

PÁEZ RODRÍGUEZ, JORGE EDUARDO, “El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”,
Nuevo Foro Penal, (104), 2025

El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber

The intervener in Colombia. A reinterpretation proposal in light of the theory of crimes of breach of duty.

Fecha de recibo: 26/06/2024. Fecha de aceptación: 12/11/2024.

DOI:10.17230/nfp21.104.4

JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ*

Resumen

El objetivo del presente trabajo es determinar cuál debe ser el alcance, configuración y límites de la figura del interviniente en el derecho penal colombiano, teniendo en cuenta las importantes críticas que se han realizado por parte de la doctrina nacional y extranjera sobre la vigente interpretación de la Corte Suprema de Justicia.

Abstract

The objective of this work is to determine what the scope, configuration, and limits of the figure of the intervener in Colombian criminal law should be, considering the important criticisms made by national and foreign doctrine of the current interpretation of the Supreme Court of Justice.

* Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, especialista en contratación estatal y candidato a magíster en ciencias penales y criminológicas de la universidad Externado de Colombia. Investigador en áreas de derecho penal, procesal penal y derecho probatorio. Ex empleado de la Rama Judicial del Poder Público. Abogado asesor de distintas entidades públicas y litigante en Derecho Penal.
Correos electrónicos: jorgepaezabogado@outlook.com; jeprlaw@outlook.com CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002036784
ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-6188-7288>

Palabras Clave

Autoría y participación, delitos especiales, interveniente, dominio del hecho, delitos de infracción del deber.

Keywords

Authorship and participation, special crimes, intervener, control of the fact, crimes of breach of duty.

Sumario

Introducción. 1. Postulados teóricos actuales sobre el concepto de interveniente en el derecho penal. - 2. Postulados constitucionales y doctrinales que limitan el concepto de interveniente en el ordenamiento jurídico colombiano 3. Concepto de interveniente según las altas cortes colombianas – 4. Análisis crítico a la vigente interpretación del interveniente. – 5. Propuesta de una reinterpretación al concepto. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Una de las principales problemáticas al interior del campo de la autoría y participación es la codelincuencia en los delitos especiales. Una de las principales dificultades se presenta cuando concurren en la comisión del delito tanto sujetos que cumplen las condiciones exigidas por el tipo ("*intranei*"), como sujetos que no las cumplen ("*extranei*") generando casos en donde las clásicas reglas del dominio del hecho llevarían a la indeseable impunidad de todos o algunos de los actores delictivos.¹

Para evitar este indeseable resultado la doctrina mayoritaria ha acudido a la teoría de los delitos de infracción de deber², tesis que ha sido acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al entender que en este tipo de delitos solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación especial exigida por el tipo, mientras que todos los *extranei* que concurran a su realización serán partícipes. No obstante, para estos *extranei* se creó la figura del "interviniente" consagrada en el artículo 30 inciso 4 del código penal colombiano³.

La Corte Suprema de justicia ha sostenido dos posturas totalmente contrapuestas frente a la interpretación que debe dársele al concepto de interveniente; La primera

1 Manuel Abanto Vásquez, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", *Revista Doctrina*, n.º14 (2004): 3-23.

2 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, (Pamplona: Editorial Civitas, 2014), 182-183.

3 Ley 599 del 2000 "Por la cual se expide el código penal" Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

surgió en la sentencia del 25 de abril de 2002 con radicado 12.191 y la segunda, que se ha mantenido hasta la actualidad, en la sentencia del 8 de julio de 2003 con radicado 20.704, sin embargo, ésta vigente interpretación adolece de sendos problemas de coherencia teórica y adecuación constitucional que se derivan del hecho de que, aunque se haya adoptado la teoría de los delitos de infracción del deber, implícitamente se haya continuado utilizando la teoría del dominio del hecho.

Por lo anterior, en el desarrollo del presente trabajo se demostrará como la actual interpretación jurisprudencial al concepto del interviniante: (1) viola el principio lógico de identidad, (2) carece de coherencia teórica y (3) vulnera principios constitucionales; yerros que han generado que se dificulte el adecuado entendimiento de esta figura, que se vuelva a incurrir en los problemas de impunidad que hicieron necesaria la creación de la teoría de los delitos de infracción del deber y que se produzcan consecuencias negativas sobre la punibilidad de las personas que se encuentran siendo juzgadas bajo esta figura.

En este orden de ideas, lo que se pretende con el presente trabajo es realizar un análisis crítico a la vigente interpretación de la figura del interviniante, teniendo en cuenta los actuales postulados doctrinales y constitucionales que rigen la materia, para finalizar con una toma de postura en donde se propondrá ¿cuál debe ser el alcance, configuración y límites del concepto de interviniante en el derecho penal colombiano?

1. Postulados teóricos sobre el concepto de interviniante en el derecho penal

1.1. Postulados tóricos acerca de la teoría de los delitos de infracción del deber

La distinción entre autores y partícipes ha sido, a lo largo de la historia, uno de los principales tópicos de discusión al interior de la ciencia del derecho penal, no obstante, muchas de estas discusiones se han superado y actualmente —al margen de algunos debates relevantes y actuales— se ha llegado a un acuerdo doctrinal en lo fundamental. Acuerdo que ha sido posible gracias al recibimiento de la teoría del dominio del hecho, sobre la cual no resulta pertinente detenernos en este trabajo, no obstante, este acuerdo también reconoce que la teoría del dominio del hecho no es suficiente para realizar la distinción entre autores y partícipes en la totalidad de delitos, pues como ya lo reconocía Roxin en su obra “autoría y dominio del hecho” de 1963, existen tres categorías de delitos: los de “Dominio”⁴, donde es autor quien

4 Este grupo engloba a la inmensa mayoría de delitos, homicidio, lesiones, hurto, acceso carnal, etc.

domina el hecho; los de “infracción de deber”⁵, donde es autor exclusivamente quien infringe un deber específico obtenido en virtud de su rol social y los de “propia mano”, donde será autor únicamente quien ejecute de propia mano el hecho⁶, en otras palabras, quien realiza actos ejecutivos típicos⁷. En el presente trabajo nos centraremos en los delitos de infracción del deber.

Según Claus Roxin y un sector importante de la doctrina⁸, esta categoría se utiliza cuando lo decisivo no es la realización de un hecho externo, sino la infracción de un deber específico, en estos casos la figura central y por lo tanto autor no será quien domine el hecho, sino la persona sobre quien recaiga el deber específico⁹ y por esa razón, la única que está en posición de infringirlo, siempre y cuando con esa infracción se cause el resultado típico exigido por la ley penal, siendo indiferente su dominio del hecho^{10,11}.

La consecuencia es que en estos casos el *intraneus* siempre será autor, mientras que el *extraneus* —con independencia de su dominio del hecho— siempre será partícipe. Esto debido a que el delito castiga la infracción del deber y este último, al no ostentarlo, no puede infringirlo. En todo caso, lo único que podría hacer el *extraneus* sería: inducir al *intraneus* a que infrinja su deber (actuando materialmente como determinador) o ayudarle al *intraneus* a infringir su deber (actuando materialmente como autor, coautor, o cómplice.)

Lo que hizo necesario pensar en una solución alternativa al dominio del hecho fue el caso del mal llamado “instrumento doloso no calificado”, es decir, ¿qué hacer cuando en un delito especial quien realiza la conducta con dominio del hecho es un

5 Algunos ejemplos: Art 250-A “administración desleal”, Art 397 “peculado”, Art 322 “favorecimiento por servidor público”

6 Algunos ejemplos: Art 448 “fuga de presos”, Art 442 “falso testimonio”.

7 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 75.

8 Roxin, Stratenwerth, Kuhlen, Jakobs, Vogel, Sánchez Vera-Gómez Trelles, en español; Miguel Díaz y García Conledo, Manuel Abanto Vásquez, Luzón Peña, entre otros.

9 Diego-Manuel Luzón Peña, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento del peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas. Revista de la fundación internacional de ciencias penales*, n.º 6 (2017): 145-272.

10 Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, (Lima: Editora y librería jurídica Grijley, 2000).

11 Jakobs, la acepta cuando establece como fundamentos de la responsabilidad en la sociedad moderna: (1) responsabilidad por arrogación de organización (delitos de dominio), (2) responsabilidad por infracción de una institución, cuando se ostenta un rol en la sociedad y se infringen las exigencias propias de ese rol.

extraneus? En estos casos la teoría del dominio del hecho diría que el autor es el *extraneus*, pues es este quien ha realizado el verbo rector con dominio, no obstante, la conducta del *extraneus* sería atípica objetivamente por faltar en dicho sujeto la especial cualidad exigida por el tipo y por ello, tampoco se podría castigar al *intraneus* como partícipe (cómplice o determinador) debido al principio de la accesoriiedad limitada de la participación, generando así un vacío punitivo que, es evidente, no era el propósito del legislador al castigar delitos de esta manera.

1.2. Postulados teóricos acerca del concepto de interviniante en el derecho penal colombiano

La figura del interviniante se encuentra descrita en el inciso cuarto del artículo 30 del Código Penal colombiano, enunciado normativo que establece que “*al interviniante que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*”¹².

Esta figura ha sido interpretada constantemente por múltiples autores nacionales e internacionales, quienes se pueden agrupar en dos vertientes: (1) quienes consideran al interviniante como una forma independiente de concurrir al delito y (2) quienes lo consideran una cláusula general o circunstancia de atenuación aplicable a todas aquellas personas que concurran en la comisión de un delito especial, sin cumplir los requisitos exigidos por el tipo penal.

El primer grupo doctrinal minoritario, encabezado por el maestro Fernando Velásquez, sostiene que el interviniante hace referencia a aquellas personas que concurren en la realización de la conducta punible como autores, pero careciendo de las cualidades exigidas por el tipo, así mismo, este autor adiciona que, como el artículo 30 del código penal asimila la pena del determinador a la del autor, la rebaja del interviniante también deberá ser aplicable a este partícipe¹³.

Esta posición no se considera adecuada —en síntesis— por las siguientes razones:

Primero, porque carece de un concepto unívoco de “interviniante”, toda vez que sostiene que este se refiere exclusivamente a quien actúa como autor en un delito especial sin cumplir la cualificación (es decir, con dominio del hecho), pero luego extiende dicha rebaja al determinador, en otras palabras, sostiene que el determinador no es un interviniante, pero sí tiene derecho a la rebaja de este. Así

12 Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el código penal” Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

13 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal parte general*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013), 298-299.

mismo, —contrario a lo que sostiene el autor— no es cierto que una persona no pueda ser cómplice e interviniente en el mismo hecho, pues tal conclusión depende del entendimiento que se le dé al concepto de interviniente, esto es, si se le define como una figura especial de autoría y participación o como un concepto de referencia o cláusula general.

Al margen de lo anterior, otro grupo doctrinal mayoritario considera que el concepto de interviniente no constituye una forma especial de concurrir al delito, sino un concepto de referencia, una cláusula de la parte general del Código Penal, que se aplica a todas aquellas personas que concurren en la comisión de un delito especial sin ostentar la cualidad exigida por el tipo.

En este sector doctrinal encontramos a autores como Miguel Córdoba, quien entiende que esta rebaja se debe aplicar a todas aquellas personas que intervengan en el delito especial sin tener la cualidad exigida, aceptando que esta sea aplicable también al cómplice, generando para este una doble atenuación¹⁴.

En este mismo grupo encontramos al maestro español Miguel Díaz y García Conledo, quien ha analizado en varias oportunidades a la figura del interviniente en el derecho penal colombiano y ha sostenido que esta debe entenderse como un concepto de referencia aplicable a los partícipes (cómplice y determinador) que concurren en el delito sin cumplir con la cualidad especial exigida por el tipo¹⁵; conclusión que ha sido compartida por el maestro Alberto Hernández Esquivel¹⁶ y por múltiples y reconocidos autores nacionales e internacionales¹⁷.

Siguiendo esta misma línea el maestro Juan Carlos Ferré Olive también se opone a la tesis de considerar al interviniente como una forma especial de concurrir al delito, explicando lo siguiente:

Consideramos desacertada la interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia (CSJ Cas. Penal Sent. Jul. 8/2003, Rad. 20704) cuando sostiene

14 Miguel Córdoba, "La figura del interviniente en el derecho penal colombiano", *Revista de derecho penal y criminología* 25, n.º 75 (2004): 84.

15 Miguel Díaz y García Conledo, "La polémica jurisprudencia colombiana sobre el "interviniente" (La intervención del extraneo en delitos especiales)", *Actas del II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. "Problemas actuales de las ciencias penales"*, marzo (2017): 1-18.

16 Alberto Esquivel, "Autoría y Participación. En Lecciones de Derecho Penal, Parte General", 2º Ed. (Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2011).

17 En este mismo sentido: Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007); así como también: Miguel Ángel Muñoz, "Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales", *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, n.º 106, (2008): 13-53.

- 102 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

que el término interviniante que se utiliza en el art. 30 CP “hace referencia a un concepto restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación”. Como hemos ya analizado, no puede existir un autor o coautor de delito especial sin cualificación. Solo los cualificados pueden ser autores. Además, puede fácilmente advertirse que este concepto se incorpora en un precepto que se titula: “Artículo 30. Partícipes” y no en el que reza “Artículo 29. Autores”. La solución legislativa no ha podido ser más evidente¹⁸

1.3. Postulados Jurisprudenciales y legales acerca de la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber

Que la teoría del dominio del hecho haya sido adoptada por las altas cortes colombianas es algo evidente, así, la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que

(...) *autor será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; “partícipe”, aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta, pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible”¹⁹.*

Por su parte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado de forma constante y pacífica²⁰ la utilización de esta teoría para realizar la delimitación entre autores y partícipes:

[Según] la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad (...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo (...) mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho”²¹.

