

La participación en los delitos especiales

*Erleans de Jesús Peña Ossa**

1. LOS INTERVINIENTES EN EL HECHO PUNIBLE

No solo el acto lícito suele ser obra de varias personas. También es frecuente que en el hecho punible intervengan diversos autores, que entonces reciben el nombre de coautores, o un solo autor que actúa en compañía de determinadores y cómplices, fenómeno este último denominado “participación en sentido amplio”, pues se está refiriendo a las tres clases de individuos que pueden concurrir en el acto delictivo. La participación con significación estricta o restringida está reservada al determinador y cómplice, con exclusión del autor.

Ahora, la coautoría será eventual en los tipos penales monosubjetivos, es decir, en los que se describen conductas realizables por un solo agente, de tal manera que la eventual concurrencia de varios autores en modo alguno impide la plena adecuación típica, en tanto que será necesaria en los plurisubjetivos, o sea, aquellos en que se exige la presencia de dos o más personas para perpetrar la conducta que describen. Es factible, entonces, encontrar coautoría eventual en el peculado, prevaricato (en las decisiones tomadas por jueces colegiados), fraude procesal, secuestro, injuria, calumnia, lesiones personales, hurto, estafa, abuso de confianza, etc. Será siempre necesaria en determinadas conductas delictivas: rebelión, sedición, conspiración, cohecho (el empleado oficial que realiza cohecho propio y el que le da) y el concierto para delinquir.

Algunos tratadistas utilizan la denominación *concurso* o *participación* necesaria o eventual, según el caso. Consideramos más

* Magistrado del Honorable Tribunal Superior de Neiva.

adecuada y precisa la de coautoría eventual o necesaria, pues lo que se quiere significar es la posibilidad de ejecución de un delito por uno o varios autores, según que el modelo comportamental sea monosubjetivo o plurisubjetivo, y no la participación única o plurima de personas a cualquier título, pues solo los autores recorren con su acción u omisión el modelo comportamental descrito en el correspondiente tipo penal. Además, tanto en la coautoría necesaria como en la eventual es posible la presencia de determinadores y de cómplices, de lo cual resultan los mismos problemas de distinción entre estos y los autores.

De esta suerte, así el tipo legal exija el comportamiento de uno o de varios individuos, se estaría hablando de autores. Pero como la realidad de la vida es que en el delito, además de estos últimos también concurren otras personas, con acciones accesorias de crear en el autor la resolución de cometerlo, que es el caso del determinador, o prestándole colaboración, individuo conocido como cómplice, el derecho penal creó un segundo dispositivo amplificador o extensivo de esos tipos monosubjetivos y plurisubjetivos llamado "participación" (en la indicada perspectiva restringida), por medio del cual —como asienta FERNÁNDEZ CARRASQUILLA— se amplían las conductas y se extienden las penas en la particular figura delictiva¹.

2. AUTOR INTELECTUAL E INSTIGADOR

A pesar de que en nuestra legislación penal solo existen autores, determinadores y cómplices, a menudo comentaristas nacionales hacen referencia a autores intelectuales e instigadores o inductores, esta última categoría como sinónima de determinadores, y aquella con distintas significaciones.

REYES ECHANDÍA aceptó como equivalentes la determinación, la instigación y la autoría intelectual², en tanto que ESTRADA VÉLEZ³ y PÉREZ⁴ encuentran impropia la sinonimia, la que, valga de paso decir, es muy socorrida en el lenguaje coloquial y periodístico.

Este último, en concepto que compartimos, acota sobre el punto lo siguiente: "...se ha cultivado en Colombia la idea de que el artículo 23 ...crea la categoría de «autor intelectual», lo que es ostensiblemente inexacto. La doctrina ecuménica indaga la especialísima figura del determinador, distinguiéndolo, hasta donde lo permitan las leyes, del instigador. Las dos expresiones se utilizan a veces para desig-

¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 391.

² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, 4ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 210.

³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 159.

⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 386 y ss.

nar lo mismo. Pero, en el fondo, son de contenido distinto. Determinador (título que algunas legislaciones foráneas traducen como «inducción necesaria, es el que hace nacer en otro la voluntad delictiva, el que carga de energía esa potencia psicológica, el que se impone a otro para que cometa la infracción en calidad de autor. Instigador es el que apenas fomenta o completa esa energía volitiva ya iniciada para el maleficio. El artículo 23 contiene el régimen punitivo común para las tres categorías: autores, coautores y determinadores... La ley se refiere al que determine a otro a realizar la infracción, es decir, a una clase particular de partícipes, lo que obliga a seguir dándoles el nombre de determinadores, dejando el de instigadores para aquellos tipos punibles de la parte especial". Posteriormente consigna: "El autor intelectual no existe como categoría específica. El sistema colombiano, como casi todos los extranjeros, habla de determinador. Solo es autor el que realiza la figura punible. Por lo tanto, el determinador, que no concurre a esa realización, es un partícipe..."

Otro punto de vista es defendido por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁵ y SALAZAR MARÍN⁶. Aquél precisa que autor intelectual es quien sin intervenir generalmente en la ejecución del delito (intervención que, en consecuencia, no le haría perder su calidad de tal), planea la operación criminal, es el "cerebro" de ella. Para este, es el que "dirige la realización del hecho injusto —con importante contribución obviamente— y lo quiere como propio..."

Como ya lo dejamos vislumbrar, creemos que la razón está de parte de los primeros, pues, además, tanto la noción de autoría intelectual como de autoría mediata —que veremos a continuación— están comprendidas dentro de la categoría de la determinación, no necesitándose, por contera, acudir *de lege ferenda* a conceptos que trastornan sin necesidad alguna la clara sistemática adoptada por nuestro Código en materia de intervención en el hecho delictivo, que solo distingue tres formas de ella, a saber: la autoría, la determinación y la complicidad, asimilando las dos iniciales para los solos efectos punitivos, en el art. 23, en tanto que la última, como acto de mera contribución a la realización del comportamiento punible, tiene un marco de punición más benigno (art. 24). Contundente es la siguiente apreciación de GRAF ZU DOHNA: "En la vida nunca se dice de quien ha determinado a otro a ejecutar un hecho, que él lo ha cometido; nadie llama autoría a la mera ayuda"⁷.

