hay que comprobar, tanto la lesión al bien jurídico que el legislador ha querido evitar al tipificar el comportamiento, como el hecho desvalorado previamente por el legislador, que indica que el único que puede convertir esa lesión en delito es el sujeto expresamente calificado por el precepto penal (*intraneus*)³”.

De acuerdo con una de las líneas de pensamiento más difundidas en Alemania, el elemento diferencial de los delitos especiales frente a los comunes, reside en su injusto, ya que en los delitos especiales existe un contenido de injusto especial que es solamente realizable por los sujetos específicamente previstos en el tipo⁴.

Un sector de la doctrina (Roxin, Stratenwerth, Kuhlen, Jakobs, Vogel, Sánchez Vera-Gómez Trelles) explica que los delitos especiales consisten en *delitos de infracción de un deber (Pflichtdelikte)*. Según Roxin, atendiendo al criterio de fijación de la autoría, los delitos pueden ser de dominio o de infracción de deber. En los primeros, el criterio de acuerdo con el cual debe determinarse la autoría es el dominio del hecho, mientras que en los segundos el criterio base es dilucidar sobre quién recae el deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con independencia de quien controle o domine fácticamente el hecho punible. En su libro *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (1963), explicó Roxin cómo la teoría del dominio del hecho no explicaba la autoría en determinados delitos (v.g., de omisión impropia, delitos especiales) en donde el elemento que decide la autoría lo constituye la infracción

1 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. *Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, p. 105.

2 FERRE OLIVE. *Autoría y delitos especiales*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1.016.

3 FERRE OLIVE, *ibíd.*, p. 1.017.

4 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*. RECPC 14-01 (2012), p. 01:7. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>.

de un deber de carácter extrapenal: no se trata del deber surgido de la norma penal, cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo, sino de un deber antepuesto en el plano lógico a la norma, y que se origina en otras ramas jurídicas (por ejemplo, los deberes jurídico-públicos de los funcionarios)⁵.

Para Günther Jakobs, los delitos de infracción de deber se basan en un deber positivo, en virtud del cual se crea un “mundo en común” entre el obligado, titular de un rol especial, y el bien jurídico. Este deber se concreta en mantener y fomentar seguridad a los bienes jurídicos colocados dentro de la esfera jurídica del obligado (titular de un determinado *estatus*), en efectuar actuaciones positivas en beneficio de otros ámbitos de organización, en compensar una situación propicia para la causación de daños existente con independencia de su comportamiento⁶. Por citar un ejemplo, el servidor público tiene el deber positivo de que no desaparezcan los caudales públicos a su cargo, por razón de sus funciones. Como instituciones positivas básicas de la sociedad, se destacan la relación paterno-filial, la confianza especial y los deberes estatales (por ejemplo, la función policial de velar por la seguridad básica, la administración de justicia, la administración pública).

Jakobs, en una posición inicial, consideró que los delitos de infracción de deber eluden la accesoriadad⁷: es decir, no puede haber participación de un *extraneus* en estos delitos por no estar estos sujetos vinculados por el “deber positivo institucional”. Sin embargo, en su manual de parte general se inclinó este autor por admitir que un *extraneus* es punible de forma atenuada, partiendo del artículo 28 I StGB (Código Penal Alemán), ya que son las reglas de la parte general relativas a la participación, las que podrían habilitar, de *lege data*, la punición atenuada del *extraneus*, además de que este, no obstante no estar vinculado por el deber, puede poner en tela de juicio

5 ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (Trad.). 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 387.

6 BACIGALUPO, SILVINA. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 81. JAKOBS, GÜNTHER. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*. Enrique Peñaranda Ramos (Trad.), en JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 212.

7 JAKOBS, *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González (Trad.) Madrid, Marcial Pons, 2007. 21/119, p. 792. Consecuencia extrema que han asumido algunos discípulos de Jakobs: Lesch afirmaría con rotundidad que “una intervención del *extraneus* en los delitos de infracción de deber no es posible”. LESCH, HEIKO. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 68. José Caro Jhon considera que la accesoriadad de la participación es en últimas un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ya que en estos rige el principio de *autor único*, que es el que quebranta, bien sea mediante acción o mediante omisión, el deber institucional a que está obligado, mientras que el *extraneus* que interviene en el delito de infracción podría responder por un delito de dominio o de organización. CARO JHON, JOSÉ ANTONIO. *Delito de infracción de deber: fundamento y significado*, en CARO JHON, JOSÉ A. *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*. Lima: Ara, 2010, pp. 82-84.

a la institución positiva (v.g., administración pública) a través de un *intraneus*⁸. Para Javier Sánchez-Vera, esta atenuación se explica porque “a través del obligado especial también incumben mediatamente al *extraneus* las expectativas positivas”⁹.

Existe consenso entre los partidarios de la doctrina de los delitos de infracción de deber, en la aminoración de la pena para el no obligado, por no encontrarse vinculado por el deber positivo, siendo predicable una doble aminoración de la pena para el partícipe en esta clase de delitos: la exigida legalmente por el *quantum* de la intervención (que será, en el caso colombiano para el cómplice, ya que al determinante se le asigna la misma pena que el autor), y la prevista para el interviniente no vinculado por el deber positivo¹⁰.

A esta teoría se le han propuesto algunas críticas: a) El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente¹¹; b) bajo la teoría de los delitos de infracción de deber, solo es autor el que infringe un deber jurídico de naturaleza extrapenal; pero sobre el partícipe no recae ese deber específico, por lo que habría que afirmar la impunidad de los partícipes *extraneus*, lo que ni la ley, ni la doctrina ni la jurisprudencia actualmente defienden. Cualquier colaboración de un *intraneus*, por poco relevante que fuera, lo convertiría en autor, lo que puede afectar el principio de legalidad.

8 JAKOBS, *Derecho Penal... op. cit.*, 23/15. p. 826

9 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 219.

10 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano*, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003, pp. 490-491.

11 GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 2006. p. 298. Sin embargo, para Sánchez-Vera, esta crítica es una petición de principio: “se presupone que existen acciones de inducción, cooperación necesaria o inducción y se califica lógicamente contrario al principio de legalidad que las mismas sean transformadas en coautoría. Empero, el orden debe ser inverso al propuesto: debe analizarse conforme a alguna de las teorías de la intervención delictiva si hay autoría o participación, y, entonces, si la teoría del delito de infracción del deber llega a la conclusión de que hay autoría, el principio de legalidad impone la condena por autoría y no hay quiebra alguna del mismo. De otro modo, se debe hacer una crítica a la teoría misma del delito de infracción de deber, pero no señalando que ella sería contraria al principio de legalidad. Como ha sido señalado correctamente, la teoría de los delitos de infracción de deber no vulnera en absoluto las disposiciones de nuestro Código Penal sobre la autoría y participación, y no puede hacerlo como tal teoría -igual que tampoco la del dominio del hecho-, porque dichas normas no establecen ninguna definición de la autoría. Solo son normas que imponen distinguir entre autores y partícipes, y si una determinada teoría llega a la conclusión de que tal o cual sujeto es autor siempre (el obligado especial) o partícipe siempre (el no obligado especial), ello es plenamente respetuoso con esa dualidad establecida”. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. ROBLES PLANAS, RICARDO. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, pp. 306-307.

Sin embargo, es importante aclarar que esta teoría no carece de fundamento, ya que es cierto que en los delitos especiales la infracción del deber juega un papel destacadísimo¹². De hecho, inclusive, la consagración legislativa de esta clase de delitos permite una mejor aplicación de la teoría del delito de infracción del deber, ya que si, por ejemplo, un tipo penal exige la calidad de funcionario, calificar de autor a alguien que no reúne esa cualidad específica teniendo el dominio del hecho, resultaría en una extensión de la punibilidad contraria al principio de legalidad¹³. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, por ejemplo, este criterio ha sido ocasionalmente usado para justificar la menor punibilidad del *extraneus*; así, según esta corporación, “la falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de ilicitud del partícipe” (STS de 12/2/97); en los delitos especiales propios “se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber, según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él (STS de 15/7/02)”¹⁴.

Pero resulta cierta una premisa de la teoría de los delitos de infracción de deber, siguiendo la opinión de Víctor Gómez Martín: en algunos delitos especiales, el dominio del hecho no consigue explicar de modo satisfactorio la relación existente entre el sujeto activo y el bien jurídico tutelado; aquí el sujeto activo se encuentra especialmente obligado a la protección del bien jurídico, con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho. Puesto que en esta clase de delitos la teoría del dominio del hecho no constituye el elemento decisivo para la determinación de la relación entre el autor y el bien jurídico protegido, resulta posible imaginar supuestos de hecho en los que la participación en el delito sea llevada a cabo con dominio del hecho¹⁵. Muchas veces el *extraneus* puede intervenir en la producción del resultado típico, con dominio del hecho, pero aun así no puede ser autor en la medida en que en los delitos especiales solo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo penal. Precisamente, como se verá más adelante, la falla estructural de la posición jurisprudencial tradicional de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consiste en desconocer este principio: el sujeto particular *extranei* con dominio del hecho puede intervenir en un delito especial de funcionario, y llevar a cabo, incluso, aportes de coautoría, pero la cláusula del interviniente no habilita por sí sola a considerarlo *coautor* del delito especial con dominio del hecho, ya que, como carece precisamente de la calidad especial exigida por el tipo penal, no puede ser autor ni coautor, a pesar

12 GIMBERNAT, *ibíd.*, p. 296, citado por PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. ROBLES PLANAS, RICARDO. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

13 SÁNCHEZ-VERA. *Delitos de infracción de deber... op. cit.*, p. 293.

14 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014. p. 17.

15 GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, p. 192.

de tener el dominio del hecho. Para concebir tal posibilidad, tiene que tener la misma calidad prevista en el delito especial.

Para las teorías de la posición especial (Vogler, Langer, Deichmann, Hake y Gerl), la restricción del círculo de posibles autores que se presenta en los delitos especiales, obedece a la voluntad del legislador de circunscribir la autoría en tales delitos a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial o en una relación de confianza con respecto al bien jurídico o a su titular¹⁶. En los delitos especiales propios, por ejemplo el Código Penal español ha decidido restringir el círculo de autores del delito de prevaricación judicial a los jueces, magistrados y secretarios judiciales, toda vez que la realización de la conducta típica que lesiona el bien jurídico protegido solamente se encuentra al alcance de los sujetos pertenecientes a alguna de las tres esferas sociales señaladas. Así las cosas, por la propia naturaleza de la administración de justicia y su forma de organización, concluye Gómez Martín que “resulta evidente que carecería de todo sentido una norma que prohibiese dictar una resolución judicial injusta a cualquier otra clase de sujeto. Esto es, a alguien que, por no ser ni juez, ni magistrado, ni secretario judicial, carezca de toda capacidad competencial para dictar resoluciones en el marco de un proceso judicial. De todo ello se extrae la conclusión de que la parte más importante de los delitos especiales son los delitos de posición”¹⁷.