Ahora, partiendo de esta aceptación, resulta pertinente analizar ¿cómo se soluciona el caso del instrumento doloso no calificado en Colombia? Pues bien, la jurisprudencia y el legislador ya se han pronunciado y la respuesta es clara, en los delitos especiales o de infracción de deber la autoría no se determina según la teoría del dominio del hecho, sino según los criterios de la teoría de los delitos de

18 Juan Ferré Olivé, Juan; Miguel Núñez Paz Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho penal colombiano*. (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021).

19 Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesigner, 14 de marzo de 2018).

20 Corte Suprema de Justicia radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, entre otras.

21 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 9 de marzo de 2006, (M.P. Sigifredo Espinoza Pérez).

infracción del deber. En este orden de ideas, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el tema²² y ha determinado:

En cuanto a los delitos con sujeto activo calificado, lo determinante no es el dominio del hecho sino el quebrantamiento de deberes especiales. Las conclusiones de esta teoría sobre el punto de la autoría y la participación, han sido explicadas sintéticamente por el profesor Claus Roxin. De dichas conclusiones, aquellas que puntualmente se refieren a la autoría y participación en delitos con sujeto activo calificado, o delitos “de infracción de deber” como él los denomina, remarcán la importante diferencia entre autores y partícipes.

Para el caso de los delitos especiales, o de sujeto activo calificado, la responsabilidad a título de autor (o coautor si son múltiples personas) radica en la infracción de un deber especial, por lo que solo es posible si el sujeto que realiza o concurre a la realización de la conducta punible tiene las calidades exigidas por el tipo penal. Por esta razón, cuando en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, concurren agentes que no cumplen con los requisitos exigidos por el tipo, como sucedería por ejemplo en el caso de un cohecho en cuya comisión concurran particulares, ellos no pueden ser considerados como coautores²³.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en decenas de decisiones sobre este tema, principalmente al analizar el concepto de “interviniente”. Sin embargo, debe adelantarse que la existencia de la figura del “interviniente” fundamenta la conclusión de que en Colombia se ha acogido la teoría de los delitos de infracción del deber, lo que se puede concluir cuando la Corte equipara los delitos especiales con delitos de infracción del deber:

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 jurídico²⁴.

Ello en razón del concepto que en materia de participación criminal enseña que, ante la concurrencia de varios sujetos activos en la ejecución de delitos especiales o delitos de infracción de deber, todos quienes intervengan en su realización deben responder penalmente, manteniéndose para cada uno de ellos

22 Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008) y Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P.Cristina Pardo Schlesigner, 14 de marzo de 2018).

23 Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P.Cristina Pardo Schlesigner, 14 de marzo de 2018).

24 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

la unidad de imputación y la calidad personal en su participación²⁵.

A nivel legislativo, el Código Penal Colombiano ha tomado una postura clara a favor de la teoría del dominio del hecho, lo que queda en evidencia con su definición de coautoría “*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.*” definición que consagra expresamente los 3 elementos esenciales de la coautoría que fueron trazados por Gallas en 1954 y luego desarrollados por Roxin en 1963, es decir, el acuerdo común, la división el trabajo criminal y la importancia o esencialidad del aporte²⁶.

No obstante, aún resta analizar ¿qué tratamiento da nuestra ley a los delitos especiales o de infracción de deber? ¿cómo se castiga al *extraneus* que interviene en la realización de un delito especial o de infracción de deber?

En nuestro ordenamiento jurídico se tomó postura por la unidad del título de imputación, entendiendo que en los delitos especiales o de infracción de deber solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación especial, mientras que todos los *extranei* que concurran serán partícipes. Sin embargo, para estas personas que intervienen sin cumplir las cualidades especiales se creó la figura del “interviniente” consagrada en el artículo 30 inciso 4 del Código Penal, enunciado normativo que ha sido objeto de múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales como se verá más adelante.

2. Postulados constitucionales y doctrinales que limitan el concepto del interviniante en el ordenamiento jurídico colombiano

La facultad del estado para castigar no es para nada absoluta, por el contrario, debido a la conquista de derechos humanos derivados de instrumentos internacionales y a su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, esta se encuentra estrictamente limitada por una serie de principios constitucionales-penales, que indican ¿qué se debe prohibir?, ¿cómo se debe prohibir?, ¿a quién se debe prohibir?, ¿cuándo se debe prohibir?, ¿cuánto se debe prohibir?, ¿por qué se debe prohibir?, entre otros aspectos, límites que al ser satisfechos garantizan la legitimidad del derecho penal²⁷ y que al ser incumplidos hacen que este se torne inconstitucional.

25 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado 47.100 (M.P. Patricia Salazar Cuellar).

26 Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 7ºed., (Marcial Pons, 2015).

27 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 10a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

Estos principios limitadores pueden sistematizarse de múltiples formas, ya sea como garantías puntuales derivadas del ordenamiento jurídico o articulándolos como subcriterios del test de razonabilidad y proporcionalidad, esto atendiendo a su naturaleza amplia y al hecho de que estos se relacionen de formas diversas, esto es, como principios independientes y separables, pero también como garantías que se interrelacionan de forma jerarquizada y estructurada (macroprincipios, subprincipios), etc.

Teniendo en cuenta que el objeto del presente trabajo no es explicar de forma completa y detallada los principios limitadores al *ius puniendi*, el estudio se centrará exclusivamente en la explicación de aquellos principios que eventualmente podrían verse vulnerados con la vigente interpretación del interviniente.

2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad fue una de las principales conquistas de la revolución francesa, es el pilar fundamental de todo Estado de derecho y un elemento necesario, pero no suficiente, en un Estado social de derecho. No obstante, varios años antes de este suceso histórico ya Cesare Beccaria explicaba que “*sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social*”²⁸

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política al establecer que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”²⁹. Así mismo, también es reconocido en instrumentos internacionales como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, que establece en su artículo 9 que “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”³⁰

O en la declaración universal de los derechos humanos que establece en su artículo 11 numeral 2 que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se*

28 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*. Madrid, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 21.

29 Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.

30 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José, Costa Rica”. (1969). Adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”³¹

El principio de legalidad tiene dos facetas. En primer lugar, tenemos la legalidad formal que establece que las personas solo pueden ser juzgadas por leyes preexistentes al acto que se le imputa. Por otro lado, la legalidad en sentido material prescribe que la ley penal defina de forma escrita, estricta y cierta las características del delito y las consecuencias jurídicas aplicables.

Son dos las consecuencias derivadas del principio de legalidad en sentido formal, en primer lugar, la reserva legal en virtud de la cual la creación de tipos penales y definición de sanciones corresponde al órgano legislativo del estado y, en segundo lugar, la prohibición de retroactividad de la ley penal que se explica en el aforismo “*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, acuñado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach³². Vale la pena aclarar que esta irretroactividad de la ley penal encuentra su límite en el principio de favorabilidad, que no será explicado a profundidad en el presente trabajo.

Por otro lado, del principio de legalidad en sentido material se derivan tres consecuencias puntuales, en primer lugar, la exigencia de *lege scripta* que establece que la ley penal debe ser escrita, por lo tanto se prohíbe la aplicación de normas consuetudinarias, en segundo lugar, la exigencia de *lege certa* que establece que la ley penal debe ser cierta, por lo tanto se prohíbe la creación de leyes ambiguas, confusas o ilógicas y finalmente, la exigencia de *lege stricta* establece que ley penal debe ser estricta, por lo tanto se prohíbe establecer las características de las conductas punibles y las sanciones penales mediante analogía, es decir, se trata de una garantía de previsibilidad en la aplicación de la ley para sus destinatarios³³.

Estas manifestaciones del principio de legalidad han sido reconocidas por la H. Corte Constitucional al establecer que “*La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita*”³⁴.

31 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

32 Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1989).

33 Rafael Alcácer Guirao, *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. En “Constitución y Principios del Derecho Penal, Algunas Bases constitucionales”*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 19.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-829 de 2001 (M.P. M.P. Rodrigo Escobar Gil, 8 de agosto de 2001), y Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017).

2.2. Principio de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso punitivo

La prohibición de exceso punitivo es un macro principio constitucional que exige la correspondencia o el equilibrio cuantitativo y cualitativo entre la magnitud de la sanción penal y la repercusión social de la conducta punible realizada por el procesado. Así lo ha explicado de vieja data la honorable Corte Constitucional:

Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento (...) En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

(...)

Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa.³⁵

Según José María Peláez y Angelica Quintero, de este principio se derivan como consecuencias: (1) la exigencia de adecuación entre el daño social causado con la conducta delictiva y la pena a imponer, (2) que la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador, (3) que no podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables y (4) que el aumento injustificado de penas deviene en una medida arbitraria y lesiva de la garantía fundamental de proporcionalidad³⁶.

Así mismo, sostienen los autores que, para garantizar la prohibición de exceso o la proporcionalidad de las sanciones penales, es necesario que en los procesos de criminalización se satisfagan los principios limitadores del *ius puniendi* de: dignidad humana, igualdad y prohibición de exceso en sentido estricto; lo que conlleva a

35 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de febrero de 1996).

36 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020), 109.

su vez que, a la hora de consagrarse, imponer y ejecutar una determinada sanción penal, esta se haga teniendo en cuenta el principio de culpabilidad (la pena se debe graduar atendiendo al nivel de participación subjetiva) y el de lesividad (la pena se debe graduar atendiendo a la magnitud del daño causado o a la peligrosidad de la conducta)³⁷. Por lo que se procederá a explicar cada uno de estos subprincipios.

2.2.1. Principio de dignidad humana

La dignidad humana, más allá de ser un principio de raigambre constitucional, funge como un pilar esencial del estado social de derecho y como fundamento principal del sistema jurídico penal colombiano, así lo reconoce la Constitución Política en su artículo primero, el Código Penal en su artículo primero y el Código de Procedimiento Penal en su artículo primero. Por su parte, la Corte Constitucional ha explicado que este principio

(...) es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad³⁸.

Así mismo, en cuanto al fundamento filosófico de este principio, ha explicado el máximo tribunal constitucional:

Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. (...) De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo³⁹.

También ha explicado la H. Corte Constitucional, que la dignidad humana tiene una triple connotación, esto es: como derecho fundamental, como principio y como valor:

De otro lado, para esta Corporación la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: (i) como derecho fundamental que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así

37 Ibíd, 109.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).

39 Ibíd.

como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.⁴⁰

Por otro lado, la dignidad humana como derecho fundamental y principio, se materializa a través de tres contenidos elementales: (1) el derecho a vivir bien, es decir, a gozar de unas condiciones mínimas de existencia; (2) el derecho a vivir como se quiere, esto es, a desarrollar su vida de acuerdo a un plan propio; y (3) el derecho a vivir sin humillaciones, esto es, la garantía de su integridad física y moral.⁴¹

Por último, debe aclararse que la dignidad humana, a diferencia de otros derechos como la libertad de locomoción, no puede ser suprimida o suspendida por el Estado, en otras palabras, no puede ser relativizado bajo ninguna circunstancia así se acuda a diferentes posturas filosóficas utilitaristas que aboguen por un presunto “mal menor”.

Algunas consecuencias derivadas del principio de dignidad humana son la proscripción de la pena de muerte, de la desaparición forzada, tortura o cualquier trato o pena cruel, inhumana o degradante, de la prisión por deudas, o las penas imprescriptibles, las penas de destierro, prisión perpetua, entre otros.

2.2.2. Principio de igualdad

La igualdad es reconocida por el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana como un derecho fundamental que implica que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”⁴²*, así mismo, el artículo séptimo del Código Penal establece que *“La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”⁴³*.

La H. Corte Constitucional ha estudiado en reiteradas oportunidades al principio de igualdad y ha determinado que este posee dos dimensiones; en primer lugar la “igualdad formal” también conocida como prohibición de discriminación que implica que *“la ley debe ser aplicada de forma universal, para todos los destinatarios de la*

40 Ibíd.

41 Ibíd.

42 Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.

43 Ley 599 del 2000 *“Por la cual se expide el código penal”* Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

110 “El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

clase cobijada por la norma, en presencia del respectivo supuesto de hecho”⁴⁴ por lo que se encuentra prohibida cualquier forma de discriminación por motivos de raza, edad, género, situación económica, entre otros y, en segundo lugar, la “igualdad material” que obliga al estado a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva desde un plano material, por ello, el Estado debe adoptar políticas “destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica (acciones afirmativas)”⁴⁵

Así mismo, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha sostenido de forma pacífica que del principio de igualdad se derivan cuatro mandatos específicos:

(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que “se encuentren en circunstancias idénticas”; (ii) un mandato de trato diferente a destinatarios “cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común”; (iii) un mandato de trato similar a destinatarios “cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias”; y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que “se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”⁴⁶

Por lo tanto, se estaría incurriendo en una situación inconstitucional si: (1) se da un trato desigual entre sujetos estrictamente iguales; (2) se da un trato igual, entre sujetos estrictamente desiguales; (3) si se da un trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero sean más relevantes sus similitudes; y (4) si se da un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero sean más relevantes sus diferencias⁴⁷.

2.2.3. Principio de prohibición de exceso en estricto sentido

Consiste en la concretización de la prohibición de exceso a través de la verificación de la obtención de más beneficios que sacrificios con el proceso de criminalización primaria, secundaria y terciaria, sobre este principio ha sostenido la H. Corte Constitucional:

44 Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).

45 Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de junio de 2008).

46 Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 11 de marzo de 2021); Corte Constitucional, Sentencia C-601 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo, 16 de septiembre de 2015), y Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de marzo de 2012).

47 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 114-116.

(...) “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”⁴⁸.

Según José María Peláez y Angélica Quintero este principio se encuentra conformado por las reglas derivadas de los principios de culpabilidad y lesividad⁴⁹. Sobre el principio de culpabilidad la Corte Constitucional ha establecido:

(...) la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer⁵⁰.