3. LA AUTORÍA MEDIATA

Se señala como autor mediato a quien realiza la acción típica sirviéndose de otra persona, que en tal circunstancia actúa como instrumento. El único responsable resulta ser, entonces, el autor mediato.

⁵ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 396.

⁶ MARIO SALAZAR MARÍN, "Autoría y participación", en *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 37.

⁷ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balesira, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1958, pág. 94. Citado por ESTRADA VÉLEZ, ob. cit., pág. 159.

Suelen presentarse como hipótesis de autoría mediata, la utilización de alguien que procede con error insalvable respecto de la naturaleza del comportamiento; o insuperablemente coaccionado; o por orden jerárquica a la que está vinculado de modo irrestricto; o como inimputable.

La figura del autor mediato fue elaborada en Alemania para colmar lagunas de punibilidad, pues resulta ser un determinador al que no era posible imponerle la correspondiente pena, en virtud de que regía en ese país el principio de la accesoriadad extrema o máxima, que demandaba en el hecho principal la formación de conducta típica, antijurídica y culpable, y es obvio que el instrumento humano procede inculpablemente. Ello ocasionaba problemas insolubles, como que en el evento de la utilización de un menor de edad o de un enajenado, supongamos, al no existir hecho principal no se podía establecer un autor ni tampoco participe alguno. Sin embargo, introducida la accesoriadad limitada en la legislación penal alemana (el hecho realizado por el autor ya solo necesitó constituir acción típica y antijurídica), la teoría se mantuvo porque se consideraba que, en esencia, se trata de un caso de autoría⁸.

Nuestra Corte Suprema de Justicia admitió la presencia del autor mediato en nuestro ordenamiento punitivo como interviniente delictual, diferenciándolo del determinador, y precisó, además, que "En este caso (de la autoría mediata) el único responsable es el autor mediato, por lo tanto, si para la conducta típica que en concreto se atribuye se requiere cualificación, es necesario que el autor mediato ostente esa calidad". A contrario sensu, en la determinación "si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición solo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad"⁹.

En cuanto a tal distinción, el planteamiento de la Corte resulta inadmisibile a la luz de nuestra codificación, por las siguientes razones:

a) Como lo manifestáramos en precedencia, el estatuto punitivo de Colombia solo admite como autor a quien lleva a cabo total o parcialmente y de manera directa el comportamiento típico, al contrario de la legislación penal alemana que adiona a esta autoría la modalidad mediata.

b) Teniendo en cuenta que determinar a otro a realizar el hecho punible —según el diáfano alcance semántico y jurídico de la expresión utilizada por la normatividad patria— es hacerlo tomar la resolución de cometerlo, en algunos eventos el determinado puede tener conciencia de que está actuando en forma antijurídica, y en otros no poseer ese conocimiento, siendo la acción de determinar idéntica en una y

⁸ ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 190; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. II, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 920, y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 333.

⁹ Casación penal del 9 de mayo de 1983. Magistrado ponente: doctor LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. VI, núm. 20, 1983, págs. 276 y ss.

otra hipótesis. Avalan este criterio JORGE A. HERNÁNDEZ ESQUIVEL¹⁰ y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA¹¹, para quienes dentro de nuestro sistema positivo la autoría mediata no es más que una de las formas de determinación.

c) Insoslayable resulta la consideración de que la creación legislativa de la figura en Alemania, no tuvo motivo distinto —como ya lo presentamos— a la necesidad de punir como autor al que se servía de otra persona como instrumento para materializar su fin delictivo, pues dependiendo la punibilidad del partícipe (determinador y cómplice) de que el ejecutor material obrase culpablemente, en virtud del principio de la accesoriadad extrema a la sazón en vigor en ese país, por la vía de la determinación resultaba impune. Pero siendo compatible nuestro sistema penal con una accesoriadad limitada —como que la culpabilidad de cada interviniente es individual y autónoma de la de los demás, y el hecho que realiza el autor debe ser típico y antijurídico— la autoría mediata aparece claramente superflua. Además, su implantación jurisprudencial ocasiona graves consecuencias político-criminales dentro de la misma tesis que el alto tribunal de justicia patrocina con relación a la intervención de los partícipes en los delitos propios. Así, al aceptarse la autoría mediata como una cuarta forma de intervención delictual que no consagra nuestro Código Penal, el comportamiento del que determina a otra persona sirviéndose de ella como instrumento para la ejecución de una acción típica que requiera de sujeto-agente cualificado, solo resulta punible en la medida que aquel individuo —como lo admite la misma Corte en la decisión en análisis— ostenta esa calidad, pues es entendible que si se le tiene como autor, debe reunir la categoría que exige el tipo penal a este.

4. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL DESLINDE ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

a) *Teoría formal-objetiva y concepto restrictivo de autor.* Proveniente de la dogmática alemana, en donde dominó de 1915 a 1933, tuvo en ese país seguidores de la valía de BELING, E. MAYER, LISZT, SCHMIDT, MEZGER y GRAF ZU DOHNA, pero sigue campante en Argentina y España, como lo manifiesta BACIGALUPO¹². Para esta concepción, autor es tan solo quien realiza de modo personal, total o parcialmente la conducta típica, de donde los partícipes serán quienes contribuyen con acciones atípicas, que como tales solo son punibles gracias al dispositivo que hace posible la extensión de la descripción legal de la conducta y la pena, conforme lo prescriba la respectiva infracción. Esta noción de autor permite tener como tal en los delitos de varios actos, a quien ejecuta una de las características del tipo,

¹⁰ JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ E., "La participación en los delitos con sujeto activo cualificado", ponencia presentada en las VIII Jornadas de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1986, Bogotá, pág. 17.

¹¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 402.

¹² ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 180.

v. gr. en la falsedad en documento privado, lo será tanto quien falsifique el documento, como quien lo use, siempre que haya acuerdo en tal sentido.

Se le reconoce cuidar "de poner a salvo la exigencia de la tipicidad" y operar "con concepto restringido de autor extraído positivamente de las figuras de la Parte Especial"¹³.