Para algunas de las teorías normativas del dominio del hecho (planteadas por autores como Schünemann, Luis Gracia Martín y María Ángeles Rueda Martín), en los delitos especiales la cualificación del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito, se encuentra especialmente implicado en un ámbito de responsabilidad que depende del *intraneus*, idea que, según el tratadista Víctor Gómez Martín, es ampliamente compartible en la medida en que “explica de modo satisfactorio el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales en sentido estricto, sin caer en el formalismo y la circularidad propios de las formulaciones puras de las teorías de los *Pflichtdelikte*”¹⁸.

Con estas concepciones, se explica el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, por lo que el *intraneus* en estos delitos es el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico, dado en esencia por la función que materialmente desarrolla. Luis Gracia Martín, catedrático de la Universidad de Zaragoza, explica de forma clara y detallada la teoría del dominio social:

16 GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de posición... op. cit.*, p. 16.

17 GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de posición... op. cit.*, p. 18.

18 GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, p. 157. Estas teorías propenden por la reconstrucción de una teoría unitaria de la autoría sistemática, puesta en duda con la concepción tópica o casuista de Roxin.

El fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denomino relación de dominio social, y a la parte de esta relevante para los tipos de lo injusto del Derecho Penal se la puede denominar relación de dominio social típica. Dado que, según esta concepción, el dominio social se erige en el fundamento material de los elementos especiales de la autoría, entiendo que los delitos especiales son delitos de dominio social. Autor de tales delitos solo puede serlo aquel sujeto que ejerce el dominio social típico. El dominio social penalmente relevante se caracteriza porque –y, a la vez, se concreta en que–: a) el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social específica; b) dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial al bien jurídico (función de dominio social); y c) solo la competencia para el ejercicio de la función, y únicamente en el ejercicio de esta, es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social)¹⁹.

Para Puppe, en los delitos de funcionarios es visible la dimensión del abuso de un poder especial, que facilita el acceso (o una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico. Pero esta dimensión especial del injusto del hecho no habría de ser imputada solo al autor que dispone personalmente de ese poder, sino también al extraño que aprovecha su presencia en aquel para su propio ataque al bien jurídico; sin embargo, el *intraneus*, a raíz de su especial posición de deber, tiene un motivo más que el *extraneus* para respetar la norma, lo que en sí constituye una causal de elevación de la culpabilidad, situación no transmisibile al partícipe no cualificado²⁰.

Para María Ángeles Rueda Martín, en los delitos contra la administración pública o de justicia, el dominio social del hecho se explica de la siguiente forma:

La autoría de los delitos especiales que hemos analizado debe limitarse a aquellos sujetos que tienen competencia para el ejercicio de la función que se tiene en cuenta para la protección del bien jurídico, y ello es así porque la

19 GRACIA MARTÍN, LUIS. *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales*, en *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado social al Derecho penal de la empresa globalizado*. Arroyo Zapatero, Luis (Dir). Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 284.

20 PUPPE, INGEBORG, en U. Kindhauser/U. Neumann/H.-U. Paegggen (eds.), *Nomos Kommentar (NK), Strafgesetzbuch*, 2a ed., T. 1, Baden-Baden, 2005, §§ 28, 29, n.º. margs. 6 y ss. y 32 y ss., citado por Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 20.

lesión penalmente relevante del bien jurídico solo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función. El dominio sobre el ámbito de la función pública en el que el autor cualificado ejerce sus competencias, caracteriza la relación especial entre la cualidad del autor y su actuar. En efecto, las propias acciones típicas realizadas por un funcionario público o autoridad se derivan de una función que es monopolio de una cierta clase de sujetos, de manera que, como indica Gracia Martín, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función tal y como se pone de relieve en los verbos típicos: ‘dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo’ (art. 404 del CP); ‘destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones’ (art. 433 del CP). Como se puede apreciar, en estos delitos solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta, es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social).

El criterio del ‘dominio social’ sirve para averiguar las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica, pues quien lo ostente va a tener un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. El sujeto que ejerce el dominio social asume, entonces, una posición de garante del bien jurídico protegido, ya que estos sujetos tienen que garantizar la protección del bien jurídico y, para llevar a cabo esta protección tienen un deber de acción que surge de las normas que imponen la consecución de una situación ideal en la que debe encontrarse el bien jurídico. A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intraeus* –funcionario público o autoridad– que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos²¹.

El *extraneus* que participa con un *intraeus* en la comisión de un delito especial, aunque es un sujeto que no pertenece a la esfera de posibles autores, participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que solamente se puede producir a través del dominio social típico en el que está involucrado dicho bien, y que ostenta el *intraeus*. En estos supuestos, la imposición de la pena al partícipe *extraneus* se fundamenta en que este accede a un dominio social típico para lesionar un bien jurídico, pero la sanción debe ser proporcionada a la gravedad de lo injusto que se ha cometido por valerse de un “dominio social típico” que ostenta el *intraeus* para lesionar más fácilmente el bien jurídico. Por ello, se puede afirmar que el castigo

21 RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 8° (2001), Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, pp. 146-147. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-8-5030/Documento.pdf>.

del partícipe *extraneus* conforme al delito especial se fundamenta en juicios de merecimiento y necesidad de pena²².

Concluye la profesora española que

Los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei*, no pueden tener para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intraanei*. El menor potencial lesivo de estas acciones degrada, entonces, la medida de su injusto y su contenido de injusto tiene un significado diferente que debe reflejarse en la medición de la pena. El tratamiento de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* debe encontrar su lugar sistemático en las reglas de medición de la pena, manteniendo la unidad del título de imputación. En concreto, se propone de *lege ferenda* un precepto que establezca una atenuación de la pena, para aquellos supuestos en los que falte en los partícipes *extranei* las circunstancias personales que fundamentan o agravan la punibilidad de la conducta y que consistiría en disminuir la pena a imponer al autor del delito especial propio o impropio en un grado²³.

Las condiciones, cualidades o relaciones personales que se requieren en el tipo objetivo de determinados delitos ponen de manifiesto la restricción de la autoría a un grupo de sujetos, mediante la realización de ciertas acciones típicas que presentan una cualidad específica, que es realizada en el ejercicio de una función social o institucional monopolizada en esa clase de sujetos²⁴. La autoría de este grupo de delitos especiales se limita a quienes tienen la competencia para el ejercicio de la función social en el que está involucrado el bien jurídico en unas determinadas estructuras sociales o institucionales²⁵; en otros delitos, las aludidas condiciones ponen de presente la existencia de un grupo de autores cuyas acciones típicas denotan una especial posición de dominio en el que se involucra el bien jurídico, en virtud de determinadas relaciones que es necesario concretar en cada caso, y en donde el abuso de estas posiciones especiales supone una defraudación de las expectativas sociales que exigen una mayor protección del bien jurídico con la consiguiente lesión o puesta en peligro²⁶.

22 RUEDA MARTÍN, *Reflexiones...* ibíd., p. 162.

23 RUEDA MARTÍN, *Reflexiones...* ibíd., p. 162.

24 RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal*, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*. Robles Planas, Ricardo (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, p. 257.

25 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., pp. 257-258.

26 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., p. 259.

Ciertamente, si un *intraneus* no realiza la acción típica de un delito especial, no ostenta el dominio del hecho, por lo que no podrá ser autor aunque sí participe en la realización de la acción típica realizada por un *intraneus*²⁷.

Los partícipes *intranei* penetran con su contribución en la esfera donde el autor *intraneus* ejerce un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, ya sea a través del dominio social típico o del abuso de la especial posición de dominio, de modo que contribuyen igualmente al ataque accesorio al bien jurídico protegido por el correspondiente delito especial. Ahora bien, aunque los sujetos *extranei* pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito especial como partícipes, sus acciones no pueden tener el mismo significado desde el punto de vista de lo injusto que las acciones de los partícipes *intranei*; por ello, merecen una atenuación de la pena²⁸, que se fundamenta no en la falta de dominio del hecho, sino en la ausencia de los elementos exigidos en los delitos especiales.

Desde un punto de vista material, considera Rueda Martín que los *extranei* que participan en un delito especial se encuentran en una situación en la que concurren dos elementos favorables: en primer lugar, no podrán ser titulares de una función social o institucional en determinadas estructuras sociales o institucionales en las que se encuentre involucrado un bien jurídico, ni tampoco de una especial posición de dominio, por lo que lógicamente no podrán desempeñar incorrectamente tales funciones o abusar de dichas posiciones; por otro lado, no podrán asumir posición de garantía respecto al bien jurídico protegido involucrado en determinadas estructuras, ni podrán desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado en el ejercicio de una función social o institucional o en una especial situación de dominio²⁹.

La reforma del año 2003 (y en particular la creación del artículo 65.3, CPE) en el Derecho Penal español ha sido celebrada por la tratadista en comento, quien considera que "(...) hay que aplaudir la opción político criminal adoptada de atenuar la pena del partícipe *extraneus* en quien no concurren las condiciones, cualidades y relaciones personales que sirven para definir al sujeto activo de una figura de delito, aunque solo sea con carácter facultativo, ya que ello implica el reconocimiento expreso del menor potencial lesivo de las acciones de los partícipes *extranei* que degrada la medida de su injusto"³⁰. En el extraño concurren dos elementos: un elemento desfavorable, que fundamenta su responsabilidad, y es el hecho de su intervención accesoria en un injusto doloso especial (por lo que se mantiene la unidad del título de imputación); y un elemento de signo favorable, ya que en él no concurren las

27 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., pp. 260-261.

28 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., p. 263.

29 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., pp. 264-265.

30 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., pp. 268-269.

condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. Este elemento debe apreciarse para atenuar su responsabilidad³¹.

Los *delitos especiales de posición* o *delitos especiales en sentido estricto*, implican que el elemento fundamental explicativo de la restricción de los posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la posición de especial accesibilidad en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico. Esta clase de delitos pueden consistir en el incumplimiento de una función institucionalizada (delitos especiales de posición institucional), como por ejemplo los delitos de funcionarios (v.g., peculado por apropiación, prevaricato, etc.), en los cuales, adicionalmente a la posición especial que cumple el sujeto activo en relación con el bien jurídico, concurre un segundo elemento, que consiste en la infracción de un deber jurídico especial de naturaleza “extrapenal”³²; por otro lado, existen dentro del género de delitos comentado los “delitos especiales de posición no institucional”, que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional (como en los delitos societarios, por ejemplo los tipos de administración desleal o de revelación de secreto profesional)³³.

En los llamados delitos especiales de posición institucional, la indemnidad del bien jurídico protegido depende de ciertos sujetos (v.g., los funcionarios públicos en los delitos contra la administración pública), que ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública particularmente formalizada en la que aquellos se encuentran inmersos, y a la que difícilmente tendrá acceso el sujeto no funcionario. Por esta razón, cuando esto último sucede, la contribución del no funcionario (*extraneus*) será de menor intensidad, por lo que la atenuación punitiva encuentra aquí plena justificación³⁴. En estos delitos, además, el funcionario quebranta un deber especial personalísimo, de orden extrapenal (por ejemplo, el juez que dicta una resolución injusta infringe un deber de lealtad y fidelidad inherente a su cargo, que le vincula a la función pública que presta), por lo que la ausencia de este elemento especial en el *extraneus* sirve “para descargar su conducta de una parte del injusto

31 RUEDA MARTÍN, *La punición...* ibíd., p. 269.

32 Normalmente se tratará de un deber disciplinario resultante de la relación especial de sujeción en la que se halla el funcionario respecto a la administración, o de un deber personal de lealtad o fidelidad derivado de la especial vinculación que une al sujeto con el cuerpo administrativo del que depende, mientras que en los delitos especiales de posición no institucional, “los deberes extrapenales paralelos se entremezclan con los deberes jurídico-penales cuya infracción constituye el núcleo mismo del injusto de la conducta típica”. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, pp. 165-166.