Del principio de culpabilidad se derivan dos exigencias, primero, que la pena a imponer deberá ser graduada atendiendo al nivel de participación subjetiva tanto interna (dolo, culpa y preterintención) como externa (consumación, tentativa, autoría y participación, etc.), en otras palabras, a mayor culpabilidad mayor pena a imponer, y segundo, que la pena no podrá superar la medida de la culpabilidad⁵¹.

Por otro lado, según el principio de lesividad el proceso de fijación e imposición de la pena debe hacerse atendiendo a la magnitud del daño o puesta en peligro del bien jurídico producida con la conducta punible. De donde se infiere que “no habrá delito, ni podrá imponerse pena alguna sin la comisión de un daño real o la puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado”⁵². De este principio se derivan reglas como: (1) a mayor daño mayor pena y a menor daño menor pena,

48 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 13 de junio de 2013).

49 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 117.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 13 de abril de 2016).

51 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 117.

52 Ibíd, 117.

112 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

(2) los delitos de lesión conllevan más pena que los de peligro, (3) la tentativa debe significar una atenuación frente a la consumación, entre otras.⁵³

3. El concepto de interviniante en el derecho penal según la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

La palabra “interviniante” se utiliza en el ámbito de la autoría y participación para referirse a todas aquellas personas que tomen parte en la realización de la conducta punible, es decir, se refiere tanto a autores como a partícipes⁵⁴, por esta razón cuando el legislador consagró en el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 del 2000 que “Al interviniante que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización” no resultó para nada autoevidente, siendo necesario que la H. Corte Suprema de Justicia ejerciera su autoridad interpretativa para darle sentido a tal enunciado normativo.

En ejercicio de esta labor, la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tenido dos posiciones contrapuestas, la primera sentencia que interpretó esta figura lo hizo en el año 2002, sin embargo, esta posición no duraría mucho, pues en el siguiente año una posición totalmente contraria se impondría y se mantendría de forma reiterada y pacífica hasta el día de hoy, al punto de llegar a considerarse por parte de la Corte Constitucional como “derecho vivo”⁵⁵.

3.1. Primera interpretación: Sentencia de 25 de abril de 2002. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Radicado 12.191.

Esta primera postura sostuvo que la figura del “interviniante” no es una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino una cláusula general que incluye a todas las personas que, sin tener la cualificación exigida por el tipo, tomen parte en su realización, en este orden, el fundamento de tal rebaja sería que el “*extraneus*” no infringe ningún deber jurídico que fundamentalmente la especial punición de la conducta del *intraneus*, por ello se puede ser interviniante “a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente

53 Ibíd, 117.

54 Miguel Díaz y García Conledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniante” (La intervención del extranei en delitos especiales)”, 2.

55 “Derecho vivo” es el nombre que le ha dado la Corte constitucional, a ciertas interpretaciones jurisprudenciales, que por su reiteración y mantenimiento pacífico, pueden ser susceptibles de control de constitucionalidad. En cuanto a interviniante se tratará en la sentencia C-015 de 2018 el órgano constitucional le asignó a la interpretación marcada por la corte suprema desde el 2003, esta clasificación.

a título de partícipe (determinador o cómplice)”⁵⁶. Así las cosas, el determinador tendría derecho a la rebaja y el cómplice a una doble rebaja punitiva, una por su condición de cómplice y otra por ser interviniente.⁵⁷

Providencia que fue reiterada por la misma corporación en auto del 20 de junio de 2002, con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Poveda, en la cual explicó lo siguiente:

(...) la aplicación del inciso final del artículo 30 del Código Penal no depende del tipo de participación declarado en la sentencia sino del tipo de intervención revalorado frente a los nuevos textos legales, es decir, frente al nuevo sistema regulador del concurso de personas en el hecho punible. En otras palabras, si se le consideró cómplice en la acusación o la sentencia, pero lo que en realidad llevó a cabo fue conducta de autor o determinador, la imputación y la pena, en letra y sentido de la nueva codificación, serán las previstas para la infracción especial con punibilidad disminuida en una cuarta parte. Pero si se le consideró cómplice porque llevó a cabo aporte causal de tal, porque su participación además de accesoria fue secundaria, la imputación y la pena se fijarán considerando la disminuyente por complicidad y, concurriendo con ella, la que correspondería al interviniente que no tiene la calidad especial, esto es, la del inciso final del artículo 30 del Código Penal⁵⁸.

Posteriormente, esta posición fue reiterada en la sentencia del 25 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Édgar Lombana Trujillo, en la cual se estableció lo siguiente:

Para evitar equívocos sobre este tópico, es bueno dejar en claro que a la luz del anterior Código Penal, en los delitos especiales –el soborno no tiene esta característica– cuando en su realización concurría un particular, por ese sólo hecho se le atribuía a título de cómplice sin necesidad de valorar la forma como había participado en él; en tanto que el nuevo Código Penal (artículo 30) al crear la figura del interviniente que carece de las calidades especiales exigidas por ciertos tipos penales, exige determinar la forma en que concurre en la realización de la conducta punible como autor (mediato o coautor) y como partícipe (instigador o cómplice); en ese orden, se le disminuirá la pena en una cuarta parte si participa

56 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

57 Miguel Díaz y García Conledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (*La intervención del extranei en delitos especiales*)”, 2. Así como también: Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 13-53.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto penal del 20 de junio de 2002, (M.P. Jorge Córdoba Poveda).

114 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

*como autor o determinador, pero si lo hace como cómplice se acumulará la disminución por la participación y la cuarta parte por interviniante*⁵⁹.

3.2. Segunda interpretación: Sentencia de 8 de julio de 2003. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Radicado 20.704

Esta segunda postura que aún permanece vigente, sostiene que la figura del interviniante hace referencia exclusiva al coautor del delito especial sin calificación excluyendo de su aplicación al cómplice y al determinador, esto en virtud de que tanto “determinador como cómplice en el delito propio no requieren calidad alguna [...] surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30”⁶⁰, por lo tanto, el cómplice únicamente tendría derecho a la rebaja del inciso 3 del artículo 30 del código penal, mientras que la pena del determinador “será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniante”⁶¹.

Esta interpretación se ha mantenido hasta el día de hoy, siendo reiterada en decenas de pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia⁶², tal como lo expuso Miguel Díaz y García Conlledo⁶³ en todas estas decisiones la Corte Suprema de Justicia ha ido explicando y reiterando las características del “interviniante” de la siguiente manera.

En primer lugar, ha sostenido de forma reiterada que el interviniante “es un verdadero autor, solo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas por el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación”⁶⁴.

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre de 2002, (M.P. Édgar Lombana Trujillo).

60 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

61 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, SP3874-2019, SP2339 de 2020 entre otras muchas.

63 Miguel Díaz y García Conlledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniante” (La intervención del extraneo en delitos especiales)”, 5-10.

64 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3393 del 19 de marzo de 2014, radicado 42.103 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP15015 del 20 de septiembre de 2017, radicado 46.751, (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero) y Corte Suprema de Justicia,

En segundo lugar, también ha reiterado constantemente que el interveniente (que es un autor) debe actuar materialmente como un coautor, es decir, de manera conjunta con el *intraneus* y con dominio funcional del hecho, así lo ha explicado:

*Por eso, cuando dicha norma utiliza el término *intervinientes* no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación⁶⁵.*

En este sentido, podríamos citar decenas de providencias adicionales, sin embargo, ello sería innecesario pues todas siguen las mismas tesis fundamentales que ya han sido remarcadas.

3.2.1. Fundamentos materiales de la vigente interpretación

Esta interpretación ha sido defendida hasta el día de hoy por la Corte Suprema de Justicia e incluso ha sido avalada por la H. Corte Constitucional, quien la ha estudiado en las sentencias C-1122 de 2008 y C-015 de 2018 y ha determinado que la misma no vulnera el principio de igualdad y por ello se encuentra acorde a la Constitución Política.

Refiriéndose a esta última sentencia, el doctrinante Miguel Ángel Muñoz García sostiene: "las consideraciones de la sentencia, de estricta índole constitucional y muy vacías de argumentación dogmática –por obvias y entendibles razones–, no aportan significativamente al debate teórico sobre la intervención de autores y partícipes *extranei* en los delitos especiales"⁶⁶.

Los argumentos que fundamentan y defienden la interpretación vigente, en palabras de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia pueden enumerarse de la siguiente manera:

Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote). Reiterada en las providencias: Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074; Corte Suprema de Justicia, Auto AP-6324 del 20 de septiembre de 2016, radicado 48.117, (M.P. José Luis Barceló Camacho); Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3874 del 12 de Septiembre de 2019, radicado 52.816, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa) y Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera), entre otros.

66 Miguel Ángel Muñoz, "Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interveniente según la teoría de los delitos especiales", 35-36.

116 “El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

3.2.1.1. Las cualidades especiales no se exigen a los partícipes, por lo que no tendría sentido rebajarles la pena en virtud de su ausencia

Según este argumento, como las cualidades exigidas por los delitos especiales no son exigibles a los partícipes (cómplice y determinador) sino solo quienes actúan con dominio del hecho, ya que solo a ellos el no cumplirlos les impide ser autores, entonces no tendría sentido rebajarles la pena al cómplice y determinador por carecer de una cualidad que es intrascendente para su responsabilidad, así lo han explicado:

*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 aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesoria, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos 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*⁶⁷.

3.2.1.2. La primera interpretación jurisprudencial vulnera el principio de igualdad

Así mismo, los partidarios de la vigente interpretación sostienen que aplicar la rebaja del interviniente a todos los *extranei* violaría el principio de igualdad, pues no se explicaría por qué al cómplice de un delito común se le da una sola rebaja, mientras que al cómplice de un delito especial se le darían dos o tampoco se explicaría por qué al determinador de un delito común no se le da ninguna rebaja y al determinador de un delito especial sí, así lo han explicado:

De iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería porqué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote) y Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia⁶⁸.

3.2.1.3. La vigente interpretación no genera desigualdad

También han sostenido las altas cortes colombianas que el trato diferenciado derivado de la vigente interpretación, esto es, darle a unos *extranei* la rebaja del interviniante (coautores materiales) y a otros no (cómplices y determinadores) no genera desigualdad, pues dicha distinción no se realiza sobre sujetos que sean estrictamente iguales:

Por lo tanto para esta Corporación, la diferencia de trato establecida por la interpretación atacada no se realiza entre sujetos que estén en un plano de estricta igualdad, sino antes, por el contrario, entre sujetos cuyas diferencias, por el rol que desempeñan en la realización de una conducta típica especial, pueden resultar relevantes para la valoración de su responsabilidad.(...) se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable⁶⁹.

3.2.1.4. El legislador fue claro en establecer cual ha de ser la pena para quien actúa como cómplice y para quien actúa como determinador

En este punto la Corte Constitucional se remite a un argumento literal o exegético, manifestando que como los primeros incisos del artículo 30 establecen las penas de los partícipes (cómplice y determinador) ellos ya no podrán favorecerse de la rebaja del interviniante.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal⁷⁰.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008).

69 Ibíd.

70 Ibíd.

118 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

3.2.1.5. La segunda interpretación es la única idónea para cumplir los fines de la figura del interviniante

También han sostenido las altas cortes colombianas que, la vigente interpretación es la única capaz de alcanzar las finalidades pretendidas con la figura del interviniante, siendo estas: (1) Evitar la impunidad en los delitos especiales, (2) Garantizar la “unidad del título de imputación” y (3) garantizar la correspondencia punitiva frente a los diferentes grados de compromiso criminal. Así lo han explicado:

En ese sentido la interpretación de la SCPCSJ es un medio útil para mantener la unidad de imputación. [...] resulta útil para mantener la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal. Tanto para el instigador como para el cómplice, el artículo 30 consagra la correspondiente configuración punitiva. El inciso 4º hace lo mismo con el “coautor” no calificado, que no estaba incluido en los anteriores incisos y que con ello queda con una dosificación precisa. Por lo tanto, concluye esta Corte que el medio resulta idóneo para alcanzar los fines perseguidos⁷¹.

Si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal⁷².

4. Análisis crítico al concepto de interviniante sostenido por las Altas Cortes Colombianas

Una vez se ha delimitado de forma clara y precisa cuál es el alcance, configuración y límites de las dos interpretaciones del interviniante sostenidas históricamente por la H. Corte Suprema de Justicia, es hora de analizar ¿cuál debe ser el alcance, configuración y límites del concepto del interviniante? Para ello, se procederá con el mayor respeto que merecen todos los magistrados que han participado en la elaboración de tales concepciones, a realizar un estudio crítico a las mismas, en el cual se seguirá el siguiente orden, primero, se realizará un análisis de la viabilidad jurídica de cada uno de los fundamentos materiales de la vigente interpretación, delimitados en precedencia (n.º4.4.2) y posteriormente, se enlistarán todas las críticas existentes, tanto para la primera como para la segunda interpretación jurisprudencial.

71 Ibíd.

72 Corte Suprema de Justicia, sentencia SP5107 del 05 de abril de 2017, radicado 47974 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

4.1. Análisis de la viabilidad jurídica de los fundamentos materiales de la vigente interpretación del interviniante

4.1.1. Primera tesis: “las cualidades especiales no se exigen a los partícipes, por lo que no tendría sentido rebajarles la pena en virtud de su ausencia”

Este argumento se basa en que las cualidades especiales no se exigen para los partícipes (cómplice o determinador) sino que estas únicamente repercuten sobre las personas que realizan el delito como con dominio del hecho, pues es solo a ellos a quien el no cumplirlos les impide ser autores. En cambio, se puede ser cómplice y determinador con independencia de si se tiene o no la calificación especial.

