

La coautoría: delitos comunes y especiales*

*Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D**.*
*Orlando González Payares ****
Universidad Libre, Bogotá, D.C.

Resumen

El delito común se entiende como aquel que puede ser realizado por cualquier persona, no se le exige ninguna condición natural o jurídica al presunto sujeto agente; y delito especial, aquel que tan solo puede ser realizado por algunas personas en particular, donde se exige del presunto sujeto agente una determinada condición natural o jurídica.

La diferenciación entre delitos comunes y especiales, resulta importante para determinar la valoración y efectos del comportamiento de los sujetos que intervienen en la realización de una conducta prevista como punible y para establecer o descartar si esa persona se le puede considerar autor, coautor o partícipe de una determinada clase de delito y de acuerdo a ello, el tipo de sanción a imponer.

En los delitos especiales para que una persona pueda ser considerada autor, el tipo penal exige del sujeto agente unas condiciones personales naturales o jurídicas (sujeto cualificado). Se pregunta ¿Qué ocurre cuando un sujeto extraño, vale decir, el no cualificado, realiza o contribuye con la ejecución de la conducta descrita en el tipo? Este interrogante lo resolveremos cuando nos detengamos en el análisis de la autoría, coautoría y participación en los delitos especiales, propósito del presente escrito.

Palabras clave

Autor. Interviniente. Coautor. Inducción. Cómplice. Delitos comunes. Delitos Especiales.

Abstract

The common crime understands each other as that that can be carried out by any person, he/she is not demanded any natural or artificial condition to the presumed subject agent; and special crime, that that so alone it can be carried out in particular by some people, where it is demanded from the presumed subject agent a certain natural or artificial condition.

The differentiation among common and special crimes, is important to determine the valuation and effects of the behavior of the fellows that intervene in the realization of a behavior foreseen

Fecha de recepción del artículo: 1 de abril de 2008.

Fecha de aprobación del artículo: 21 de abril de 2001.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “La coautoría en la Dogmática Penal colombiana y su relación con otras formas de Autoría y Participación”, Desarrollada por el Grupo Derecho Penal de la Universidad Libre, Sede Principal.

** Abogado. Universidad Libre. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Especialista en Criminología –Instituto de Criminología U. Complutense de Madrid. Master en Estudios Políticos. Universidad Javeriana. Docente-investigador. U. Militar y U. Libre – postgrados.

*** Coinvestigador, abogado, estudiante de la maestría en derecho penal de la Universidad Libre

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

as punishable and to settle down or to discard if that person can be considered author, joint author or participant of a certain crime class and according to it, the sanction type to impose.

In the special crimes so that a person can be considered author, the penal type does you/he/she demand from the fellow agent some natural or juridical personal conditions (do I hold qualified). Does she wonder That you/he/she happens when a strange fellow, is worth to say, the not qualified, does he carry out or does it contribute with the execution of the behavior described in the type? This query will solve it when we stop in the analysis of the responsibility, coautoría and participation in the special crimes, that is the purpose of this article.

Keywords

Author. Intervener. Joint author. Induction. Accomplice. Common crimes. Special crimes

Introducción

El presente artículo hace parte del informe final de la investigación titulada “La Coautoría en la Dogmática Penal colombiana y su relación con otras formas de Autoría y Participación”.

La figura de la coautoría, no ha sido preocupación de un estudio serio en nuestro país de hecho en nuestra literatura jurídica nacional no hay una obra de dedicación exclusiva acerca del tema. Es decir, esta forma de coparticipación penal no ha sido objeto de divulgación ni de una investigación académica al respecto que nos permita clarificar el sentido del art. 29 del Código Penal, su desarrollo, alcance, regulación y sobre todo que explique que soluciones pretendió alcanzar el legislador con tal figura.

La importancia del tema está dada en cuanto pretendemos divulgar la necesidad que los jueces, abogados y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas en que procedan, fundamentándola con un criterio dogmático, evitando de esta manera la impunidad que genera los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos; y que frente a una falta de precisión de concepto los más responsables, los jefes de bandas delincuentes terminan siendo sancionados apenas como simples cómplices

con penas irrisorias, o al contrario una simple participación convertida en coautoría aplicando penas desproporcionadas a lo realizado por el partícipe.

Problema a investigar

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del art. 29 del Código Penal que trata la figura de la coautoría, buscando su el genuino alcance de la norma, correlacionándola e integrándola a las demás disposiciones sancionatorias buscando desentrañar las valoraciones políticas y sociales en que esas normas descansan o (se) Inspiró el legislador, al regular como lo hizo, las formas de autoría y participación. Por lo anterior cabe preguntar: ¿Cómo debe interpretarse la figura de la coautoría en el CP vigente? Si el CP define sólo la coautoría impropia ¿Cómo deben entenderse la demás formas de autoría? ¿Cuál es la teoría dominante que explica la existencia dogmática de la coautoría como forma de coparticipación? ¿Cómo ha venido la jurisprudencia de las altas cortes interpretando la figura de la coautoría? ¿Cuál es la teoría dominante en Colombia y cuál es su fundamento? ¿Qué elementos esenciales nos permiten diferenciar la coautoría de otras formas de participación, como la complicidad necesaria donde también hay acuerdo previo? ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial de concepto previo para definir la coautoría en España?. Las respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría con fines prácticos.

Metodología

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la legislación y doctrina española, que pretende explicar desde el punto de vista de la dogmática penal el origen de la necesidad que el legislador colombiano tuvo en mente para vincular al derecho positivo el inciso 2º del art. 29 CP, consultando los antecedentes doctrinarios, legislativos y el derecho positivo extranjero.

Se busca también, con el sistema metodológico adoptado, el análisis de las otras formas de

autoría y participación frente a la figura del coautor; el examen por grupos y casos concretos, de los tipos delictivos cuya estructura admite la figura de la coautoría en el sentido del derecho penal.

Resultados

1. Delitos comunes y especiales en la coautoría

1.2 Introducción

La historia de los delitos coincide con la historia de los bienes jurídicos¹. La existencia de un delito solo es posible sobre el presupuesto de la existencia de un bien jurídico. No puede existir delito sin bien jurídico objeto de lesión².

¿Cuando un determinado comportamiento dejó de ser común y corriente, para transformarse en reprochable y punible? A partir del momento en que la autoridad social de la época bajo la amenaza de una pena ordena su ejecución o lo prohíbe.

Cuando la autoridad social del período histórico respectivo bajo la amenaza de una pena, prohíbe u ordena la ejecución de un determinado comportamiento, no hace más que proteger un determinado interés o valor, el cual adquiere la categoría de bien jurídico, a raíz de la protección normativa. Mientras esa decisión no ocurra el interés o valor objeto de protección jamás podrá considerarse un bien jurídico³.

Una vez que un determinado interés o valor ha sido objeto de protección jurídica, concomitantemente la autoridad social envía un mensaje de advertencia a los coasociados, en el sentido de sancionar penalmente a quien lesione o ponga en peligro de lesión a dicho

bien. ¿Pero esa advertencia alcanza a intimidar a todos los coasociados en un período histórico determinado? No. Solamente a aquellos que están en condiciones naturales o jurídicas de vulnerar ese determinado bien jurídico. Tal afirmación no puede entenderse como contraria al principio general que comportan todas las normas. “Siempre la norma está dirigida a todos los coasociados y no a una parte de ellos⁴.” Lo que ocurre es que muchas veces la norma tan solo alcanza en un período histórico específico a cubrir (conminar) a un determinado número de miembros de la sociedad, lo que no significa que en el futuro pueda alcanzarlos. Mal podría el legislador legislar tan solo para el presente olvidándose del futuro. La norma se expide con efectos *erga omnes* independientemente de las personas que se encuentren habilitadas para observar el mandato.

En esta línea de pensamiento debemos aclarar que no obstante al principio general que comportan todas las normas, el legislador se ha visto avocado a expedir preceptos de carácter especial para ser cumplidos tan solo por un reducido número de personas. La anterior afirmación, volvemos a insistir, no significa que esos preceptos sean contrarios al principio general, sino que se expiden también con efectos *erga omnes* para cuando cualquiera de los coasociados cumplan con la condición exigida por la norma respectiva.