33 “En los delitos de posición no institucional, los deberes especiales paralelos de naturaleza extrapenal que conviven con los correspondientes deberes jurídico-penales (los que obligan al sujeto a organizar su esfera de dominio de modo que no resulte lesionado el bien jurídico) resultan, precisamente, de la especial posición organizativa que ocupan determinados sujetos con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido”. GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 24; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, p. 161.

34 GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, pp. 22-23.

de la realizada por el *intraneus*: aquella que, por tener contenido personalísimo, no le es comunicable³⁵”.

En principio, en los delitos especiales de posición, la atenuación de la pena del *extraneus* puede encontrarse justificada, porque el sujeto no cualificado se halla más alejado que en los delitos comunes del dominio del riesgo típico ostentado por el *intraneus*³⁶. Tratándose de los delitos de posición no institucional (v.g., administración desleal), la distancia que existe entre el autor *intraneus* y el partícipe *extraneus* es inferior en los delitos de posición institucional (v.g., peculado), ya que en aquellos las esferas o estructuras sociales en las que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas, ni tan formalizadas, por lo que son más penetrables por terceros extraños, de modo que estos normalmente pueden realizar aportes al hecho más relevantes que en los delitos de posición institucionalizada³⁷. Por lo tanto, en esta tipología, el aporte del partícipe extraño tendrá un menor contenido de injusto si no ostenta un dominio del riesgo típico al no ocupar una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico, por lo que procederá la atenuación de la pena del *extraneus* en el ordenamiento penal español, aplicando el artículo 65.3 C.P, cuyo tenor literal prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 65.3. Cuando en el inductor 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.

En los *delitos especiales en sentido amplio* (o “delitos con elementos de autoría meramente tipificadores”), la restricción del círculo de autores se debe a la tipificación de situaciones fenomenológicas frecuentes o típicas. En esta clase de delitos especiales, no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza a la conducta del *intraneus*³⁸. A modo de conclusión, para el autor citado, la atenuación procede en todos los delitos de posición institucional y en algunos delitos de posición no institucional (en el evento en que la falta de dominio del riesgo por el *extraneus* al no tener una posición especial de garante respecto al bien jurídico).

La interpretación de este artículo ha dado pie a un debate intenso en la actual doctrina penal española³⁹, como se ha podido constatar hasta ahora. En tratándose de la

35 GÓMEZ MARTÍN, *ibíd.*, p. 23.

36 GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, p. 202.

37 GÓMEZ MARTÍN, *ibíd.*, p. 23.

38 GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, pp. 161 y 202.

39 En relación con el sentido y alcance de la norma, su relación con el artículo 28 del STGB, la aplicabilidad en delitos especiales propios e impropios, etc. Los detalles del intenso debate dogmático se

responsabilidad penal del *extraneus*, para un sector de la doctrina el partícipe extraño en delitos especiales propios no puede responder jurídico-penalmente⁴⁰. Es cierto que, en los delitos especiales, las normas que establecen “deberes jurídicos especiales” se dirigen exclusivamente a los sujetos intranei (v.g., juez, servidor público, etc.); empero, no puede pasarse por alto en este complejo asunto el principio de accesoria limitada de la participación, según el cual el partícipe interviene en un hecho delictivo ajeno cuyo propio contenido de injusto reside en la participación en un hecho principal típico y antijurídico. Como reconoce con acierto López Barja de Quiroga, debe mantenerse la unidad del título de imputación, por lo que el partícipe (*extraneus*) no infringe la norma contenida en el tipo, sino que lo que quebranta es la prohibición establecida en las reglas de la participación (arts. 28 y 29, C.P.E)⁴¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, previamente a que entrara en vigencia el artículo 65.3 del Código Penal Español con la reforma del año 2003, consideraba que la participación de los extraños en los delitos especiales propios debía ser punible, pero por razones de proporcionalidad con una sanción penal menor a la prevista para los sujetos cualificados, dando lugar a una aplicación de la atenuante analógica del artículo 21, circ. 6^a C.P.⁴² (o artículo 9, circ. 10^a, C.P. 1973).

pueden apreciar en las contribuciones (que estamos comentando en este artículo) de Enrique Peñaranda, Javier Sánchez-Vera, Eduardo Riggi, Ricardo Robles, Víctor GÓMEZ MARTÍN y María Ángeles RUEDA MARTÍN en la obra colectiva *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

40 ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito. Fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 242 y 246.

41 Y agrega: “Es admisible la participación (inducción y complicidad) de *extraneus* en delitos especiales, pero, para guardar la proporcionalidad de pena que ha de existir entre el que infringe el deber y aquel al que no le alcanza dicho deber, debe aplicarse al extraño una pena atenuada, dado que carece del elemento que fundamenta la punibilidad. Es decir, la solución que contiene el apartado 1 del § 28 del StGB alemán. Debe mantenerse la unidad del título de imputación”. Lópezbarja de Quiroga, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid. Ediciones Akal, 1996, p. 192

42 Dijo el TS: “El argumento es que el delito de defraudación tributaria es un delito especial propio, lo que ha de llevar consigo que la sanción del *extraneus* por su participación resulte atenuada, en atención a que sobre él no pesa el deber específico cuyo cumplimiento se procura por la norma. Entiende el recurrente que, dado que no concurre el quebrantamiento de ese deber no se podría aplicar al extraño el mismo marco legal de pena que corresponde al que sí está afectado por él, procediendo, por tanto, la inferior en grado. Partiendo de que no existe ninguna duda acerca de la punibilidad en concepto de cooperador necesario del *extraneus* que participa de manera decisiva en la realización del hecho típico, en delitos como los de que aquí se trata (entre otras, STS de 20 de mayo de 1976), tiene razón el recurrente al reclamar una discriminación favorable en el plano de la penalidad, puesto que, en efecto, se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él; y, por coherencia, hay que distinguir entre los diversos coeficientes de ilicitud observables en la conducta de uno y otro. Así lo ha entendido esta sala al decantarse por la aplicación de una atenuante analógica, del art. 9,10^aC penal 1973 (por todas, sentencia de 20 de mayo de 1996)”. Sentencia n.º. 1336/2002 de TS, Sala 2^a, de lo Penal, 15 de Julio de 2002.

Para Peñaranda, Robles y Ricci, este artículo 65.3 del Código Penal español no aplica a todos los delitos especiales. Así por ejemplo, aquellas infracciones en las que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor solo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión a un bien jurídico o en el que esta se produce típicamente, deben quedar al margen del precepto⁴³. Estos son los ya mencionados delitos de posición (no institucional, en la terminología de Rueda y Gómez Martín), en los que el sujeto activo se encuentra en la posición idónea para lesionar el bien jurídico. En este caso no existe justificación para una atenuación de la pena, porque el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza a la conducta del *intraneus*⁴⁴.

Peñaranda Ramos, en una posición similar a la de Robles, admite que es imposible predicar la participación de un *extranei* en los delitos especiales de deber, cuya esencia reside en la infracción de deberes altamente personales que fundamentan el injusto. Por ejemplo, en un caso de prevaricación judicial, el *extraneus* no tendría ninguna participación en el desvalor de acción intensificado que respecto del juez radica en la deslealtad a la responsabilidad especial que le corresponde en el ejercicio de su oficio⁴⁵. Así, el deber altamente personal de hacer justicia no puede transferirse o comunicarse, ya que solo al juez se le ha conferido el ejercicio de la función pública de administrar justicia, por lo que el *extraneus* no puede intervenir en la lesión de ese deber especial, sino cometer un delito diferente.

Bajo este supuesto, para Robles, el artículo 65.3 del Código Penal Español solo tendría aplicación en el caso de los delitos de posición (o especiales en sentido estricto): esta tesis es consecuencia de la concepción de accesoriedad que este autor maneja, según la cual el injusto de la conducta del partícipe no deriva del injusto de la conducta del autor, sino que es uno propio, ya que la relación de dependencia que determina la accesoriedad de la participación no se establece entre el interviniente y el autor, sino entre el interviniente y el hecho típico, que es común a todos los intervinientes⁴⁶. Gómez rechaza esta concepción al considerar que este planteamiento se aproximaría a un sistema unitario⁴⁷; por lo demás, el hecho de afirmar que el partícipe

43 PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, p. 18; Robles, Ricardo - Ricci, Esteban Javier. *El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y ámbitos de aplicación*, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, p. 70. Pero en estos delitos si cabría hablar de intervención, a diferencia de los delitos especiales de deber, en los cuales el deber especial bloquea la posibilidad de intervenir en el hecho.

44 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 750 y 776.

45 ROBLES - RICCI, *op. cit.*, p. 75.

46 ROBLES PLANAS, *La participación... op.cit.*, pp. 220 y ss.

47 El auténtico elemento diferencial entre los sistemas unitario y diferenciador "debe verse en que, en los diferenciadores, la punición de determinados intervinientes en el hecho, los partícipes, depende de la existencia de un hecho principal de autoría, mientras que en los unitarios la responsabilidad penal

debe responder por el injusto propio y no por uno ajeno, no riñe con el fundamento mismo de participación, que consiste en el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor⁴⁸.

Como puede observarse sin hesitación alguna, el debate dogmático de los delitos especiales y la solución al problema de la participación de los *extranei* es complejo y amplio, y no desencadena en un consenso preciso. Sin embargo, para los propósitos de este escrito, se puede destacar que, desde diferentes posiciones teóricas, la mayoría de autores considera que al partícipe extraño en un delito especial debe atenuarse la pena ante la menor entidad que reviste su propio injusto.

2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA FIGURA INTERVINIENTE

La figura legal del interviniente consagrada en el último inciso del artículo 30 del Código Penal colombiano⁴⁹ es la disposición que activa la relevancia jurídica de la discusión sobre la naturaleza dogmática de los delitos especiales y la participación de los *extranei* en los mismos. No obstante, como advierte con acierto Díaz y García Conlledo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado una interpretación de la figura abiertamente contraria a la doctrina mayoritaria⁵⁰, como se explicará a continuación.

2.1. Sentencia de 25 de abril de 2002. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Radicado 12.191

La primera posición jurisprudencial de la Corte respecto al tema del interviniente estuvo marcada por los siguientes derroteros:

a. “Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto este que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección

de cada uno de los intervinientes tiene lugar, precisamente, de forma autónoma”. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, pp. 176-177.