De esta línea argumentativa se puede extraer que la rebaja de pena que conlleva la aplicación de la figura del interviniante depende exclusivamente de la concurrencia del dominio del hecho en el sujeto, a esta conclusión se llega teniendo en cuenta, primero, que toda persona que intervenga en un delito especial sin cumplir la cualidad exigida por el mismo, no podrá ser autor, necesariamente será partícipe; segundo, que algunos de estos partícipes intervendrán materialmente como autores o coautores y otros lo harán materialmente como cómplices o determinadores; tercero, que a los primeros se les aplicará la rebaja del interviniante y a los segundos no; cuarto, que en ambos casos se carece del deber especial, siendo la única diferencia que los primeros tienen dominio del hecho y los segundos no. En conclusión, el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniante en los delitos de infracción del deber.

Esta conclusión es cuanto menos alarmante, por ello me permito realizar las siguientes críticas:

4.1.1.1. Falta de coherencia teórica

Se debe ser coherente con la teoría que se está aplicando, si hemos aceptado la teoría del dominio del hecho liderada actualmente por Claus Roxin, debemos aceptar también que existe una clara distinción entre los delitos de dominio y los de infracción de deber⁷³ y que esta distinción hace que la autoría se determine de forma diferente en cada caso, resultando así que “el dominio del hecho” no es compatible con los delitos de infracción de deber.

Esta conclusión, aunque bastante discutida en el pasado resulta totalmente inevitable, pues si se aplica de forma estricta la teoría del dominio del hecho en

73 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 179.

los delitos de infracción de deber, nos estaremos dirigiendo irremediablemente a la indeseable impunidad en los casos del “instrumento doloso no calificado”. A menos de que se aceptara la tesis de la “ruptura del título de imputación”, lo que ya desde hace mucho ha sido rechazado por nuestro legislador y por nuestra jurisprudencia.

Así mismo, si lo que hacemos es interpretar una forma de dominio del hecho “especial” para que pueda predicarse la existencia de este en el sujeto *intraneus*, pese a no haber dominado ni la acción, ni la voluntad, ni funcionalmente el hecho, como lo hace por ejemplo Schünemann con su “dominio de protección sobre el bien jurídico” o Jescheck con su “dominio psicológico-normativo”⁷⁴, y recientemente José María Peláez y Luis Greco⁷⁵ lo único que lograríamos, sería darle un nombre más atractivo a la figura, porque el hecho de que se les llame “dominio psicológico-normativo” o “dominio de protección sobre el bien jurídico” no cambia que materialmente sigan funcionando como delitos de infracción del deber, pues lo que al final de cuentas daría al *intraneus* esa discutible forma de dominio será únicamente el ostentar el deber⁷⁶.

Por esa razón es inevitable concluir que el dominio del hecho es incompatible con los delitos de infracción del deber, ahora bien, esta conclusión debe cotejarse con la tesis sostenida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, esto es, que “el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniante en los delitos de infracción del deber”, lo que mostraría una incorrecta fundamentación teórica, pues está utilizando para determinar la punibilidad en una categoría de delitos, un criterio que es totalmente incompatible con dicha categoría.

4.1.1.2. Incoherencia interna

Pero al margen de la anterior crítica de coherencia teórica existe además un yerro interno en la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia de que “el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniante en los delitos de infracción del deber”, este yerro consistiría en confundir cuál es el verdadero fundamento de la rebaja del interviniante, pues esta no se fundamenta (como lo ha entendido la Corte) en que el *extraneus* domine del hecho sino que obedece exclusivamente a la carencia del deber en los *extranei*. Procedo a explicar esta tesis en dos argumentos:

74 Ibíd, 182-183.

75 José María Peláez y Luis Greco, *El interviniante en el código penal colombiano*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2024).

76 Manuel Abanto Vásquez, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, 3-23.

a) Violación al principio lógico de identidad.

Si comparamos al interveniente con el autor en la vigente interpretación, encontramos lo siguiente: (1) el interveniente debe actuar junto con el *intraneus* como un “coautor material”, pero que, como no puede responder como autor por faltarle “la cualidad especial”, respondería como interveniente, (2) es decir, que ambos actúan con dominio del hecho y la única diferencia evidenciable entre estos dos, es que el autor del delito cumple la cualificación, mientras que el interveniente no y (3) por esa razón la carencia de deber es la condición determinante para la aplicación de la figura del interveniente.

Pero si comparamos al interveniente con los partícipes que actúan materialmente como tal (cómplice o determinador), encontramos lo siguiente: (1) tanto “interveniente” como “cómplice o determinador” carecen del deber, pues ninguno cuenta con la cualidad exigida por el tipo; (2) el interveniente actúa materialmente como un autor (dominando el hecho), mientras que el cómplice y el determinador actúan materialmente como tal y por ello carecen de dominio del hecho; (3) al interveniente se le rebaja la pena y al cómplice y determinador no; (4) la única diferencia apreciable entre estos dos es que el interveniente “domina el hecho” mientras que el cómplice y el determinador no y (5) por esa razón el dominio del hecho es la condición determinante para la aplicación de la rebaja.

Uno de los principios clásicos de la lógica es el de “identidad”, según esta construcción aristotélica “algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en la misma relación”⁷⁷, este principio se explica bajo la fórmula “A es A” exigiendo que toda entidad es idéntica a sí misma. Este principio lógico se vulnera en la argumentación de la H. Corte Suprema de Justicia, pues está sosteniendo que al interveniente se le reduce la pena por faltarle el deber especial (comparación autor vs. interveniente) y a la vez que, al interveniente se le reduce la pena por tener dominio del hecho (comparación interveniente vs. cómplice y determinador), por lo que el fundamento de la aplicación de la figura “interveniente” en el primer caso, no sería idéntico al fundamento del segundo, lo que lógicamente no puede ser posible si estamos hablando de una misma figura.

En este sentido, la aplicación de la figura del interveniente debe tener un único fundamento ya sea que obedezca a la ausencia del deber, en cuyo caso tendría que aplicarse sin distinción a todos los *extranei*, o que obedezca a la tenencia del dominio del hecho, en cuyo caso solo podría reconocerse a quien actúa materialmente y de

77 Guilermo Zamudio, “Los tres principios de la lógica aristotélica”, *Revista Folios*, segunda época, n.º 27, (2008): 25.

acuerdo a la teoría del dominio del hecho como autor. No obstante, ¿cuál de los dos fundamentos es el correcto?

Evidentemente, el fundamento correcto de la rebaja del interviniante es la carencia del deber, pues los delitos de infracción del deber son castigados de una forma especialmente gravosa. En algunos casos, la conducta ni siquiera se castiga penalmente en ausencia del deber, tal como ocurre en los delitos especiales propios, mientras que en otros, aunque la conducta si se castiga (delitos especiales improprios), se hace de una forma realmente más benigna (ej. hurto 32-108 meses vs. peculado por apropiación 96-270 meses). Y lo único que fundamenta esa tan agravada punición en estos delitos es el deber especial que tenía el autor y que falta en los *extranei* y no, contrario a la tesis de la Corte, si dominaba o no el hecho, pues al fin y al cabo este “dominio” es irrelevante en los delitos de infracción del deber; primero, por las razones de coherencia teórica que ya fueron expresadas y, segundo, porque en los casos en donde es posible hacer una comparación —esto es, delitos especiales improprios vs. delitos comunes subyacentes— se pone en evidencia que la razón de esa especial punición no radica en los hechos que pudieran dominarse, —pues estos pueden ser idénticos— (ej. un secuestre que huye en una camioneta embargada que tenía en su custodia —peculado— y un ladrón que huye en una camioneta que acaba de hurtar), sino en el especial rol que tenía el *intraneus* y que le daba a este un deber especial de actuar.

En este orden de ideas, como la tenencia del deber es lo que fundamenta esa agravada punición en los delitos especiales, se hace necesario reducir la pena a todos los que participen en un delito especial sin poseer dicha cualidad. Por ello no es correcto hacer depender una rebaja punitiva para los *extranei* de que tengan o no tengan el dominio del hecho, pues en ambos casos el sujeto carecerá del requisito que fundamenta esa especial punición, esto es, el deber. Así lo explicó Miguel Ángel Muñoz García:

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 autor⁷⁸.

b) Desconocimiento de la importancia del aporte

78 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniante según la teoría de los delitos especiales”, 48.

Por último, la tesis sostenida por las altas cortes colombianas también resulta incorrecta al desconocer el principio de proporcionalidad de las sanciones penales que establece que debe castigarse más al que hace más y menos al que hace menos. Esto teniendo en cuenta que la vigente interpretación del intervintiente concede la rebaja al *extraneus* que domina el hecho y la niega al *extraneus* que no lo hace, desconociendo que el dominio del hecho no puede concebirse como una circunstancia para atenuar la pena, frente a otros que no lo hayan dominado, pues estaríamos, entre personas iguales (*extranei*), castigando menos al que hace más y castigando más al que hace menos; situación que ignora que aunque en estos casos el tener el dominio del hecho no me convierte en autor, si muestra que mi actuación fue más importante para la consumación del hecho frente a las actuaciones de quienes no tuvieron el dominio del suceso.

4.1.2. Segunda tesis: “La primera interpretación jurisprudencial vulnera el principio de igualdad”

Este argumento carece de validez si se entiende (como lo expliqué en las páginas anteriores) que el único y verdadero fundamento de la rebaja punitiva del intervintiente es la carencia del deber especial que hace que el delito se castigue de una forma especialmente gravosa y que, independientemente de que algunos partícipes puedan actuar con o sin dominio del hecho, ello resulta intrascendente para fundamentar la especial punición de estos delitos, se procede a explicar.

4.1.2.1. ¿Por qué no violaría el principio de igualdad el que a un determinador de peculado se le rebaje la pena y a un determinador de hurto no?

La razón es sencilla, en principio, en ambos casos el determinador debe estar sometido a la pena del autor, sin embargo, nos damos cuenta de que el determinador del hurto se enfrenta a una pena mínima de 32 meses, mientras que el determinador de un peculado se enfrenta a una sanción tres veces más alta, siendo que el fundamento exclusivo de tan agravada punición radica en el deber especial que tenía el servidor público y del que carecía el determinador. Es precisamente por esta razón que debe ser merecedor de la rebaja del intervintiente. Además, conceder dicho beneficio no solo no violaría el principio de igualdad, sino que lo garantizaría, pues no conceder la rebaja generaría que castigáramos a dos personas de condición similar (*extranei*) de dos formas totalmente distintas, esto es, a uno el triple que al otro.

4.1.2.2. ¿Por qué no violaría el principio de igualdad al darle dos rebajas al cómplice de un peculado y una sola al cómplice de un hurto?

El argumento que permite acumular una doble atenuación punitiva para los cómplices *extranei* en los delitos de infracción del deber, consiste en que estas 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”⁷⁹

Así mismo, aunque algunos argumenten que esta doble rebaja generaría un tratamiento injustamente beneficioso, dicho argumento carece de sentido cuando se analiza detalladamente la situación, pues primero este “doble beneficio” se encuentra justificado, toda vez que la rebaja del “interviniente” y la “rebaja de cómplice” tienen fundamentos distintos y pueden concurrir simultáneamente en una persona que cumpla sus dos presupuestos (carecer del deber y realizar un aporte sin dominio del hecho); y segundo, la casuística nos muestra que en realidad, no existe un castigo demasiado beneficioso, es más, su pena aun con la doble rebaja seguiría siendo mayor a la de un cómplice de delito común subyacente. (ej. el hurto con la rebaja del cómplice quedaría en 16-90 meses, mientras que el peculado por apropiación con las dos rebajas quedaría en 36-168.75 meses). Con lo que queda demostrado que no es cierto que se genere una punición excesivamente beneficiosa.

No obstante, debe advertirse que sí generaría una punición excesivamente beneficiosa, al conceder estas dos rebajas a cualquier cómplice de delito de infracción del deber, sin embargo, esto se explicará más adelante en la propuesta de reinterpretación.

4.1.2.3. ¿Por qué no se violaría el principio de igualdad al darle dos rebajas al cómplice *extraneus* y una al cómplice *intraneus* de un delito de infracción del deber?

En este punto, debe analizarse la viabilidad de la participación del *intraneus* en los delitos de infracción del deber, discusión muy llamativa, pues partiendo de una correcta aplicación de esta teoría, parecería que todo *intranei* que realice un aporte de cualquier tipo debería catalogarse como autor sin importar si tuvo o no dominio del hecho. En otras palabras, —en principio— no podrían existir partícipes *intranei*, razón por la cual, el argumento de la H. Corte Suprema de Justicia carecería de validez, pues si por ejemplo, un secuestre ve que hay alguien apoderándose del bien

79 Miguel Díaz y García Conledo, “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final”, Revista Derecho Penal y Criminología 26, n.º77 (2005): 45-78

que a este le corresponde cuidar y el servidor público decide entregarle las llaves para que se lo lleve con mayor facilidad, el primero sería autor de peculado, pues con su acción infringió el deber de salvaguardar el bien jurídico, mientras que el segundo sería cómplice así tenga dominio del hecho, pues al fin y al cabo con su acción ayudó al servidor público a infringir su deber.

Sin embargo, esta imposibilidad de ver partícipes *intranei* debe repensarse, partiendo de dos casos: (1) cuando existe un mismo deber compartido por varias personas (ej. A y B son administradores de hecho en una sociedad y disponen fraudulentamente de los bienes) y (2) cuando varias personas poseen una misma clase de deber (ej. los policías X y Z frente al delito de concusión, los jueces Z y W frente al delito de prevaricato).

En el caso de un mismo deber compartido por varios *intranei*, estaría vedada la posibilidad de que entre ellos pudiese existir una participación, pues cualquier conducta carente de dominio, por parte del uno hacia el otro (ej. un administrador que induce o le presta un aporte al otro para disponer fraudulentamente de los bienes), lo haría también autor.

