

DERECHO PENAL

*La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano.
Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final*

Autoría en los delitos de infracción de deber

Dominio del hecho por organización.

La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann

Algunas razones para la represión penal autónoma del intrusismo informático

La solidaridad de la Antigüedad y la dogmática de la omisión

LA PROBLEMÁTICA DE LA CODELINCUENCIA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final*

*Miguel Díaz y García Conlledo***

I. INTRODUCCIÓN

Entre los diversos problemas que la codelinquencia plantea en el derecho penal colombiano, he elegido dos, de distinto alcance, porque he percibido que preocupaban a colegas colombianos y, en el caso del segundo (el del “interviniente” del párrafo final del art. 30 C. P.), además, porque se ha creado una situación polémica e interesante a raíz de dos sentencias de la Corte Suprema.

* El presente trabajo parte, ampliándola, de la ponencia presentada en las xxvi Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Autoría y Participación, organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y celebradas en dicha Universidad (Bogotá, Colombia) del 18 al 20 de agosto de 2004. Agradezco sinceramente a los organizadores la invitación a participar y a los asistentes sus preguntas y observaciones. He de excusarme por no haber podido manejar exhaustivamente, como habría sido mi deseo, doctrina y jurisprudencia colombianas, pues no están a mi alcance en España. Debo mostrar especial agradecimiento a los miembros del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y queridos amigos INDIRA CASTELLANOS, ALBERTO SUÁREZ y MIGUEL CÓRDOBA por haberme proporcionado algunos materiales colombianos para la ponencia. El trabajo se ha beneficiado de diferentes proyectos de investigación de los que soy investigador principal, especialmente de BJU2001-0121 (Ministerio de Ciencia y Tecnología, España) y LE 55/02 (Junta de Castilla y León, España).

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España).

II. COMPLICIDAD Y ACUERDO O AYUDA POSTERIOR ANTERIORMENTE ACORDADA

El artículo 30 C. P. se refiere establece que “son partícipes el determinador y el cómplice” (que, junto a los autores, son las personas que concurren a la realización de la conducta punible, según el art. 28 C. P.), dedicando al cómplice el párrafo tercero del artículo: “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”. La principal novedad respecto del artículo 24 C. P. anterior es que éste hablaba de “cumpliendo promesa anterior al mismo” (*scil.*, al hecho punible), y ahora se habla de “concierto previo o concomitante a la misma” (*scil.*, a la conducta antijurídica).

Parece, en principio, que, con la mención del concierto y antes de la promesa, se hace alusión a la complicidad consistente en prometer un encubrimiento (si se quiere, en sentido amplio, pues el precepto colombiano no limita la ayuda posterior a la que la ley penal configura como encubrimiento –con independencia de que quepa hacer, en su caso, restricciones por vía interpretativa, cuestión en la que aquí no entraré–) posterior del delito. El encubrimiento no es, contra lo que daba a entender el artículo 12 del anterior C. P. español, felizmente superado ya en este punto en el vigente, una forma de participación en el delito, básicamente porque no se puede participar en (o sea, facilitar, fomentar, quitar obstáculos a) un hecho que ya está acabado, sea porque ha quedado en grado de tentativa, sea porque se ha consumado –aquí habría que tener en cuenta las peculiaridades de los delitos permanentes– (con otras palabras: no se puede participar en un hecho cuya realización típica ya está cerrada). El encubrimiento o favorecimiento es por tanto un tipo (o varios) de delito con autonomía propia, como más correctamente viene a reconocer su ubicación y regulación en el Código Penal colombiano (arts. 446 y ss., componentes del cap. vi tít. xvi –“Delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia”– lib. II C. P.¹), que afecta a un bien jurídico determinado (la Administración de Justicia) y no al bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito encubierto (como ocurriría si estuviéramos ante una forma de participación). También la pena del encubrimiento puede fijarse (como, con algunos límites, hace el Código Penal) con independencia de la del delito encubierto. Lo anterior no es óbice para afirmar una cierta dependencia entre el encubrimiento y el delito encubierto², en la que aquí no podemos profundizar.

1 La situación es muy similar en España, con la diferencia de que los delitos de receptación y afines no se ubican, como los de encubrimiento en sentido estricto, en el título de los delitos contra la Administración de Justicia, sino en el dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

2 Pues la existencia de éste es un presupuesto (un elemento del tipo) de aquél (lógicamente no puede haber encubrimiento si no hay nada que encubrir). Pero quizá la relación entre el delito de encubrimiento y el delito encubierto posea un significado material, en el sentido de que, más allá de la prevención del genérico ataque a la Administración de Justicia, con el castigo del encubrimiento se

Es requisito del castigo de un sujeto como encubridor que no haya intervenido en el delito encubierto ni como autor ni como partícipe, de modo que, como parece lógico, el autoencubrimiento o el encubrimiento de otro por parte de los que han intervenido en el delito encubierto no es punible (o, según algunos, está copenado ya al castigarse al sujeto por su conducta de autoría o participación en el delito encubierto). En relación con esta cuestión han sido discutidos tradicionalmente la naturaleza y consiguiente tratamiento del pacto o promesa de encubrimiento, considerando unos que, si el encubrimiento finalmente se realiza, debe castigarse como tal, mientras que otros plantean la posibilidad de que el propio pacto o promesa de encubrimiento constituya ya alguna forma de autoría o participación en el delito que se pacta o promete encubrir. Así, un sector de la jurisprudencia española, apoyándose en la cada vez más superada doctrina del acuerdo previo, considera que el pacto o promesa de encubrimiento de un delito fundamenta ya la coautoría de este delito (naturalmente, siempre y cuando éste llegue a fase ejecutiva, pues de lo contrario podría ser a lo sumo un acto preparatorio, sólo punible si encaja en alguno de los supuestos expresamente previstos por la ley, en este caso española). Personalmente creo que el mero pacto o promesa de encubrimiento no puede fundamentar la coautoría en el delito que se acuerda o promete encubrir (entre otras cosas porque es rechazable la doctrina del acuerdo previo). Sin embargo, considero que, siempre y cuando el pacto o promesa de encubrimiento haya influido en los intervinientes en el hecho para realizarlo, es decir, cuando no haya sido absolutamente ineficaz respecto del delito que se acuerda o promete encubrir, nos hallaremos ante una participación, en concreto ante una complicidad³ psíquica en ese delito y, consiguientemente, no habrá lugar al castigo

pretenda también (sancionado la obstaculización de su persecución) la prevención de la comisión de concretos delitos de la clase de los encubiertos y así (también de modo indirecto) se protejan (para el futuro y no respecto del concreto bien jurídico afectado por el concreto delito encubierto, pues la afectación ya se habrá producido con anterioridad al encubrimiento –ya que, si el sujeto ha contribuido a esa afectación, aunque sea, en los términos en que veremos, con una promesa o pacto previo de encubrir el hecho una vez que se cometa, ya no será encubridor, sino partícipe o, según alguna opinión, incluso coautor–) los bienes jurídicos afectados por los delitos susceptibles de ser encubiertos (e incluso cuando sea reparable civilmente la afectación del concreto bien jurídico por un delito encubierto para el presente, pues, al fomentarse su descubrimiento mediante el castigo del encubrimiento, tal reparación será más fácil; o, dicho de otra manera, el encubrimiento en ocasiones afecta de alguna manera al mismo y concreto bien jurídico afectado por el delito previo por hacer más difícil la recuperación y restitución del objeto del delito previo o la reparación civil en un sentido más amplio). Es cierto que tal vez lo que se acaba de decir ocurra con todos o algunos de los delitos contra la Administración de Justicia, pero parece que la relación en el caso del encubrimiento es más directa. Cfr., sobre todo lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Encubrimiento o favorecimiento”, *Enciclopedia Penal Básica (EPB)*, 2002, pp. 640 y s. Bastante más lejos llegan algunos autores en la relación del encubrimiento con el delito previo. Cfr., por ejemplo, el excelente trabajo, que completa otros anteriores del mismo autor e informa ampliamente sobre las diversas posiciones, de SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, muchas de cuyas concepciones no comparto, a pesar de considerarlas muy dignas de ser tenidas en cuenta; obviamente, no es éste el lugar adecuado para valorarlas.

- 3 En España, dependiendo de la importancia de la contribución, podrá constituir complicidad (cooperación no necesaria) o cooperación (o complicidad) necesaria, figura esta última a la que aludiré más adelante y que no existe en el derecho penal colombiano (ni en el alemán) actualmente vigente.

por encubrimiento, que sólo vendrá en consideración (si se ha llevado a cabo) en los supuestos de ineficacia (de falta de influencia) del pacto o promesa en la realización del delito que se promete o acuerda encubrir⁴.