48 GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales... op. cit.*, pp. 178-179.

49 Artículo 30. Partícipes. (...) Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

50 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención de extranei en delitos especiales)*, en Actas del II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, “Problemas actuales de las ciencias penales”, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia), 13-15 de marzo de 2017. Disponible en <http://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/D%C3%ADaz-y-Garc%C3%ADa-Conlledo.-Ponencia.pdf>. p. 10.

del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º)”.

b. Según esta decisión de la Corte, el “interviniente” del último párrafo del artículo 30 del Código Penal colombiano puede actuar bajo cualquier modalidad de autoría o de participación, siempre que se trate de un delito que fundamente su existencia en una calidad especial. Este concepto no constituye una forma autónoma de autoría o de participación, sino un “concepto de referencia” para aludir a los *extranei* que intervienen junto a un *intraneus* 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”⁵¹.

c. 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 según el artículo 29 del Código Penal. El *intraneus* no podrá actuar como partícipe, sino como autor o, en último extremo, en comisión por omisión⁵².

51 “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)”.

52 “La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C.P. art. 29), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inciso 4º artículo 30). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inciso 3º del artículo 30 C.P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de

d. Si se trata de cualquier clase de autor, de un actuante por otro o de un determinador, al *extraneus* se le aplicará la rebaja punitiva propia del interviniente del artículo 30, recibiendo, si se trata de un cómplice, una doble rebaja de pena: la que corresponde a su calidad de tal, y la propia del interviniente.

De esta sentencia, se pueden rescatar como fundamentales tres afirmaciones, que, a la luz de la doctrina de los delitos especiales en relación con el régimen de autoría y participación previsto en el Código Penal de 2000, no admiten mayor discusión:

1. Se acoge la teoría de la unidad del título de imputación, como consecuencia elemental del principio de accesoriadad limitada de la participación.
2. El sujeto particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela del respectivo bien jurídico demanda para su configuración. Los delitos especiales propios se fundamentan en un deber jurídico especial a cargo del *intraneus*, que no pueden infringir los *extraneus*. A la luz de la doctrina expuesta, es correcta esta apreciación.
3. Se reconoce, desde el punto de vista de la proporcionalidad, una distinción punitiva entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen.

otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal.

“Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte, se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado, permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en este último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

“Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices).

“Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás)”.

Según esta posición inicial de la Sala Penal, el interviniente puede ser autor o partícipe. Empero, no puede ser interviniente el autor bajo el criterio del dominio del hecho, ya que, en efecto, puede concurrir materialmente a la acción, pero si carece de la cualificación especial exigida por el tipo penal, no puede ser autor.

2.2. Sentencia de 8 de julio de 2003, C.S.J. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Radicado 20.704

Según este pronunciamiento, dado que el determinador y el cómplice en el delito especial propio no requieren calidad alguna, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del artículo 30 del Código Penal; como la posesión o no de la cualidad de servidor público es intrascendente para ser determinador y cómplice, resulta irrelevante para realizar la instigación o en la ejecución del papel accesorio⁵³.

La norma se refiere al “coautor de delito especial sin cualificación”, pues puede suceder que no cualificados también concurren a la realización del verbo rector del tipo, ejecutando la conducta como suya, 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 en sí no comporta trascendencia de ninguna clase.

Por lo tanto, la rebaja punitiva del “interviniente” no le 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”.

53 “Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquel no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a estos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad”.

2.3. Aclaración del voto a la sentencia de 9 de marzo de 2016, radicado 46.483, del magistrado Eugenio Fernández Carlier

En la sentencia de 9 de marzo de 2016 (radicado n.º 46.483, M.P. Luis Guillermo Salazar), ante una demanda de casación promovida por el suscrito en la que, como cargo subsidiario, se planteó una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso 4º del artículo 30 del Código Penal, como consecuencia de una interpretación errónea del precepto relativo al interviniente, la Sala confirmó la tesis de antaño, sin hacer un examen mínimo de las argumentaciones que se reproducen en este escrito, tildándolas, desafortunadamente, de “nada novedosas” e insuficientes para modificar la posición vigente de la jurisprudencia. Sin duda, se echa de menos, con esta forma de despachar al casacionista, arrogante y despótica, una argumentación constructiva y dialéctica a la altura sobre un tema de teoría del delito que, en principio y aparentemente, no revestía de complejidades estructurales en su interpretación y aplicación.

Sin embargo, en esta decisión el magistrado Fernández Carlier planteó una aclaración del voto, en la que disiente de la posición mayoritaria de la Sala, de 8 de julio de 2003. En un escueto escrito, plantea las siguientes ideas: 1) la posición asumida por la Sala Penal de la Corte se matricula en un concepto unitario de autor, que se sustenta en el causalismo y que, de conformidad con la concepción restrictiva de autoría que acoge el Código Penal, le resta importancia al principio de accesoriedad y a la diferenciación entre autoría y participación; 2) el artículo 29 del Código Penal considera que el autor debe cumplir todas las condiciones exigidas en el texto legal, por lo que el sujeto debe estar revestido de la calidad exigida para los tipos penales especiales; 3) sorprendentemente, deja de mencionar al cómplice (inciso 3º, artículo 30), al afirmar que “en la participación criminal el Código Penal colombiano previó expresamente las modalidades de determinador e interviniente, porque el partícipe solamente contribuye de manera dolosa a una conducta cometida por otro autor”; 4) jamás se podría atribuir la condición de autor a un interviniente, sin que exista en el mundo fenoménico y jurídico la ejecución por parte de otro individuo que reúna las calidades de quien el tipo establece como sujeto activo de la conducta punible para los tipos especiales, en razón del principio de accesoriedad de la participación, y 5) concluye finalmente que “(...) si como la Sala lo reconoce a partir de la misma estructura que la ley le otorga al interviniente, este carece de la cualificación que se exige para el sujeto activo de la conducta típica, la ausencia de ese elemento en el actuar de aquel hace que este no satisfaga la totalidad de los requisitos para ser autor de la conducta y de ahí que se configure no solo otra categoría que se denomina interviniente sino que también se le dé un tratamiento punitivo inferior”⁵⁴.

54 Sala Penal, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de marzo de 2016. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Rad. 46483. Aclaración del voto de Eugenio Fernández Carlier.

Según esta aclaración del voto, el interviniente es una modalidad de participación, que se aplica a los dispositivos amplificadores del tipo penal de la determinación y la complicidad, tesis que se deduce del único supuesto en el cual, según el magistrado, puede aplicarse la figura: cuando el sujeto activo de un delito especial ejecuta la conducta punible, atendiendo al principio de accesoriedad. Luego, el interviniente es solo un partícipe que contribuye de manera dolosa a la conducta cometida por el autor del tipo especial, pero que no acredita la condición especial exigida en el tipo penal. La aclaración es pertinente, al enunciar un principio que se extrae de la lógica jurídica más elemental, y que no ha sido asumido con el propósito de cambiar la tesis jurisprudencial: el interviniente no puede ser autor ni coautor, porque no cumple con la condición especial prevista en el tipo penal para ser tal.

2.4. Posición de la Corte Constitucional de conformidad con el principio de igualdad

La Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 14 de marzo de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) examinó una acción de inconstitucionalidad contra la interpretación vigente del inciso final del artículo 30 del Código Penal. Ese “derecho viviente”⁵⁵ planteado por la Corte Suprema de Justicia, en opinión de los demandantes, vulnera el principio de igualdad, porque excluye de la calidad de intervinientes a los partícipes *extraneus*, y, por lo tanto, del beneficio punitivo al que accede el coautor no cualificado. El problema jurídico planteado en la sentencia fue del siguiente tenor: ¿la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al Derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados?

Después de realizar el resumen de las distintas interpretaciones que ha tenido la figura del interviniente en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional consideró que la vigente –según la cual, el término “interviniente” contenido en la norma alude, exclusivamente, a quien, en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector, sin tener la cualificación requerida por el tipo penal especial, siendo el único destinatario de la

55 “El control de constitucionalidad que ejerce este tribunal puede hacerse, no solo sobre el tenor literal de una disposición legal, sino sobre la norma que surge de la interpretación consistente, consolidada y relevante para definir el contenido de la disposición, que hayan hecho la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, siempre que dicha interpretación pueda tener alguna relevancia desde el punto de vista constitucional. Este derecho viviente, también es susceptible de control constitucional, porque, como toda norma jurídica en Colombia, debe someterse al respeto por las disposiciones y principios de la Carta Política, y la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución es la competente para adelantar el examen, con el límite implícito que conlleva el respeto a la potestad inherente a las altas Cortes de interpretar y aplicar la ley”. Sentencia C-015 de 14 de marzo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico 2.1.

disminución punitiva prevista para el *extraneus*, lo cual no beneficia ni al determinador ni al cómplice—, constituye Derecho viviente, porque se trata de una interpretación judicial consistente por tres lustros, consolidada y relevante para fijar el significado del inciso final del artículo 30 del Código Penal.

Luego de constatar la existencia de sujetos comparables para la realización del juicio o *test* de igualdad “leve”⁵⁶ —es decir, por un lado, los coautores no cualificados, y por el otro, los partícipes no cualificados—, la Corte estimó que la interpretación jurisprudencial se ajusta al principio de igualdad, por lo siguiente:

- a. La interpretación vigente demandada genera una diferencia de trato, por cuanto solo los coautores no cualificados de un delito especial se consideran intervinientes, y pueden ser beneficiarios de la disminución punitiva prevista (de la cuarta parte), excluyendo, de este beneficio, a los sujetos partícipes carentes de las calidades del tipo penal especial.
- b. Esa diferencia de trato no se realiza entre sujetos que se hallan en un plano de estricta igualdad, ya que entre ellos existen diferencias en cuanto al rol que desarrollan en la realización de la conducta típica. Así, mientras que en los delitos especiales la autoría requiere la infracción de un deber especial previsto en el tipo penal, la participación en los mismos no exige que los determinadores o cómplices ostenten esa calidad especial.
- c. Si lo que busca la tesis demandada, es mantener la unidad del título de imputación⁵⁷, distinguir claramente entre formas de intervención principales y accesorias,

56 La Corte Constitucional puede efectuar juicios de igualdad leves, intermedios o estrictos. El juicio será leve, si la medida legislativa hace alusión a materias en las cuales el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa; en este caso, se examina si el medio empleado es idóneo para la consecución del fin y que no existan prohibiciones constitucionales respecto del fin buscado y del medio. El juicio será intermedio, ante medidas legislativas en las cuales se pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; comprende, no solamente un análisis de conveniencia del medio, sino también el examen de la conducencia para la materialización del fin perseguido por la norma examinada. Y, por último, el juicio será estricto para los casos en los que la medida tenga una mayor proximidad a los principios, derechos y valores superiores, en cuyo caso, debe llevarse a cabo un estudio íntegro de proporcionalidad. En este caso, la Corte aplicó un test leve de igualdad, por las siguientes razones: “(i) la regulación en materia penal es una materia en la que el legislador tiene amplio margen de configuración; (ii) la interpretación jurisprudencial de las disposiciones penales es una competencia constitucionalmente atribuida a la Corte Suprema de Justicia; (iii) la interpretación demandada no afecta a grupos sociales específicos, ni se fundamenta en criterios sospechosos de discriminación; (iv) el beneficio punitivo sobre el cual recae el trato desigual no constituye, en sí mismo, un derecho constitucional, y finalmente (v) dadas las relevantes diferencias entre los sujetos comparados, la Corte no aprecia *prima facie* una amenaza frente al derecho sometido a controversia” Sentencia C-015 de 14 de marzo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico 3.2.3.