En atención a las aclaraciones antes indicadas observamos que el legislador en un período histórico determinado expide normas que alcanzan a conminar a un mayor número de coasociados y en otro, normas que tan solo obligan a un reducido número de personas.

En el segundo evento los sujetos obligados a observar el precepto es menor que en el primero, por cuanto de aquellos se exigen determinadas calidades personales y de éstos ninguna. Esta afirmación también contribuye a explicar la diferencia entre delitos comunes y especiales.

En los delitos especiales un reducido número de coasociados por su condición y posición

¹ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis., 2002. pág. 67

² Otro criterio es la del profesor Jackobs que plantea que la finalidad del derecho penal no es precisamente la protección de bienes jurídicos, sino, la de buscar la vigencia de las normas de carácter penal que, se logra cuando se aplica la pena.

³ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 4a. ed. Madrid, Akal, 1997. pag. 45

⁴ ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. Madrid. 2a. Edic., Akal, 1986. pág. 89

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

personal en la sociedad, están obligados a respetar el precepto penal, mientras que en los delitos comunes la conminación alcanza a un mayor número de sujetos, precisamente porque a ellos no se les exige ningún tipo de condición o posición personal en el ámbito social.

¿Pero, por qué es importante la especialidad del precepto?⁵

1. Porque los sujetos seleccionados por el legislador para observar la norma penal, ocupan en la sociedad una posición especial que los hace diferente a los demás.
2. Porque esa posición especial a raíz de sus condiciones personales de carácter jurídico o natural, les exige un comportamiento de mayor responsabilidad y moralidad en el contexto social.
3. Por que esa posición especial de la persona en la sociedad, lo convierte en un sujeto obligado a cumplir con especiales deberes de protección de los bienes jurídicos puesto bajo su cuidado o con los cuales ejerce determinadas relaciones
4. Por que es más reprochable e intolerable el comportamiento de un sujeto cualificado socialmente que el de aquel que no ostenta ninguna cualificación
5. Por cuanto la especialidad del sujeto cualificado, legitima al Estado para exigirle un mayor compromiso y respeto por los bienes jurídicos colocados bajo su custodia, y consecuentemente facultades para aplicar sanciones sumamente drásticas, en el evento en que llegaren a defraudar la confianza depositada en ellos.

Para una mayor ilustración tengamos en cuenta los siguientes ejemplos:

Es más reprochable e intolerable la apropiación de los bienes del Estado por parte de un servidor público, que el apoderamiento que llegare a realizar un particular, por cuanto el Estado ha depositado mayor confianza en su funcionario que en un particular, dado que el primero al apoderarse de los bienes defrauda la confianza

pública depositada en él y el segundo por no ser depositario de confianza pública, nada defrauda, excepto la expectativa de comportarse como cualquier ciudadano respetuoso del ordenamiento jurídico.

Esa posición especial que ocupa el sujeto (en éste caso el servidor público) frente al Estado y la sociedad, ha obligado a los legisladores a exigirles a dichos funcionarios mayor compromiso y especiales deberes de protección de los bienes jurídicos puestos bajo su cuidado, que los exigidos a los particulares.

Comparemos y analicemos el delito común de hurto frente al delito especial de peculado. Por lo general, el apoderamiento de los bienes del Estado por un particular se califica como hurto, para lo cual el legislador ha previsto una sanción punitiva que oscila entre los dos (2) y seis (6) años de prisión. (Artículo 239, Ley 599 de 2000). Cuando un servidor público sin justa causa y en provecho propio o de un tercero, es quien se apropia de esos mismos bienes, en primer lugar el comportamiento cambia de denominación, peculado en vez de hurto y en segundo lugar, la sanción es más drástica: De seis (6) a quince (15) años de prisión (Artículo 397, Ley 599 de 2000⁶).

Es indudable que el peculado por apropiación es un delito especial, y por disposición del legislador, solo lo pueden cometer los servidores públicos, más no los particulares, precisamente por no cumplir éstos últimos con la condición exigida por el tipo penal, o sea la de ser servido-

⁶ Artículo 239. *Hurto*. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 397. *Peculado por apropiación*. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

⁵ ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Pamplona, España. Manual de Derecho Penal. El Delito. II. Akal. 1985. Pág. 77

res públicos, razón por demás suficiente para no sentirse intimidados por el precepto que prohíbe la conducta peculadora.

En cambio el homicidio simple no es un delito especial dado que para matar a otro no se exige del sujeto agente ninguna condición especial. En éste caso estamos frente a un delito común, por cuanto el precepto está dirigido a todos los coasociados sin ningún tipo de exigencias personales que cualifiquen la conducta.

Pero el homicidio agravado por el parentesco, sí está considerado como un delito especial, por la condición y posición igualmente especial que ocupa el sujeto en una de las instituciones más relevantes de la sociedad, como lo es la familia. Esa condición personal (el parentesco) agrava el comportamiento.

Alguien se preguntará: ¿si el homicidio es un delito común, cómo puede considerarse a la vez especial? La diferencia entre delitos comunes y especiales no reside en el comportamiento delictual, sino en la condición personal (natural o jurídica) que el sujeto ocupa en la sociedad, la cual es exigida de manera necesaria por el tipo penal para su tipicidad. Son las calidades (léase condiciones) la que lo hace especial y diferente a los demás, las que le exige mayor compromiso social, las que lo restringen en su comportamiento y determinan mayores sanciones cuando defrauda las expectativas de él esperadas por parte de la sociedad.

En el ejemplo anterior, un delito común, por las condiciones personales del sujeto agente, se ha transformado en especial, por ser más reprochable e intolerable la acción del familiar que mata a su pariente que la ocasionada por un extraño al círculo familiar. Es la condición especial del sujeto exigida por el tipo, lo que agrava el comportamiento y por supuesto lo que va a legitimar la mayor sanción.

En consecuencia, a raíz de la condición personal (natural o jurídica) que ostenta el sujeto en la sociedad, los estudiosos del derecho penal han clasificado los delitos en comunes y especiales:

Delito Común, como aquel que puede ser realizado por cualquier persona: no se le exige ninguna condición natural o jurídica al presunto

sujeto agente, y Delito Especial: aquel que tan solo puede ser realizado por algunas personas en particular. Exige del presunto sujeto agente una determinada condición natural o jurídica.

Quintero Olivares, es de la siguiente opinión: “Siempre que una condición personal, sea física o sea jurídica, venga exigida por el sentido del tipo, estamos en presencia de un delito especial.”⁷

Según el profesor Alfonso Reyes Echandia, las descripciones de las conductas típicas a través de los diversos tipos penales, constituyen una garantía jurídica, política y social de la libertad y la seguridad personales⁸.

La anterior afirmación significa que el Estado solo podrá perseguir penalmente al sujeto que tome parte en la ejecución de la conducta descrita en el tipo. Cuando el tipo exige determinadas calidades en el sujeto agente para la realización de la conducta, está limitando la acción a un reducido número de personas y por supuesto las facultades del Estado para la persecución penal.

En éste orden de ideas observamos que el tipo penal se ha convertido en una garantía para la seguridad jurídica a favor de los ciudadanos y una limitación para el Estado. Esa seguridad jurídica genera tranquilidad en las personas y a su vez entender, que solo podrán ser objeto de persecución cuando violen el deber jurídico consagrado en la norma penal respectiva.

No obstante debemos aclarar que la violación del deber jurídico, no constituye un criterio diferenciador entre delitos comunes y especiales, dado que en todo precepto penal siempre encontraremos consagrado una obligación de hacer o de no hacer. Una obligación de realizar un determinado comportamiento o de abstenernos de realizarlo. Ejemplo, el que omitiere, sin justa causa auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años de prisión

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal Español. Barcelona. Edit. CYMYS, 1974. pág. 15

⁸ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho penal. Bogotá, 2ª reimpresión de la undécima edición, Temis, 1990. Pág. 45

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

(Artículo 131, Ley 599 de 2.000). En éste caso el precepto penal nos ordena de manera imperativa la realización de un determinado comportamiento, es decir nos impone un deber jurídico de hacer, o sea el de auxiliar a otra persona por motivos de solidaridad. Pero cuando la misma ley 599 prescribe: El que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años, también nos está imponiendo un deber jurídico. ¿Cuál? El de abstenernos de matar.