Por otro lado, en caso de que varias personas comparten una misma clase de deber, (ej. el deber de los jueces de fallar conforme a derecho) sí podrá haber un partícipe *"intraneus"*, es decir, un sujeto que, teniendo también el deber del autor, no infringe su deber concreto, se muestran algunos ejemplos:

- El policía que no pide dinero (delito de concusión) pero sí induce a su colega a hacerlo, sería determinador de concusión.
- El juez que falla conforme a derecho sus decisiones, pero en una reunión le pide a su colega que resuelva uno de sus casos con desapego al ordenamiento jurídico, sería determinador del delito de prevaricato.
- El secuestre que induce a otro a usar “*indebidamente*” una casa que este tiene bajo su custodia, sería determinador del delito de peculado por uso indebido

En estos casos, la participación se explica porque, pese a compartir el mismo deber especial, este deber es a su vez personal. Por ello, si un *intraneus* induce o colabora en la infracción del deber de su colega, ello no quiere decir que haya infringido su propio deber, pues por ejemplo, los jueces tienen el deber de fallar conforme a derecho sus decisiones, mas no el deber de asegurar que todos los jueces de Colombia lo hagan. Así mismo, los servidores públicos tienen el deber (frente al cohecho) de no recibir dinero para realizar funciones propias o contrarias a

su cargo, mas no el deber de asegurar que todos los servidores públicos no realicen tal acto.

Es necesario entender que estos deberes son especiales en la medida en que no le son exigibles a cualquier persona sino solo a un determinado círculo de sujetos y, además, son personales porque la violación a un deber atañe exclusivamente a aquella persona que concretamente le correspondía cumplirlo.

Pero entonces, ¿cómo sería la punición de estos partícipes *intranei*? En este orden de ideas, el hecho de que no hayan infringido su propio deber, sino que hayan participado en la infracción del deber de otro, impide que puedan ser catalogados como autores del delito, no obstante, ello no excluye que sigan teniendo la cualidad especial que fundamenta la especial punibilidad del delito y por esta razón no pueden ser objeto de la rebaja del interviniante; pues aunque en palabras estrictas, ellos no tenían el deber que concretamente se incumplió, sí poseían un deber de la misma índole que el del autor y por esta razón cumplen con el elemento que fundamenta la especial punición agravada en estos delitos, o en otras palabras, se encuentra en una posición idéntica a la del autor, por lo que la especial punición del delito especial no resultaría desproporcionada para ellos, como sí lo sería frente a un partícipe *extraneus*.

Sin embargo, luego de ello debe identificarse si el *intraneus* ha actuado como un determinador, caso en el cual sería sancionado con la misma pena del autor o si lo ha hecho como un cómplice, caso en el cual tendría derecho a la rebaja que se fundamenta en su actuación como cómplice en la infracción del deber de otro.

4.1.3. Tercera tesis: “La vigente interpretación no genera desigualdad”

La vigente interpretación también considera que darle a unos *extranei* la rebaja del interviniante (coautor material) y a otros no (cómplices e inductores) no genera desigualdad toda vez que tal trato diferenciado no se hace sobre sujetos que sean estrictamente iguales, pues mientras que para los cómplices y determinadores el tener o no la calificación resulta intrascendente, para el coautor material dicha ausencia le impide ser autor de la conducta punible.

Con el debido respeto que merecen tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, se considera que tal argumento carece de coherencia teórica al mezclar conceptos de la teoría del dominio del hecho con los de la teoría de los delitos de infracción del deber, esto radica en considerar equivocadamente que para ser autor de un delito de infracción del deber se requiere poseer el deber y a su vez dominar el hecho, como expresamente lo ha reconocido la H. Corte Constitucional al indicar que “en el caso de los delitos especiales, la ley exige a quienes fungen como autores, el

cumplimiento de unas calidades que se traducen en un deber especial y se suman al dominio del hecho”⁸⁰.

No obstante, exigir dominio del hecho para el *intraneus* autor de un delito especial es un completo desacuerdo jurídico, pues olvida que para determinar la autoría y participación en los delitos de infracción del deber no solo es irrelevante el dominio del hecho, sino que este resulta incompatible con este tipo de delitos, tal como lo reconoce la inmensa mayoría de la doctrina⁸¹. Así mismo, al exigir que el *intraneus* domine el hecho, estaríamos aplicando materialmente la teoría del dominio del hecho e inaplicando la teoría de los delitos de infracción del deber; lo que nos llevaría inexorablemente a los problemas de impunidad en los casos del instrumento doloso no calificado que harían necesaria una “ruptura del título de imputación” que es precisamente lo que se pretende evitar con la figura del “interviniente”.

La única solución para evitar estos problemas consiste en dejar de mencionar en vano la teoría de los delitos de infracción del deber y empezar a utilizarla materialmente, en ese sentido, una correcta aplicación de esta teoría nos diría que el dominio del hecho es completamente intrascendente para la determinación de la autoría y participación en los delitos de infracción del deber. Con esto se pone en evidencia el total desacuerdo en la argumentación de la Corte, pues tanto para ese “coautor material sin la calificación” como para los cómplices y determinadores, el tener o no tener el deber es igualmente trascendente, pues si cualquiera de ellos, con dominio o no, hubiese poseído ese deber, se convertiría en autor del delito.

En definitiva, se evidencia que los *extranei* ya sea que dominen o no dominen el hecho se encuentran en una posición de estricta igualdad, pues la tenencia o carencia del deber repercute de igual forma para ambos, esto es, su carencia los hace partícipes y su tenencia, autores, y en esa medida sería totalmente violatorio al principio de igualdad reducir la pena del uno y no la del otro. Tal como correctamente lo alegaban los actores dentro de la demanda de inconstitucionalidad resuelta en la sentencia C-015 de 2018.

4.1.4. Cuarta tesis: “El legislador fue claro y estableció cual ha de ser la pena para quien actúa como cómplice y para quien actúa como determinador”

80 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

81 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interveniente según la teoría de los delitos especiales”, 45.

Según este argumento la rebaja del interviniante no es aplicable a los cómplices y determinadores pues el artículo 30 ha sido claro en definir qué pena corresponde a cada uno de estos. Este argumento carece totalmente de sentido por las siguientes razones:

Primero, porque parte de una interpretación exegética del artículo 30 del Código Penal que resulta totalmente inaceptable, pues el formalismo jurídico ha sido superado por el activismo judicial y hoy en día los jueces no están sometidos de forma absoluta a la literalidad de la ley.

En ese sentido, los operadores judiciales deben interpretar los enunciados normativos para extraer de ellos la norma aplicable al caso⁸², teniendo “como límite inquebrantable el respeto y la sujeción estricta a las reglas y principios de la Constitución”⁸³. Por esta razón, resulta inadmisible fijar el alcance de una norma basándose exclusivamente en una interpretación gramatical olvidando que para tal labor es necesario entender al derecho penal como un “sistema” y no como un conjunto de reglas individuales sin relación entre sí.

En segundo lugar, no es correcto que el interviniante sea una forma distinta de autoría “un coautor sin la cualidad exigida por el tipo” pues una interpretación sistemática de nuestro Código Penal nos indicaría que para ser autor de un delito se requiere cumplir con las calidades especiales exigidas por este, en este orden, el interviniante no puede ser autor porque no encuadra en ninguna de las formas de autoría y tampoco es una cláusula especial como la “autoría por representación legal”, por ello sería incorrecto definirlo como un “coautor”.

Pero, además, tampoco sería una forma distinta de participación pues el artículo 30 es claro en definir que los partícipes solo son “el determinador y el cómplice”, por lo que solo nos quedaría concluir, siguiendo la primera interpretación de la Corte, que el “interviniante” no es una forma especial de concurrir al delito, sino una cláusula general de atenuación punitiva aplicable a quienes sin tener las cualidades exigidas por el tipo concurran de cualquier forma a su realización.

4.1.5. Quinta tesis: “La segunda interpretación es la única idónea para cumplir los fines de la figura del interviniante”

Este último argumento resulta igualmente incorrecto, pues en primer lugar, no es cierto que con la vigente interpretación que reduce el interviniante a un “coautor material sin la cualificación” se asegure la unidad del título de imputación, por

82 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

83 Corte Constitucional, Sentencia C-573 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido, 27 de noviembre de 2019).

el contrario, se hace necesario acudir a la ruptura del título de imputación, pues como se explicó en precedencia exigirle dominio del hecho al autor *intraneus*, sería inaplicar la teoría de los delitos de infracción del deber y quedarnos únicamente con la teoría del dominio del hecho, que como se ha demostrado a lo largo de las décadas no es idónea para realizar la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber.

En segundo lugar, la vigente interpretación tampoco resulta idónea para mantener la distinción entre las formas de intervención principales (autores) y accesorias (partícipes). Por el contrario, solo complica innecesariamente algo que era evidente, esto es, que el interveniente no es un autor, todas esas argumentaciones de que es “un verdadero autor” o un “coautor material” entre otras, no solo son incompatibles con la teoría de los delitos de infracción al deber sino que también generan mucha confusión.

Por último, es totalmente falso que con esta interpretación “se guarde la correspondencia punitiva entre los diferentes grados de compromiso penal” pues es precisamente esta interpretación la que genera una punición desproporcionada y desigual por varias causas:

Primero, haría que un *extraneus* que solo determina a un servidor público a apoderarse de unos bienes de la administración sea castigado de forma más severa que aquel *extraneus* que determina al mismo servidor público, pero que además le presta un aporte esencial en fase ejecutiva (ej. le ayuda a destapar la caja fuerte y a sacar los sacos de dinero) pues como el primero era un simple determinador debe ser castigado con la misma pena del autor, mientras que el segundo, al actuar materialmente como un coautor, se le debe aplicar la rebaja del interveniente. Esto de ninguna manera guardaría la correspondencia punitiva entre los diferentes grados de compromiso criminal, pues como se explicó previamente se estaría castigando más al que hace menos y menos al que hace más.

Y segundo, estaría negando de manera irracional (como ya se ha demostrado) una atenuación punitiva para quienes actúan como cómplices o determinadores y concediéndola para quienes actúa materialmente como coautores, es decir, con dominio del hecho, ignorando que ostentar dicho dominio, muy contrario a ser una causa para atenuar la pena, debe ser una causa para agravarla, frente a aquellos que no lo han tenido.

4.2. Análisis Crítico de cada una de las interpretaciones jurisprudenciales al concepto del interveniente

- 130 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

4.2.1. Críticas a la vigente interpretación

En el anterior análisis a los fundamentos que sustentan la actual interpretación del interviniante, se pudo identificar la existencia de algunas de las críticas de las que adolece esta concepción y que hacen inviable su mantenimiento. En ese sentido, se pudo observar que todos los argumentos utilizados para defender dicha interpretación o se basan en modificaciones teóricas que además de indebidas son incorrectas por llevar a soluciones indeseables o son simplemente argumentos vacíos que, al ser enfrentados con una fundamentación teórica sería se muestran insatisfactorios, no obstante, aún existen críticas adicionales y en búsqueda de una mayor claridad, se procederá a reunirlas todas en una misma lista.

4.2.1.1. Desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes

En primer lugar, la vigente interpretación incumple algunos de los postulados fundamentales que rigen la distinción entre autores y partícipes a nivel general, en este orden de ideas, resulta incorrecto, así sea de forma simbólica, afirmar que el interviniante es un autor, coautor, o semejantes, pues esta posibilidad se encuentra totalmente vedada por más que dicho *extraneus* haya dominado el hecho, en este orden de ideas, la única forma de que un *extraneus* pueda ser autor de un delito especial sería mediante una cláusula especial de extensión de la autoría, como el actuar por otro o la autoría por representación legal y es claro que el interviniante no lo es⁸⁴, así las cosas, como los *extranei* no pueden ser autores necesariamente tampoco podrán ser coautores pues “todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniante no cualificado no puede ser coautor, sino solo partícipe”⁸⁵.

Tales manifestaciones consistentes en que el interviniante es un “coautor material”, o de que actúa como un coautor junto al *intraneus* o “es un verdadero autor” solo han generado una gran confusión que era totalmente innecesaria. El interviniante no puede ser autor, por ello será siempre un partícipe (cómplice o determinador), pues solo concurren a la realización del delito los autores y los partícipes, tal como lo describe el artículo 28 de nuestro código penal.

84 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniante según la teoría de los delitos especiales”, 36.

85 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte general*, (Barcelona: Reppertor, 2010), 399.

4.2.1.2. Desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber

La crítica principal de la que se derivan las demás, es la falta de coherencia teórica generada por aplicar la teoría de los delitos de infracción de deber de forma tergiversada o meramente simbólica, pues lo cierto es que —materialmente— se está utilizando la teoría del dominio del hecho, esto se debe a que la vigente interpretación exige la concurrencia de dos presupuestos; la tenencia del deber y el dominio del hecho, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por la Corte Constitucional⁸⁶ y por la Corte Suprema de Justicia⁸⁷.

Esta doble exigencia es completamente errada, pues como se explicó en precedencia, la teoría del dominio del hecho es totalmente incompatible con la teoría de los delitos de infracción de deber, y esta segunda es a su vez la única que permite solucionar de manera acertada los problemas clásicos de autoría y participación en los delitos especiales sin caer en la “ruptura del título de imputación”. Por ello, en pocas palabras, exigir dominio del hecho al *intraneus* para ser autor del delito sería inaplicar materialmente la teoría de los delitos de infracción del deber, lo que nos llevaría irremediablemente a los problemas que se intentaron evitar con la figura del interviniante.