57 Para la Corte Constitucional, el argumento de la unidad del título de imputación, como fin para justificar la interpretación de derecho viviente de la Corte Suprema de Justicia, es razonable: “Al tratarse de una calidad exigida como requisito al autor (y únicamente al autor), se genera, en caso

y guardar la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal, en aras de garantizar la sistematicidad y armonía del sistema penal como un todo, este fin no está prohibido por la Constitución; de hecho, esta le atribuye, a la Corte Suprema de Justicia, la facultad de escoger las teorías dogmáticas que considere pertinentes, según las necesidades jurídicas del país, siempre y cuando nunca contraríen los derechos y principios constitucionales.

d. El medio resulta idóneo para el resultado buscado, ya que la interpretación de la Corte, a partir de la idea de que las calidades especiales se exigen solamente para el autor y no para los partícipes, es útil, tanto para mantener el título de imputación y sancionar a quien realizó el tipo penal especial, pese a no cumplir con el deber legal exigido, como para mantener la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Para la Corte Constitucional, el problema de igualdad relativo a la menor punibilidad del coautor no cualificado (investido de la calidad de interviniente) que, con dominio del hecho, concurre a la realización del tipo especial, comparada con la del determinador, se encuentra por fuera del marco del problema jurídico resuelto en la sentencia, en la medida en que, el término de comparación, en ese caso, sería entre “autor” y “determinador”, es decir, en su entender, distinto al término de comparación “coautores” y “partícipes *extraneus*”, reluciente en el contexto de interpretación del concepto de interviniente. Este argumento es discutible, porque, al fin y al cabo, el determinador de un delito especial pertenece al género “partícipe *extraneus*”, mientras que, si bien no es lo mismo la autoría directa que la coautoría, ambas modalidades de intervención en el delito contemplan la misma pena y, en el caso de los delitos especiales, no es posible diferenciar entre autor y coautor, porque, en ambos casos, el requisito que se exige es el mismo: la infracción de un deber especial.

Es claro que la posición de la Corte Constitucional se aleja del marco conceptual propio de la discusión dogmática, porque reconoce expresamente que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la intérprete legítima de las normas jurídico-penales, ámbito en el que no puede inmiscuirse, salvo si evidencia violación grave de derechos y principios constitucionales. Al final reconoce que la interpretación acogida como derecho viviente no implica, de ninguna manera, que la discusión jurídica se haya agotado, ni que el pronunciamiento del tribunal constitucional sea una limitación a la potestad de la Corte Suprema de Justicia de interpretar el Derecho Penal. En este orden de ideas, las consideraciones de la sentencia, de estricta índole constitucional y muy vacías de argumentación dogmática –por obvias y entendibles razones–, no

de que un coautor no cumpliera con ella, una consecuencia que obliga, según la doctrina escogida, o bien a la fractura del tipo penal –por lo que a quien tiene en apariencia el dominio del hecho pero no las calidades habrá que imputarle un tipo penal diferente–, o bien, a la calificación a título de interviniente para el ‘coautor’ no calificado, lo que permite mantener la unidad de la imputación”. Sentencia C-015 de 14 de marzo de 2018, M.P. Cristina Pardo, fundamento jurídico 3.2.2.

aportan significativamente al debate teórico sobre la intervención de autores y partícipes *extraneus* en los delitos especiales.

3. CRÍTICA DE LAS TESIS JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DEL DEBATE SOBRE LOS DELITOS ESPECIALES

Las dos sentencias coinciden en un fundamento correcto, y es el mantenimiento de la teoría de la unidad del título de imputación. De esta manera, la aplicación de las reglas de la accesoriedad limitada, cuando un *extraneus* interviene como partícipe en el hecho de que es autor un *intraneus*, conduce a que aquel responda exactamente por el mismo tipo penal que este. Una ruptura del título de imputación sería incompatible con el fundamento del castigo de la participación, si este se concibe desde la perspectiva de una teoría de la causación orientada a la accesoriedad que ataca el bien jurídico⁵⁸.

El fundamento de la regla relativa al interviniente supone, en concreto, un compromiso entre el mantenimiento de la unidad del título de imputación, por un lado, y el conveniente reconocimiento de la mayor lejanía del *extraneus* respecto del injusto especial⁵⁹, como lo reconoce correctamente el profesor Miguel Díaz y García Conlledo en su interpretación del último inciso del artículo 30 del Código Penal (Ley 599 de 2000). Es decir, la misma norma reconoce importancia a la no titularidad de deberes especiales por el *extraneus*.

Ahora bien, si el autor solo puede ser un *intraneus*, ¿cómo es posible afirmar que la regla del último párrafo de la norma en comento pueda ser aplicada a “extraños” que actúan como autor, salvo que se entendiera que el citado precepto crea una excepción a la posibilidad de que el *extraneus* sea autor de un delito especial? El último inciso del artículo 30 no crea ninguna cláusula de extensión o ampliación de la autoría, sino una rebaja de la pena para el determinador y el cómplice no cualificado que participe en un delito especial; si fuera una causa de extensión de la autoría o de la coautoría, estaría en la misma norma que regula la autoría (artículo 29), como lo está la cláusula general del actuar por otro⁶⁰.

58 “La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea consumado o tentado), típico y antijurídico. En ello la causación es el criterio general y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación. Pero al igual que para la imputación al autor, para la imputación al partícipe también debe adicionarse a la causalidad (accesoria) su basamento de una creación de peligros legalmente desaprobados”. ROXIN, CLAUS. *Acerca del fundamento penal de la participación*, en ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Manuel Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Grijley, 2007, p. 507.

59 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La problemática de la codelinuencia en el Código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º. 77, Vol. 25 (2005). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 66.

60 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *ibíd.*, p. 77; Suárez Sánchez, Alberto. *Autoría*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 523.

La sentencia de 8 de julio de 2003, en refuerzo de su argumento, plantea una vulneración del principio de igualdad si se aplica la rebaja de una cuarta parte a determinadores y cómplices, ya que no se entiende por qué razón al determinador de peculado se le rebajaría la pena en una cuarta parte y al de un hurto ordinario, no; o por qué al cómplice *extraneus* de concusión se le aplicaría la rebaja de una sexta parte a la mitad, más la de una cuarta parte, mientras que al servidor público cómplice solo la rebaja prevista para la complicidad.

El principio de igualdad ordena tratar de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente. Quien participa en un delito común se sitúa en una posición accesoria de la del autor, mientras que el extraño que participa en un delito especial muestra un *plus* de distancia respecto al injusto especial y, por lo tanto, es perfectamente respetuoso con el principio de igualdad reconocerle una diferencia en su responsabilidad jurídico-penal⁶¹. Por lo demás, en gracia de discusión, siguiendo ese mismo razonamiento de la sentencia, podría concluirse que, al rebajar la pena al coautor extraño en un delito especial, eso supondría un trato desigual no fundamentado frente al coautor del delito común.

El concepto de igualdad que maneja la jurisprudencia es propio de una idea formal y no material, en la cual se mide con un mismo rasero a todos. Es evidente que “un peculado es un peculado, y un hurto es un hurto. El primero atenta contra la administración pública, y el segundo contra el patrimonio económico. El peculado es delito especial propio, y el hurto es delito común. El primero requiere sujeto activo cualificado y el segundo indeterminado. El injusto de peculado se funda en la lesión del bien jurídico y la lesión al deber oficial, el del hurto solo en lo primero. Igualdad es distinguir lo igual de lo desigual. Tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual”⁶².

Por otro lado, si se le reconoce una rebaja al coautor *extraneus* de un delito especial, con el argumento de reconocer la distancia existente respecto del injusto especial cometido por el *intraneus*, se entraría a desconocer que, de entrada, ese plus de distancia ya la considera el legislador precisamente al no permitirles responder como auténticos autores en el delito especial⁶³.

Según la sentencia de 8 de julio de 2003 de la Sala Penal de la Corte, no tiene ningún sentido la aplicación de la rebaja punitiva a los partícipes, porque respecto de ellos no se exige ninguna cualificación particular para participar en el delito especial. Esta razón, aducida para negar la aplicación de la rebaja, es cierta. Pero el que ya pueda castigárseles aunque no sean cualificados, no impide para nada que su *distancia*

61 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *ibíd.*, p. 67.

62 GÓMEZ MENDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS. *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 153-154.

63 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op. cit.*, p. 67.

respecto del injusto especial sea mucho mayor que la del *intraneus*⁶⁴. Es decir, el injusto del partícipe *extraneus* que interviene en el hecho, es de menor entidad que el del *intraneus* en los delitos contra la administración pública, ya que el *intraneus* es en verdad el titular de la función específica determinante de la relación entre el servidor público y el bien jurídico tutelado: él es el titular de una posición de garante sobre el bien jurídicamente protegido, él ostenta una especial posición frente al bien jurídico, de él depende la indemnidad del bien jurídico y a él le corresponde en exclusiva la observancia de un deber jurídico especial emanado de la función pública que desempeña. El *extranei*, sin duda, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, no tiene la misma accesibilidad al bien jurídico y carece del deber especial que vincula al sujeto cualificado. Por lo tanto, su distancia respecto al injusto del *intraneus* es mayor, por lo que debería reconocerse este planteamiento desde el punto de vista punitivo, si se quiere ser respetuoso, por lo demás, del principio de proporcionalidad⁶⁵.

Algún sector de la doctrina nacional insiste en los planteamientos anteriores de la doctrina española y alemana, en la medida en que si a un particular no le corresponde un deber especial por no ostentar las calidades típicas exigidas por el tipo penal, con la atribución del injusto sin atenuación se le estaría “cargando” un injusto que solo parcialmente puede atribuírsele, ya que al ser un actor extraño, no le compete de ninguna manera la observancia de un deber especial: “si el injusto del autor en los delitos especiales es la sumatoria de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado y la infracción a un deber, tenemos aquí la configuración de un injusto a plenitud. Empero, cuando en estos delitos accede un extraño como partícipe, tal injusto no se configuraría, respecto a él, con plenitud, toda vez que solo tendrá aptitud para poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado; por tanto, la conclusión es obvia: existe un injusto incompleto”⁶⁶.

En el Derecho Penal alemán se reconoce que la ausencia de calidades especiales en el partícipe (determinador o cómplice) genera una atenuación obligatoria de la pena.

64 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *ibíd.*, p. 67.

65 El principio de proporcionalidad expresa que “la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afección producida. A efectos de la ponderación de la gravedad entran a jugar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afección -no es lo mismo si solo hubo un riesgo o una lesión efectiva- así como aspectos subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia, así como los referidos al sujeto mismo”. HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Nuevo sistema de Derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 35. La proporcionalidad “se refiere a la necesidad de adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito se inflige a la sociedad, y al grado de culpabilidad”. PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO. *Notas sobre algunos principios del Código Penal del año 2000*, en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*. Bogotá: Universidad de Salamanca Centro Cultural en Bogotá, 2001, p. 33.