La violación del deber jurídico, antes que constituirse en un criterio diferenciador entre delitos comunes y especiales, se convierte en un denominador común, por cuanto todos los ciudadanos estamos obligados a respetar los bienes jurídicamente protegidos.

Pero ¿qué importancia tiene la diferenciación entre delitos comunes y especiales? Para determinar la valoración y efectos del comportamiento de los sujetos que intervienen en la realización de una conducta prevista como punible y para establecer o descartar si esa persona se le puede considerar autor, coautor o partícipe de una determinada clase de delito y de acuerdo a ello, el tipo de sanción a imponer.

Bien, sabemos que en los delitos especiales para que una persona pueda ser considerado autor, el tipo penal exige del sujeto agente unas condiciones personales naturales o jurídicas (sujeto cualificado). ¿Qué ocurre cuando un sujeto extraño, vale decir, el no cualificado, realiza o contribuye con la ejecución de la conducta descrita en el tipo? Este interrogante lo resolveremos cuando nos detengamos en el análisis de la autoría, coautoría y participación en los delitos especiales.

1.3 La coautoría en los delitos especiales

Al abordar el tema de la coautoría se precisaron algunas características propias de esta forma de autoría que las diferencian de otras formas de participación:

1. La coautoría es una forma de autoría, soportada en un acuerdo común, división de funciones y aporte eficaz de trabajo en la realización de la conducta prevista como punible.

2. En consecuencia son tres (3) los requisitos esenciales para la existencia de la coautoría. El acuerdo común, la división de funciones y el aporte eficaz de trabajo, aportado de manera indispensable⁹.

Dado que el tema a estudiar en éste acápite es el relacionado con la coautoría en los delitos especiales precisamos el concepto de delito especial.

Delito especial, es aquel que tan solo puede ser realizado por la persona que cumple con la cualificación exigida por el tipo penal.

Esa cualificación equivale a una condición natural o jurídica ostentada por el sujeto agente, que lo hace diferente a las demás personas, de tal manera que faltando esa calidad especial, el comportamiento desde el punto de vista de la persecución penal se desnaturaliza, por la imposibilidad de encuadrarlo en la descripción legal prevista por el legislador.

¿Dónde está la clave para la tipificación de los delitos especiales? No hay duda, en la verificación de la condición personal especial que debe comportar el sujeto agente, la cual debe coincidir con los requisitos cualificantes del tipo.

¿Qué ocurre si un sujeto no cualificado de manera individual realiza la conducta descrita en el tipo especial? Sencillo, no puede ser considerado autor de ese delito, dado que no cumple con la cualificación personal exigida en la descripción legal. En consecuencia, es la calidad personal del sujeto lo determinante para la existencia de ésta clase de delito.

La gran mayoría de los tratadistas y operadores de justicia han admitido la siguiente teoría: “Quien no puede ser autor inmediato, tampoco puede ser autor mediato ni coautor¹⁰.” No obstante a la consistencia, coherencia y claridad de la anterior teoría, en Colombia, en diversas épocas de prolíferos legisladores oscuros y por

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación. En: *El Criminalista*. Segunda serie. Tomo IV. Buenos Aires, 1960. Pág. 22

¹⁰ JAÉN VALLEJO, Manuel. La autoría y participación en el Código Penal de 1995. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. No. 2º. 1997. Pág. 36

supuesto también de legislaciones oscuras, avalados por algunos doctrinantes y operadores de justicia de la misma condición, con el pretexto de combatir la impunidad, impusieron el criterio de la asimilación, amplificando la cualificación de servidor público a los particulares que lesionaren o pusieren en situación de peligro bienes de la administración pública, a efectos de aplicarle una sanción equivalente a la establecida para los servidores públicos.

Con base en ésta concepción por demás infortunada, el legislador igualmente, con la excusa de cerrarle el paso a la impunidad asimilaron los particulares a servidores públicos, a través del peculado por extensión señalado en el artículo 138 del Decreto 100 de 1980 y el estatuto de la contratación administrativa, Ley 80 de 1993. El resultado fue obvio, muchos proceso(s) dieron al traste, por la incoherencia misma de la ley, debiendo la doctrina y jurisprudencia e incluso nuevos legisladores, rectificar los errores que tanto daño le hicieron a la sociedad y a la administración de justicia.

Con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, poco a poco las aguas han venido retornado a su cauce, hasta tal punto, de reconocer lo que debió admitirse desde tiempos atrás, y es que, si un sujeto desde un punto de vista natural o jurídico, no puede cumplir con una condición, ¿cómo puede el legislador y la misma jurisprudencia de manera absurda, a punta de interpretaciones extensivas encuadrarlo en un escenario al cual nunca ha pertenecido?

De la misma manera se tenía que interpretar el tratamiento para los sujetos extraños al tipo penal, que tomaban parte en la realización de la conducta allí descrita. Ese sujeto extraño que no cumplía con la condición personal natural o jurídica exigida en la descripción legal, ni era plenamente cualificado ni era plenamente extraño, por cuanto él como el cualificado orientaban la causalidad de manera intencional hacia la lesión de un mismo bien jurídico, razón por la cual no podía ser asimilado ni reconocido como sujeto cualificado, precisamente por ser contrario a su misma naturaleza. En consecuencia se le debía reconocer indefectiblemente como un sujeto diferente al cualificado y al no cualificado. Mal podría el Estado a través del legislador y de los

operadores de justicia con la excusa de cerrarle el paso a la impunidad, asignarle a un sujeto de manera absurda una cualidad que no poseía o que le era imposible soportar.

Así por ejemplo, no ha sido extraño en la contratación estatal el siguiente caso: Un servidor público, llámese Alcalde, Gobernador, Ministro etc., contrata una determinada obra con un particular. El contratista, para cumplir con el contratante la contraprestación ilícita acordada, construye la obra con materiales de baja calidad, diferente a los contratados, repartiéndose de común acuerdo el ahorro.

En éste evento, ambos sujetos quisieron la misma conducta, lesionar la propiedad del Estado, pero a pesar de la equivalencia del dolo, al primero se le reprochará más su comportamiento que al segundo. ¿La razón?

1. El contratante es un sujeto especial, por la posición que ocupa dentro de la organización del Estado. Es tan importante esa persona para el Estado, que lo ha investido jurídicamente de una categoría especial, otorgándole el estatus de servidor público para diferenciarlo de las demás personas que no tienen esa calidad.

A raíz de esa condición especial que ostenta el servidor público, la ley le exige un mayor compromiso ético en el ejercicio de sus funciones y en el cuidado de los bienes del Estado depositados bajo su custodia.

2. El contratista es un particular, a quien la ley no le exige los mismos compromisos éticos en sus relaciones con el Estado como los exigidos a los servidores públicos.

Como ha ocurrido un comportamiento realizado por dos sujetos de diversa condición jurídica orientado a una misma finalidad, como es la de defraudar la propiedad del Estado, en la gran mayoría de las veces los operadores de justicia resolvían el problema acudiendo a la asimilación del particular a la de servidor público; o bien rompiendo la unidad de imputación, a pesar de las dificultades procesales que tal decisión implica.

¿Si los sujetos ostentaban diversa naturaleza jurídica porque razón asimilar a servidor público

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

el particular? ¿Por qué razón de manera absurda un particular terminaba siendo considerado un servidor público cuando realmente no lo era? Así mismo ¿si los sujetos realizaban la misma conducta, orientada hacia un mismo fin, porque razón romper la unidad de imputación? Es como, indicaba Gimbernart¹¹, si se ha cometido un solo hecho punible que encuadraba en la tipificación penal ¿por qué inventar otro delito diferente y en forma adicional para el particular?

Para resolver éstos interrogantes al Estado a través del legislador y desarrollos jurisprudenciales, no le quedó mas alternativa que olvidarse de la teoría de la asimilación y de la ruptura de la unidad de imputación, reconociendo a los sujetos extraños en los delitos especiales su verdadera naturaleza, sin necesidad de acudir a las odiosas asimilaciones ni romper la unidad de imputación, diferenciándolos de los sujetos cualificados con el nombre de intervinientes, tanto para la autoría en sus diversas modalidades como para los partícipes, conforme a lo previsto en la ley 599 de 2000 en su artículo 30¹² inciso final.