Pues bien, esta concepción estaría, en principio, reflejada en lo que se refiere al pacto de ayuda posterior en el mencionado precepto relativo a la complicidad en el Código Penal colombiano. También el artículo 446 C. P., dedicado al favorecimiento, castiga “al que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y *sin concierto previo*, ayudare...”. La única discrepancia es que en el artículo 30 se habla de concierto previo o concomitante y en el 446 sólo de concierto previo. Pero, aunque resulta más preciso el artículo 30, no existe problema alguno para entender también en el artículo 446 que el concierto puede producirse durante la ejecución del hecho, antes de que se consume su comisión.

Pero nada de esto preocupaba al colega colombiano que me manifestó sus inquietudes sobre posibles interpretaciones del párrafo que a la complicidad dedica el artículo 30 C. P. El problema que le inquietaba es que, si la exigencia de concierto previo o concomitante se extendía a toda complicidad, resultaría impune por atípica la conducta de complicidad unilateral, esto es, la prestación de ayuda de un sujeto al autor sin previo concierto con éste (por ejemplo, A, conocedor de que B tiene intención de matar a C en casa de éste, deja en el casillero de A una copia de las llaves de la casa de C con una nota, incluso anónima, diciéndole que los son, o deja a C atado a una silla para facilitarle el trabajo a A; o X, conociendo la intención de Y de atracar un banco, le proporciona, si se quiere, anónimamente, todo el esquema de los mecanismos de seguridad del banco para que pueda desactivarlos más fácilmente, etc.). Esta impunidad no parece admisible.

Personalmente creo que mi colega puede estar tranquilo (salvo que confíe muy poco en la sensatez de los tribunales de su país), pues los antecedentes del precepto, la discusión en diversos países y la propia lógica, o mejor, teleología del precepto, indican claramente que la mención del acuerdo previo o concomitante debe entenderse únicamente referida a la prestación de ayuda posterior y no a la contribución a la realización de la conducta antijurídica sin más, aunque es cierto que el eficaz concierto para la ayuda posterior supone ya una contribución al hecho y, en realidad, no habría sido preciso que la ley mencionara expresamente este supuesto (como no lo hace, por ejemplo, el Código Penal español); pero la voluntad del legislador (y la finalidad de la ley) parece ser la de no dejar dudas, no la de complicar otra cuestión que no aparece como dudosa. Nada se opone tampoco desde el punto de vista literal a interpretar que la mención del concierto afecta sólo al supuesto mencionado tras la “o” disyuntiva, si bien se podría haber alcanzado una claridad total si se hubiera escrito (sin tener en cuenta todavía el problema que enseguida mencionaré) “o, por concierto

4 Me he pronunciado en este sentido, por ejemplo, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, pp. 643 y s.

previo o concomitante a la misma (*scil.*, la realización de la conducta antijurídica o la conducta antijurídica), preste una ayuda posterior”. Espero no equivocarme.

Más preocupante me parece otro aspecto⁵ de la regulación citada y las consecuencias a que puede dar lugar (seguramente la cuestión ya se ha planteado⁶): el tenor del precepto parece exigir que, para que haya complicidad, la ayuda posterior antes concertada efectivamente se produzca (“*preste una ayuda posterior...*”). Esta exigencia legal constituiría en mi opinión un defecto, pues la efectiva prestación de ayuda tras el hecho no contribuye ya a la realización del mismo. Lo que constituye participación en el delito es precisamente la influencia en la conducta del autor de la promesa o pacto de encubrimiento o ayuda posterior. En todo caso, creo que se puede sostener que, como de todas maneras la promesa o pacto eficaz ya suponen una contribución a la conducta antijurídica del autor (es decir, como no es preciso que la ley lo establezca expresamente así), se castigarán como complicidad con independencia de que la ayuda posterior llegue o no a prestarse. No obstante, vemos otra vez cómo la previsión legislativa entorpece (pues se podría incluso intentar combatir la interpretación propuesta, argumentando que si la ley exige en su tenor literal ayuda posterior efectiva es porque ha querido excluir de la calificación de complicidad el pacto eficaz de ayuda que no concluye finalmente, por la razón que sea, en ayuda efectiva) más que ayuda, por lo que habría sido preferible no mencionar la cuestión en la ley o, en su caso, hacerlo de una forma menos confusa y más adecuada.

III. EL “INTERVINIENTE”

1. La regulación legal

El Código Penal aprobado por Ley 599 de 2000 introduce una figura novedosa en el derecho penal colombiano en el párrafo final de su artículo 30. El artículo 28 C. P. señala que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”, dedicando el artículo 29 a los autores inmediatos individuales, mediatos

5 Hay alguno más en el que aquí no entraré, por mi escaso conocimiento de la situación legal, doctrinal y jurisprudencial colombiana y por las dudas que problemas asociados al que planteo me suscitan: en concreto, como el artículo 446 C. P. determina la pena del favorecimiento con total autonomía e independencia del delito previo, podría llegarse a la situación de que un encubrimiento concertado acabara recibiendo pena menor (como complicidad en el delito encubierto) que la del mismo hecho sin concierto, lo que en principio podría parecer insatisfactorio. Una vía para la evitación de estas aparentes paradojas sería la inclusión de una previsión legal que impidiera que la pena del encubrimiento pudiera superar la del delito encubierto (al estilo del art. 452 C. P. español o del ap. 2 § 257 StGB), aunque quedaría subsistente el problema de referir esa pena a la complicidad en el delito encubierto, cuestión en la que no puedo entrar aquí (y que se plantea no sólo en relación con el supuesto que analizamos, sino en general).

6 Así lo creo por la breve referencia a la cuestión de HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Lección 16: Autoría y participación”, en AA. VV. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 285, pero desgraciadamente no he podido manejar otra doctrina.

y coautores, a la regla del “actuar por otro” en delitos especiales y a la fijación de la pena para la autoría, y el artículo 30 a señalar que partícipes son el determinador y el cómplice, a definir ambas categorías y establecer las penas que les corresponden y, por fin, en su último párrafo, a establecer la regla relativa al que se ha dado en llamar el “interviniente”, conforme al término empleado en la ley: “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”. Aunque no me ha sido posible consultar materiales sobre la génesis legislativa de esta disposición (si bien se me informa de que en el proyecto original el precepto no hablaba de “interviniente”, sino de “partícipe”, pero se extendía sólo a los delitos de servidores públicos; al producirse la ampliación a otros delitos especiales, se cambia también el término citado, lo cual entiendo que permite manejar el argumento subjetivo, histórico o de la voluntad del legislador en diversos sentidos) dada la clara influencia germánica en el vigente Código Penal colombiano y la similitud (no afirmo, claro, la igualdad) de los preceptos, parece probable que se haya tenido en cuenta el apartado 1 § 28 StGB (Código Penal alemán), que reza (incluyo el § completo): “Características personales especiales. (1) Si faltan en el partícipe (inductor –determinador– o cómplice) características personales especiales (§ 14 ap. 1⁷) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará su pena conforme al § 49 apartado 1./ (2) Si la ley establece que características personales especiales agravan, atenúan o excluyen la pena, ello vale sólo para el interviniente (autor o partícipe) en el que concurran”.

La ubicación sistemática del precepto colombiano, dentro de un artículo dedicado a la participación y distinto del dedicado a la autoría, y el modelo alemán del apartado 1 § 28, que deja claro que se refiere a los partícipes en sentido estricto y a no a los autores, apuntan a primera vista a que el “interviniente” ha de ser el determinador o el cómplice no cualificado (*extraneus*) en un delito especial en que el autor es un cualificado (*intraneus*). Sin embargo, el que el legislador colombiano no haya sido tan claro como el alemán (que habla de partícipe y detalla incluso que ha de tratarse de inductor o cómplice, mientras que en el apartado 2 § 28 citado utiliza la palabra “interviniente” –*Beteiligter*– precisamente para abarcar, como señala expresamente, a autores y partícipes) y, sobre todo, la interpretación que al precepto han dado dos importantes, aunque polémicas (especialmente discutible me parece la segunda de ellas), sentencias de la Corte Suprema de Justicia, hacen que la cuestión no sea tan clara como a primera vista aparecía. Expondré a continuación la doctrina de estas dos sentencias y reflexionaré sobre su contenido y las posibilidades de interpretación del párrafo final del artículo 30 C. P. colombiano, para concluir resumiendo mi interpretación del mismo y una valoración de su propia existencia y configuración.