66 BARBOSA CASTILLO, GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 138-140.

Si bien el inciso cuarto del artículo 30 del C.P. no afirma taxativamente que el interviniente es el determinante o cómplice sin calidades especiales (a pesar de estar consagrada en la norma jurídica que prevé estas modalidades de participación), las consideraciones dogmáticas y de política criminal que se encuentran detrás de esa aplicación atenuada de la pena deberían constituir razones sólidas y suficientes para avalar una interpretación que reconozca la atenuación obligatoria de los partícipes *extraneus* en nuestra legislación penal, cuestión que de *lege data* es absolutamente clara en la legislación penal alemana. Interpretando esta situación legislativa, el profesor Roxin comenta que “en el caso de un ‘injusto especial’ en la persona de un interviniente se da, por ejemplo, cuando un particular determina a un juez a prevaricar (§§ 26, 339). Ciertamente que en tal supuesto también el extraño ataca la administración de justicia mediante la provocación de una sentencia errónea y, por tanto, será castigado por inducción al § 339. Pero un injusto especial ‘adicional’, que el autor comete mediante la infracción del deber más noble de su cargo de juez, no puede ser realizado por el extraño. Esto lo tiene en cuenta el legislador al disponer para él una atenuación de la pena en el § 28 I”⁶⁷.

El § 28 I del código Penal alemán consagra que

§ 28. Características personales especiales (1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.

En este artículo, al partícipe se le imputa el injusto del hecho del autor. La participación supone la afección secundaria o ampliada del bien jurídico que puede lesionar el autor, pero si el partícipe no tiene las cualidades especiales personales que fundamentan la punibilidad del autor, se debe reducir la pena. Como se puede deducir, la atenuación es obligatoria en la normativa alemana, pero en España, con la reforma del 2003, su concesión es facultativa; como argumento de apoyo, sin duda, la interpretación que equipara al interviniente con el partícipe “coloca al Derecho colombiano más en línea con el de otros países con cláusulas muy parecidas”⁶⁸, como se puede apreciar de las disposiciones alemanas y españolas.

La tesis de la segunda sentencia parece esconder un temor, siguiendo la intuición de Díaz y García Conlledo: el vacío de punibilidad del coautor extraño⁶⁹. La tesis

67 ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General, Vol. II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 321.

68 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La polémica jurisprudencia... op. cit.*, p. 15.

69 Para el autor español citado, el extraneus coautor debe recibir el tratamiento de cómplice: “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 sen-

inaugurada por el magistrado Gálvez Argote pretende evitar ese vacío de punibilidad, porque es evidente que podrían concurrir otros coautores con dominio del hecho funcional, con un *intraneus* para la realización de un delito especial y ser, por ende, determinantes para su consumación. Sin embargo, desconocer la estructura dogmática de los delitos especiales consolidada en la doctrina científica⁷⁰, así como el Derecho comparado que sirvió de inspiración a la figura⁷¹, y pasar por alto la necesidad (propia del principio de proporcionalidad) de una reducción de la pena para el partícipe *extraneus* en coherencia con la intensidad de su injusto, tal como ha sido reclamado por la doctrina penal mayoritaria, no justifican, en nuestro parecer, la consagración de una cuestionable tesis restrictiva en cuanto al marco de aplicación de la figura, que pretenda evitar semejante vacío.

El que ya se pueda castigar a los partícipes por medio de las reglas de la participación del Código Penal, en cuanto a su intervención en los delitos especiales, no debería implicar que necesariamente deban responder de manera más severa que los “coautores extraños”, que se ven aquí penados de manera excepcional, siguiendo la tesis de la Corte; además, la norma del inciso final cobija a quien concurra a la realización del tipo especial, y el artículo 28 expresa que concurren a la realización de la conducta punible los autores y partícipes. Por último, al coautor sin cualificación que concurre o toma parte en el delito especial se le puede responsabilizar como cómplice, toda vez que su actuar supone una cooperación en la conducta punible,

tido 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 co-actuante 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 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 (...). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La polémica jurisprudencia... op. cit.*, pp. 15-16.

70 Lo cual se materializa cuando se aplica una rebaja de pena al coautor no cualificado. Solo pueden ser autores o coautores del delito especial quienes tengan la calidad exigida por el tipo, y los autores o coautores no cualificados no tienen dicha calidad, por lo que solo pueden ser partícipes.

71 En esencia, el § 28 I Código Penal Alemán y quizás, el 65.3 CPE. A partir de la redacción original del inciso 4º del artículo 30 en el proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía, se puede apreciar que no se refería la norma al interviniente, sino al partícipe, por lo que es altamente probable que el artículo 28 del Código Penal alemán haya sido tenido en cuenta en la presentación del proyecto de ley, como intuye García Conlledo.

con la atenuación respectiva, aunque eso suponga una doble rebaja⁷² que, a la vista de algunos, genera una pena laxa en demasía. Pero esto es preferible a estropear la interpretación más natural y coherente de la norma en cuestión, que resulta más respetuosa de la voluntad del legislador (según los antecedentes legislativos de la disposición), y más acorde con algunas normas de similar jaez, el estado de la cuestión en la ciencia jurídico-penal y la ubicación del precepto (en el artículo 30, que regula a los partícipes).

El interviniente puede ser un partícipe, porque el término interviniente es amplio y abarca cualquier forma de concurrencia en el injusto, ya que resulta evidente que los partícipes concurren en la realización del delito, junto con los autores, según el artículo 28 del Código Penal⁷³. La aplicación de la regla del inciso 4º del artículo 30 a los partícipes se adecúa a la fundamentación basada en el mantenimiento de la accesoriadad y la unidad del título de imputación, junto con el reconocimiento de efectos a la “mayor distancia” del *extraneus* respecto del injusto especial. Esta distancia debe reconocerse, prácticamente, en términos de atenuación punitiva, porque en relación con los delitos especiales, es injusta la solución que hace responder de modo similar a los *intranei* y a los *extranei*, ya que no se tiene en cuenta el distinto (y menor) contenido de injusto que en el *extraneus* pudiera haber por no concurrir en él la cualidad personal⁷⁴. Así, por ejemplo, para hacer efectiva esa menor entidad de injusto, el determinador que responde por su participación en el delito especial propio debe ser castigado con una pena atenuada por no reunir la condición especial.

Recientemente, en la doctrina española, Díaz y García Conlledo reafirmó su posición y consecuente desacuerdo frente a la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

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 tema de las diferencias entre ambas categorías y en la valoración de la segunda) quien no reúne las especiales cualidades que

72 Por cómplice (1/6 a 1/2), y por interviniente (1/4). “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”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La polémica jurisprudencia... op. cit.*, p. 18.

73 Artículo 28. *Concurso de personas en la conducta punible*. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

74 “El menor desvalor de la conducta del *extraneus* se fundamenta por el hecho de que la falta de cualificación lo aleja o distancia (en caso de participación *strictu sensu*) más que en los casos normales del ámbito de lo típico en los delitos especiales, es decir su conexión con lo típico existe, pero es menor que en los casos normales, lo cual justificaría la no exclusión de los *extranei* de la punición, pero si una rebaja de la misma”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La autoría en Derecho penal*. Bogotá: Leyer, 2009, p. 147.

estos exigen, como es necesariamente el caso de nuestro ‘interviniente’, es una contradicción palmaria. Ello contradice, más allá incluso de la teoría de la codelincuencia, 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)⁷⁵.

En los delitos especiales, solamente puede ser autor o sujeto activo quien ostente la calidad especial exigida por el tipo. Si no concurre en él dicha cualificación, es partícipe, pero no puede ser autor ni coautor, consecuencia que también asumen otras teorías, como la teoría del delito de infracción del deber, de Roxin y Jakobs, o las teorías de la posición especial o del dominio social. En todo caso, en los delitos especiales solo los sujetos cualificados se encuentran dentro del círculo marcado por la ley para ser autores, y quienes no reúnan esta característica serán considerados *extraneus*, por lo que no podrán ser imputados a título de autoría: solo podrán ser partícipes⁷⁶.

No puede existir un autor o un coautor de delito especial sin cualificación, ya que solo los cualificados pueden ser autores. Este es el gran yerro del que parte la sentencia de 8 de julio de 2003⁷⁷: creer que en verdad pueden existir autores o coautores de delitos especiales sin cualificación, al avalar con su interpretación la aplicación de la figura del interviniente a esta especie de coautores, o, por lo menos (a sabiendas de la imposibilidad

75 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La polémica jurisprudencia... op. cit.*, pp. 12-13.

76 FERRE OLIVE, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA. *Derecho Penal colombiano, parte general*. Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 528.

77 Para Miguel Córdoba, por ejemplo, “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 (...). La figura del interviniente se creó, dicho de manera muy general, para permitir una rebaja de pena a aquellas personas que no reúnan las calidades especiales o no infringen un deber específico, ya que el autor, además de infringir la prohibición del respectivo tipo penal, posee una calidad especial o infringe un deber especial”. Considerar autor o coautor a un extraneus en un delito especial o de infracción de deber vulnera de manera flagrante el principio de legalidad. CÓRDOBA ÁNGULO, MIGUEL. *La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano*, en *Derecho penal y criminología* n.º. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 82, 83 y 89.

dogmática de que un coautor con dominio del hecho sea “coautor de delito especial”, careciendo de la cualificación especial), extender la aplicación de la cláusula legal del interviniente a esos supuestos de coautoría del *extraneus* con dominio del hecho.

El error tiene su origen en desconocer que en los delitos especiales el dominio del hecho es insuficiente, porque la autoría no se circunscribe al dominio fáctico de un curso causal lesivo, ya que se exige también (y preponderantemente) la realización de todos los elementos del tipo penal, incluidas las calidades personales exigidas (servidor público, administrador, juez, etc.); por otro lado, si se asume la tesis de los delitos de infracción de deber, posición que asumió la sentencia de 25 de abril de 2002, el error estriba en aplicar al delito de infracción de deber la teoría del dominio del hecho, porque la autoría no viene definida en estos delitos por la cantidad de dominio del hecho, o por el poder causal de decidir “el sí y el cómo” de la realización del injusto típico, o por el control meramente fáctico de un íter criminal: es autor en el delito de infracción de deber aquel que infringe el deber especial jurídico-público o jurídico-privado. Como explica el autor Heiko Lesch, el especialmente obligado es autor o coautor, por mínimo que sea su aporte naturalístico; en cambio, el no obligado será siempre partícipe y no tiene la posibilidad de ser autor por muy importante que sea su aporte naturalístico a la realización de la conducta punible⁷⁸.

La tesis de aplicar la rebaja del interviniente al coautor no cualificado en el delito especial tiene un problema: desde el punto de vista normativo, no se le puede dar una condición a alguien que no la tiene, como sería darle la calidad de “coautor interviniente” mediante criterios naturalísticos o propios del dominio del hecho, a un particular que no posee la exigencia advertida por el tipo penal especial.