1.3.1 La coautoría en los delitos especiales propios

El delito especial propio¹³, esta tipificado de manera autónoma, dado que no tiene ningún tipo de correspondencia con uno de naturaleza común. Su esencia radica en que el sujeto

agente debe comportar una condición personal especial (natural o jurídica), para efectos de la adecuación típica.

Dado que los delitos especiales propios se encuentran descritos de manera autónoma, significa que su existencia depende de si mismo y de la condición personal especial del sujeto agente, sin sujeción a otro de naturaleza común, como ocurre con los delitos especiales impropios.

Hechas estas aclaraciones, volvemos a interrogarnos : ¿Admiten los delitos especiales propios la coautoría?. Si la respuesta es afirmativa, ¿Qué tipo de coautoría? ¿Propia o impropia?

Veamos, por principio general antes de la Ley 599 de 2000, todos los delitos especiales propios excepto los de propia mano, admitían la coautoría propia, dado que dos o más sujetos cualificados, de manera concertada, con división de funciones y aporte eficaz de trabajo, podían realizar íntegra y simultáneamente la conducta descrita en el tipo. Ejemplo: Pedro, Juan, Pacho y Migdonio, todos encargados del cuidado de los bienes de esa entidad, funcionarios del Ministerio de Cultura, se ponen de acuerdo para apropiarse de un valioso piano de dicho establecimiento. A raíz del peso del piano, deciden levantarlo conjuntamente, sacarlo de las instalaciones del ministerio, venderlo en el lugar previsto y luego repartirse el producto de la venta.

No hay duda, a los servidores públicos antes identificados se les deberá imputar peculado por apropiación por coautoría propia. ¿La razón? Elemental.

A La coautoría propia se presenta cuando varios sujetos de común acuerdo realizan íntegra y simultáneamente con división de funciones y aporte eficaz de trabajo la misma conducta típica.

B El peculado por apropiación es un delito especial propio, puesto que solo lo pueden realizar quien ostente la calidad de servidor público.

C Verificado los presupuestos A y B, la conclusión no se deja esperar. A los cuatro funcionarios se les deberá imputar el delito de peculado por apropiación por coautoría propia.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, Sección de publicaciones e intercambio. 1966. pág. 95

¹² CP Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal Español*. Barcelona. Edit. CYMYS, 1974. pag. 76

La coautoría:
delitos comunes
y especiales

Pero también puede ocurrir que uno de los cuatro sujetos arriba indicados (Migdonio), no sea servidor público sino una persona particular. ¿De qué responde? ¿Deberán responder los cuatro (4) sujetos como coautores de peculado? Para responder la presente pregunta tenemos que ubicarnos antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2.000.

Antes de dicho estatuto, vale decir, cuando regía el Decreto 100 de 1980, la primera decisión que tomaba el operador de justicia, era la de asimilar al particular a la condición de servidor público o romper la unidad de imputación, por cuanto uno de los cuatro (4) no ostentaba la calidad de servidor público. Cuando se optaba por ésta última decisión, el particular (Migdonio), por no cumplir con la cualificación exigida por el tipo de peculado por apropiación (ser un servidor público), se le perseguía penalmente por hurto o por abuso de confianza calificado, y los demás por comportar la calidad especial, se les imputaba peculado por apropiación.

Con la vigencia de la ley 599 de 2000 no se rompe la unidad de imputación, a todos los cuatro se les investigará y juzgará bajo la misma cuerda procesal. Los que comportan la calidad de servidores públicos responderán en calidad de coautores de peculado por apropiación y Migdonio, como coautor interviniente de peculado por apropiación, conforme a lo establecido por el artículo 30 inciso final de la ley 599 de 2000, el cual prescribe: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

Al respecto la Corte Suprema De Justicia ha sostenido:

El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en éste sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe

ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración¹⁴.

De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador y cómplice).

Posteriormente en el año de 2003 la Corte Suprema, Sala Penal, volvió a referirse al interviniente en los siguientes términos :

(...) resulta, sin embargo, procedente...definir que se entiende por interviniente... y cual es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cual la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades. (...)el coautor... tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr. gr., si con un servidor público, un particular, concurra a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponda será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo. Además, así entendida esa acepción, se explica porque conductas como el peculado por extensión ya no encuentra una específica regulación en la Ley 599 de 2.000, pues aquella opera como un amplificador del tipo penal.¹⁵

Al interior de los delitos especiales propios, coexisten algunos de rango superespecial, denominados delitos de propia mano, los cuales se caracterizan por admitir como autor única y exclusivamente a un sujeto supercualificado.

Ejemplo: el infanticidio sólo puede ser realizado por una mujer que ostente la calidad de madre,

¹⁴ CSJ, Sala Penal. Sentencia de Abril 25 de 2002. Radicación No. 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

¹⁵ CSJ, Sala Penal. Sentencia de Julio 8 de 2.003. Radicación No. 20704. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

pero no cualquier madre, sino aquella que mate a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ochos (8) días siguientes al nacimiento, cuya concepción haya sido fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundados no consentidas.

En éste evento el legislador ha considerado conforme a la Ley 599 de 2000, artículo 108, que esa madre por haber quedado embarazada a raíz de un acto abyecto, como lo es el acceso carnal violento o por cualquiera otro de los señalados en el artículo precitado, se le imponga una pena sumamente benigna que oscila entre cuatro (4) y seis (6) años de prisión, no obstante haber matado a su hijo.

El infanticidio es un delito autónomo, especial propio de propia mano, por cuanto el legislador ha previsto que sólo puede ser realizado por un sujeto supercualificado, es decir que comporte una cualidad superespecial. En éste caso sólo la madre y nadie más podría ser sujeto activo de infanticidio, ni siquiera el padre. Pero no cualquier madre, sino únicamente la que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento, siempre y cuando el hijo concebido y nacido haya sido fruto del acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundados no consentidas.

En la vida cotidiana se han presentados infinidad de hechos de ésta naturaleza. Para la administración de justicia, no ha sido problemático resolver el caso cuando la madre sin la concurrencia de otra persona ha matado al niño, puesto que el juez sin ningún esfuerzo de valoración, ha adecuado la conducta al tipo penal de infanticidio e impuesto la pena prevista en dicha norma.

El problema se ha presentado cuando en la realización del hecho han concurrido otros sujetos extraños al tipo penal, realizando la conducta típica a título propio o de manera accesoria.

Han ocurrido diversos casos como el siguiente, la madre luego de haber dado luz a la criatura, de común acuerdo con la abuela del infante, deciden matarlo, madre y abuela toman de pies

y manos al niño y lo sumergen en la bañera hasta ahogarlo.

¿De qué responde la madre? Elemental, de infanticidio. Y, ¿la abuela? Con la vigencia del Decreto 100 de 1980, no se le podría perseguir penalmente como coautora de infanticidio, por no cumplir con la cualificación exigida por el tipo penal del artículo 328. Esta era una conducta reservada sólo para las madres violentadas en las circunstancias indicadas en la disposición antes reseñada.

Con base en las reflexiones arriba indicadas debíamos concluir sin temor a equivocarnos que el tipo penal especial de infanticidio, no podía ser realizado por una persona extraña a la madre que cumpliera con los requisitos establecidos por el artículo 328.

Si la conducta delictiva antes indicada no podía ser realizado por una persona extraña al sujeto exigido por la descripción legal, significaba que necesariamente debía descartarse la coautoría para dicho delito, y para todos aquellos que comportasen las mismas características, tales como el abandono de un hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, el desconocimiento de habeas corpus, el ejercicio arbitrario de la custodia del hijo menor de edad, sustracción de bien propio, etc.

Así las cosas, cuando el extraño al tipo penal especial realizaba el hecho como propio, respondía por el delito común, o por el agravado, como en el caso de la abuela. Mientras que a la madre se le condenaba por infanticidio, a la abuela por homicidio agravado.

Pero, cuando el extraño actuaba de manera accesoria es decir como inductor o cómplice, el hecho realizado por el autor se le comunicaba a aquel para atenuar o agravar la sanción penal, siempre y cuando hubiese conocido las circunstancias bajo las cuales actuaba dicho sujeto conforme al artículo 25 del Decreto 100 de 1980.