7 El § 14 se refiere al “actuar por otro” y en un inciso de su apartado 1 señala que “características personales especiales” son “propiedades (o cualidades), relaciones o circunstancias personales especiales”.

Debo advertir que, aunque más de una vez se ha reclamado por la doctrina la introducción en el derecho penal español de un precepto semejante al apatado 1 § 28 StGB⁸, no ha estado en vigor ningún precepto similar en el Código Penal español⁹, de modo que en este caso el derecho de mi país y su interpretación y aplicación no sirven de mucho en la solución del problema planteado.

2. La aplicación jurisprudencial: dos sentencias fundamentales y polémicas

Las sentencias de la Corte Suprema a que acabo de referirme son las del 25 de abril de 2002 y 8 de julio de 2003. No expondré detalladamente los hechos que dieron lugar a las sentencias ni todo el contenido jurídico de ellas (que, como es lógico, en ciertos puntos comparto y en otros me resulta más discutible), pues varias de las materias que tocan no son objeto de este estudio. Me limitaré prácticamente a señalar cuál es la doctrina que contienen en relación con la figura del “interviniente” que aquí nos ocupa y, en todo caso, en materia de codelincuencia. Debo señalar que los hechos que están en la base de las sentencias son anteriores a la vigencia del actual Código Penal de 2000, es decir, se producen en un momento en que no existía la regla relativa al “interviniente”; no obstante, ambas analizan esta figura y esta regla,

-
- 8 Cfr., a modo de ejemplo y con ulteriores referencias, en relación con los delitos especiales propios, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, 231, n. 55; id. “¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad?” [A la vez, un comentario crítico al libro de ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998] (y iii)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10, 2002, p. 446; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, pp. 413 y s.
- 9 Sin embargo, la Ley Orgánica (LO) 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido un nuevo n.º 3 en el artículo 65 C. P. español (y ha reformulado el n.º 1), hasta ahora dedicado sólo a la comunicabilidad de circunstancias. Esta modificación del Código Penal entrará en vigor el 1.º de octubre de 2004. El nuevo n.º 3 dice así: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. En una decisión sin duda polémica, el legislador español ha optado por referir al precepto a condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la *culpabilidad* del autor, con lo que, en principio, queda cerrado el paso a las que fundamenten el (mayor) injusto del autor (no parece que vaya a caer de *lege lata* la discusión que se produce en torno al § 28 StGB), lo que sucede, en mi opinión, por ejemplo, en la cualidad de funcionario o servidor público en delitos contra la Administración Pública. Además, la rebaja de pena es potestativa y no forzosa y se reserva a los partícipes sancionados en el Código Penal español con la misma pena del autor (inductor y cooperador necesario de las letras a y b del segundo apartado del art. 28 C. P. español), excluyéndose a los cómplices (del art. 29 C. P.), conminados con pena inferior en grado a la del autor (art. 63 C. P.). Habrá que esperar a la interpretación doctrinal y jurisprudencial del nuevo precepto, que puede que influya incluso en la que se dé en el futuro a los dos primeros números del mismo artículo. En todo caso, las diferencias con la regla del último párrafo del artículo 30 C. P. colombiano son demasiado grandes como para establecer paralelismos. Pero, si se puede encontrar alguna relación entre ellos, cabría destacar que, al igual que en el StGB, el futuro precepto español piensa sólo en partícipes y no en autores, lo que reforzaría la tesis que voy a sostener de que el precepto colombiano afecta sólo a determinadores y a cómplices.

es de suponer que por si cupiera una aplicación retroactiva de la misma beneficiosa para los correspondientes reos o por haberse producido ésta en instancia. Y advierto por fin que tampoco voy a entrar en las razones que, en relación con la resolución de los casos concretos, se adivinan en las sentencias (sobre todo en la segunda) para el mantenimiento de sus respectivas tesis.

**a. Sentencia de la Corte Suprema del 25 de abril de 2002
(M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR)¹⁰**

Los hechos en el origen de la sentencia son sencillos: un sujeto se casa casi dos años después de haber contraído otro matrimonio válido. Para ocultar esta circunstancia consigue, mediante pago de dinero, que dos empleados de la notaría en que se encuentran, le faciliten los documentos de su primer matrimonio y los destruye. Los tres son condenados en primera y segunda instancia como “coautores” del delito del artículo 223 del anterior Código Penal de 1980 (modificado en este punto en 1982)¹¹, los empleados de la notaría “en calidad de servidores públicos ejecutores de la conducta” y el bígamo en la de “determinador”.

La sentencia contiene, entre otras, interesantes reflexiones sobre la concurrencia o no del carácter de servidores o funcionarios públicos de los empleados de la notaría, que se predica como en instancia, y, en lo que aquí interesa algo más, sobre la rebaja de pena que al bígamo no le correspondió como determinador *extraneus* por no existir en el Código Penal anterior la regla del párrafo final del artículo 30 C. P. actual, pero que se podría tener en cuenta como más favorable en el momento de la nueva sentencia a efectos de determinar la prescripción, y sobre los más largos plazos de prescripción cuando interviene servidor público, estimando, parece que con razón, la Corte que las diferencias entre el artículo 82 C. P. anterior y párrafo 5.º artículo 83 del actual ponen de manifiesto que esos plazos más largos sólo son aplicables a los servidores públicos y no a los *extranei*. En definitiva, se considera prescrita la acción penal para el determinador (el bígamo) y se mantiene la condena para los empleados de la Notaría.

Pero lo que más nos interesa aquí de la sentencia es la parte que dedica a realizar precisiones que estima necesarias acerca del nuevo párrafo final del artículo 30 y que

10 Cfr. el comentario a la misma que realiza SUÁREZ SÁNCHEZ, “El interviniente”, en *Derecho Penal y Criminología (DPC)*, vol. XXII, n.º 72, mayo-agosto de 2001, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 23 y ss.

11 Que establecía: “Destrucción, supresión y ocultamiento de documento público. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente un documento público que pueda servir de prueba incurrirá en prisión de dos a ocho años. Si el hecho fuere realizado por servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres a diez años”. El precepto se mantiene idéntico en el actual artículo 292 C. P., salvo en que éste añade para el servidor público una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término (y la sustituye la “y” por “u” en la rúbrica).

serían las siguientes (no se trata de puntos aislados, sino relacionados en diversos aspectos, como puede apreciarse):

1.º) Las premisas de aplicación de la norma son dos: por un lado, “que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito del respectivo bien jurídico tutelado”; y, por otro (especialmente relevante a nuestros efectos), que estemos ante un supuesto de pluralidad de “intervinientes” (se utiliza esta expresión en sentido amplio de codelincuentes), pudiendo actuar “bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29)¹² o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incs. 1.º, 2.º y 3.º)”.

2.º) La norma no se refiere a agravantes o atenuantes por razón de la calidad del sujeto, cuestión regulada, en lo que atañe a su comunicabilidad, en el artículo 62 C. P.

3.º) El interviniente no sería una forma autónoma de codelinuencia o participación (en sentido amplio) en el delito, sino un concepto de referencia para aludir a los *extranei* que toman parte en la realización de tipos especiales con un *intraneus*. Se zanjaría así la polémica en torno a cómo responde el *extraneus*, quedando clara la unidad de título de imputación, pero a la vez fundamentando la rebaja punitiva para el *extraneus* en la no infracción por el mismo de deberes jurídicos especiales orientados a la tutela del respectivo bien jurídico.

4.º) Para que se dé el tipo especial, basta con que alguno de los concurrentes ostente la cualidad especial y el deber jurídico especial, sea cual sea su posición o intervención: realizando materialmente la conducta en exclusiva o con otros, instrumentalizando a otro, siendo instrumento de otro, o estando en relación con la organización que reúne la cualidad especial (hay que entender que aunque en él no concorra personalmente tal cualidad, que se le extiende en virtud de la regla del actuar por otro del tercer párrafo del artículo 29 C. P., que, por cierto, no se refiere sólo a organizaciones).