Desde la teoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), que creemos aplicable en el ordenamiento penal colombiano (con la necesaria salvedad de que el injusto no se puede identificar con la violación de un deber, teniendo en cuenta que el Derecho Penal en Colombia protege bienes jurídicos)⁷⁹, se puede suscribir el siguiente razonamiento:

Recordemos que según Roxin, en los delitos de infracción de deber solo es autor de los mismos quien infringe el deber especial jurídico público o jurídico privado, lo

78 LESCH, HEIKO, op. cit. pp. 69 y ss.

79 “La punición de los delitos de infracción de deber no se funda en la violación del deber -ello es solo un elemento del tipo que determina la autoría-, sino en todo caso en la lesión del bien jurídico correspondiente mediante una conducta violatoria del deber”. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal, Parte General*, Vol. 2. Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 923. Roxin toma distancia respecto a la concepción autoritaria del delito en general como infracción de deberes, porque “queda claro que no se trata de delitos sin bien jurídico, ni carentes de atentado al bien jurídico, sino que, conforme a los criterios generales, en ellos están tipificadas conductas peligrosas *ex ante* para el bien jurídico, o conductas que produzcan determinados resultados lesivos”. Fernández Carrasquilla, *ibíd.*, p. 923.

cual significa que no importa la cantidad ni la calidad de los aportes que se haga para la concreción de la conducta delictiva, en esta clase de delitos el único y verdadero autor es el *intraneus*, o sea aquel que ostenta el deber especial público o privado, por lo tanto ninguna postura que avale la condición de autor para un *extraneus* es válida a la luz de la teoría de los delitos de infracción de deber y, en tal caso, no importa que el aporte del detentador de deberes sea decisivo o no, es decir, si tiene el dominio del hecho material, porque lo determinante para la autoría no es el dominio del hecho sino el incumplimiento, fidelidad o infidelidad a los deberes y, por lo tanto, nunca un particular puede ser autor, ni coautor interviniente de delito de infracción de deber⁸⁰.

En los delitos de infracción de deber, el concepto de deber jurídico extrapenal especial y personal define la separación entre autoría y participación, y toda contribución de un sujeto calificado a la lesión típica es violatoria del deber, por lo que constituye autoría. Entonces, en estos delitos los no calificados solo pueden ser partícipes, y su punición se ofrece en Colombia bajo el régimen de atenuación que establece el último inciso del artículo 30-3 del C.P para los intervinientes no cualificados: “De modo que en ellos los intervinientes o cooperadores calificados son siempre autores y quedan cobijados por la descripción del artículo 29-1, en tanto que los no calificados son siempre partícipes, y ya intervengan en el hecho como instigadores o como cómplices, están regidos por el artículo 30-3 del C.P. que alude a los ‘intervinientes (no calificados)’ en delitos especiales (norma por lo demás muy similar al 28 del C.P. vigente en Alemania: pena atenuada para los partícipes no calificados que intervengan en un delito especial propio)”⁸¹.

La coautoría como tal es una forma de autoría, y en los delitos especiales o de infracción de un deber, para ser autor, es absolutamente indispensable que la persona que concurra a la realización de la conducta punible esté vinculada por el deber que fundamenta el reproche jurídico penal, cuestión admitida por la doctrina moderna⁸², y que desconoce la sentencia de 8 de julio de 2003. Por ejemplo, para Santiago Mir Puig es claro que:

80 FIGUEROA FONSECA, LIDA CONSUELO. *La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la administración pública*. Disponible: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6416/1/699827.2012.pdf>, p. 124.

81 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *ibíd.*, p. 925.

82 “Cuando la ley requiere elementos especiales de la autoría, estos tienen que concurrir también en caso de coautoría, como en toda forma de autoría, junto al (co-) dominio del curso del acontecer que cumple el tipo. Si ello falta, un interviniente puede ser responsabilizado, incluso si el participa en el dominio del hecho, solo como partícipe (instigador o cómplice”. STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho penal, Parte General*. Navarra, Edit. Aranzadi, 2005, p. 340. “Dado que la coautoría es una forma de autoría, también el coautor debe ser un sujeto idóneo para cometer el hecho, es decir, junto al dominio del hecho debe reunir todos los elementos subjetivos descriptivos especiales en los delitos por propia mano”. MAURACH, REINHART, GOSSEL, HEINZ y ZIPF, HEINZ. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pp. 370 y 394.

En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino solo partícipe (...). Cuando un elemento personal da lugar a un tipo específico de delito, este será un delito especial. Tienen esta naturaleza los delitos contra la administración pública (Arts. 404 y ss. C.P.), o el delito de falsedad en documento público por funcionario público (Art. 390, CP). Los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 C.P.), o como cómplices (art. 29 CP). Aunque el artículo 28 considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios –por lo que, en principio les correspondería la misma pena que al autor y coautor en sentido estricto–, el nuevo No 3 del art. 65 CP, permite imponerles en este caso, como a los cómplices, la pena inferior en grado –lo que en parte ha venido a responder a una corriente de la jurisprudencia del TS (cfr. p. ej., SSTS 12 feb.97, 12 ju. 99)⁸³.

Roxin parte de la base de que es imposible mezclar los criterios de autoría, por lo que es imposible pensar en un coautor que, con dominio del hecho, concurra al delito de infracción de deber del que es autor un sujeto cualificado. En los delitos de infracción del deber hay que descartar por completo el dominio del hecho, por lo que la coautoría en estos delitos se presenta, no por la imbricación de los aportes al hecho en la fase ejecutiva, sino por la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común⁸⁴, por lo que habrá coautoría si varias personas se encuentran sujetas a un único y mismo deber. Esta tesis no la comparte, desde la teoría del delito de infracción de deber de Jakobs, Sánchez-Vera, para quien no es posible la coautoría si coincide el quebrantamiento del deber de un obligado especial con el comportamiento del autor de un delito de dominio: aquí ambos serán autores independientes; para el obligado especial, se trata de un delito de infracción de deber, mientras que para el *extraneus* de un delito de dominio. Puesto que a este no le incumbe el deber especial, ambos sujetos nunca podrán ser coautores⁸⁵.

El autor Fernando Velásquez, desde otra línea de pensamiento, desconoce que no puede ser autor quien no tenga las calidades exigidas por el tipo especial⁸⁶; no obstante, reconoce que el inductor que no reúne la calidad exigida en el tipo penal, no puede ser punido con la misma sanción para el autor, porque el monto de su culpa-

83 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal, Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2010. p. 399 y pp. 405-406.

84 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...* op. cit., p. 391.

85 SÁNCHEZ-VERA, *Delitos de infracción de deber...* op. cit., p. 307.

86 “¿Cuáles son los intervinientes amparados por dicha atenuante punitiva? (...). La disposición se refiere solo a aquellas personas que concurren en la realización de la conducta punible como ‘autoras’ sin tener las calidades exigidas en el tipo especial (intraeus)”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 6ª edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, p. 598.

bilidad es diferente, por lo que para el caso ello debe traducirse en una rebaja de la cuarta parte⁸⁷, tesis que es prohijada en Alemania en términos similares por la autora alemana Puppe, cuya teoría fue explicada líneas atrás.

Para justificar esta posición, adiciona el profesor colombiano que la ley penal asimila, para efectos punitivos, al instigador con el autor (artículo 30, inciso 2), por lo que parece obvio que, por disposición de la misma ley, el inciso 4^o también cobija a esta modalidad de partícipes cuando sean castigados como autor⁸⁸. En resumen, la rebaja de una cuarta parte para el determinador obedece en últimas a un monto distinto de culpabilidad, debido al desconocimiento del deber especial del sujeto que, adicionalmente, pudo determinarse de acuerdo a la norma y no lo hizo.

Finalmente, no hay que desconocer los antecedentes legislativos del inciso final del artículo 30. Si se trae a colación el Proyecto de Ley de Código Penal, la formulación inicial del inciso era del siguiente tenor: “Al partícipe que no teniendo la calidad de servidor público, acceda a la realización de un tipo penal con tal exigencia, se le rebajará la pena en una cuarta parte”⁸⁹. El texto se presentó por el Fiscal General de la Nación, y se aprobó por la plenaria del Senado. Pero en la Comisión Primera de la Cámara, para primer debate, “se cambió esa expresión *partícipe* por la de *interviniente*, no para restringir la rebaja de pena sino para ampliar su cobertura, pues nótese cómo se habla de la calificación que debe darse a la persona que toma parte en la realización de un delito con sujeto activo calificado, toda vez que antes solo podía recibir el calificativo de cómplice, con lo cual se enfatiza que la discusión gira en torno de la ‘participación’⁹⁰. Esta explicación tiene sentido: el Código Penal de 1980 no contemplaba un artículo dedicado a la participación, ni incluía como partícipes al determinador y al cómplice; solamente consagraba al cómplice como partícipe, en el artículo 24, por ende, se puede inferir que se quería ampliar la aplicación de la rebaja, y no reducirla solamente al cómplice.

Por ello se dice, con espíritu de ampliación y no de restricción, que la fórmula se explica previendo que quien interviene en un delito especial reciba una pena menor a la del autor del delito, pues al carecer de la condición exigida no lesiona el bien jurídico de la misma manera que el sujeto calificado. En la ponencia para segundo debate ante la plenaria de la Cámara se insistió en la fórmula, y se dejó expresa cons-

87 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 6ª edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, p. 599.

88 Argumento con el cual llega el profesor Velásquez a la conclusión de que para el determinador si se debe aplicar la rebaja de la cuarta parte propia del interviniente; sin embargo, la razón por la cual se aplica la categoría del interviniente al determinador, es una bien distinta, y es que aquellos que no tienen la calidad exigida por el tipo, no pueden ser autores, por lo que serán partícipes.

89 LÓPEZMORALES, JAIRO. *Antecedentes del nuevo Código penal*, Bogotá, Ediciones doctrina y ley, 2000, Gaceta del Congreso n°. 189, 6 de agosto de 1998, p. 64.

90 GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, op. cit., p. 155.

tancia en el sentido de que “se da un importante avance en cuanto al tratamiento de la participación y autoría, aclarándose aspectos que hoy resultan oscuros y por tanto han sido duramente cuestionados”⁹¹.

CONCLUSIONES

El interviniente se refiere solo al “partícipe no cualificado”, pues el partícipe que posee las calidades especiales exigidas por el tipo es interviniente cualificado, razón por la cual ya sería autor, coautor o partícipe en delito especial y no se beneficiaría de la rebaja contenida en el inciso final del artículo 30 del Código Penal: teniendo la cualificación especial no se justificaría un tratamiento diverso por la mayor cercanía con el injusto especial y un mayor deber de protección y tutela del bien jurídico. Pero si se acoge la teoría de los delitos de infracción de deber, no puede hablarse de partícipe en un delito especial, porque toda contribución causal de un *intraneus* es violatoria del deber, y constituye autoría.

El interviniente no es una categoría autónoma y principal, como la autoría, sino una figura accesoria; no es un concepto autónomo, sino de referencia, y en este sentido es correcta la apreciación de la sentencia de 25 de abril de 2002.

El *extraneus* no puede ser coautor o autor individual o mediato, porque no reúne las calidades especiales exigidas por el tipo, o no tiene a su cargo el deber jurídico. Por lo tanto, únicamente puede ser partícipe, por lo que el interviniente termina siendo una de las formas de participación accesorias previstas en el artículo 30, junto con el determinador y el cómplice. Con este planteamiento, se reafirma la afiliación de la legislación penal al concepto restrictivo de autoría, en virtud del cual se distingue entre autores y partícipes, y al principio de accesoriedad limitada, que exige, como presupuesto, la contribución a la realización de una acción típica y antijurídica del autor que, por lo menos, inicia actos de ejecución, ya que a partir de este estado cobra eficacia jurídica la inducción o ayuda⁹².