Con la expedición de la ley 599 de 2000, la discusión se ha resuelto, en el sentido de imputar al extraño la conducta especial a título de

La coautoría:
delitos comunes
y especiales

coautor interviniente o partícipe interviniente, conforme las prescripciones contempladas en el artículo 30, inciso final.

En la vigencia del Decreto 100 de 1980 todos los delitos especiales propios, excepto los de propia mano, admitían la coautoría impropia, por cuanto no excluían la realización mancomunada y fraccionada de la conducta. Con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2.000, todos los delitos especiales propios, incluidos los de propia mano, admiten la coautoría impropia

Así por ejemplo el peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, violación de habitación ajena por servidor público, falsedad ideológica en documento público, cohecho propio, empleo ilegal de la fuerza pública, concusión etc., son infracciones penales autónomas, caracterizadas por comportar un mismo denominador común, “la especialidad del sujeto agente”, razón por la cual se encuentran clasificadas dentro de los denominados delitos especiales propios. Todos pueden ser realizados de manera mancomunada y fraccionada, sin que con ello el tipo penal sufra alteración o derive en otro de diversa naturaleza

Hasta ahora hemos analizado la coautoría en los delitos especiales propios que requieren del sujeto agente un comportamiento positivo.

Veamos que ocurre cuando dicho sujeto realiza el tipo penal a través de un comportamiento negativo y a su vez precisar si es posible predicar la coautoría en los delitos especiales propios por omisión propia e impropia.

1.3.1.1 La coautoría en los delitos especiales propios por omisión propia

Las omisiones propias se encuentran consagradas en los estatutos punitivos de manera taxativa. En consecuencia, la coautoría de delitos especiales propios por omisión propia, solamente será posible en aquellos tipos penales que exigen del sujeto agente cualificado la abstención de la conducta ordenada por el legislador.

Ejemplo: Desconocimiento de *hábeas corpus* cuando se interpone ante juez colegiado,

Inasistencia alimentaria, favorecimiento por servidor público, omisión de control, omisión de agente retenedor o recaudador, prevaricato por omisión y omisión de apoyo.

1.3.1.2 La coautoría en los delitos especiales propios por omisión impropia

Las omisiones impropias solamente las podemos predicar de aquellos sujetos que tienen el deber jurídico de impedir el resultado típico. En consecuencia la coautoría en los delitos especiales propios por omisión impropia, solo será posible en los tipos penales que exigen la cualificación antes indicada de los sujetos agentes, incluso cuando toman parte en la realización de la conducta punible especial sujetos extraños, identificados por el legislador del dos mil con el nombre de intervinientes.

En las omisiones impropias la desvaloración de la conducta se concreta en el reproche a la actitud complaciente, indiferente o negligente del sujeto obligado jurídicamente a proteger el bien jurídico, que nada hace para impedir su vulneración¹⁶.

Así mismo, la gran mayoría de las omisiones impropias se derivan de posiciones de garantías atribuidas al sujeto agente por disposición Constitucional o legal, las cuales según el párrafo del artículo 25¹⁷ de la ley 599 de 2000,

¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. La prevaricación del funcionario público. Civitas, Madrid. 1980. pag. 56

¹⁷ CP. Artículo 25. *Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

sólo se predicen con relación a las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formaciones sexuales.

Con base en éstos presupuestos analicemos la coautoría en los delitos especiales propios por omisión impropia, cuando el sujeto agente ostenta una posición de garantía

En los delitos contra la vida y la integridad personal encontramos solamente dos (2) tipos penales especiales propios: Infanticidio y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundado no consentidas.

Ambas conductas admiten la coautoría por omisión impropia, por cuanto la madre (sujeto cualificado) puede abstenerse dolosamente de impedir que otras personas maten o abandonen a su hijo conforme a las prescripciones señaladas en los artículos 108 y 128 de la ley 599 de 2.000.

En los delitos contra la libertad individual solamente encontramos cuatro tipos especiales propios, tales como: Privación ilegal de la libertad, prolongación ilícita de privación de la libertad, detención arbitraria especial y violación de habitación ajena por servidor público.

Todas las conductas arriba indicadas admiten la coautoría por omisión impropia, en los eventos en que los servidores públicos obligados a proteger la libertad individual de los ciudadanos, permitan que otros servidores públicos o particulares realicen la conducta allí descrita. Ejemplo: los agentes de policía que permiten que otro agente abusando de sus funciones prive a un ciudadano de su libertad, sin que exista de por medio ninguna causa justificada.

exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

La privación ilegal de la libertad es un delito especial propio, el cual exige para su tipificación que lo realice un servidor público. El servidor público puede realizar la acción descrita en el tipo penal (artículo 17418, ley 599 de 2000) mediante un comportamiento positivo. Pero también lo puede realizar a través de un comportamiento negativo, en los eventos en que estando obligado a garantizar la libertad del ciudadano, nada hace para impedir su limitación, como en el ejemplo propuesto.

En éste caso a todos los agentes se les deberá imputar la privación ilegal de la libertad de ese ciudadano a título de coautoría. A los primeros por omisión impropia y al segundo por acción.

Ninguno de los tipos penales orientados a proteger la libertad, integridad y formaciones sexuales, exigen cualificación del sujeto agente para su tipicidad. Lo anterior significa que son de naturaleza común, inhibiéndonos de realizar cualquier estudio relacionado con la omisión impropia por ausencia de objeto.

1.3.2 La coautoría en los delitos especiales impropios por omisión propia e impropia

Recordemos el concepto de delito especial impropio: Es aquel comportamiento delictivo común que en un momento determinado se transforma en especial, a raíz de la condición personal del sujeto que lo realiza, constituyéndose tal condición en el elemento indispensable para atenuarlo o agravarlo¹⁹.

Los delitos especiales impropios son comportamientos delictivos subordinados a uno de naturaleza común. En consecuencia, su existencia dependerá necesariamente de la existencia de éstos y de la cualificación del sujeto agente, indispensable para atenuar o agravar el comportamiento delictivo.

¹⁸ CP. Artículo 174. *Privación ilegal de libertad*. El servidor público, que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

¹⁹ Núñez, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Parte General. Tomo II. Buenos Aires, 1960. pág. 176

¿Admiten los delitos especiales impropios la coautoría? Indudablemente admiten el comportamiento mancomunado, con división de funciones y aporte eficaz de trabajo.

El problema se presenta cuando en la realización de la conducta toman parte sujetos cualificados y sujetos extraños al tipo penal. Para la valoración del comportamiento mancomunado hay que tener en cuenta el estatuto punitivo a aplicar.

En la vigencia del Decreto 100 de 1980 imperaba el siguiente principio: En los delitos especiales impropios el sujeto cualificado respondía por el delito especial y el no cualificado, o sea el extraño, respondía por el delito común. En tales circunstancias la coautoría quedaba descartada. Veamos los siguientes ejemplos :

Primer ejemplo. Pedro hijo del hacendado Reginaldo, se pone de acuerdo con su mayordomo para matar a Reginaldo y de esa manera heredar y repartirse su fortuna. Llegado el día y la hora señalada, Pedro sujeta al padre de las manos mientras el mayordomo le clava la puñalada.

El homicidio es un delito común, pero cuando lo realizaba un sujeto de manera dolosa contra un miembro de su familia, de los indicados en el artículo 324, numeral primero del Decreto 100 de 1980, el comportamiento se transformaba en especial, en éste caso en homicidio agravado.

En el ejemplo anterior, Pedro respondía por el delito especial impropio de homicidio agravado por el parentesco y el mayordomo por el delito común de homicidio simple. Repito, se descartaba la coautoría, a pesar que el delito fue realizado mancomunadamente, mediando en ambos el mismo nexo psicológico, “ Dolo de matar a una persona”.

Pero ese ‘dolo de matar’ no estaba orientado a matar a cualquier persona, sino al padre de uno de los intervinientes en la conducta punible, relación conocida por el mayordomo.

Lo lógico, en éste caso era que la circunstancia personal del sujeto cualificado (hijo del hacendado) se le transmitiese al mayordomo, por cuanto conocía de la relación de parentesco de Pedro con la víctima, tal como se había establecido para los partícipes en el artículo 25

del Decreto 100 de 1980, pero de manera incoherente, el sujeto cualificado se le condenaba por el delito especial impropio y al extraño por el delito común, a pesar que ambos quisieron y realizaron la misma conducta delictiva.