5.º) Si el interviniente *extraneus* es coautor, autor mediato, actuante por otro o determinante su pena será la prevista para el delito (conforme disponen los respectivos párrafos de los arts. 29 y 30) rebajada en una cuarta parte, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 30 C. P. Si se trata de un cómplice, las rebajas penológicas

12 Discrepo de SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 24 y s., cuando señala que, de la apreciación de la sentencia de que la figura del último párrafo del artículo 30 C. P. no es una categoría autónoma, se deriva que la considera accesoria y, por lo tanto, ha de tratarse de un determinante o un cómplice. Por el contrario, la sentencia admite abierta y reiteradamente que el “interviniente” extraño sea autor o partícipe, como posteriormente pone de relieve (oponiéndose, con acierto, a la sentencia en este punto, o reinterpretando la terminología de la Corte) en idéntico trabajo el mismo autor (pp. 27 y s.). Finalmente (y de manera coherente), este autor señala que existe una contradicción entre los pronunciamientos de la Corte en la sentencia (p. 28).

como tal (párr. 3.º art. 30 C. P.) y la citada como interviniente *extraneus* se acumularían. Si ha sido utilizado como instrumento, estará exento de responsabilidad conforme al artículo 32 C. P. Con todo ello, se preserva la unidad de título de imputación, las diferencias valorativas legales entre formas de intervención en el delito (especialmente entre la complicidad y el resto) y también las lógicas diferencias que el legislador establece entre quienes infringen deberes jurídicos específicos fundamentadores de delitos especiales y quienes no lo hacen, aunque colaboren con quien los infringe.

6.º) “El servidor público o el sujeto cualificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición”, sino sólo como autor “o, en último extremo y residualmente”, por comisión por omisión. Se está aceptando así, de modo muy amplio, la teoría de los delitos de infracción de deber (añadiéndose, por si quedara fuera algún supuesto, la fundamentación en la comisión por omisión).

7.º) Avisa la Corte sobre casos en que, bajo la legislación anterior, se calificaba al *extraneus* de cómplice, cualquiera que fuera su participación en el delito especial (se supone que para conseguir una rebaja de pena que no podía operarse entonces sobre la base de la actual regla referida al “interviniente”). En los casos de tránsito legislativo que se planteen, señala la Corte con razón que no habrá que atenerse a la calificación de cómplice (en definitiva, un subterfugio para rebajar la pena), sino fijarse en la entidad material de la contribución: si fue la propia de un determinador, se le aplicará la rebaja en la cuarta parte como “interviniente” *extraneus*; si actuó como cómplice, adicionalmente la rebaja prevista para tal forma de participación.

b. Sentencia de la Corte Suprema del 8 de julio de 2003 (M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE¹³)

Los hechos que dieron lugar a la sentencia tienen que ver con la calificación por un fiscal de determinados hechos como constitutivos de hurto cualificado y agravado y porte ilegal de armas, pero no de secuestro, al parecer influenciado por el abogado defensor de uno de los encausados, al haberse encontrado en el escritorio del fiscal un documento del citado letrado defensor con los argumentos para excluir la calificación de secuestro. En instancia se condenó al Fiscal como autor de prevaricato del artículo 149 C. P. anterior¹⁴ y al abogado como cómplice (aunque se barajó anteriormente

13 En esta sentencia no interviene ya el magistrado ponente de la primera, aunque el ponente de esta segunda sí intervino en la primera, por lo que, como se verá, parece que se produce un cambio de criterio en este magistrado (y en otros que firman las dos sentencias). Por otra parte, cabe señalar que un magistrado salva su voto en esta segunda sentencia (no la comparte por tanto en su integridad).

14 Este precepto (en la versión que se le dio en 1995) rezaba: “*Prevaricato por acción*. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena im-

la calificación de determinador) en él, con la correspondiente rebaja penológica, apreciándose una rebaja añadida de un cuarto de la pena en aplicación retroactiva favorable del último párrafo del artículo 30 C. P., por tratarse de un interviniente *extraneus* y conforme a la doctrina de la doble rebaja sentada en la sentencia de la Corte Suprema anteriormente referida.

La sentencia se extiende, entre otras cosas, en una discusión muy interesante, en la que aquí no podemos detenernos, sobre el alcance del delito de prevaricato y la propia ilegalidad o el carácter manifiesto de la contrariedad a la ley de la resolución, dictamen o concepto en casos en que existen opiniones doctrinales y jurisprudenciales diversas sobre la interpretación de preceptos legales (en concreto sobre el momento en que la privación de libertad que acompaña a un delito patrimonial se convierte en secuestro). Pero lo que más nos interesa aquí es precisamente la revisión de la doctrina sobre el “interviniente” *extraneus* del artículo 30 C. P. contenida en la sentencia antes reseñada y aplicada en la de instancia en el presente caso, en virtud de cuya revisión esta sentencia de la Corte modifica al alza la pena de la instancia por considerar que al cómplice *extraneus* sólo le corresponde la rebaja propia de la complicidad y no además la del “interviniente” del artículo 30 *in fine* C. P., en cuya categoría no encajarían los partícipes (además de realizar una adecuación y una aclaración relativas a las penas por razones ajenas al objeto del presente trabajo).

En lo que se refiere a la figura interviniente del último párrafo del artículo 30 C. P., la doctrina que sustenta esta sentencia es la siguiente:

1.º) Aun admitiendo que, en principio y por su contexto, la regla relativa al interviniente podría sólo referirse a determinadores y cómplices y que, por su acepción gramatical, cabría la tesis de la primera sentencia de que el interviniente no constituye una figura autónoma, sino un concepto de referencia, considera sin embargo la nueva sentencia que, dado que el determinador y el cómplice en el “delito propio” (léase especial) “no requieren calidad alguna [...] surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30”; como la posesión o no de la cualidad de servidor público es intrascendente para determinador y cómplice, resulta irrelevante para realizar la instigación o en la “ejecución del papel accesorio”. Todo ello no empecería para nada el mantenimiento de la unidad de título de imputación, la distinción entre formas de intervención y su correspondencia punitiva.

2.º) De lo anterior se deduciría que la regla en cuestión no se refiere a los partícipes ni a cualquier concurrente al delito, *sino sólo “al coautor de delito especial sin cualificación”,* pues puede suceder que no cualificados “también concurren a la realización

puesta”. El actual artículo 413 C. P. mantiene en términos idénticos (salvo el añadido de “concepto”, junto a resolución o dictamen) la conducta típica y las penas privativas de libertad y pecuniaria, convirtiendo la privativa de derechos en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a ocho años.

del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor” junto al *intraneus*. Así, “se conserva la unidad de imputación”, pero a la vez “se hace práctica la distinción punitiva” establecida por el legislador “frente a ciertos deberes jurídicos”, “relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.

3.º) Esta interpretación sería la más ajustada al principio de igualdad, pues, de admitirse la sustentada en la otra sentencia de la Corte, resulta incomprensible por qué al instigador *extraneus* de un delito especial, por ejemplo, un peculado, se le rebajaría la pena y no al de un delito común, como el hurto, ni por qué se beneficia de doble rebaja el cómplice de un delito especial, ni por qué al *intraneus* cómplice del delito especial sólo se le aplicaría, frente al particular citado, la rebaja por la complicidad, cuando la cualidad especial “nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia”.

4.º) En consecuencia de todo lo anterior, al determinador, cualificado o no, le corresponde la pena prevista para la infracción, y al cómplice, cualificado o no, la misma disminuida de una sexta parte a la mitad. Al coautor no cualificado es al único al que se le aplica la rebaja prevista para el interviniente del último párrafo del artículo 30 C. P.: por ejemplo, al particular que con un servidor público concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, le correspondería la pena del peculado reducida en una cuarta parte.

5.º) Con esta interpretación se explicaría que conductas como el peculado por extensión¹⁵ ya no se prevean específicamente en el Código Penal vigente, pues la regla de su artículo 30 *in fine* “opera como un amplificador del tipo penal”.

3. Observaciones diversas sobre las sentencias

En lo que sigue, intentaré valorar, desde el máximo respeto a la Corte Suprema, las dos importantes sentencias expuestas. Anticipo que discrepo de su doctrina en diversos extremos, especialmente de la contenida en la segunda, la del 8 de julio de 2003.