En complemento a la crítica anterior, debe decirse que al restringir el alcance del interviniante, solo al *extraneus* que actúa materialmente como un coautor no se podrían solucionar los casos del “instrumento doloso no calificado” en los que el *intraneus* solo actúa —materialmente— como un cómplice o determinador, pues en esos casos el *extraneus* que actúa, no lo hace materialmente como un coautor sino como un autor individual, lo que nos llevaría irremediablemente a la impunidad de ambos actores criminales, pues el *extraneus* que actuó como autor individual no cumple con la cualidad especial para ser autor y a su vez el *intraneus* no podría ser autor por no tener dominio del hecho y tampoco participe en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación.

Además de esto, la vigente interpretación reduce las diferencias punitivas entre quienes actúan como cómplices y quienes lo hacen “materialmente como coautores”, pues al primero se le castiga con una pena disminuida de una sexta parte a la mitad y al segundo con una pena disminuida en una cuarta parte, lo que

86 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

87 Corte Suprema de Justicia, Radicado 52.816. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa) y Corte Suprema de Justicia SP-2339, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

haría que en realidad las penas de uno y otro sean muy similares, lo que no atiende a la diferencia punitiva que establece nuestro código, entre quien actúa con dominio funcional del hecho (coautor) y quien no tiene dominio del hecho (cómplice), en donde la diferencia punitiva es muchísimo más amplia, por lo que esta interpretación también daría al traste en la tarea de mantener la correspondencia punitiva entre la pena y los diferentes grados de compromiso criminal.

Así mismo, esta concepción tampoco explica de forma clara cómo sería punida la participación de los *intranei* (cómplices y determinadores) en delitos de infracción del deber, como sí se hace en este texto y, además, equipara de forma total, los delitos especiales, con los delitos de infracción del deber, lo que como ya explicó, puede ser una peligrosa generalización⁸⁸.

4.2.1.3. Incoherencia lógica interna

La vigente interpretación no solo carece de coherencia externa frente a los postulados teóricos que rigen la distinción entre autores y partícipes, sino que también carece de coherencia interna, por dos razones fundamentales: (1) por violar el principio lógico de identidad en su fundamentación y (2) por ser una teoría incompleta.

En primer lugar, la vulneración al principio lógico de identidad se produce al definir cuál es el fundamento de la rebaja punitiva del interviniante, pues, cuando se explica por qué se rebaja la pena del interviniante y no la del autor, el fundamento es la carencia del deber especial en el primero, mientras que por otro lado, cuando se explica por qué se rebaja la pena del interviniante y no la de quienes actúan materialmente como cómplices y determinadores, El fundamento es la tenencia de dominio el hecho que tiene el primero y falta en los segundos.

Esto atenta contra la lógica, pues toda entidad debe ser idéntica a sí misma, en ese orden de ideas, la rebaja punitiva del interviniante debe tener un único fundamento ¿o se soporta en la carencia del deber especial o en la tenencia del dominio del hecho? Y, como ya se explicó en precedencia (Núm. 4.5.1.1.2.1.), el único fundamento adecuado para esta rebaja es la carencia del deber especial que fundamenta la agravada punición de este tipo de delitos.

En segundo lugar, la vigente interpretación no satisface el presupuesto de completitud interna, toda vez que, al restringir el concepto del interviniante únicamente para el *extraneus* que actúa como coautor material, estaría dejando

88 Miguel Díaz y García Conledo, “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final”, 45-78.

sin solución los casos en los que el *extraneus* actúa como un autor individual y el *intraneus* como un cómplice o determinador.

4.2.1.4. Se trata de una postura jurisprudencial constitucional

La vigente interpretación también contradice algunos de los postulados constitucionales que limitan la distinción entre autores y partícipes, concretamente los principios de legalidad (material), igualdad y prohibición de exceso en estricto sentido.

Viola el principio de legalidad en su dimensión material al desconocer las exigencias de ley cierta y estricta, según las cuales, si el legislador incumple la obligación de definir de forma clara e inequívoca las características de la conducta punible y sus consecuencias jurídicas (ley cierta), el operador judicial no podrá superar esas deficiencias a partir de analogías (ley estricta) esto, teniendo en cuenta la prohibición de la analogía *in malam partem*.

En este orden de ideas, la consagración legislativa de la figura del interviniante en el inciso 4 del artículo 30 del Código Penal vulnera la exigencia de ley cierta, pues la expresión "Al interviniante que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte" no ha sido para nada autoevidente, por el contrario, ha dado lugar a múltiples discusiones e interpretaciones alternativas que oscurecen el concepto y dificultan su entendimiento.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia vulneró y continúa vulnerando el principio de ley estricta y la prohibición de analogía e interpretación *in malam partem*, pues ante las múltiples interpretaciones generadas por la falta de claridad legislativa, ha optado por una interpretación que, además de ser completamente equivocada, es contraria a los intereses de los procesados, como si estos debieran soportar los errores producidos en el proceso de criminalización primaria.

También vulnera el principio de igualdad, al aplicar la rebaja del interviniante al "coautor material sin la cualificación", pero no a quienes actúan materialmente como cómplices y determinadores, pues contrario a lo que se resolvió en la sentencia C-015 de 2018 y como ya se expuso en precedencia (Núm. 4.2.1.3.) tanto el "coautor material sin la cualificación" como el cómplice o determinador *extraneus*, están en la misma condición, pues la carencia o tenencia del deber especial les repercute de igual manera, su tenencia los haría autores y su ausencia, partícipes.

En este orden de ideas, al conceder la rebaja a unos y negarla a otros, se está realizando un tratamiento desigual entre sujetos que (de cara a la autoría y participación en delitos de infracción del deber) están en una posición estrictamente igual.

Así mismo, el poseer un fundamento doble para la rebaja del interviniante, esto es, la carencia del deber (comparación entre autor e interviniante) y la tenencia del dominio del hecho (comparación entre interviniante y cómplice y determinador), pone aún más en evidencia el trato injustamente diferenciado que se está realizando entre sujetos estrictamente iguales (*extranei*) y, aunque se intente argumentar que no son estrictamente iguales porque el “coautor material” tiene dominio del hecho, mientras que los demás no, este argumento sería completamente improcedente pues el dominio del hecho es incompatible con los delitos de infracción del deber en los que se puede ser autor sin importar si se tiene o no el dominio del hecho, pues lo único determinante para esta distinción es la tenencia del deber específico exigido por el tipo.

Por último, viola el principio de prohibición de exceso en sentido estricto, al no mantener la proporcionalidad que debe existir entre la pena y el grado de compromiso criminal atendiendo a los principios de culpabilidad (entre mayor sea la participación subjetiva interna y externa mayor será la pena) y lesividad (a mayor daño, mayor pena).

Lo anterior, se debe a que la vigente interpretación castiga con mayor severidad a aquel particular que actúa como determinador en un delito especial, que a aquel que realiza junto con el sujeto calificado la conducta punible teniendo el dominio del hecho, pues a este último le concede la rebaja del interviniante, mientras que al primero lo condena a la pena total consagrada en el tipo penal. En definitiva, bajo esta óptica se estaría castigando menos al que hace más y más al que hace menos, ignorando que tener el dominio del hecho jamás puede considerarse un motivo para atenuar la pena frente a otros que no lo tienen, pues quien domina el hecho, frente a quien no lo domina (independiente de que ambos sean partícipes) hace un aporte más trascendente en la realización del delito. Este tema fue puesto en conocimiento de la Corte Constitucional quien en sentencia C-015 de 2018 consideró lo siguiente:

Por supuesto que resulta constitucionalmente inadmisible que quien tiene menor responsabilidad en la comisión de un hecho ilícito terminé pagando una pena mayor que aquel que es más responsable. Pero la Corte Constitucional entiende que la dosificación de la sanción penal no se puede resolver de forma abstracta, sino que es en cada caso concreto y a la luz de los hechos y con base a las pruebas disponibles que debe fijarse.⁸⁹

Como se puede observar, la Corte Constitucional libró esta problemática

89 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

a través de una argumentación totalmente formal, por no decir vacía. Sumado a lo anterior, de seguirse la interpretación vigente se estaría castigando de forma desproporcionadamente alta al determinador o cómplice de un delito especial impropio, frente al determinador o cómplice de un delito común, pues aunque ambos carecen del deber especial, a los primeros se les castigaría de una forma mucho más agravada que a los segundos, llegando inclusive a triplicárseles la pena (ej. hurto 32-108 vs. peculado 96-270) lo que sería desproporcionado e irracional teniendo en cuenta que esa especial punición se fundamenta en un deber especial que no concurre en ellos.

Y, por último, con la vigente interpretación solo se le reconocería una rebaja al cómplice *extraneus* ignorando que en él concurren los presupuestos para la aplicación de ambas, pues la rebaja del cómplice se fundamenta en la baja importancia de su aporte, mientras que la del interviniante en la carencia del deber que fundamenta la especial punición del delito. Además, no es cierto como erróneamente señaló la Corte Suprema de Justicia⁹⁰, que dar estas dos rebajas al cómplice *extraneus* sea dar un “beneficio” injustificado frente a los cómplices de un delito común, tal como se explicó en apartes anteriores (núm. 4.1.2.2.).

4.2.2. Críticas a la primera interpretación

La interpretación de la H. Corte Suprema de Justicia en el año 2002 acertó al entender que el interviniante no es una figura autónoma de codelincuencia sino una circunstancia de atenuación punitiva aplicable a aquellos que, sin tener las cualidades especiales exigidas por el tipo concurren a su realización. Por esto es, en términos generales, la decisión más adecuada, sin embargo, también adolece de algunos yerros:

Primero, sostiene que se puede ser interviniante “a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniante a título de partícipe (determinador o cómplice)”⁹¹ lo que constituye nuevamente un grave desacuerdo teórico, pues como ya se ha reiterado, para ser autor o coautor de un delito de infracción de deber, es necesario cumplir con la cualidad exigida por el tipo, lo que no sucede en el interviniante, en otras palabras, la figura del interviniante únicamente resulta aplicable a los partícipes y no a los coautores, esta crítica ha sido expuesta en la doctrina de la siguiente manera:

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

91 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

- 136 “El interviniante en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

Nos parecen razonables las respetuosas críticas que se han formulado por la doctrina a las dos sentencias de la Corte Suprema reseñadas anteriormente, a la primera por cuando si bien es cierto, a nuestro juicio, acertó al partir de un supuesto necesario para la interpretación del inciso, como son los delitos de infracción de deber, nos apartamos del fallo únicamente en cuanto extendió la condición de interviniante al coautor⁹².

Así mismo, aunque en esta primera interpretación se maneja de mejor manera la teoría de los delitos de infracción del deber, también encontramos importantes incoherencias teóricas derivadas de la mezcla entre esta teoría y la del dominio del hecho, lo cual queda en evidencia al exigir que el *intraneus*, para ser autor del delito especial “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)”⁹³

La anterior conclusión, constituye una modificación indebida e innecesaria a la teoría de los delitos de infracción del deber, pues lo que se infiere de ella es que la Corte estaba exigiendo al autor ostentar el dominio del hecho, al decir que si el *intraneus* no actúa materialmente como un autor, en todo caso podría ser catalogado como tal, mediante la comisión por omisión. El argumento de la comisión por omisión fue utilizado por los críticos de la teoría de los delitos de infracción del deber para expresar que la misma no era necesaria, pues cuando un *intraneus* que tiene un deber especial de protección sobre un bien jurídico, permite que otro lo lesione (omisión) se podría castigar al *intraneus* como autor por comisión por omisión del delito especial, sin requerir de diferentes teorías.

Este argumento es válido y se explicaría de forma correcta en los casos en que el *intraneus* (ej. servidor público) note que otros *extranei* están lesionando el bien jurídico que a este correspondía proteger y el mismo no lo evite, pues en dicho caso sí se evidenciaría una “omisión realizadora del tipo”. No obstante, no se podría decir lo mismo cuando el servidor público actúa como determinador o como cómplice, pues en esos casos se evidenciaría un comportamiento activo frente al resultado, pues es la actuación de este la que pone inicio al curso causal que termina con la lesión al bien jurídico, en palabras de Roxin:

92 Alberto Esquivel, “Autoría y Participación”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 328.

93 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

El sujeto sobre el que recae el deber infringe aún más esta posición de garante cuando incita a un extraneus a realizar el hecho y pasa con ello a una actuación activa [...] al sujeto deatrás que se sirve de un extraneus le reprochamos la producción del hecho y no solo la omisión de su evitación⁹⁴.

En definitiva “infringir el deber” es el término genérico, mientras que la infracción por no evitación o comisión por omisión es solo una forma de infringirlo, junto con otras como la utilización o determinación de *extranei* o la realización de propia mano de la conducta.

4.3. Toma de Postura

Teniendo en cuenta todo lo anterior podemos llegar a dos grandes conclusiones; la primera, que existe una necesidad innegable de reinterpretar el concepto del interviniénte y, la segunda, que este trabajo no es ni la primera ni tampoco la última propuesta de reinterpretación del mismo. Por el contrario, deben reconocerse los esfuerzos que ha realizado la doctrina nacional e internacional para oponerse a la vigente interpretación, por esta razón, debe recordarse que el objeto de este trabajo no es inventar una teoría novedosa que resuelva los problemas de la autoría y participación en los delitos especiales, sino explicar de forma detallada y estructurada las razones por las cuales la actual interpretación resulta inaceptable y proponer, a su vez, una interpretación basada en los aportes de nuestra doctrina, capaz de responder adecuadamente a todos los supuestos de hecho imaginables de manera clara y estructurada.

En primer lugar, para llegar a una correcta interpretación es necesario partir de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción del deber, que como se explicó en páginas anteriores, es la única capaz de lograr los propósitos del legislador, esto es: (1) garantizar la unidad del título de imputación, (2) mantener las diferencias entre las formas de intervención principales y accesorias y (3) guardar la correspondencia punitiva entre los distintos grados de compromiso criminal. Por ello, debemos partir por aceptar las siguientes tesis fundamentales:

(1) La delimitación entre autores y partícipes en este tipo de delitos se realizará exclusivamente bajo los postulados de la teoría de los delitos de infracción del deber, siendo para esta delimitación totalmente irrelevante e incompatible el dominio del hecho.