Con la vigencia de la ley 599 de 2000, a ambos se les imputa el homicidio a título de coautoría, al primero (hijo de la víctima) como coautor del delito especial impropio de homicidio agravado por el parentesco y al segundo, como coautor interviniente del mismo delito especial impropio de homicidio agravado por el parentesco, al tenor de lo dispuesto por el inciso final del artículo 30 del Código Penal.

Observamos que el legislador del 2000, es mucho más coherente que el legislador del ochenta, por las siguientes razones :

- Le concede al sujeto no cualificado (extraño) que conoce las circunstancias personales del sujeto cualificado, el mismo tratamiento que le otorga a los partícipes en la comunicabilidad de circunstancias, consagrado en el artículo 62 de la misma ley 599 de 2.000.
- Conserva la unidad de imputación, dado que todos los coautores orientan su comportamiento de manera intencional a realizar la misma conducta descrita en el tipo penal.

Segundo ejemplo: Paco, Mario y Josefina, son socios de la sociedad Aseo del Caribe limitada, con un aporte cada uno de diez millones de pesos (\$10.000.000). Paco y Mario con el propósito de apoderarse del valor de la nómina de la empresa, deciden retirar del banco en efectivo, la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000). Luego de retirar el dinero se golpean entre si, llegan a la empresa con lesiones severas, manifestando a Josefina, haber sido objeto de un atraco. Los hechos relatados por Paco y Mario nunca sucedieron, lo que en verdad ocurrió fue un autorrobo, según lo señalado por Paco en querrela interpuesta ante la fiscalía, al ser estafado días más tarde por Mario.

El hurto es un delito común, pero cuando es realizado por socio, copropietario, comunero o heredero, sobre cosa común indivisible o común divisible, excediendo su cuota parte, el comportamiento se transforma en especial, en éste caso en hurto atenuado, a raíz de la calidad

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

del sujeto agente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 353 del Decreto 100 de 1980 y 242 numeral segundo, de la Ley 599 de 2000.

¿Cómo resolver el caso?

Los dos estatutos condenan a Paco y Mario en calidad de coautores de hurto atenuado, dado que ambos cumplen con la cualificación exigida por el tipo especial. Son sujetos cualificados por la calidad personal que ostentan, “ser socios de la empresa.”

Pero puede ocurrir que Mario no es socio de la empresa, sino el tesorero de la misma, quien con Paco se puso de acuerdo para apoderarse de los cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000) en las mismas circunstancias de tiempo modo y lugar indicados en el ejemplo.

Conforme al Decreto 100 de 1980 a Paco se le imputará y condenará como autor del delito especial impropio de hurto atenuado y a Mario, se le imputará y condenará como autor del delito común de hurto simple.

Conforme a la ley 599 de 2000, inciso final del artículo 30, a ambos se les imputará y condenará como coautores. A Paco como coautor de hurto atenuado y a Mario como coautor interviniente de hurto atenuado, con la rebaja de pena correspondiente para éste último, al tenor de lo dispuesto por el artículo arriba señalado.

¿Admiten los delitos especiales impropios la coautoría por omisión propia e impropia? Veamos :

1.3.2.2 La coautoría en los delitos especiales impropios por omisión propia

Principio general: Ninguno de los delitos especiales impropios admiten la coautoría por omisión propia, en atención a las siguientes consideraciones :

1. Los delitos especiales impropios no son infracciones punibles autónomas, dado que dependen de un tipo penal común.
2. Las omisiones propias solo se predicán de tipos penales autónomos comunes o especiales.

3. En consecuencia, nadie puede ser autor de un delito especial impropio por omisión propia, dado que todas las omisiones propias se encuentran tipificadas en tipos penales autónomos y no en tipos penales subordinados.
4. Si un sujeto de manera individual no puede ser autor de un delito especial impropio por omisión propia, con mayor razón jamás podrá ser coautor de la misma infracción.

1.3.2.3 La coautoría en los delitos especiales impropios por omisión impropia

En reiteradas oportunidades hemos advertido que la omisión impropia tan sólo se predica de sujetos que tienen el deber jurídico de impedir un resultado típico, bien por tener el agente a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico, o bien por comportar una posición de garantía atribuida por disposición constitucional o legal.

El siguiente ejemplo nos sirve para ilustrarnos al respecto:

Los padres que nada hacen para impedir que su hija menor sea fotografiada desnuda y comercializadas las películas, por cuanto han recibido una contraprestación económica por parte del proxeneta.

La pornografía con menores es un delito común, el cual se transforma en especial cuando un miembro de la familia de la víctima lo realiza o no impide que otro realice el comportamiento, teniendo el deber jurídico de impedirlo.

La pornografía con menores es una agresión sexual sumamente grave. En consecuencia a todos los tres (3) sujetos conforme al artículo 29 e inciso final del artículo 30 de la ley 599 de 2000, se les deberá imputar el delito a título de coautoría.

A los padres como coautores del delito especial impropio de pornografía con menores por omisión impropia a raíz de la posición de garantía que comportan frente a su hija y por supuesto al deber jurídico que tienen de impedir agresiones sexuales contra sus hijos menores y al fotógrafo en calidad de coautor interviniente del mismo delito.

1.4 Coautoría y partícipes en los delitos especiales

Recordemos el concepto de partícipes. Se entienden por tal las personas que cooperan con el autor en la realización de la conducta punible, bien sea induciendo o contribuyendo con otro en la realización al menos, de una conducta típica y antijurídica. Tales sujetos no son otros que el inductor y el cómplice²⁰.

Los partícipes no realizan la conducta descrita en el tipo penal, simplemente toman parte de manera accesoria en su ejecución, cooperan intencionalmente con el hecho de otro. Así las cosas, la participación, no es más que la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno.

1.4.1 Coautoría y partícipes en los delitos especiales propios

Principio general: Todos los delitos especiales propios e incluso los de omisión propia, admiten la inducción y la complicidad²¹.

El comportamiento de los partícipes siempre estará subordinado al de un autor, siempre supondrá la existencia de un hecho ajeno, con el cual cooperan de manera intencional. Esta es la razón por la cual afirmamos que su concurrencia en el delito es accesoria, accidental.

Si la concurrencia del partícipe en el delito es accesoria, significa que éstos no realizan la conducta descrita en el tipo, su comportamiento solo se limita a reforzar la ejecución de un hecho ajeno. En consecuencia no se les exige ninguna condición personal ni en los delitos especiales ni mucho menos en los comunes.

En tal sentido cualquier persona puede tomar parte en la realización de un delito

a título de inductor o cómplice, sin necesidad de ostentar ninguna clase de cualificación.

Ejemplo, un particular puede inducir a un servidor público para que realice el delito de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, etc.

Un particular puede inducir a un juez de la república para que se abstenga de tramitar o decidir dentro de los términos legales una petición de *habeas corpus*.

También un particular puede inducir a una mujer madre conforme a la cualificación del artículo 108 de la Ley 599 de 2.000, para que realice el delito de infanticidio.

Con relación a la complicidad, podemos afirmar igualmente que un particular puede contribuir con un servidor público en la realización del delito de peculado por apropiación, concusión, cohecho, etc. O con un juez para que se abstenga de tramitar dentro de los términos legales una petición de *habeas corpus*, o con una mujer madre en la realización del delito de infanticidio.

Todos los comportamientos delictivos arriba señalados en éste acápite, se encuentran clasificados dentro de los denominados delitos especiales propios, por cuanto exigen para su tipificación la concurrencia en calidad de autor de un sujeto cualificado.

¿Pueden concurrir en la realización de los delitos especiales propios la coautoría y la participación en cualquiera de sus modalidades? Veamos

- Por principio general todos los delitos especiales propios incluidos los de propia mano, admiten la participación tanto de sujetos cualificados como extraños, por cuanto ningún tipo penal excluye la participación. Pero no todos los delitos especiales propios admiten la coautoría y participación de manera concomitante

Ejemplo: el desconocimiento de *habeas corpus*, cuando se interpone ante un único juez. Si bien es cierto que éste delito especial admite concomitantemente la autoría y participación,

²⁰ CP. Artículo 30. *Partícipes*. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

²¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La Participación en el Delito y el principio de accesoriedad*. Madrid, Tecnos, 1990. pag. 145

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

no es más cierto que admita de la misma manera la coautoría y participación concomitante, por cuanto éste es un delito especial propio de propia mano, que no puede ser realizado sino única y exclusivamente por un juez y no por dos o más jueces, excepto cuando el desconocimiento es perpetrado por juez colegiado.