Como no todos los puntos que trataré poseen la misma trascendencia a efectos del tema que nos ocupa, dejaré para el final, de modo separado, las cuestiones que considero cruciales: el sentido o fundamento de la rebaja de pena al “interviniente” no cualificado y la discusión sobre las categorías de codelinuencia a que puede referirse

15 Esta figura se regulaba en el artículo 138 C. P. anterior (en la versión que se le dio en 1995): “*Peculado por extensión*. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:/ 1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes empresaria o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste./ 2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”.

la regla del artículo 30 *in fine* C. P., si bien algunos de estos aspectos quedarán ya apuntados en varias de las observaciones que procedo a abordar.

a. Es correcta la observación de la primera sentencia (25 de abril de 2002) en el sentido de revisar, cuando proceda, la calificación de cómplice que se daba en sentencias anteriores a la vigencia del actual Código Penal, al parecer, con el fin de atenuar la pena del partícipe *extraneus* aunque se tratara de un determinador. Tal expediente (la indiferenciada calificación de cómplice) puede ser comprensible desde puntos de vista político criminales, pero resultaba, en mi opinión, incompatible con el tenor de los preceptos sobre codelinuencia del Código Penal anterior (arts. 23 y 24), que caracterizaba al determinador y al cómplice como figuras diferentes en virtud de su aportación al hecho y no por la presencia o no de características propias de los delitos especiales.

b. De igual modo podemos dar la razón a la primera sentencia en que el precepto del último párrafo del artículo 30 C. P. no se refiere a comunicabilidad de circunstancias, aspecto regulado en el artículo 62 C. P.

c. La calificación de instancia en el caso de la primera sentencia como “coautor” en calidad de “determinador” viene a demostrar que, como pasaba por ejemplo en España (y hasta cierto punto, aunque en menor medida, sigue pasando), la jurisprudencia consideraba que todo interviniente sancionado con la pena establecida en el correspondiente tipo de la parte especial era en definitiva un autor, opinión ésta favorecida por la mención conjunta en el artículo 23 C. P. anterior, bajo la rúbrica de “Autores”, de quien realiza el hecho y quien determina a otro a realizarlo. Es decir, se venía a mantener, al igual que en parte de la doctrina, un concepto unitario si quiera limitado (porque se excluía –aunque no siempre– al cómplice) de autor, si bien otro sector doctrinal interpretaba, en mi opinión con mayor acierto, los preceptos del Código Penal en el sentido de un concepto restrictivo de autor, con vigencia del principio de accesoriadad limitada¹⁶. Baste dejar constancia aquí de que la opción por un concepto restrictivo de autor en el vigente Código Penal de 2000 es bastante más clara¹⁷.

d. Se produce en las sentencias que nos ocupan una identificación entre delito especial y delito de infracción de deber, no se sabe si meditada o motivada más bien por el hecho de que los casos a que se referían las sentencias trataban de delitos de servidores públicos. Pues bien, el ideador de la categoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), ROXIN¹⁸, no la concibió como una categoría que viniera a

16 Cfr., al respecto, SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.^a ed., 1998, especialmente pp. 78 y ss., quien se pronuncia claramente a favor de un concepto restrictivo.

17 En este sentido *id.* *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 15 y s.

18 ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000 (1.^a, 1963), pp. 352 y ss., 695 y ss. (= *Autoría y dominio del hecho*, CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.], 2.^a ed., 2000, pp. 385 y ss., 742 y ss.).

sustituir a la de los delitos especiales (*Sonderdelikte*), sino que puso de manifiesto que, en su opinión, en algunos delitos especiales la autoría no venía determinada por el dominio del hecho, sino por la infracción de específicos deberes extrapenales que penden sobre ciertos sujetos, de manera que quien los infringe es autor con independencia de que tenga el dominio del hecho y quien no está sujeto a ese deber no es autor aunque posea el dominio del hecho. Piensa ROXIN (además de en los delitos de comisión por omisión, con peculiaridades) sobre todo en delitos de funcionarios o servidores públicos y de profesionales¹⁹. Pero hay delitos especiales que no serían de infracción de deber.

Lo anterior no es una mera disquisición teórica, sino que posee trascendencia para el tema que nos ocupa. Pues, aun si admitiéramos la tesis de los delitos de infracción de deber, quedarían otros delitos especiales en que no daría igual la contribución realizada en el suceso delictivo por el *intraeus*. Así, por ejemplo, suponiendo (aunque sin entrar a discutir la cuestión) que en el parricidio del ROXIN 104.1 C. P. el parentesco no sea una mera circunstancia de aquellas a que se refiere el ROXIN 62 C. P., que en mi opinión y con las reservas propias de mi menor conocimiento del derecho penal colombiano, serían las genéricas de los artículos 55 y siguientes C. P. (y seguramente las de similar entidad y naturaleza a ellas, que se integrarían en el art. 54 C. P.) (al igual que el art. 65 CP español se refiere, en mi opinión, a las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas de los arts. 21 y 22 del mismo C. P.²⁰), nos hallaríamos ante un delito especial de los que ROXIN calificaría como “de dominio” (*Herrschaftsdelikte*), en el sentido de que su autor será quien domine el hecho (en mi opinión, mejor: quien lo determine –¡no en el sentido de determinar o inducir a otro!, sino en el de decidirlo, controlarlo o dominarlo, si estos términos son compatibles con el carácter objetivo– objetiva y positivamente²¹). Y, por lo tanto, no bastará para que exista un parricidio el que intervenga, en cualquier posición, un pariente de la víctima de los citados en el artículo 104.1 C. P., sino que sólo lo habrá cuando éste “mate”, es decir, determine el hecho, convirtiéndose así en autor. Si, por ejemplo, es un extraño el que mata a la víctima auxiliado por el hijo de ésta, el extraño será autor de un homicidio del artículo 103 C. P. y, precisamente en virtud de la unidad de título de imputación

19 Aunque no sólo: cfr. ROXIN. *Täterschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 384 y ss. (= *Autoría*, 2.ª ed., 2000, pp. 419 y ss.).

20 Si bien habrá que ver cómo se reinterpreta todo el artículo con la adición del número 3 antes referido (supra n. 9) por LO 15/2003, que entrará en vigor el 1.º de octubre de 2004.

21 Cfr., al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría”, en SILVA SÁNCHEZ (ed. española), SCHÜNEMANN Y FIGUEIREDO DIAS (coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Coimbra, Barcelona, 1995, pp. 305 y ss.; id. “‘Coautoría’ alternativa y ‘coautoría’ aditiva: ¿autoría o participación? Observaciones sobre el concepto de coautoría”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 322; LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Derecho Penal Contemporáneo (DPCon)*, Revista Internacional, 2, enero-marzo de 2003, Bogotá, Legis, p. 106.

que defienden con énfasis las dos sentencias de la Corte Suprema referenciadas y con el que estoy plenamente de acuerdo²², el hijo de la víctima será un cómplice de homicidio. Sólo cuando el autor de la muerte sea el hijo, habrá delito especial y se podrá plantear la aplicación (anticipo: en mi opinión debida) del artículo 30 *in fine* al extraño que intervenga como determinador o cómplice.

e. Más allá de lo anterior, se percibe en ambas sentencias una admisión irrestricta de la categoría de los delitos de infracción de deber y, naturalmente, de sus consecuencias en materia de autoría y participación²³. Sin embargo, en mi opinión, no es tan claro que aquélla y éstas se puedan asumir sin más. Al margen de sus posibles fricciones con la concepción más moderna sobre el bien jurídico protegido en delitos como los de funcionarios contra la Administración Pública, que seguramente no puede utilizarse como argumento contra la categoría, pues ésta se orienta a otros fines, y reconociendo que la idea de los delitos de infracción de deber aporta un fundamento material consistente para sostener la autoría del *intrañeus* en ciertos delitos con independencia de si ejecuta personalmente la acción típica o domina o determina el hecho (desde luego, se trata de una fundamentación bastante más sólida que alguna otra²⁴), creo que no se puede aceptar sin más y con carácter general la construcción roxiniana de los delitos de infracción de deber. Aunque seguramente en ella hay un importante fondo de verdad en cuanto al contenido material de algunos tipos, ocurre que el principio de legalidad impone también unas exigencias formales (que no hay que confundir con una mera “interpretación literal de diccionario” del tenor de los tipos) que hay que respetar escrupulosamente en derecho penal. Y resulta que muchos de los tipos supuestamente de infracción de deber describen además unas concretas modalidades de actuación que, salvo excepciones, no pueden considerarse realizadas por quien induce o determina o ayuda a otro a que las realice. Sólo excepcionalmente los tipos se redactan de un modo tan amplio que en ellos quepa cualquier conducta con tal de que se infrinja el deber (en estos supuestos no habrá problema para afirmar la autoría

22 Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Participación”, *EPB*, 2002, pp. 984 y ss., entre otros de mis trabajos. De acuerdo en que en el Código Penal colombiano se preserva la unidad de título de imputación SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 14, 22.

23 E igualmente parece admitirla la doctrina más especializada en materia de autoría: cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, 2.ª ed., 1998, pp. 225 y s.; *id.*, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 17 y ss., 24 y ss.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, *Lecciones PG*, 2002, p. 286. La situación en España no es pacífica, aunque omitiré aquí la cita de autores españoles. Tampoco lo es plenamente en Alemania, aunque son muchos quienes simpatizan con la categoría de los *Pflichtdelikte* y sus consecuencias en materia de autoría; omitiré también la cita de autores concretos.