Es formal porque el autor tiene que realizar acción típica en el sentido literal de la palabra; o, como indica MAURACH, en cierta forma está apegada al concepto de la "realización del hecho", tal como se manifiesta en los particulares tipos¹⁴. Es objetiva por cuanto no se basa en disposiciones internas o de la voluntad del autor para efectos de la distinción entre autor y partícipe, sino de la diversa contribución al injusto.

Se le objeta, fundamentalmente, su incapacidad para aprehender en absoluto la autoría mediata, lo mismo que aquellos eventos de resultado en que el sujeto no lleva a cabo directa y por sí mismo la acción típica, puesto que el punto de partida de la teoría es la ejecución personal de ella. De esta suerte, se citan ejemplos de división de trabajo delictivo (hipótesis que REYES ECHANDÍA llamara coautoría impropia). "En el caso de A y B que se ponen de acuerdo en envenenar a C poniendo el veneno en la sopa y en el que A asume la tarea de envenenar la sopa (sic) mientras B se ocupa de distraer a C para que no perciba el gusto del veneno, solo A podría ser condenado como autor, pues es él quien realiza la acción típica personalmente; lo mismo ocurre en el caso del que sostiene a la víctima para que el otro le aplique la puñalada mortal: solo este último ha realizado la acción típica en sentido formal-objetivo..."¹⁵.

Dentro de esta última crítica pueden enmarcarse los eventos de realización del hecho delictivo por medio de animales y aparatos mecánicos.

b) *Teoría subjetiva y concepto extensivo de autor*. Fue gestada por KÖSTLIN y llevada a la práctica por BURY¹⁶. Punto de arranque de esta concepción es la teoría causal de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las causas, y, en consecuencia, todo contribuyente causal a la realización de conducta típica sería autor, sin consideración a la importancia de su aporte. Ante esta imposibilidad objetiva de distinción entre autor y partícipe, se acude a la intención del interviniente: actúa con *animus auctoris* si quiere el acto como propio, y si, en cambio, lo quiere como ajeno, obra con *voluntas socii*, siendo por lo tanto cómplice.

Una reelaboración del planteamiento expuesto fue la fórmula del interés, de acuerdo con la cual el *animus auctoris* está representado por el interés en la causación del injusto, en tanto que en el *animus socii* ese interés no existe.

¹³ ENRIQUE CURY URZÚA, *Derecho penal*, parte general, t. II, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1985, pág. 233.

¹⁴ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 342.

¹⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., págs. 181 y 182.

¹⁶ REINHART MAURACH, ob. cit., pág. 336.

A soluciones verdaderamente absurdas ha llevado este criterio. Son paradigmáticos los casos "de la bañera" y el del "agente Staschynski". El primero de ellos consistió en que una parturienta soltera le pidió a su hermana ahogar al recién nacido en la bañera, lo que esta en efecto hizo sin ayuda de nadie. El Tribunal *a quo* condenó acertadamente a la hermana como autora de infanticidio y a la madre como instigadora (determinadora). El *Reichsgericht* casó la sentencia y resultó condenando a la que había ahogado a la criatura como cómplice, y como autora a la madre, pues consecuente con la teoría en análisis, el interés en el resultado lo tuvo la madre ilegítima¹⁷. El segundo lo registra la jurisprudencia alemana como quien, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros a dos personajes políticos exiliados. La sentencia del *Bundesgerichtshof* lo condenó como mero cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino en interés de su mandante¹⁸. Para la coyuntura actual colombiana, sería el tenebroso sicario.

c) *Teoría del dominio del hecho*. Con esta formulación, llamada también material-objetiva o final-objetiva, el finalismo ha presentado su fórmula para delimitar el autor del partícipe. Fue elaborada por WELZEL, teniendo a GALLAS y MAURACH como sus continuadores en la doctrina alemana, donde es la dominante, y empieza a tener adeptos en penalistas nacionales.

Como finalista, parte del concepto final de acción y considera autor a quien tiene la decisión de interrumpir o consumir el hecho, que tiene que ser doloso, dominio que igualmente poseen los coautores, así algunos de ellos no realicen actos formalmente típicos.

No importa la motivación con que obre el agente, ni tampoco la realización personal de la conducta, razón esta última por la cual se permite incluir como autoría la mediata, figura en donde el dominio del hecho —como lo registra WESSELS¹⁹— se presenta como "dominio de la voluntad" del mandante. También aprehende como autor al jefe de la banda de criminales, quien sin participar directamente en el hecho, lo planifica, ordena su ejecución y cuenta con la finalidad de sus hombres²⁰, es decir, el interviniente que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA llama impropiamente "autor intelectual", como ya quedara analizado.

Por el contrario, el partícipe es el concurrente que no tiene ningún control sobre suceso típico, si bien de alguna manera lo promueve o es causa de él.

Se ha hecho ver la fragilidad de la proposición para alcanzar correctamente el deslinde propuesto. Así, MIRPUIG apunta al respecto lo siguiente: "...la doctrina ha advertido que el poder de interrupción no puede bastar para la autoría, pues

¹⁷ REINHART MAURACH, ob. cit., pág. 338.

¹⁸ CLAUS ROXIN, "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pág. 56.

¹⁹ JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, parte general, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 154.

²⁰ ENRIQUE CURY URZÚA, ob. cit., pág. 234.

tal posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros"²¹.

Adelantémonos a decir que por este aspecto le asiste razón al tratadista español. Bástenos con mostrar la verdad del aserto con respecto al cómplice, quien perfectamente puede tener en sus manos el prestar una colaboración necesaria al autor o desistir de hacerlo. Supongamos que A le suministra a B un arma para que dé muerte a C, pero A se arrepiente oportunamente de su ayuda, arrebatándole el arma a B cuando este se disponía a usarla contra C, configurándose una modalidad de la desaparecida tentativa abandonada, sin consecuencia jurídica alguna, pues su voluntario desistimiento se habría producido antes de que el sujeto-agente realizara conducta punible.