(2) En los delitos de infracción de deber única y exclusivamente podrá ser autor la persona que tenga la calificación exigida por el tipo, es decir, el *intraneus* (ej. el administrador, servidor público, etc.) con independencia de cuál haya sido su aporte

94 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 184.

fáctico, pues lo relevante para el tipo es la infracción del deber y no el dominio del hecho.

(3) Para infringir el deber no es necesario que el *intraneus* realice la conducta típica como un autor, pues también lo infringirá, cuando no impida la realización de la conducta, cuando determine a otro a realizarla o cuando simplemente le preste una ayuda a un *extraneus* que realiza la conducta, pues el deber de protección no solo se infringe cuando el mismo es el que actúa, sino también cuando permite la actuación de otro.

(4) Deben eliminarse aseveraciones como “el interviniante es un coautor material” o un “autor sin la cualificación” que no van acordes a la teoría de los delitos de infracción del deber y que solo resultan útiles para crear confusión.

(5) Todo *extranei* con independencia de su dominio del hecho será siempre partícipe, no “coautor material”, no “verdadero autor sin la calificación”, así mismo, al ser partícipe, necesariamente deberán catalogarse como cómplices o como determinadores, no existe una tercera forma de participación.

(6) La figura del interviniante no debe entenderse como una forma especial de participación o autoría, sino como una causal de atenuación punitiva que aplica para aquellos que, sin tener las cualidades especiales exigidas por el tipo concurren a su realización.

(7) En los delitos de infracción al deber, las hipótesis de autoría y participación han aumentado, pues mientras en los delitos comunes solo es autor quien domina el hecho, en estos delitos se puede ser autor con o sin dominio del hecho. Así mismo, mientras que en los delitos comunes solo es partícipe quien NO domina el hecho, en estos delitos pueden existir partícipes con o sin dominio del hecho (esta situación se explicará a continuación).

(8) Por último, esta ampliación de las hipótesis de autoría y participación “tampoco amplia en conjunto la punibilidad, sino que distribuye de manera distinta los papeles de autor, inductor y cooperador o cómplice porque es diferente la realidad en que se basan”⁹⁵.

4.3.1. Hipótesis posibles

Para explicar esta ampliación de las hipótesis de autoría y participación se procederá a enlistar todas las posibles hipótesis, para luego determinar cómo debería ser su punición.

95 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 191.

4.3.1.1. Hipótesis de autoría

4.3.1.1.1. Autoría con dominio del hecho

- I. El *intraneus* realiza el hecho dominando la acción, es decir actuando como un autor inmediato (ej. el servidor público con acceso a las cuentas de la administración pública desvía fondos para cuentas suyas).
- II. El *intraneus* utiliza como instrumento a un *extraneus* (ej. un juez, mediante amenaza de muerte obliga a un particular a exigir dinero a personas involucradas en uno de sus casos) o a otro *intraneus* (ej. un secuestre esconde en el bolso de su amigo una barra de oro que este estaba cuidando para que se la lleve en su viaje) para que realice el hecho típico, es decir, actúa como autor mediato.
- III. El *intraneus* realiza el hecho conjuntamente con otros *intranei* (ej. entre varios policías instalan un retén en el cual constriñen a los particulares a entregar dinero, bajo la amenaza de aplicar comparendos) o conjuntamente con otros *extranei* (ej. entre un secuestre y un particular, huyen hacia otro país con varios bienes que eran custodiados por el primero), es decir, actúa como un coautor.

4.3.1.1.2. Autoría sin dominio del hecho

- IV. El *intraneus* induce a un *extraneus* a realizar la conducta (ej. el servidor público induce a dos amigos suyos a retirar de su casa unos bienes que se le habían entregado para su custodia y llevarlos a una ubicación secreta.), es decir, actúa materialmente como determinador.
- V. El *intranei* presta un aporte al *extraneus*, sin que su aporte le dé un dominio sobre el hecho (ej. servidor público que entrega las llaves a su hermano quien le dijo que iría a hurtar algunos bienes de la administración pública), es decir, actúa materialmente como un cómplice.
- VI. El *intraneus* no induce y tampoco presta un aporte, únicamente tolera que otro realice la conducta, se trata entonces de la hipótesis de comisión por omisión (ej. un sujeto entra a robar los bienes de la administración pública y el servidor público encargado de su custodia, dolosamente se lo permite o el hijo del secuestre que usa los bienes de forma indebida y el padre lo tolera).

En estos casos los *intranei* serán autores del delito especial y todos los *extranei* que de cualquier forma intervengan serán partícipes. No sería correcto clasificar

las formas de autoría en que incurre el *intraneus* en las clásicas formas de autoría mediata, inmediata y coautoría, pues como bien señala el profesor Sánchez-Vera⁹⁶ estas categorías se basan en distinciones ontológicas relacionadas con el dominio del suceso que resultan incompatibles con la teoría de los delitos de infracción del deber.

Para concluir que el *intraneus* infringió su deber, es irrelevante determinar si este realizó el hecho con sus manos, a través de las manos de otro o conjuntamente con otros, por esta razón, frente a la infracción del deber (que es lo que importa en estos delitos) el *intraneus* siempre actuará como un autor individual inmediato.

No obstante, pese a que todos los *intraneus* están sometidos al marco penal del delito de infracción del deber, considero apropiada la utilización del dominio del hecho existente en algunas hipótesis de autoría (#1,2,3) y carente en otras (#4,5,6) con fines exclusivos de individualización punitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del código penal, pues aunque todos sean autores y se enfrenten al mismo marco punitivo, es innegable que algunos intervienen de forma más determinante que otros en el hecho.

4.3.1.2. Hipótesis de participación

Mientras en los delitos comunes solo se es partícipe cuando se actúa materialmente como determinador o cómplice, en los delitos de infracción del deber el marco de la participación se vuelve mucho más amplio, puesto que muchas personas que serían autoras si se tratara de un delito común serán partícipes en el delito de infracción al deber, por ello tenemos 7 hipótesis que se pueden clasificar en 3 grupos.

4.3.1.2.1. Partícipes *intranei*

La participación de *intranei* en delitos especiales debe mirarse con mucho cuidado, pues muchas veces la naturaleza de los delitos de infracción de deber impide su participación al convertirlos en autores, no obstante, como ya se explicó (Núm. 4.4.3.1.3.) la participación sí puede existir cuando entre los sujetos *intranei* no se comparta el mismo deber concreto, sino uno de la misma clase:

1. El *intraneus* que induce a otro *intraneus* a realizar el delito, (ej. un juez que nunca prevarica en sus casos, induce a otro juez a que falle de manera contraria a derecho uno de los procesos que este conoce) en estos casos,

96 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, (Madrid: Marcial Pons, 2002).

el hecho de poseer la calificación especial no convierte de forma inmediata al *intraneus* en autor, toda vez que este no infringió su deber sino que participó en la infracción del deber de otro.

2. El *intraneus* le presta un aporte preparativo o ejecutivo no esencial al otro *intraneus* (ej. un juez que sabe que su compañero está prevaricando y al ver que a este se le daño su PC, le presta el suyo para que profiera la decisión.)

4.3.1.2.2. Partícipes *extranei* con dominio del hecho

En este caso, el *extraneus* realiza una conducta que en un delito común le daría autoría (en cualquier forma), pero en estos, por no infringir el deber solo le dará participación, es decir, complicidad o determinación.

3. El *extraneus* es por sí solo quien realiza el hecho, ya sea que el *intraneus* lo haya inducido o que simplemente consienta tal actuación “comisión por omisión” (ej. un juez que determina a un amigo suyo a pedirle dinero a unos procesados en un caso que el primero conoce) es decir actúa materialmente como un autor.
4. El *extraneus* presta un aporte esencial en fase ejecutiva. (ej. entre un secuestre y su amigo logran montar todos los bienes que este custodiaba en un camión y luego se fugaron) es decir, actuando materialmente como un coautor.
5. El *extraneus* instrumentaliza al *intraneus*: en este caso las soluciones varían dependiente el tipo de instrumentalización.
 - a. Si al *intraneus* le falta culpabilidad: por verse ante un constreñimiento ilegal, estado de necesidad exculpante, error de prohibición (ej. una persona que obliga a un juez a prevaricar bajo la amenaza de asesinar a su hijo) este no responderá, pero el *extraneus* “de atrás” sí lo hará, como determinador del delito especial, lo cual es posible pues respeta el principio de la accesoriedad limitada de la participación.
 - b. Si al *intraneus* le falta tipicidad o antijuricidad: (ej. cuando engaño a un juez para que prevarique) no se podrá castigar al *extraneus* como determinador del delito especial, pues faltaría el hecho principal injusto necesario para castigar a los partícipes, por lo tanto, se debería perseguir la punición exclusiva del *extraneus* a partir de delitos comunes, como por ejemplo, el fraude procesal, el hurto, etc.

- 142 “El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

4.3.1.2.3. Partícipes *extranei* sin dominio del hecho

Estos además de carecer de la calificación especial, también realizan una conducta sin dominio del hecho, por lo que su aporte también configuraría participación en un delito común.

1. El *extraneus* induce al *intraneus* a que infrinja su deber (ej. un particular induce a un secuestre a apoderarse de los bienes que esta custodia) el *extraneus* sería partícipe, concretamente un determinador.
2. El *extraneus* presta una ayuda preparativa o ejecutiva de poca importancia al *intraneus*: (ej. Quien le presta una carretilla a un servidor público para que transporte los bienes que se está apropiando), en este caso, el *extraneus* actuaría como un cómplice.

4.3.1.3. Ampliación de la complicidad

Al concluir que las 7 hipótesis que se acaban de enunciar constituyen formas de participación, es menester que estas encajen en las dos tipologías de participación existentes, esto es, en la complicidad y la determinación, lo cual se puede lograr si se aceptan las siguientes premisas:

- (a) Todo aquel que solo genere la resolución a infringir el deber, ya sea porque induce al *intraneus* o porque lo constriñe se catalogará como determinador (# 1, 5, 6)
- (b) Por otro lado, todos los que con sus actuaciones ayuden al *intraneus* a infringir su deber, serán catalogados como cómplices (#2, 3, 4, 7).

No obstante, no parece razonable que todas estas cuatro modalidades de complicidad tengan derecho a la rebaja del inciso tercero del artículo 30 del Código Penal, es decir, a la clásica rebaja del cómplice, pues en todas estas modalidades no se puede pregonar la misma “menor importancia del aporte” que fundamenta dicha rebaja, ya que ahora tendremos cómplices con dominio del hecho (#3, 4) y cómplices sin dominio del hecho (#2, 7), razón por la cual se propone inaplicar la clásica rebaja del cómplice a los *extranei* que actúen con dominio del hecho.

4.3.2. Defensa teórica de la presente propuesta

Se puede anticipar que esta propuesta será objetada por los defensores de la actual interpretación, por lo que se procederá a dar una respuesta anticipada a las críticas que se pueden prever.

4.3.2.1. Violaría el principio de legalidad al no aplicar la rebaja del cómplice a quien se califica como tal

La propuesta de inaplicación mencionada en precedencia se deriva del hecho de que es evidente que conceder las dos rebajas punitivas, esto es, la del cómplice y la del interviniente a las cuatro modalidades de complicidad mencionadas, generaría un trato injustamente beneficioso para las dos modalidades de complicidad que cuentan con dominio del hecho.

Esto sucede, porque la clásica rebaja del cómplice (inciso 3) se fundamenta en la poca importancia material de su aporte, de ahí que, si concedemos esta rebaja a los cómplices con dominio del hecho, estaríamos otorgando un trato injustamente beneficioso al atenuar la pena en virtud de una circunstancia que no concurre en ellos (su carencia del dominio del hecho).

Esta problemática se genera porque nuestras normas relativas a la distinción entre autores y partícipes están pensadas bajo la concepción de la teoría del dominio del hecho y no contienen excepciones o condiciones que la adecuen a la teoría de los delitos de infracción del deber, en donde las modalidades de autoría y participación se han ampliado.

No obstante, esta problemática puede superarse sin la necesidad de acudir a un cambio legislativo, a través de la figura de la excepción por inconstitucionalidad que es:

(...) una facultad (...) de los operadores jurídicos, (...); pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales (...) se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política⁹⁷.

En este orden de ideas, cuando se presenten casos en los que exista un cómplice con dominio del hecho se producirá una tensión entre la disposición aplicable al caso (Inc. 3 del art. 30) y los principios constitucionales de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso punitivo y el derecho a la justicia de las víctimas, los cuales se verían afectados con la imposición de penas injustamente beneficiosas.

Por esta razón, el operador judicial deberá dar prevalencia a las disposiciones

97 Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013, (M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de marzo de 2013) y Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 16 de septiembre de 2016).

constitucionales e inaplicar la rebaja punitiva del inciso 3 de artículo 30 del código penal, de esta manera, garantizando la proporcionalidad de la pena y la justicia para las víctimas.

Recapitulando, es adecuado aminorar en dos ocasiones la pena del cómplice siempre que concurren en este los presupuestos de ambas atenuaciones, esto es, la ausencia del deber (rebaja de interviniante) y la ausencia del dominio del hecho (rebaja del cómplice), por ello, en caso de que solo concurra el presupuesto de la atenuación del interviniante, se deberá inaplicar la atenuación punitiva del inciso 3 del artículo 30 del código penal, lo cual podrá realizarse a través de la excepción de inconstitucionalidad. De esta manera, no se vulneraría el principio de legalidad al inaplicar la rebaja del cómplice a quien se cataloga como tal.