24 En mi opinión, desde luego, mucho más que la rechazable construcción de la “autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado”. Interesantes, aunque tampoco con validez general, son otros intentos de fundamentar la autoría del cualificado con ayuda de la figura del actuar por otro y la comisión por omisión (a la que apela, de manera residual, la primera de las sentencias de la Corte). V. sobre esto y sobre mi posición DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente”, en *Documentos Penales y Criminológicos (DPyC)* 1, 2001, Nicaragua, pp. 44 y ss.; *id.* “Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria”, *EPB*, 2002, pp. 167 y ss.

del *intraneus* y, consiguientemente, la participación –complicidad o, en España, cooperación necesaria– del *extraneus*). Esto último sucede claramente, por ejemplo, en el peculado por uso del artículo 398 C. P., que sanciona la conducta del “servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado...”, tipo que no plantea dificultades para ser interpretado como delito de infracción de deber. Un legislador previsor podría adoptar fórmulas parecidas en la redacción de estos delitos o una cláusula general que los declare de infracción de deber y autor en todo caso al *intraneus*. Pero mientras no lo haga, no podemos interpretar (aunque sea por razones materiales atendibles) los tipos más allá de lo que permite su tenor literal.

No puedo detenerme aquí en explicar las posibles vías (que no siempre conducen a resultados satisfactorios) para solucionar los problemas que en materia de autoría y participación suscita la no aceptación generalizada de la categoría de los delitos de infracción de deber y, más en general, los problemas de autoría y participación en delitos especiales²⁵. Baste señalar aquí que el presupuesto aceptado por las sentencias de la categoría de los delitos de infracción de deber no es indiscutible. Pero, como veremos, precisamente su asunción facilita en parte la crítica a alguna de las declaraciones contenidas en las sentencias, en cuanto a su coherencia.

Por otra parte, se va tan lejos en la admisión de la categoría de los delitos de infracción de deber que en la primera sentencia se llega a sostener que se da el delito especial incluso cuando el cualificado es utilizado como instrumento por un extraño. Esto, que en parte recuerda al régimen de los delitos especiales en un concepto unitario de autor²⁶ (salvadas las importantes distancias que marca la accesoriedad), es curioso. De ser así, el autor de ese delito especial sería, claro está, el instrumento y sólo él, pues, por definición, autor de los delitos de infracción de deber es el titular del deber (aunque aquí, al menos en diversos casos, costaría incluso decir que ha infringido su deber y que ha realizado la “conducta punible” –primer párrafo art. 29 C. P.–, que parece ser la típica, antijurídica y culpable, conforme al art. 9.º C. P.) y no quien lo utiliza como instrumento (lo mismo puede decirse sin admitir con carácter general la categoría de los delitos de infracción de deber: autor de un delito especial sólo puede ser el *intraneus*, aunque no lo será en todo caso). De modo que se pone aquí de manifiesto una contradicción de la primera sentencia²⁷ (y, en lo que se refiere a la coautoría, de la segunda), que se puede generalizar: si autor (de cualquier clase) sólo puede ser el *intraneus*, ¿cómo es posible afirmar que la regla del párrafo último del artículo 30 C. P. puede ser aplicada a extraños que actúan como autor, salvo que se entendiera que el citado precepto crea una excepción a la posibilidad de que el *extraneus* sea autor de un delito especial²⁸? Este punto es crucial y sobre él volveré

25 Cfr., entre otros trabajos míos, resumiendo las posibilidades y tomando posición, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPyC* 1, 2001, pp. 44 y ss.; íd. *EPB*, 2002, pp. 167 y ss., 175 y s., 984 y ss.

26 Cfr. simplemente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pp. 149 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación*, 2.ª, ed., 1998, p. 55.

27 Puesta de manifiesto ya por SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 28 y s.

más adelante, anticipando sólo ahora que, si esto fuera así, si se propugnara esa excepción, se estarían combinando dos criterios de autoría: el propio de los delitos de infracción de deber para los cualificados y el del dominio del hecho (u otro) para los extraños. Pero con ello, se estaría debilitando en buena medida la propia esencia de la doctrina de los delitos de infracción de deber, que sostiene no sólo que el cualificado es siempre autor, sino también que el extraño nunca puede serlo.

f. Aunque se trata de una cuestión meramente terminológica, señalaré que, cuando la segunda sentencia (8 de julio de 2003) atribuye al cómplice un “papel accesorio” del que no habla en relación con el determinador, no se refiere para nada a la accesoriedad de la participación negándola al determinador (y recayendo así en el concepto unitario de autor antes señalado), sino que se refiere a un papel secundario o de menor trascendencia del cómplice, pero no niega la accesoriedad del determinador respecto del autor (en otro pasaje señala que con la solución propuesta “se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias”). Muy clara es en este sentido la primera sentencia (25 de abril de 2002) en diversos pasajes, como cuando (tras declarar igualmente que la interpretación que propone “permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias”) señala que en el caso de la complicidad “la participación además de accesorias es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave”. Y es que, efectivamente, la igual conminación punitiva de la determinación y la autoría (en el derecho penal colombiano, pero también en el español o el alemán) no debe conducir a olvidar la diferencia básica que supone la accesoriedad de la forma de participación en sentido estricto que constituye la determinación, frente a la autonomía de la autoría (a lo sumo, imputación recíproca en la coautoría).

g. La primera de las sentencias estudiadas considera que la regla del artículo 30 *in fine* alcanza a cualquier autor o partícipe no cualificado. Más adelante valoraré la corrección de esta postura. Simplemente deseo destacar aquí que incluye entre las posiciones de autoría que puede ocupar ese interviniente la del actuante por otro del tercer párrafo del artículo 29 C. P. Esta regla (como la del art. 31 C. P. español²⁹ o la

28 Lo que, por cierto, aunque con inconvenientes, resolvería un importante problema no fácilmente superable: ¿cómo hacer responder al extraño que utiliza como instrumento a un *intra-neus*, especialmente en delitos especiales propios? La solución de la determinación no funciona cuando el instrumento actúa de modo no típicamente antijurídico, pues se opone a ello el principio de accesoriedad limitada. Apuntando vías de solución (no atendidas por el legislador) en España (con referencias también a LUZÓN PEÑA), DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO. *La autoría*, 1991, pp. 725 y ss.; *íd.* *DPyC* 1, 2001, pp. 47 y ss.; *íd.* *EPB*, 2002, pp. 170 y s., entre otros trabajos. Diré sólo que el castigo, en su caso, del *extraneus* por un delito de coacciones o amenazas o lesiones, etc. o, en derecho penal colombiano, de constreñimiento para delinquir del artículo 184 C. P. (que no es evidente que se produzca si entendiéramos “conducta punible” como hecho típicamente antijurídico y culpable, pues éste faltará por parte del *extraneus* en diversos supuestos; no obstante no puedo intentar siquiera aquí una interpretación de este delito) no parece plenamente satisfactorio. A esta cuestión volveré en el texto más adelante.

del § 14 StGB) no conforma en realidad (frente a lo que parecen indicar la sentencia y algunos pronunciamientos doctrinales, influidos seguramente por el propio tenor del precepto, que, tras la regulación de la autoría inmediata, la mediata y la coautoría, comienza la del actuar por otro con un “también es autor...”) una nueva forma de autoría³⁰, sino que impide la impunidad que se produciría cuando quien obra en nombre o representación de un persona jurídica o física es autor (sean cuales sean los requisitos de la autoría) de la conducta delictiva de un delito especial, pero no reúne personalmente la característica especial exigida por ese delito, que concurre en la persona jurídica o física en cuyo nombre o representación actúa: como la persona jurídica no comete delitos no sería autora y el administrador, por ejemplo, tampoco podría ser autor (pese a serlo de la conducta) por faltarle la cualidad especial (por ejemplo, la de que los bienes sean “suyos” y se actúe para perjudicar “a su acreedor” en un delito de alzamiento de bienes del art. 253 C. P., cuando los bienes son de la empresa que administra y ésta es la deudora), ni, claro está, responder como partícipe, al no haber hecho típicamente antijurídico de la persona jurídica; e igualmente en el caso de representación de personas físicas (por ejemplo, un empresario individual), cuando actúa el representante, pudiendo suceder incluso que el representado nada sepa de esa actuación. La ley “suple” la carencia de la condición especial del sujeto (autor ya) actuante por otro (pero no los demás elementos de la autoría), evitando esa laguna que en definitiva se derivaría del principio de legalidad de no existir el precepto³¹.