"Es en todo caso, una fórmula imprecisa: interpretada rigurosamente resultaría inaplicable, pues el hombre nunca llega a dominar por entero el curso de los acontecimientos; y, al contrario, entendida en sentido amplio podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho", anotan con insoslayable acierto COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN²².

5. LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA ACOGE LA TEORÍA FORMAL-OBJETIVA Y UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE AUTOR

Realmente, el concepto de autor para el sistema punitivo nacional es restringido y participa de la teoría formal-objetiva. En efecto, a voces de su art. 23, autor es "quien realiza el hecho punible", lo que claramente implica que no cualquier interviniente en él se tiene como tal, sino tan solo el que total o parcialmente lleva a cabo directa e inmediatamente el comportamiento descrito en el correspondiente verbo rector, perspectiva que se infiere de los tipos penales de la parte especial. Con consideración que resulta válida para nuestra legislación, observa ZAFFARONI que de ser cierto el llamado "concepto extensivo de autor", la complicidad como forma de extender la punibilidad saldría sobrando²³.

Autor es, entonces, el que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, en las lesiones; el agente de la fuerza pública que rehúsa o demora indebidamente el apoyo pedido por la autoridad competente, en la forma establecida en la ley, en la omisión de apoyo; el empleado oficial que se apropia del bien que administra, en el peculado; el que mata a otro, en el homicidio, etc.

Además, como con talento lo anota ZAFFARONI, los conceptos de autor, cómplice y determinador no son exclusivos del derecho penal, sino que vienen dados de lo óntico, de lo cierto, han sido tomados de la realidad cotidiana. "En los

²¹ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1985, pág. 314.

²² M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, pág. 553.

²³ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, 5ª ed., Buenos Aires, Edit. Ediar, 1986, págs. 570 y 571.

libros agradecemos la cooperación de los colaboradores, y a veces también las palabras de quienes nos decidieron a emprender la tarea de escribirlos y, afortunadamente, por regla general no nos estamos refiriendo a ningún delito, ni para nada acudimos al código penal para saber quiénes son los autores, quiénes los cooperadores y quiénes los que con su consenso nos han decidido al trabajo"²⁴.

La teoría formal-objetiva es la única que puede garantizar respeto por esta realidad óntica, y la que se impone en legislaciones como la nuestra, porque de otro modo no se explicaría los jalones fijados al accionar del determinador y del cómplice a actuaciones por fuera del tipo o ubicadas, como dicen algunos, en su periferia. Así, el determinador se limita a crear en el sujeto-agente la idea de realizar el hecho delictuoso, y lo mismo puede decirse del cómplice, que encuentra demarcada su conducta a prestar una colaboración, de mayor o menor eficacia, al autor.

Fueron, pues, acertados los ejemplos que diera el maestro REYES ECHANDÍA de la complicidad, a la que clasificó en antecedente, concomitante y subsiguiente: Pedro presta a Juan el automóvil para que perpetre un delito de hurto; la entrega hecha por Diego a José del arma con la que este mata a su contrincante durante una riña; y finalmente, "... Pedro ha decidido robar un vehículo; le comenta a Juan su determinación y le solicita que le permita ocultarlo en el garaje de su casa una vez consumado el delito, petición a la que accede este; realizado el hecho, Juan cumple su promesa..."²⁵.

Igualmente importante y ajustada a nuestro estatuto es la división doctrinaria que hiciera el connotado penalista de la coautoría en propia e impropia²⁶, la que también consignó jurisprudencialmente como magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁷, si bien involucró innecesariamente en estas nociones y en la de complicidad, disposiciones internas de ajenidad en el hecho al que los cómplices coadyuvan, y de pertenencia en la empresa común que los coautores realizan conjuntamente y con división del trabajo —coautoría impropia— o en la que cada uno de ellos ejecutan integral y simultáneamente, mediante una misma conducta típica acordada —coautoría propia—, lo que le valió que su criterio haya sido interpretado como subjetivista en la distinción de autor y partícipe.

Legítimamente no puede entenderse cómo puede ser alguien ajeno a un hecho al cual ha contribuido a realizar, así aproveche únicamente al autor, lo que no siempre puede garantizarse. En efecto, los actos pertenecen no solo a quienes los llevan a cabo, sino también a los que contribuyen a esa ejecución, así sea en mínimo grado, pues resulta ostensiblemente cierto que han tenido que ver en él. No descamina el de autor un libro que afirme que su obra también pertenece a quienes le colaboraron a realizarla, e inclusive a los que lo impulsaron a emprenderla.

²⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 568.

²⁵ ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 226.

²⁶ ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 215.

²⁷ Fallo del 9 de septiembre de 1930, *Jurisprudencia penal de la Corte*, 1980, Bogotá, Ediciones Lex Ltda., págs. 131 y 132.

Ahora, en el complejo mundo delictivo es perfectamente posible que al cooperador sea al que le interese el resultado delictivo y que el autor simplemente obre en interés de su mandante, como lo registra la jurisprudencia alemana mostrando las soluciones absurdas propiciadas por la teoría subjetiva. Indudablemente que a ellas nunca arribó el notable jurista, y sí quien acoja sin beneficio de inventario las premisas de la doctrina en comentario.

Es cierto que, entendiendo exegéticamente la postura formal-objetiva, no todos los autores que se reparten el trabajo en los puros delitos de resultado realizan en estricto sentido la acción típica (la de matar, lesionar, acceder carnalmente mediante la violencia, causar el aborto sin consentimiento de la mujer, etc.), pero el real es que sí intervienen decisivamente en ella, a tal extremo que sus actos típicos y los no propiamente típicos se confunden y convergen armónicamente hacia el resultado, y no se puede, por ende, tomar unos y otros separadamente. O para decirlo de otra manera, el hecho punible logrado merced a la distribución de la tarea delictiva, que supone entre los coautores un acuerdo expreso o tácito, no es el mero producto del ejecutor típico, que con su sola acción habría sido muy difícil, cuando no imposible, su plena realización, sino el de todos y cada uno de los intervinientes en la empresa común, que es lo que significó el profesor REYES ECHANDÍA al manifestar que en la coautoría impropia los no ejecutores desempeñan funciones que por sí mismas no configuran delito (v. gr., la de quienes sostienen a la víctima para que otro la apuñale, o la acceda carnalmente, o la haga abortar, etc.). Sin duda alguna que incurre en el sofisma de división, el que tome en sentido dividido lo que debe atribuirse al conjunto de intervinientes.