En la vigencia del Decreto 100 de 1980, siempre se sostuvo que ninguno de los delitos especiales propios de propia mano admitían la coautoría, amparados en el principio de que, quien no puede ser autor inmediato, ni mediato, tampoco puede ser coautor.

Con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, al introducir el legislador la figura del interviniente en los delitos especiales, el principio general antes transcrito entró en crisis, hasta tal punto de admitir, que es posible la coautoría en todos los delitos especiales propios, incluso en los denominados de propia mano, con algunas excepciones como la referida al desconocimiento de habeas corpus, cuando se interpone ante juez único.

A través de la figura del interviniente el legislador entró a reconocer lo que ya era imposible desconocer, y era que, en los delitos especiales también intervenían sujetos sin comportar la cualificación exigida por el tipo penal, los cuales orientaban la causalidad con la misma intencionalidad que los sujetos cualificados, razón por la cual era absurdo seguir sosteniendo que uno de los autores debía responder por el delito especial y el otro por un delito común, con las implicaciones de carácter procesal ya conocidas (ruptura de la unidad procesal).

Con la figura del interviniente el legislador amplifica a los sujetos extraños la cualificación exigida por los tipos penales especiales, en la práctica terminó admitiendo una nueva categoría de sujeto, diferente al cualificado y al extraño, en atención a la identidad de dolo y las dificultades de carácter procesal a que conducía el rompimiento de la unidad de imputación.

Pero dado que amplificar no equivale a igualar, los diferenció en cuanto a la sanción a aplicar, determinando para el sujeto cualificado la pena prevista en el respectivo tipo penal y para el ex-

traño interviniente, la misma pena señalada para el cualificado, rebajada en una cuarta parte.

Veamos lo que ha venido sosteniendo al respecto la Corte Suprema de Justicia²²:

Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa contra su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. Y establecido lo anterior habrá que mirar; para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: Si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (C. P. Art. 29) o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y segundo de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (art. 30, inc. 4). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de éstas, infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (C. P. art. 30, inc. 3), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto cualificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto cualificado) su compromiso penal es ninguno al tenor del artículo 32 del código penal.

Precisemos: Según el pronunciamiento de la Corte antes transcrito, la pena para los partícipes extraños o lo que es lo mismo, partícipes intervinientes, tal como los denominó el legislador del dos mil, comporta dos componentes:

1. El contemplado en el artículo 30, incisos segundo y tercero
2. El contemplado en el mismo artículo 30, inciso final

A efectos de resaltar el criterio de la Corte, volvamos a transcribirlo:

²² CSJ, Sala Penal. Sent. Abril 25 /2002. Rad. 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar

La coautoría:
delitos comunes
y especiales

(...) para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: Si interviene.... como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y segundo de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (art. 30 inc. 4). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones su pena es la que corresponda a la naturaleza secundaria de su grado de participación (C. P, art. 30, inc. 3), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición.”

Así las cosas, la sanción para el determinador interviniente deberá graduarse de la siguiente manera:

1. La pena prevista para la infracción del delito especial. Artículo 30, inciso segundo
2. A esa pena prevista para la infracción del delito especial, se le deberá rebajar una cuarta parte. Artículo 30 inciso final.

Y la sanción para el cómplice interviniente como a continuación se indica:

1. La pena prevista para la infracción del delito especial, disminuida de una sexta parte a la mitad. Artículo 30 inciso tercero
2. A la pena impuesta según el artículo 30 inciso tercero, se le deberá rebajar además una cuarta parte. Artículo 30 inciso final.

Posteriormente la misma Corte en el año de 2003, con ponencia del magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote²³, reversa la interpretación antes trascrita en los siguientes términos :

....Resulta, sin embargo, procedente hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir que se entiende por interviniente en ese contexto y cual es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cual la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades

En efecto, definiendo el artículo 29 de la ley 599 de 2000 como autor a “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como

instrumento”...., y como coautores, “ a los que mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte,” e incluyendo el artículo 30 del código penal vigente, por su parte bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice, para, en el inciso segundo, señalar que aquel corresponde la pena prevista para la infracción y en el tercero que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida en una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte, podría, todo lo anterior, significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto, solo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señalara la sala en aquella decisión, “no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto cualificado o accediendo a ellos .

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

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice ésta 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

²³ CSJ, Sala Penal, Sent. Jul. 8/2003, Rad. 20704. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

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 penal.”

“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 aquel que de alguna u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir instigadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio solo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que ésa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.”

Pero además, tal entendimiento, ya dinamizado en relación con hechos punibles de sujeto activo que no requiera calidades y frente a un criterio de política criminal, tiende a hacer real el principio de igualdad pues, de reiterarse el criterio ya expresado de la sala en la decisión antes citada, no se entendería porque 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 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 mas por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería por qué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público 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 trascendencia.

Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de

sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuenta sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr. gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo”.

No compartimos ésta última interpretación de la Corte por las siguientes razones :

Primero. De manera artificial y a raíz de una interpretación restrictiva termina sustituyendo al legislador.

Cuando el legislador dispone que al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte, no se está refiriendo solamente a lo extraños que ejecutan como suyo la conducta descrita un tipo especial, sino también a los partícipes, tanto es así, que de manera expresa consagra la figura del interviniente en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, referido a los partícipes y no en el artículo 29 en el cual se precisa el concepto de autoría.

Segundo. Desconoce el espíritu del legislador

El legislador a través de la figura del interviniente lo que pretendió fue consagrar de manera legal, una diferencia de carácter cualitativo y cuantitativo, entre sujetos cualificados y extraños que toman parte en un delito especial.

La diferencia cualitativa radica en el mayor reproche para la conducta del sujeto cualificado, que la del extraño interviniente, en atención a la condición personal que ostenta el primero frente al Estado y la sociedad, lo cual lo hace diferente a las demás personas, de tal manera que al violar el deber jurídico exigido, defrauda de manera grave las expectativas de confianza depositadas en él por parte del Estado.

Esa defraudación grave se refleja cuantitativamente en la sanción, conforme al siguiente

principio: A mayor reproche, mayor sanción, y al contrario, a menor reproche, menor sanción. He ahí la diferencia. Es un problema valorativo del cual se desprende de manera obvia una consecuencia punitiva.

La Corte con su sentencia de Abril 25 de 2002, registrada bajo el No. 12191, interpretó de manera coherente el espíritu de la Ley plasmada por el legislador en el artículo 30 inciso final, al sostener:

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

En atención a ésta interpretación, insistimos, coherente con el pensamiento del legislador del dos mil, es que no entendemos ni compartimos el cambio de jurisprudencia en lo atinente a la sanción para los partícipes intervinientes, expresado por la misma Corte en la sentencia del 8 de Julio de 2003, radicada bajo el número 20704, cuyos apartes arriba transcribimos.

1.4.2 Coautoría y partícipes en los delitos especiales impropios

Principio general. Todos los delitos especiales impropios admiten la coautoría y la participación de manera concomitante.

Ejemplo: el homicidio agravado por el parentesco, lesiones al feto realizadas por profesional de la salud, desaparición forzada realizada por persona que ejerza autoridad o jurisdicción, secuestro extorsivo agravado por el parentesco, tortura infligida por integrante del grupo familiar de la víctima, desplazamiento forzado realizado por servidor público, acceso carnal violento por persona que tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, hurto realizado por socio, copro-

pietario, comunero o heredero excediendo su cuota parte, etc.

Todos los delitos especiales impropios arriba indicadas se caracterizan por comportar un denominador común. “La cualificación personal natural o jurídica del sujeto agente”, indispensable para atenuar o agravar el delito común, en el cual se encuentran soportados.