29 Este precepto posee en el momento de redactarse estas líneas un único párrafo, de contenido similar a los otros preceptos colombiano y alemán que se citan. Sin embargo, la LO 15/2003, del 25 de noviembre, que entrará en vigor el 1.º de octubre de 2004, añade un nuevo y sorprendente número 2: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. No es éste el momento para interpretar este precepto, pero, o bien se entiende que en él se consagra (contra lo que venía siendo opinión mayoritaria) una verdadera pena para una persona jurídica (a la que, sin embargo, el propio texto legal no considera autora del hecho) o se considera que en el caso de la pena de multa la responsabilidad penal ya no siempre personal (lo que también resulta insatisfactorio) o, lo que en principio considero preferible, se interpreta que, aunque se habla de pena de multa y responsabilidad de la persona jurídica en su pago, en realidad, en lo que a ésta se refiere no estamos ante una auténtica pena de multa, sino ante una especie de consecuencia accesoria como las recogidas en el artículo 129 C. P. español o una medida similar. En todo caso, no parece que la reflexión y el cuidado hayan sido la principal guía del legislador español en cuanto a la redacción y ubicación de este precepto.

30 Ni mucho menos da cobertura a la atribución de responsabilidad a directivos o administradores de empresas, sea cual sea su actuación, en delitos cometidos en su seno, como erróneamente utilizó en ocasiones el Tribunal Supremo español la regla precedente de la actual contenida en el anterior Código Penal; afortunadamente, esta tendencia jurisprudencial ha sido corregida corregida [cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Delincuencia organizada”, en *Harlax* 16-17, 1996, pp. 273 y s. (275)]. En este sentido, señala acertadamente HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 280, que “la responsabilidad como autor no deviene simplemente por la posición que se ostenta en la empresa o en el ente colectivo, sino por realizar la conducta punible, lo cual debe demostrarse”.

31 De manera resumida, pero amplia y muy ilustrativa, con abundantes ulteriores referencias, v. sobre estas cláusulas (centrándose, claro está en la española) en español, por todos (aunque existen otros

Pues bien, si fuera cierto que el interviniente del último párrafo del artículo 30 C. P. pudiera ser el actuante por otro del tercero del artículo 29, resultaría que necesariamente siempre habría que aplicarle la rebaja de pena establecida por el primero de los preceptos citados, pues, por definición, se trata de un *extraneus*. Esto resulta chocante cuando precisamente la regla del actuar por otro persigue atribuir la cualidad especial al autor que no la posee personalmente, siendo además muy extraño que, de ser ésa la voluntad de la ley (y el legislador), la rebaja no se establezca precisamente al hilo de la regulación de la figura del actuar por otro; más aún, si el último párrafo del artículo 29, que establece para el autor la pena prevista para la conducta punible, se refiere, como parece, a todos los párrafos anteriores (incluido el del actuar por otro), estaría disponiendo para ese caso un imposible, dado que se trataría siempre de un interviniente *extraneus*. Esta circunstancia ofrece más bien un argumento (si se quieren evitar absurdos y contradicciones legales) contra la aplicación del último párrafo del artículo 30 C. P. al actuante por otro y, por ende, a los autores.

h. Aunque no es muy importante para el presente trabajo, mostraré mi discrepancia también respecto de la primera sentencia cuando manifiesta que el interviniente *extraneus* que es utilizado por otro como instrumento carecerá de responsabilidad penal. Ello será cierto en algunos casos, cuando el instrumento actúe justificadamente (incluidos los supuestos de ausencia de dolo e imprudencia) o actúe imprudentemente, pero no se conmine penalmente tal comportamiento culposo, o actúe sin culpabilidad. Pero creo que hay supuestos (error de tipo vencible con tipificación de conducta imprudente correspondiente, error de prohibición vencible³² y algunos otros) en que el instrumento responde penalmente, hallándonos, cuando también haya de responder el sujeto de atrás, en casos de “autor tras el autor”³³.

i. Para terminar estas observaciones generales sobre las sentencias, anotaré aquí que sorprende no encontrar en la primera de ellas una explicación de por qué al bigamo se le condena como determinador del delito especial cometido por servidor público del segundo inciso del artículo 223 C. P. anterior, sin plantear siquiera su posible responsabilidad por el delito común del primer inciso del mismo artículo (ambas figuras se contienen igualmente hoy en el art. 292 C. P.). Que la conducta del bigamo encajaba también en el delito común lo deja claro el hecho de que fue él mismo quien finalmente destruyó los documentos. Es más, en puridad, podría incluso ponerse en

trabajos muy interesantes), SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 31”, en COBO DEL ROSAL (dir.). *Comentarios al Código Penal*, t. III, “Artículos 24 a 94, 2000, pp. 369 y ss., además de las monografías de referencia de GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro en derecho penal I y II*, 1985 y 1986.

32 Como otros autores en diferentes países, en Colombia discrepa de que en los casos de error de prohibición vencible quepa autoría mediata, considerando que se trata de inducción (determinación), HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 276, quien, sin embargo, advierte de lo discutido de la cuestión.

33 Cfr. mi opinión a lo largo de al menos mis siguientes trabajos: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPyC 1*, 2001, pp. 29 y ss., especialmente 42 y s.; id. *EPB*, 2002, pp. 160 y ss., especialmente 166.

tela de juicio si los servidores públicos, empleados de la notaría (admitiendo que efectivamente son servidores públicos en sentido jurídico penal) fueron autores del tipo cualificado, pues, desde luego, no destruyeron el documento, aunque quizá sea más fácil incluir su conducta en alguno de los otros verbos típicos, “suprimir” u “ocultar”. En todo caso, que esta última duda no le asalte a los tribunales que se ocuparon del caso puede explicarse por la ya mencionada aceptación amplia (y, para mí, discutible) de la categoría de los delitos de infracción de deber y sus consecuencias en materia de autoría, conforme a las cuales, habiendo intervenido los empleados públicos en cualquier modo, no cabría duda de su cualidad de autores.

El que no se mencione una eventual responsabilidad del bigamo por el delito común en la sentencia de la Corte tal vez se deba a que el tema ya estuviera aclarado en instancia y no se recurriera en este punto. Pero, en todo caso, conviene plantearlo. Porque, asumida la autoría de los servidores públicos, la conducta del extraño desde luego admite una doble calificación: autor del delito común del antiguo artículo 223 C. P. y determinador de los servidores públicos autores del tipo cualificado contenido en el mismo artículo. En principio, con acierto, las resoluciones judiciales en el caso optan por esta segunda calificación; digo que es acertado, pues ambas calificaciones concurrirían en concurso de leyes o normas que habría que resolver a favor de la más grave de determinador del delito especial, pues de lo contrario se estaría privilegiando al determinador extraño del servidor público que, además, destruye él mismo el documento, frente al determinador extraño que se limita a determinar al servidor público a la destrucción, y porque, en todo caso, la calificación de autor del delito común dejaría sin contemplar el mayor injusto contenido en la incitación al delito especial³⁴.

La solución adoptada me parece claramente correcta bajo la vigencia del Código Penal anterior. Pero la cuestión se complica cuando se plantea, como es lógico (salvo que se parta de la tesis de la segunda sentencia, que sólo refiere el precepto a supuestos de coautoría), una eventual aplicación retroactiva favorable de la regla relativa al interviniente extraño del último párrafo del artículo 30 C. P. Sucede que, como a otros efectos (de prescripción) bien señala la Corte Suprema, rebajando al determinador la pena en una cuarta parte, resulta una de prisión que va de 2 años y 3 meses a 7 años y 6 meses, siendo así que la pena del delito común era (y es) de prisión de 2 a 8 años, es decir, en buena medida coincidente, más baja en su límite inferior (aquí siguen sin plantearse problemas), pero ligeramente más alta en el superior, lo que sí plantea ya dudas en cuanto a la calificación preferible. La solución práctica vendría dada seguramente por no superar en ningún caso, se opte por la calificación que se opte, los 7 años y medio de prisión, pues de lo contrario la calificación de determinador del delito especial supondría un privilegio sobre la de autor del común, lo cual resultaría incomprensible en este contexto normativo. Pero también se produciría en la parte

34 Esto demuestra que la regla que a veces se enuncia de que la calificación de autor prevalece siempre sobre la de partícipe resulta demasiado simple, si no se completa y matiza.

superior de la pena del determinador extraño al delito especial un privilegio frente a la correspondiente al determinador (extraño o no) del delito común. El problema sigue planteándose en el artículo 292 actual, si bien en él se podría argumentar con la en todo caso mayor gravedad de la calificación de determinador del delito especial por la pena añadida de inhabilitación que contempla (aunque también esto podría matizarse)³⁵.