Carente de toda consistencia resulta también la objeción de no poder explicar la autoría en casos de utilización de animales o instrumentos mecánicos o computarizados para cometer un delito. La razón clara y contundente la trae SALAZAR MARÍN: "en estos eventos tampoco podría operar la figura del autor mediato, como que correspondiéndole al derecho penal juzgar solo conductas humanas, el que se vale de animales o de cosas para fines delictivos, debe tratarse como autor directo o sicofísico"²⁸.

En cuanto al reparo lanzado por partidarios de la teoría del dominio del hecho, en el sentido de que es incapaz de abarcar la autoría mediata, por lo menos dirigido al sistema penal colombiano, carece de completo fundamento, en donde —como ya quedara analizado— tal figura jurídica no es más que una forma de determinación, y no ha sido necesario acudir a ella, como que, como puntualizara REYES ECHANDÍA, la responsabilidad del determinador no está supeditada a la del determinado²⁹.

De otro extremo, si para la teoría del dominio del hecho el "cerebro" de la operación criminosa —mal llamado, valga la reiteración, "autor intelectual"— es un autor porque "sin ejecutar la conducta típica, posee no obstante el señorío

de ella, porque la ha planificado y organizado su realización, pudiendo, consiguientemente, decidir sobre su interrupción, modificación o consumación"³⁰, tal concepción repugna con nuestro ordenamiento penal que, como ya quedara analizado, solo tiene como tal al que lleva a cabo el comportamiento típico.

También aflora el antagonismo de esa concepción con nuestro sistema punitivo, en cuanto desnaturaliza el concepto de complicidad, que no tiene nada que ver con la posición no dominante en la ejecución del hecho típico, sino con la coadyuvancia que en mayor o menor grado le presta al autor o autores. Aquí cabe advertir que el estatuto penal colombiano no diferencia las categorías complicidad necesaria y no necesaria, lo que no significa que la distinción haya desaparecido, "Lo inconveniente —considera con acierto LUIS CARLOS PÉREZ— era incorporarlas al texto debido a las dificultades para advertirlas según sus prescripciones. La colaboración que en un caso puede apreciarse como necesaria, en otros aparecerá de menor significado y entonces la pena no puede ser igual a la del primero. El artículo 61, en su inc. 2º, fija un nuevo criterio para la cuantificación, según «la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda»"³¹.

6. INEXISTENCIA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Escapa a las pretensiones y finalidades de este estudio referirnos a todos y cada uno de los principios que rigen la relación entre autor y partícipe. De ellos, vale decir, el de la accesoriadad, de la comunicabilidad de las circunstancias, de la convergencia y de la unidad de intención, importa destacar que este último no necesariamente supone un pacto de los codelincuentes acerca de la de conformidad de título incriminativo, sino que es suficiente el concierto de ellos con relación al comportamiento desde una perspectiva naturalística, esto es, que sea ontológicamente el mismo que convinieron, que coincidan en el ente de hecho como diría MAGGIORE. Sirviéndonos de las explicaciones de BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, cuando hacen referencia al sistema mixto adoptado por el Código rituario en materia de congruencia entre la resolución de acusación y sentencia, diremos que esa identidad del hecho se da cuando existen elementos sustanciales comunales, v. gr. la conducta y el objeto material, de donde por este aspecto es sustancialmente igual un peculado y una apropiación indebida³². Lo que haría diferentes las conductas asumidas por ellos sería conceptos eminentemente jurídicos, como la calidad de empleado oficial y la relación funcional entre este y el bien objeto de la apropiación.

Este criterio no constituye osadía ni desvarío, sino que, por el contrario, reza fielmente con la significación de comunidad de propósitos, como también se le

³⁰ ENRIQUE CURY URZÚA, ob. cit., pág. 245.

³¹ LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 392.

³² JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Centro de Estudios Penales, 1990, pág. 373.

²⁸ MARIO SALAZAR MARÍN, ob. cit., pág. 40.

²⁹ ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 213.

denomina a este rasgo fundamental de la participación —*lato sensu* entendida—, que bien da a entender coincidencia en lo esencial del comportamiento delictivo a ejecutar. Nadie podría válidamente negar que esa unidad de intenciones se presenta entre concurrentes que poseen la cualificación jurídica que exige el tipo penal de peculado y otros que no la tienen, y llevan a cabo el plan de despojar al Estado de un bien que aquellos administran. Por remate, no incurrir en exabrupto alguno los notables procesalistas nombrados en precedencia, cuando sostienen que “Por ausencia de unidad del título de imputación en el sistema penal colombiano, el determinador puede responder por el hecho típico adicional (el que surge durante la empresa delictiva por fuera del acuerdo previo) a título de dolo eventual, culpa o preterintención”³³.

Y ciertamente, la unidad del título de imputación o de delito no existe en nuestra ley positiva. La legislación penal italiana, en cambio, dispone en su art. 117 que si en virtud de las condiciones o cualidades personales del responsable, o por las relaciones entre este y el ofendido, cambia el título del delito en lo tocante con algunos de los que en él han intervenido, también los demás responderán del mismo delito, lo que no impide que si el delito cometido resultare más grave, el juez pueda disminuir la pena respecto de aquellos que no presenten las condiciones o cualidades ya indicadas. Es decir, no opera el cambio de *nomen iuris*, conozca o no el *intraeus* la calidad personal del autor, solo que para templar el rigorismo la norma le da al juzgador la facultad de rebajar discrecionalmente la consecuencia punitiva.

El cambio del título del delito para algunos de los que han intervenido con el sujeto activo cualificado —requisito *sine qua non* para que se produzca este particular efecto extensivo— significa que en el hecho de la persona que no tiene la cualidad requerida para el delito especial, deben concurrir los elementos del otro delito: por ejemplo, los componentes de la apropiación indebida, en tanto que para el servidor estatal el hecho constituiría peculado³⁴. Desde otro ángulo de enfoque: la consecuencia extensiva se da tratándose exclusivamente de los delitos especiales impropios, los que permiten que los *extraneus* incurran en un delito correlativo que no exige condiciones especiales en el sujeto-agente.