Ninguna de las conductas arriba indicadas excluye la coautoría y la participación concomitante. Así por ejemplo, Ruperto y Albertina, hijo y cónyuge de Sebastián respectivamente, matan a éste último en compañía de Migdonio, amante de Albertina. En éste evento conforme a la ley 599 de 2.000, se les deberá imputar a todos la coautoría en la muerte de Sebastián. A los dos primeros en calidad de coautores de homicidio agravado y al último, como coautor interviniente de homicidio agravado, dado que sabía que estaba tomando parte en un hecho propio, como era la muerte del padre y cónyuge respectivamente de los otros homicidas.

Pero puede ocurrir que el amante no realice la conducta directamente, limitándose su participación en el suministro del veneno, en cuyo caso los dos primeros responderían en calidad de coautores de homicidio agravado y el último en calidad de cómplice interviniente.

¿Cual es el requisito para que se tipifique el tipo especial con intervención de extraños? La Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 8 de Abril de 2002 arriba indicada, ha respondido la presente pregunta en los siguientes términos:

La sala considera... que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostenten la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique.”

La pena para los dos primeros equivaldrá a la prevista para la infracción del homicidio agravado y para el último la misma pena, disminuida como a continuación se indica :

Primera. De una tercera parte a la mitad por el hecho de haber participado en un homicidio en calidad de cómplice.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.
Orlando González
Payares

Segunda. A la pena impuesta conforme al numeral primero, disminuida de una tercera parte a la mitad, se le deberá rebajar además, en una cuarta parte, por la razón de haber participado en un delito especial impropio a título de cómplice interviniente, dado que no comporta ninguna de las calidades exigidas en el tipo penal del homicidio agravado por el parentesco.

Pero también puede ocurrir la muerte de Sebastián a manos de Albertina y Migdonio, con la colaboración de Ruperto.

En éste evento, a Albertina se le imputará y condenará a título de coautoría de homicidio agravado. A Migdonio en calidad de coautor interviniente de homicidio agravado y a Ruperto, a título de cómplice de homicidio agravado.

La sanción para Ruperto sería la siguiente.

- A. La misma pena agravada impuesta a Albertina, disminuida de una tercera parte a la mitad, por el hecho de haber participado en un homicidio agravado, del cual tenía conocimiento.
- B. No tendrá derecho a la rebaja de una cuarta parte, por cuanto no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 30 inciso final. En otras palabras, no es un sujeto extraño a la conducta descrita por el tipo penal del homicidio agravado por el parentesco.

Es por ello que el legislador del dos mil a través de la figura del interviniente, quiso diferenciar desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, el comportamiento de los sujetos cualificado y extraños que toman parte en la realización de una conducta prevista como punible. De lo contrario, la sanción para Migdonio y Ruperto, cuando toman parte en la muerte de Sebastián en calidad de cómplice sería la misma.

En materia de reproche nos preguntamos: ¿Podrá el operador de justicia medir con la misma tabla valorativa, la participación del hijo

en la muerte de su padre a título de cómplice, como la participación de cualquier otra persona también a título de cómplice sin ningún lazo de parentesco? Indudablemente que no. Al hijo se le reprochará más su comportamiento homicida, que la del amante de su madre.

Hasta ahora hemos analizado la figura del interviniente a partir de la vigencia de la ley 599 de 2.000. ¿Pero cual la solución para los comportamientos realizados, investigados y fallados en la vigencia del decreto 100 de 1980, o que se encuentren en tránsito a ser fallados con la vigencia de la nueva ley?

Volvamos a acudir al pensamiento de la Corte. En la providencia del 25 de Abril de 2002, radicada bajo el número 12191, a la cual nos hemos venido refiriendo, sostuvo:

Una última precisión debe realizarse cuando se trata de casos fallados bajo la legislación anterior, cuya solución jurídica no era la de ahora y la cual daba lugar a que al particular interviniente se le calificara como cómplice, con independencia de la modalidad en que concurría a la realización del delito especial. En éstos casos que son típicos tránsitos de legislación contruidos sobre dos esquemas diferentes de solución para tales intervenciones, 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 que cómplice en la acusación o en 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 diminuyente 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 penal.”

Bibliografía

- AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en Virtud de aparatos organizados de poder. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- ANTÓN ONECA, José, Derecho Penal. 2a. Edic. Madrid, Akal, 1986.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, Manual de Derecho Penal. El Delito. II. Pamplona. 1985.

- BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 4a. ed. Madrid, Akal, 1997.
- La Noción de Autor en el Código Penal. Buenos Aires, Abelo-Perrot, 1965.
 - La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y en el nuevo Código Penal alemán. En, Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982.
 - Delitos impropios de Omisión. Bogotá, 2ª. Edic. 1969
 - Delito y Punibilidad. Editorial Civitas. Madrid. 1983
 - Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires. 2ª. Edic. 1986
 - “Notas sobre la propuesta de Anteproyecto de Código Penal”. RFDUC.
- Monográfico. No. 6. Madrid. 1984, Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal. ADPCP. CEREZO MIR, J.
- La Polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal Español. Anuario, tomo 28, No. 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975.
- Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal. En, Problemas Fundamentales del Derecho Penal. Madrid, 1982.
- Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990. AP. Tomo I. Madrid. 1991.
- Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto del Código Penal, Parte General, de octubre de 1990. En Estudios sobre la moderna reforma penal española. Madrid, 1983.
- COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T.S, Derecho Penal. Parte General. 3a. Edic. Valencia, Tirant lo Blach, 1991.
- COBO GÓMEZ DE LINARES, Miguel A., Presupuestos del error sobre la prohibición. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, Edersa, 1988.
- CÓDIGO PENAL, Pamplona, Aranzadi, 1993.
- CODIGO PENAL, La Ley-Actualidad Jurídica. Número 13, Madrid, 1995.
- CODIGO PENAL COMENTADO. Coordinado por Jacobo Lopez de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Madrid. 1990.
- CODIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, Civitas. Biblioteca de legislación. Decimoctava edición. Madrid, 1993.
- CONDE-PUMPIDO, Cándido, Encubrimiento y Receptación. En, Ley de 9 de mayo de 1950. Barcelona. 1955.
- Derecho Penal. Parte General. 2ª. Edic. Madrid, 1990.
- CÓRDOBA RODA, Juan, Notas al Tratado de derecho penal de Maurach. II. Barcelona. 1992.
- CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Artículos 1 - 22. Ariel, Madrid. 1996.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, La Autoría Mediata en el Derecho Penal. Granada. Comares. 1996
- HERZBERG, Rolf Dietrich, Die Problematik der “besonderen persönlichen Merkmale” im Strafrecht, en ZStW 88, 1976.
- Täterschaft und Teilnahme. München, 1977.
- HIRSCH, Hans-Joachim., Acerca de los límites de la autoría mediata. Presupuesto para la Reforma penal. En, Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de la Laguna, 1992.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, La autoría y participación en el Código Penal de 1995. En, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. No. 2º. 1997.
- El concepto de acción en la dogmática penal. Madrid. 1994.

- Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D.
Orlando González Payares
- Código Penal Comentado, Art. 14. Coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Madrid, 1990.
 - La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 1998. Dykinson, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, Sección de publicaciones e intercambio. 1966.
- JAKOBS, Günther., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción por José Luis Manzanares Samaniego. Granada, 4ª Edic. 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis., La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación. En, El Criminalista. Segunda serie. Tomo IV. Buenos Aires, 1960.
- Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito. Buenos Aires. 1990.
- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. 4ª Edic. Buenos Aires. 1963.
- JORNADAS SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CODIGO PENAL DE 1994. La Laguna. Tenerife.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1993.
- NOCETTI FASOLINO, Alfredo., La obediencia debida en el Derecho penal, en. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Números 58-59. Año XII, Santa Fe, 1949.
- NÚÑEZ, Ricardo., Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo II. Buenos Aires, 1960.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. La prevaricación del funcionario público. Civitas, Madrid. 1980.
- La Autoría Conforme al Código Penal. En: Revista La Ley, marzo de 2000. págs. 1721-1728.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, 1986.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique., La Participación en el Delito y el principio de accesoriedad. Madrid, Tecnos, 1990.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal Español. Barcelona. Edit. CYMYS, 1974.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal. Bogotá, 2ª reimpresión de la undécima edición, Temis, 1990