Por importante que sea el aporte causal objetivo de quien realice el hecho, si carece de la cualificación no podrá ser autor de delito especial, por lo que esta intervención solo puede ser alcanzada a través de los dispositivos de la participación criminal (determinación o complicidad).

Para convertir al interviniente no cualificado en autor, se requiere de una cláusula de extensión de la autoría, como la del actuar por otro. Si el legislador hubiera querido

91 *Gaceta del Congreso* n.º. 510, 3 de diciembre de 1999, p. 879, citado por GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, *op. cit.*, p. 156.

92 SUÁREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 526-528.

convertir al extraño en *intraneus* para los efectos de la rebaja punitiva del artículo 30 del Código Penal, habría creado una figura similar, y muy seguramente hubiera fijado dicha cláusula en el artículo 29, que prevé todas las formas de autoría. Hacer esa “ampliación” de autoría en los delitos especiales implicaría una interpretación extensiva que supera los hitos de la legalidad.

El interviniente no cualificado no es coautor, porque en este deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal especial. Si no tiene la cualificación especial exigida en el tipo legal, no puede ser coautor. En el delito especial, es coautor el sujeto que tiene la calificación exigida por el tipo, que de manera mancomunada realiza con otro sujeto *intraneus* la conducta. Ahora bien, la realización mancomunada de un delito especial propio entre un *intraneus* y un *extraneus* solamente puede generar en este una imputación a título de cómplice⁹³, con las consecuencias punitivas previstas. El error conceptual recae en desconocer que en los delitos especiales o de infracción de deber, el dominio del hecho no es suficiente, así como tampoco lo es el dominio funcional que explica la coautoría⁹⁴, ya que se exige también la realización de todos los elementos del tipo, incluidas las calidades personales exigidas que entrañan normalmente el ejercicio de un deber.

El extraño no está ligado por los deberes jurídicos específicos a los que el *intraneus* se encuentra vinculado personalmente; por lo tanto, el *extraneus* que interviene sin quebrantamiento de esos deberes especiales merece, según la doctrina mayoritaria, un tratamiento punitivo especial y más benigno que el suministrado por la ley al autor. La razón de la atenuante es que el extraño no está ligado por el mismo deber jurídico específico que quebranta su autor –siguiendo a los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber–, o no tiene el dominio social del riesgo típico o la posición especial respecto al bien jurídico, siguiendo las demás posturas teóricas revisadas en este trabajo. Desde estas teorías de la dogmática penal alemana, que han sido estudiadas por parte de la doctrina española, es absolutamente defendible y justificable la atenuación punitiva del partícipe *extraneus*.

El *extraneus* que participa con un *intraneus* en la realización de un delito especial, aunque es un sujeto que no pertenece a la esfera de posibles autores, participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que solamente se puede producir a través del “dominio social típico” –o del dominio del riesgo típico– en el que está

93 Si es delito especial impropio, el extraño será autor de delito común paralelo al especial y cómplice en el delito especial, pero como se trata de un concurso de tipos, para no vulnerar el principio de *non bis in idem*, hay que atribuirle al *extraneus* solo una forma de participación, que debe ser el delito especial, para así respetar el principio de unidad del título de imputación.

94 Es “coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer”. ROXIN, *Autoría... op. cit.*, pp. 310-311.

involucrado dicho bien, y que ostenta el *intraneus*. En estos casos, la imposición de la pena al partícipe *extraneus* se fundamenta en que este se vale del dominio social típico que ostenta el *intraneus*, pero la sanción debe ser proporcionada a la gravedad de lo injusto, dado el menor potencial lesivo de su conducta. Por ello, se dice que el castigo atenuado del partícipe *extraneus* conforme al delito especial se fundamenta en juicios de merecimiento y necesidad de pena, e incluso por el menor grado de culpabilidad.

Puede ser útil la distinción, que habría que adecuar a las previsiones de la parte especial de la Ley 599 de 2000, entre delitos de posición institucional⁹⁵ y delitos de posición no institucional; en todo caso, en los primeros la atenuación tendrá plena justificación, mientras que en los segundos habrá que verificar el dominio de riesgo típico en cada caso.

Según la sentencia de 8 de julio de 2003, no tiene ningún sentido la aplicación de la rebaja de pena a los partícipes, ya que de ellos no se exige ninguna cualificación particular para participar en el delito especial. Esto es cierto, pero el que ya pueda castigárseles, aunque no sean cualificados, no impide para nada que su distancia respecto del injusto especial sea mayor que la de un sujeto *intraneus*, por lo que el tratamiento punitivo más benigno se justifica. ¿Cómo es posible que, en términos de justicia y de merecimiento de pena por el injusto reducido (al no tener la “posición especial” frente al bien jurídico protegido, y no estar vinculado por el deber especial (para con la administración pública o de justicia, por ejemplo), al determinador de un delito especial se le aplique la misma pena que al autor, que sí se encuentra vinculado especialmente por su deber y posición frente al bien jurídico)?

El *intraneus*, a raíz de su especial posición de deber, tiene un motivo más que el *extraneus* para respetar la norma, lo que en sí constituye una causal de elevación de la culpabilidad, situación no transmisible al partícipe no cualificado. Es decir, hay una

95 Ejemplo: en cuanto a los delitos contra la administración pública, hay que señalar que el artículo 6º de la Constitución prevé que los servidores públicos responden por infringir los mandatos constitucionales y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible, porque la atribución de una función pública genera una “relación especial de sujeción” entre el servidor público y el Estado, relación que determina, no solo el ámbito de maniobra de las autoridades frente a la realización de los fines estatales, sino el correlativo espacio de su responsabilidad. El delito de funcionario en el marco de la administración pública, implica la infracción del deber funcional a cargo del servidor público, y en el caso concreto del peculado, por ejemplo, la función pública de administrar recursos del Estado teniendo una relación jurídica de disponibilidad. Solo el funcionario que tenga la vinculación funcional, por razón del cargo, con los recursos públicos, se encuentra en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionales a su cargo. El particular no se encuentra bajo una relación especial de sujeción, carece del vínculo funcional, no tiene el deber de fomentar y mantener la indemnidad de los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a amenazas ajenas y no tiene acceso al espacio social en donde reposa el bien jurídico, si bien es cierto que puede en efecto contribuir a la afectación del correcto funcionamiento de la administración cuando se ataca a la función pública en todas sus manifestaciones.

apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber. Es injusta la solución que hace responder de modo similar a los sujetos *intraanei* y a los partícipes *extranei* (determinador y cómplice), ya que no se tiene en cuenta, en esencia, el menor contenido de injusto que en el *extraneus* pudiera haber, por no concurrir en él la cualidad personal especial. El *extraneus* se encuentra distante del injusto especial, no puede acceder a este y no puede afectar el bien jurídico protegido de manera inmediata, sino solamente fomentando o facilitando el hecho del autor. La norma del inciso final, al decir de Díaz y García Conlledo, supone el mantenimiento de la unidad del título de imputación, la accesoriedad de la participación y el reconocimiento expreso de la mayor lejanía del *extraneus* respecto del injusto especial⁹⁶, por lo que, en estricto sentido, se suaviza o flexibiliza la accesoriedad limitada.

Al excluir a los partícipes de la norma del interviniente, y crear una cláusula general de coautoría –porque se tendrá como interviniente al coautor del delito especial que no tenga la calidad exigida en el tipo, según la tesis de la Corte–, se desconoce la interpretación *sedes materiae*, según la cual “se le atribuye un significado a un enunciado a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte”⁹⁷: la categoría se encuentra prevista en el artículo 30 que regula el tema de los partícipes, y el propósito inicial era darle cabida en dicha norma del inciso final del artículo, a los partícipes. Los antecedentes dan cuenta de que la intención del legislador no era excluir a los partícipes del concepto de interviniente.

REFERENCIAS

BACIGALUPO, SILVINA. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

CARO JHON, JOSÉ ANTONIO. *Delito de infracción de deber: fundamento y significado*, en CARO JHON, JOSÉ A. *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima; Ara, 2010.

CÓRDOBA ÁNGULO, MIGUEL. *La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano*, en *Derecho Penal y criminología* n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

96 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La problemática de la codelincuencia... op. cit.*, p. 66.

97 GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO Y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública, op. cit.*, p. 156.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La autoría en Derecho Penal*. Bogotá: Leyer, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención de extranei en delitos especiales)*, en Actas del II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, “Problemas actuales de las ciencias penales”, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia), 13 a 15 de marzo de 2017. Disponible en la página web: <http://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/D%C3%ADaz-y-Garc%C3%ADa-Conlledo.-Ponencia.pdf>. p. 10.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 77, Vol. 25 (2005). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal, Parte General*, Vol. 2. Bogotá: Ibáñez, 2012.

FERRE OLIVE, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA. *Derecho Penal colombiano, parte general*. Bogotá, Ibáñez, 2011.

FERRE OLIVE. *Autoría y delitos especiales*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

FIGUEROA FONSECA, LIDA CONSUELO. *La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la administración pública*. Disponible y recuperado en la página web: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6416/1/699827.2012.pdf>. p. 124.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. REPC 14-01 (2012). Disponible y recuperado en la página web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales y el artículo 65.3 del código Penal español*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 750 y 776.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO; GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

GRACIA MARTÍN, LUIS. *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales*, en *Derecho Penal de la empresa. Del Derecho Penal económico del Estado social al Derecho Penal de la empresa globalizado*. Arroyo Zapatero, Luis (Dir). Buenos Aires, Ediar, 2012.

HORMAZÁBAL MALAREE, HERNÁN; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004.

JAKOBS, *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González (Trad.) Madrid, Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, GÜNTHER. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”*. Enrique Peñaranda Ramos (Trad.), en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas, 1997.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Autoría y participación*. Madrid. Ediciones Akal, 1996.

MAURACH, REINHART; GOSSEL, HEINZ y ZIPF, HEINZ. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pp. 370 y 394.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte general*. Barcelona, Reppertor, 2010.

MORALES, JAIRO. *Antecedentes del nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO. *Notas sobre algunos principios del Código Penal del año 2000*, en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*. Bogotá: Universidad de Salamanca Centro Cultural en Bogotá, 2001.

ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito. Fundamento y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

ROBLES PLANAS, RICARDO - RICCI, ESTEBAN JAVIER. *El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y ámbitos de aplicación*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires, Editorial B de F, 2014.

ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (Trads.). 7ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2007.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General, Vol. II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Manuel Abanto Vásquez (Trad.). Lima, Grijley, 2007. p. 507.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo. (Dir). Buenos Aires, Editorial B de F, 2014.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Reflexiones sobre la participación sobre de extraños en los delitos contra la administración pública*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 8º (2001), Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Disponible en la página web: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-8-5030/Documento.pdf>.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano*, en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Robles Planas, Ricardo (Dir). Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Autoría*. 3ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 6ª edición. Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014.