A riesgo de expresarlo con criterio tautológico, hay que enfatizar que no se encuentra en Colombia una norma similar, ni entre las circunstancias comunicables del art. 25 del Código Penal están las calidades típicas de autor, que BACIGALUPO llama “circunstancias personales que fundamentan la punibilidad”³⁵, pero que no pueden, *stricto sensu*, considerarse circunstancias, pues estas, como lo precisa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, son componentes que por no hacer parte de los elementos

del tipo, inciden en la penalidad, mas no en su existencia³⁶. Como circunstancias de agravación punitiva, aparecen generalmente descritas en tipos subordinados o complementarios, y de allí que supongan la existencia del básico o fundamental. Concretándonos a las circunstancias personales, quien colabora para que otro dé muerte a su padre, con conocimiento de tal condición, será cómplice de homicidio agravado, pues se le transfiere un factor que sin estar involucrado en el tipo penal básico del homicidio, sí afecta la penalidad, agravándola. Ello no sucede con la calidad de empleado oficial, que al hacer parte de la composición de tipos básicos como el peculado por apropiación, es elemento integrante de su estructura típica.

7. ALGUNAS TESIS SOBRE EL *EXTRANEUS* COMO INTERVINIENTE DELICTIVO

a) *Solución de ascendencia italiana*. Ha existido una posición de origen italiano y de la cual fuimos partidarios³⁷, según la cual el *extraneus* responde, a título de determinador o de cómplice, del mismo delito especial a cuyo autor determina o colabora, en virtud del efecto de amplificación que de los modelos delictivos de sujeto activo cualificado, cumple el mecanismo de la parte general conocido como participación (determinación y complicidad).

Entre nosotros, el primer antecedente jurisprudencial en este sentido parece ser el de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 28 de abril de 1959³⁸. Doctrinariamente la inicial formulación creemos que corrió a cargo de JESÚS BERNAL PINZÓN, quien, partiendo del concepto restrictivo de autor, asienta que solamente aquél que ha realizado la “conducta típica puede ser autor de delito; los otros serán meros partícipes”; y para estos la punibilidad “no nace de la violación de la norma típica, sino de aquella que consagra la participación (hoy arts. 23 y 24 del C. P.)”, y responderán “por el mismo título de delito del autor, porque el hecho es único”. Siguiendo a RICCIO, remata su concepto afirmando que no es necesario que el extraño (partícipe en sentido estricto) conozca la calidad del sujeto calificado, pues como lo explica el doctrinante italiano “Queriendo el hecho, responderá del delito que constituya el hecho”, de manera que “responderá de peculado y no de abuso de confianza; de concusión y no de estafa”³⁹.

La Corte acogió estos planteamientos al revisar en vía de apelación el llamamiento a juicio como autor del delito de peculado por aplicación oficial diferente, de un personero municipal. Los hechos, en suma, fueron los siguientes: en vista de que no había persona capacitada dentro de los mismos empleados de la administración municipal que elaborara el acuerdo de presupuesto para presentarlo al Concejo, el alcalde tuvo la idea de contratar a un particular para que hiciera ese trabajo, y le sugirió al personero la forma como debía pagar esa cuenta por otro fondo,

³⁶ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 417.

³⁷ La prohibimos en *Estudio del peculado*, Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1986, págs. 99 y ss.

³⁸ “G. J.”, t. XCI, pág. 208.

³⁹ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, págs. 36 y ss.

³³ JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, ob. cit., pág. 267.

³⁴ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, parte general, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 404.

³⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 204.

ya que para dichos gastos estaba agotada la partida, lo que este aceptó. El alcalde ordenó entonces elaborar la cuenta, y la tesorera, finalmente, expidió el respectivo cheque. Concluyó el alto tribunal de justicia con el razonamiento de que, "es indudable que los autores del peculado materia de las instructivas son el alcalde... y la tesorera..., pues ciertamente son los únicos capaces de realizar la conducta típica descrita en el artículo 150 del Código Penal, siendo los funcionarios que administran los bienes municipales. Pero es incuestionable que el personero... es partícipe de la infracción, porque la tipicidad de su conducta no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general (art. 20 del C. P.), pues cooperó de modo necesario a la realización del delito, no habiendo disposición de ordenamiento jurídico alguno que establezca como condición *sine qua non* para el pago de las cuentas el visto bueno del personero. De suerte que, debe confirmarse el proveído apelado, mas con la modificación de que se le compromete con el vocatorio, no como autor del delito de peculado, sino como partícipe o cooperador no necesario del mismo"⁴⁰.

LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, por su parte, creyó ver entre las circunstancias transferibles, las calidades típicas de autor para sostener dicha tesis⁴¹, pero quien le dio sólida estructuración al planteamiento fue REYES ECHANDÍA, partiendo de CARRARA, ANTOLISEI, BETTIOL, pero especialmente de NOVOA MONREAL. En apretada síntesis, los siguientes fueron los razonamientos del eximio jurista: si bien la conducta descrita en los tipos penales que requieren de un sujeto activo cualificado se ha de predicar de quien tenga esa cualificación, ello solo indica que esa persona puede concurrir como autora, mientras que el *extraneus*, quien como tal no posee esa condición especial y que la ley no se la exige, puede intervenir a título de cómplice, derivándose su punibilidad no del respectivo modelo comportamental, sino del dispositivo amplificador de la complicidad. Así como no es posible negar que el extraño que facilite la relación sexual entre dos hermanos, es cómplice de incesto, también resulta innegable que el particular que colabora con el gerente de una empresa pública para que este traslade fondos a otra empresa, con una específica destinación, sin cumplir los requisitos legales pertinentes, es cómplice de tal modalidad peculadora, pues estaría contribuyendo a lesionar el bien jurídico de la administración pública. A diferencia de BERNAL PINZÓN, indica que solo puede haber complicidad responsable del *extraneus*, cuando este conozca la calidad especial del autor y sepa que es a él a quien le presta ayuda⁴².