4.3.2.2. Pese a argumentar que el dominio del hecho es incompatible con la teoría de los delitos de infracción de deber, se sigue utilizando el concepto de dominio

En este punto, se debe aclarar que el presente trabajo nunca ha pretendido la eliminación completa del concepto de dominio del hecho frente a los delitos de infracción del deber, únicamente se ha argumentado que dicho criterio no resulta idóneo para realizar la distinción entre autores y partícipes en este tipo de delitos, pero ello no significa que dicho concepto sea completamente intrascendente de cara a otros aspectos, como el merecimiento de pena.

El dominio del hecho es una realidad empírica que estará presente con independencia del tipo de delito que se trate, la diferencia, es que en los delitos de dominio, este determinará quién es autor y quién es partícipe, mientras que en los delitos de infracción de deber, el dominio del hecho será un criterio a tener en cuenta a la hora de realizar la dosificación punitiva, pues al fin y al cabo, entre sujetos *extranei* deberá ser punido con mayor severidad aquel que haya realizado un aporte más relevante al hecho.

4.3.3. La punición de las distintas formas de participación, según esta propuesta de reinterpretación

Los autores estarán sometidos al marco penal del delito de infracción el deber, con la salvedad de que su tenencia o carencia de dominio del hecho, aunque irrelevante para determinar su autoría, podrá tenerse en cuenta como criterio para la individualización de la pena en cada caso concreto, para asegurar una punición más proporcional.

Por otro lado, frente a los partícipes la cuestión resulta más problemática y por ello, es necesario proponer una solución que brinde un tratamiento adecuado a todos los casos, lo cual solo se podrá lograr aceptando dos tesis que ya han sido explicadas a lo largo del trabajo: primero, que la rebaja de $\frac{1}{4}$ de la pena del "interviniente" se aplicará a todos aquellos que concurran en el delito sin infringir el deber específico que protege la norma y que fundamenta la especial punición del tipo y segundo, que quien actué materialmente como un cómplice tendrá derecho a la rebaja que establece el inciso tercero del artículo 30 del código penal, rebaja que podrá concurrir con la del interviniante, pues como ya se explicó (Núm. 4.4.3.1.2.2) se fundamentan en criterios distintos y no excluyentes.

Con base en lo anterior, las hipótesis de participación posibles se castigarán de la siguiente manera:

#	FORMA DE PARTICIPACION:	PUNICION:
#1	" <i>intraneus</i> determinador"	P. Completa.
#2	" <i>intraneus</i> cómplice"	P. Completa – R. por cómplice.
#3	" <i>extraneus</i> que domina la acción"	P. Completa – R. por interviniante.
#4	" <i>extraneus</i> con dominio funcional"	P. Completa – R. por interviniante.
#5	" <i>extraneus</i> con dominio de la voluntad"	P. Completa – R. por interviniante.
#6	" <i>extraneus</i> determinador"	P. Completa – R. Por interviniante.
#7	" <i>extraneus</i> cómplice"	P. Completa – R. por interviniante – R por cómplice.

Esta reinterpretación, aunque no es una total novedad, pues debe reconocerse el trabajo que se ha hecho por parte de la doctrina nacional y extranjera, logra superar las múltiples críticas que se han elaborado frente a las distintas interpretaciones jurisprudenciales del concepto de interviniante y si bien las conclusiones a las que se llegaron en cuanto a sus efectos prácticos ya han sido propuestas durante años, el propósito de este ensayo no era crear una teoría completamente novedosa, sino demostrar, mediante un proceso de selección y crítica, cómo los argumentos existentes para la fundamentación de la vigente interpretación carecen de viabilidad jurídica, y por ende es necesaria una reinterpretación y además, mostrar de forma organizada y detallada cuál ha de ser el alcance, configuración y límites del concepto de interviniante en el derecho penal colombiano, a partir de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción del deber.

Todo esto con la finalidad de aportar un granito de arena para aclarar la discusión existente, pues como lo afirmó la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de la descripción legal de la figura del interviniante, la cuestión aún no está cerrada:

Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que, si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión. El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁹⁸.

Ningún debate está 100% cerrado y no es adecuado ignorar la necesidad de una reinterpretación apelando a que ya “es una posición consolidada” pues lo consolidado de una decisión no la hace correcta.

3. Conclusiones

Existe una necesidad innegable de reinterpretar la figura del interviniante, consagrada en el inciso cuarto del artículo 30 de la ley 599 del 2000, necesidad que se deriva de las siguientes problemáticas:

(1) Por su desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes, evidenciado a la hora de considerar al interviniante que es un *extraneus*, como un coautor del delito especial.

(2) Por su falta de coherencia teórica evidenciada a la hora de entremezclar la teoría de los delitos de infracción del deber con la teoría del dominio del hecho, lo que genera que se incurra nuevamente en los problemas de impunidad que hicieron necesaria la creación de la teoría de los delitos de infracción del deber.

(3) Por vulnerar el principio lógico de identidad a la hora de definir cuál es el fundamento de la rebaja del interviniante, sosteniendo en unos casos que su fundamento es la carencia del deber y en otros la tenencia del dominio del hecho.

(4) Al vulnerar principios constitucionales que limitan la distinción entre autores y partícipes, en este orden de ideas: (4.1) el legislador vulneró el principio de legalidad en su dimensión de “ley cierta”, pues la consagración legal del concepto de interviniante no ha sido para nada autoevidente, dando lugar a múltiples discusiones que dificultan su comprensión; (4.2) la Corte Suprema de Justicia vulneró el principio de legalidad en su dimensión de “ley estricta” y la prohibición de analogía

98 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

e interpretación *malam partem*, pues ante las múltiples interpretaciones generadas por la falta de claridad legislativa, optó por una interpretación que, además de ser teóricamente incorrecta, es contraria a los intereses de los procesados; (4.3) también viola el principio de igualdad al aplicar la rebaja del interviniante al “coautor material sin la cualificación” y no a quienes actúan como cómplices y determinadores, pues contrario a lo sostenido por las altas cortes colombianas, tanto el “coautor material sin la cualificación” como el cómplice o determinador *extraneus*, están en la misma condición, pues la tenencia del deber los haría autores y su carencia partícipes; y, (4.4) por último, viola el principio de prohibición de exceso al no mantener la proporcionalidad que debe existir entre la pena y el grado de compromiso criminal, castigando más al que hace menos y menos al que hace más.

Por otro lado, aunque la primera interpretación jurisprudencial se acerca más a una adecuada aplicación de la teoría de los delitos de infracción del deber, lo cierto es que también adolece de algunas críticas que hacen necesario pensar en una reinterpretación de la misma.

En el presente escrito se propuso una reinterpretación al concepto del interviniante, que partiera de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción de deber y que fuera capaz de: (1) garantizar la unidad del título de imputación, (2) mantener las diferencias entre las formas de intervención principales y accesorias y (3) guardar la correspondencia punitiva entre los distintos grados de compromiso criminal.

Esta reinterpretación se funda en las siguientes premisas: (1) la delimitación de la autoría y participación en este tipo de delitos se realizará a través de la teoría de los delitos de infracción de deber, (2) por lo tanto, solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación exigida e infrinja su deber, para lo cual, será intrascendente la tenencia o carencia del dominio del hecho, pues el deber no solo se infringe cuando el autor es quien realiza la conducta, sino también cuando determina o tolera que otros la realicen; (3) todo *extranei* que intervenga de cualquier manera (con o sin dominio del hecho) será siempre un partícipe, por ello deben evitarse aserciones imprecisas como el “coautor material” que solo generan confusión y (4) por ello, el “interviniante” no debe entenderse como una forma especial de participación o autoría, sino como una causal de atenuación punitiva que aplica para todos aquellos que intervengan en el delito sin ostentar el deber que fundamenta su punibilidad.

Este entendimiento de la autoría y la participación a través de la teoría de los delitos de infracción del deber genera que las hipótesis de autoría y participación se amplíen (lo que no genera una ampliación de la punibilidad) pues según esta podrán

existir autores y partícipes con y sin dominio del hecho, por lo que es necesario elaborar una teoría que logre brindar una punición adecuada para cada una de estas hipótesis, que es lo que se propone en este trabajo.

Estos cambios pueden sintetizarse en las siguientes reglas:

(1) Entre autores (*intraneus* que infringen su deber) deberá tenerse en cuenta la ausencia o tenencia del dominio del hecho, como un criterio para la individualización de la pena.

(2) Existen 7 modalidades de participación que se agrupan en tres grupos: (a) Los partícipes *intranei*, (b) Los partícipes *extranei* con dominio del hecho y (c) los partícipes *extranei* sin dominio del hecho.

(3) Los primeros no tendrán derecho a la rebaja del interviniante, pues al poseer un deber equivalente al del autor, la punición especialmente agravada del tipo no les resulta desproporcionada, no obstante, el partícipe *intraneus* que actúa como cómplice sí tendrá derecho a la rebaja que se fundamenta en la baja importancia de su aporte.

(4) En segundo lugar, los partícipes *extranei* con dominio del hecho (donde se ubica el concepto actual de interviniante) deberán catalogarse como “cómplices” al haber ayudado al autor a infringir su deber, estas personas tendrán derecho a la rebaja del interviniante fundamentada en la carencia del deber, pero no a la clásica rebaja del cómplice, pues en ellos no concurre la baja importancia del aporte que fundamenta dicha atenuación punitiva, por lo tanto, para evitar conceder una atenuación injustificada, se propone (mientras no exista un cambio legislativo) que se acuda a la figura de la excepción por inconstitucionalidad, para evitar dar un tratamiento punitivo desproporcionadamente beneficioso.

(5) Por último, los partícipes *extranei* sin dominio del hecho, son los que actúan como un clásico cómplice y determinador, el primero de estos tendrá derecho a una doble rebaja punitiva, una por su condición de *extranei* y otra por la leve importancia fáctica de su aporte al hecho, mientras que el segundo (determinador) tendrá derecho únicamente a la rebaja del interviniante.

Solo de esta manera se conseguirá un concepto de interviniante que supere todas las complicaciones de la distinción entre autores y partícipes en los delitos especiales, alcanzando las finalidades perseguidas con dicha figura, siendo acorde a las teorías en que se fundamenta y respetando los principios y garantías fundamentales de nuestra constitución política.

Referencias

- Becaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Conledo, Miguel, La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final. *Revista Derecho Penal y Criminología* 26, n.º77 (2005): 45-78.
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José, Costa Rica”. (1969). Adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. *Suscrito por colombia en 1969, ratificado en 1973, entró en vigencia el 31 de julio de 1973*. San José, Costa Rica.
- Córdoba, Miguel, “La figura del interveniente en el derecho penal colombiano”. *Revista de derecho penal y criminología* 25, n.º75. 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesigner, 14 de marzo de 2018).
- Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 11 de marzo de 2021).
- Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de Febrero de 1996)
- Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de Febrero de 2017).
- Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008)
- Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 13 de abril de 2016).
- Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de marzo de 2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 13 de junio de 2013).
- Corte Constitucional, Sentencia C-601 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo, 16 de septiembre de 2015).

- 150 "El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber"
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de Junio de 2008).

Corte Constitucional, Sentencia C-829 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 8 de Agosto de 2001, radicado 3348).

Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013, radicado 451147 (M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de marzo de 2013).

Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 16 de Septiembre de 2016).

Corte Suprema de Justicia, Auto AP-6324 del 20 de septiembre de 2016, radicado 48.117, (M.P. José Luis Barceló Camacho).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto penal del 20 de junio de 2002, (M.P. Jorge Córdoba Poveda).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado 47.100 (M.P. Patricia Salazar Cuellar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre de 2002 (M.P. Édgar Lombana Trujillo).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP15015 del 20 de Septiembre de 2017, radicado 46.751 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3393 del 19 de marzo de 2014, Radicado 42.103 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3874 del 12 de Septiembre de 2019, Radicado 52.816 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia, sentencia SP5107 del 05 de abril de 2017, radicado 47974 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 20.704 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 9 de marzo de 2006, (M.P. Sigifredo Espinoza Pérez).

Díaz y García Conledo, Miguel."La polémica jurisprudencia colombiana sobre el "interviniente" (La intervención de *extranei* en delitos especiales)". *Actas del*

- II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.* “Problemas actuales de las ciencias penales”, marzo (2017): 1-18.
- Diego-Manuel Luzón Peña. “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento del peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas. Revista de la fundación internacional de ciencias penales*, n.º 6 (2017): 145-272.
- Esquivel, Alberto, “Autoría y Participación”. En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. 2º ed. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2011.
- Ferré Olivé, Juan, Miguel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa. *Derecho penal Colombiano*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- Guirao, Rafael. “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En *Constitución y Principios del Derecho Penal, Algunas Bases constitucionales*. Editado por Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá. *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2000.
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Código Penal. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097. Obtenido de http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906. (31 de agosto de 2004). Código de Procedimiento Penal. *Por la cual se expide el código de procedimiento penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Muñoz, Miguel Ángel. “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”. *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, n.º 106, (2008): 13-53, DOI:<https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.02>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A

- 152 “El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber”
JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

(XXI), de 16 de diciembre de 1966. *Suscrito por colombia en 1966, ratificado en 1969, entró en vigencia el 23 de marzo de 1976*.

Peláez, José María y Luis Greco, Luis, *El interviniente en el código penal colombiano*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2024.

Peláez, José María y Rosa Angélica Quintero. *Esquemas del delito*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. 7º ed. Marcial Pons, 2015.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Editorial Civitas, 2014.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción del deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

Vásquez, Manuel Abanto. “*Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*”. *Revista Doctrina*, n.º14, (2004): 3-23.

Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

Zamudio, Guillermo. “*Los tres principios de la lógica aristotélica*”, *Revista Folios*, segunda época, n.º27 (2008): 24-30.



License Creative Commons Attribution 4.0 International