Aun en el caso de que el *extraneus* realizara con el *intraeus* mancomunadamente la conducta típica especial, partidarios de esta corriente no le dan a aquél la categoría de coautor, sino de cómplice, aduciendo que al no tener con la administración

pública deber funcional alguno, jurídicamente no puede llevar a cabo el comportamiento de un sujeto activo cualificado. MANTILLA JÁCOME extrema la tesis, al plantear que el particular tiene capacidad legal de actuar como coautor de un delito especial⁴³.

Más recientemente la Corte acogió y adicionó el planteamiento, al estimar "que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que este no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determine a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concorra relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de esta a que realice sobre ella actos erótico-sexuales. De no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico-penal, a menos que por sí misma configurase delito autónomo". Este pronunciamiento se consignó en Sala integrada por el magistrado REYES ECHANDÍA y del cual fue ponente el también ilustre penalista LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO⁴⁴.

No habíamos reparado que este planteo viola flagrantemente el principio fundamental del derecho penal, de legalidad del hecho punible y de la pena, y que constituye regularmente una forma de aplicación analógica *in malam partem*, pues si el catálogo punitivo reclama para algunas de sus descripciones que sean realizadas por sujetos activos cualificados, la ampliación de su radio de acción a través del dispositivo amplificador de la participación, solo puede legalmente afectar las actividades de determinación o de coadyuvancia de quienes tengan esa misma exigencia típica, pues igual función de garantía cumple el tipo penal con relación a su autor, que su mecanismo extensivo respecto de los partícipes. La seguridad jurídica, que protege la tipicidad, no operaría de manera integral si quien sabiendo que solo puede ser partícipe en tipos penales de sujeto activo indeterminado, a la postre se le sometiera a una sanción que no es la legalmente determinada antes de su participación criminosa, de tal manera que no estando permitida la comunicabilidad de las calidades típicas de autor en nuestro ordenamiento penal, legalmente no es procedente la complementación de un delito propio o *ad intraeus* con partícipes que carecen de la cualificación ni, por contera, hacerle extensivas sus consecuencias punitivas, regularmente más severas. Si el tipo penal como garantía contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena, para poder esparcir la comprendida en un tipo penal de concreta cualificación en el sujeto que lo puede realizar, a la persona del determinador o del cómplice mediante el citado mecanismo extensivo, estos deben tener la misma categoría especial del autor, so pena de romperse con un principio tan caro en nuestra época y que va insito en toda forma codelincuencial. Si el legislador no tiene necesidad de advertir que los *extraneus* solo pueden ser

⁴⁰ Cas. penal del 14 de diciembre de 1974. Magistrado ponente: doctor MARIO ALARIO DI FILIPPO, "G. J.", t. CXLIII, parte 2ª, núms. 2378 a 2389, págs. 1139 a 1141.

⁴¹ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, parte general, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 202.

⁴² ALFONSO REYES E., ob. cit., págs. 237 y ss.

⁴³ Así lo ha predicado en conferencias sobre el tema.

⁴⁴ Casación del 3 de junio de 1983, en *Jurisprudencia penal de la Corte*, 1983, Bogotá, Jurídicas Radar, 1984.

sancionados como partícipes de delitos de sujeto activo indeterminado, dado el carácter genérico del dispositivo amplificador y su necesaria relación con los correspondientes modelos comportamentales de la parte especial, cuya capacidad de aplicabilidad extiende a los partícipes, *a fortiori* no requiere prevenir acerca de que únicamente los *intraeus* pueden recibir consecuencias punitivas derivadas de la participación en delitos especiales, si igualmente poseen la calidad típica de su autor, que son quienes pueden violar deberes funcionales para con la administración pública.

Si —como ya quedara demostrado conforme a la solución legislativa colombiana— de la convergencia intencional o teleológica no necesariamente deriva la unidad de título inculpativo, pues ella no existe en el sistema penal patrio, la solución en examen es merecedora de críticas desde el punto de vista político-criminal, puesto que conduce a la impunidad de la conducta del *extraneus* que yerra sobre la cualificación típica del *intraeus* (cree erradamente que se trata de un particular). En efecto, repetimos que el mismo REYES ECHANDÍA advertía que el determinante o cómplice no será responsable por falta de dolo, en la medida en que ignore dicha cualificación y “tal desconocimiento haya sido insuperable; en tal caso, estariase ante un error esencial sobre un elemento del tipo (cualificación del sujeto activo) que configura causal de inculpabilidad...”⁴⁵.

Censurable, por lo ilegal, resulta también el tratamiento que de cómplice le da al *extraneus* que realiza mancomunadamente con el *intraeus* el delito especial. Las distintas formas de intervención en el hecho punible están determinadas por el ordenamiento penal, lo mismo que su marco de punición, de donde la consecuencia dogmática que de tal situación debe derivarse, es la de no poder ser sujeto-agente del punible, pero en modo alguno atribuírsele arbitrariamente una labor de coadyuvancia, que es ontológicamente diversa de la que lleva a cabo un coautor, lo que además implica una trasnochada aplicación del concepto extensivo de autor, que como ya se viera, parte de la insostenible teoría causal de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las causas.

b) *Teoría del dominio del injusto*. Partiendo del marco de la teoría del dominio del hecho, MARIO SALAZAR MARÍN elabora un erudito intento para distinguir entre autor y partícipe, involucrando en tal postura el dominio del injusto. Aduce que para ser autor no basta con tener las riendas del acontecimiento del hecho material, y concluye que con tal replanteamiento no es necesario acudir a elementos adicionales para determinar la autoría en casos que son traídos por autores como BACIGALUPO, STRATENWERTH, ROXIN y ZAFFARONI (los tipos penales que requieren ánimos especiales; delitos de propia mano y delitos especiales). Consecuentemente, en lo relativo a delitos especiales, estima que no es necesario el agregado del requisito complementario para predicar el dominio del hecho exclusivamente por el que posee la calidad jurídica como la de ser un empleado oficial, porque de todas maneras constituye un elemento normativo inherente y propio del correspondiente tipo de injusto. Interrogándose sobre qué pasa con estos delitos en la autoría mediata, establece que

si un particular se apodera de los caudales de una tesorería, bajo la dirección del tesorero, aquel “no podrá ser coautor de peculado, pues a lo sumo podrá ser partícipe, ya que tampoco será autor de un delito distinto (hurto, por ejemplo), por el principio de la unidad de inculpatión (el delito cometido es peculado y no hurto o ambos a la vez)”⁴⁶.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA le observa a esta formulación que un “dominio del injusto” depende del derecho positivo y no de lo que los sujetos hagan o piensen. Añade el notable tratadista que apuntaría en sentido correcto si se refiriera a un dominio de la acción típica⁴⁷. Aun así deja intactos los graves cuestionamientos observados a la tesis que ubica al *intraeus* como partícipe.

c) *Posición que tiene como base la división de los delitos especiales en propios e impropios*. Frente a estas posturas, se está formando y consolidando otra, la cual arranca de la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios, para aceptar que en aquellos no es jurídicamente viable la intervención del *intraeus*, y sí, en cambio, en los impropios, en cuyo caso la conducta es ubicable en un tipo penal paralelo que recoja un modelo comportamental realizable por sujeto activo indeterminado.

Delitos especiales propios, son aquellos que no encuentran correspondencia con un delito común, de tal manera que siendo la categoría especial del agente elemento *sine qua non* para la existencia del delito, la intervención del *extraneus* sería atípica⁴⁸. De esta manera resulta inconcebible que un particular cometa un peculado por aplicación oficial diferente.

Por el contrario, siendo los delitos especiales impropios los que se corresponden con un delito común, que como tal describe el mismo hecho pero realizable por quien no tiene calidad especial, al concurrir con el sujeto activo calificado, responde conforme a la figura común correlativa y de acuerdo a su forma de intervención, o sea, a título de autor, determinante o cómplice, según el caso. Así, por ejemplo, un empleado oficial y un particular se apropian de un bien estatal que aquel administra, con la coadyuvancia de otro *extraneus*. El primero deberá responder como autor de peculado por apropiación; el segundo, como sujeto-agente de hurto, que revestiría la forma agravada de haberse cometido sobre bien del Estado (art. 372, ord. 2º del C. P.), y como cómplice de este último delito, el tercero de ellos. Esa identidad del hecho representado en la presencia de una misma conducta y de un mismo objeto material, se está cumpliendo en el ejemplo propuesto.

Ahora, el error del *extraneus* que concurra en esta situación, en relación con la calidad típica del *intraeus*, carece de toda relevancia jurídica, pues resulta claro que conozca o no esa condición especial, responderá del delito común paralelo y de

⁴⁶ MARIO SALAZAR MARÍN, ob. cit., págs. 27 y ss.

⁴⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 393.

⁴⁸ GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, Edit. Cymys, 1974, pág. 31 y JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, derecho penal, parte general, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1984, pág. 155.

⁴⁵ ALFONSO REYES E., ob. cit., págs. 237 y ss.

acuerdo a su forma de intervención. Si bien discurriendo en dirección opuesta a la nuestra, URIEL FRANCO escribe con capacidad que "...el yerro aquí no es admisible al de otras situaciones justificadamente impunes, como, por ejemplo, ocurriría cuando el colaborador en un hurto ignorara el carácter ajeno de la cosa, pues faltaría la conciencia de lo antijurídico. En cambio, cuando el aportante en peculado se equivoca sobre la calidad del autor, puede, sin embargo, estar al tanto de que existe apropiación de bien ajeno y tener entonces conciencia de su aporte a una conducta lesiva del orden jurídico"⁴⁹.

Tampoco tiene ninguna incidencia que el *extraneus* tenga o no ese conocimiento en los delitos especiales propios, toda vez que su intervención en ellos de todas maneras no encuadraría en tipo penal alguno.

En lo atinente con los delitos contra la administración pública, son especiales propios el peculado por aplicación oficial diferente, el peculado culposo, la concusión en su modalidad de solicitar, el cohecho pasivo, la celebración indebida de contratos, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato en sus distintas formas y los abusos de autoridad. Todos estos delitos especiales no encuentran represión dentro del catálogo de hechos punibles cuando son realizados por un particular y su existencia se sujeta a una situación de deber con la administración pública. En cambio, hay otros tipos penales que sí hallan un delito común correspondiente al que remitir, sin exigir cualificación alguna del sujeto activo. Algunas veces esta circunstancia determina el cambio del bien jurídico tutelado, como ocurre en el caso del peculado por apropiación y uso, que encuentran esa reciprocidad con el abuso de confianza o hurto; el peculado por error ajeno, que en cierta forma encuentra el tipo común paralelo en el aprovechamiento de error ajeno o el caso descrito en el art. 361 del Código Penal; el constreñimiento como forma de concusión aparece tipificado en el art. 355, y como extorsión tratándose de dineros u otro aprovechamiento patrimonial ilícito; o en el 276 como simple constreñimiento ilegal. Otras veces la cualificación del sujeto activo determina la aparición de tipos especiales o subordinados; son ejemplo de la primera clase los arts. 328 y 286 (violación de habitación ajena por empleado oficial); constituyen ejemplos de la segunda, el ordinal 1º del art. 324 (cuando el homicidio se comete en un pariente), el hurto entre condueños (art. 353) y el secuestro de pariente (ord. 4º del art. 270), todas estas disposiciones del mencionado ordenamiento⁵⁰.

A guisa de conclusión, creemos que este último es el punto de vista correcto en la solución de los problemas que suscita la múltiple intervención en los delitos especiales, no solo porque constituye una elaboración asaz sencilla y simétrica, sino también porque respeta un valladar que debe ser infranqueable, cual es el principio fundamental de la legalidad de los delitos y de las penas; hace responder a cada codeficiente de su real intervención y teniendo en cuenta si respecto de él, se puede predicar violación de deberes funcionales; se ajusta armónicamente al sistema penal colombiano y soluciona las inconveniencias político-criminales que presentan posiciones contrarias.

⁴⁹ URIEL FRANCO, *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 45.

⁵⁰ JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ E., ob. cit., págs. 3 y 4.