4. Sentido o fundamento del precepto relativo al “interviniente” no cualificado

El ordenamiento jurídico, entre los que conozco, respecto del que se ha discutido el fundamento o sentido de una norma similar (sólo similar) a la del artículo 30 *in fine* C. P. es el alemán, que contiene el apartado 1 § 28. La discusión en la doctrina y jurisprudencia alemana es muy intensa y compleja, aunque ello se debe en parte a la necesidad de explicar coherentemente (cosa que para algunos autores resulta imposible) los dos apartados del § 28³⁶ y el § 29³⁷ StGB y las relaciones entre ellos³⁸. La discusión alemana puede ser de utilidad, sin duda, pero aquí es imposible reflejarla y, por otra parte, los preceptos colombianos no son idénticos a los alemanes (parece dudoso que quepa incluir en la discusión la interpretación del art. 62 CP—que, reitero, creo, en principio y a reserva de un estudio más detenido, referido a circunstancias genéricas y de análoga entidad y naturaleza— como similar al ap. 2 § 28 alemán).

Dada la complejidad de la cuestión no voy a entrar, por tanto, en discutir (en paralelo a la doctrina alemana) si las “calidades especiales exigidas en el tipo penal” de que habla el último párrafo del artículo 30 C. P. abarcan sólo elementos del tipo de injusto de los delitos especiales o también (si existen) características o elementos de culpabilidad u otros elementos fundamentados de la punibilidad incorporados a la

35 Si el extraño asume un papel de cómplice del delito especial y a la vez de autor del común, lo que será más raro en la práctica, las soluciones, dadas las diferencias de penalidad, podrían ser otras. No he planteado la posibilidad de apreciar en algún supuesto la concurrencia de un concurso ideal de delitos, pues parece que vulneraría el principio *non o ne bis in idem*; sin embargo, un estudio a fondo del problema, que aquí no es posible, no debería descartarla de antemano, sino sólo tras la comprobación efectiva y estricta de que se produciría en todos los supuestos esa vulneración por no haber en ningún caso elementos diferenciados (no comunes) en las dos calificaciones posibles.

36 Ya traducido supra en el apartado III.1 del presente trabajo.

37 Que reza: “Punibilidad autónoma del interviniente. Cada interviniente será castigado según culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del otro”.

38 Un panorama bastante completo de la discusión, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, puede encontrarse en los principales comentarios al StGB, así como en otras obras generales dedicadas a la parte general del derecho penal. Así, por citar sólo algunos, cfr. los comentarios a los §§ 28 y 29 de ROXIN. *StGB Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11.ª ed., 1994; *id.* *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, t. II, “Besondere Erscheinungsformen der Straftat”, 2003, pp. 234 y ss.; de CRAMER y HEINE, en SCHÖNKE y SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., 2001; o de HOYER, en RUDOLPHI, HORN, GÜNTHER y SAMSON. *Systematischer Kommentar zum StGB*, 7.ª ed., 2001 (comprobar en éste nombre y que el 29 también).

descripción legal. Creo, en todo caso, que el supuesto, si es que no único (que tal vez), sí fundamental es el de los elementos del tipo de injusto³⁹, es decir, aquel en que la presencia de determinadas características en el autor de un delito fundamenta la existencia de un injusto especial.

Siguiendo con una explicación simplificada, que es la única posible en este marco, la aplicación de las reglas de la accesoriadad limitada cuando un *extraneus* interviene como partícipe en el hecho de que es autor un *intraneus* conduce a que aquél responda exactamente por el mismo tipo que éste (con la rebaja correspondiente de pena si se trata de una mera complicidad, claro está); es lo que se llama la unidad de título de imputación, a la que se refieren como algo que hay que preservar las dos importantes sentencias que nos ocupan, en mi opinión con razón. Pues una ruptura del título de imputación sería incompatible con el fundamento del castigo de la participación, si éste se concibe desde la perspectiva de una teoría de la causación orientada a la accesoriadad⁴⁰. Pero es verdad que una aplicación estricta de la regla de la accesoriadad olvidaría la mayor lejanía al injusto especial del *extraneus*, que no puede acceder a él (dicho de otra manera simplificada, que precisaría de matizaciones aquí imposibles: no puede afectar el bien jurídico protegido) de manera inmediata, sino sólo fomentando o facilitando el hecho del autor.

Y he aquí, por tanto, el fundamento o sentido de la regla relativa al interviniente extraño contenida en el párrafo final del artículo 30 C. P.: supone un compromiso entre el mantenimiento de la accesoriadad limitada y la unidad del título de imputación, por un lado, y el conveniente reconocimiento de la mayor lejanía del *extraneus* respecto del injusto especial⁴¹. Supone, si se quiere expresar así, una flexibilización, suavización o atenuación de las consecuencias de la accesoriadad limitada, sin llegar a constituir una excepción a la misma.

La combinación del mantenimiento de la unidad de título de imputación y el otorgamiento de relevancia a la no titularidad de deberes especiales por el *extraneus* (desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber) está presente en las sentencias, especialmente en la primera, que, sin embargo, extiende incorrectamente esa combinación a los autores (mejor sería “autores”) extraños (pues, como veremos, es lo que acaba admitiendo). Ya de lo anterior se deduce, como he anunciado varias veces, que, en mi opinión, el interviniente a que se refiere el artículo 30 *in fine* es un partícipe.

39 Distinta obviamente va a ser, en principio (y salvo difíciles piruetas interpretativas), la situación cuando el 1.º de octubre de 2004 entre en vigor en España el nuevo n.º 3 del artículo 65 C. P. a que me he referido supra n. 9.

40 Al respecto, cfr., por muchos, ROXIN, *AT II*, 2003, pp. 136 y ss. Mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, pp. 984 y ss.

41 Aunque no lo expresa así, creo que algo igual o similar se desprende de las palabras de HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, p. 287 (último párrafo).

Y ya con lo anterior se pueden discutir casi todos los fundamentos de las sentencias, especialmente de la segunda comentada (8 de julio de 2003), y anticipar lo que se concluirá en los apartados siguientes.

En primer lugar, la apelación a que la aplicación de la regla del último párrafo del artículo 30 C. P. a los partícipes (determinador y cómplice) extraños en un delito especial vulneraría el principio de igualdad por privilegiar a éstos frente al partícipe en un delito común me parece inadmisibles. El principio de igualdad ordena tratar de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente. Y quien participa en un delito común (y que podría realizar como autor) se sitúa en una posición accesoria de la del autor, digamos que ésa es su diferencia en cuanto a acceso al injusto (en el cómplice, además, la menor importancia de su aportación, lo que justifica la rebaja de pena), mientras que el extraño que participa en un delito especial muestra un *plus* de distancia respecto al injusto especial y, por lo tanto, es perfectamente respetuoso con el principio de igualdad reconocerle una diferencia en su responsabilidad penal (que en el caso del cómplice debe sumarse a la rebaja por la menor importancia de su aportación). Puestos a seguir un razonamiento paralelo (e incorrecto) en cuanto al principio de igualdad, podríamos decir también que el rebajar la pena al coautor (u otra clase de autor) extraño en un delito especial supondría un trato desigual no fundamentado frente al coautor del delito común.

Y, por otro lado, la distancia respecto del injusto especial de quienes (por dominar, determinar o codominar, codeterminar el hecho, por ejemplo) aparecen como “autores” o “coautores” extraños del delito especial ya estaría tenida absolutamente en cuenta por la ley precisamente al no permitirles responder como auténticos autores en el delito especial (lo que no quiere decir que no puedan a menudo responder de otro modo).

Pero es que la segunda sentencia está pensando en otra cosa. Insiste en que no tiene sentido la aplicación de la rebaja a los partícipes porque respecto de ellos no se exige ninguna cualificación para participar en el delito especial. Y tiene en ello toda la razón⁴². Pero el que ya pueda castigárseles aunque no sean cualificados no impide para nada que su distancia respecto del injusto especial sea mayor que la de un *intraneus*. Así, el hijo que induce a otro hijo a matar al padre será determinador del delito de parricidio, pero no merecerá la rebaja del último párrafo del artículo 30 C. P. porque en él no se da esa distancia respecto del injusto especial que mostraría el inductor extraño a la muerte del padre del autor. Conscientemente elijo el ejemplo del parricidio, con todos sus riesgos, para evitar el de un delito de funcionario, pues inmediata (e incorrectamente, según mi opinión) se me diría que el inductor o determinador

42 Contra lo que durante bastante tiempo sostuvo el Tribunal Supremo español, que, en una dirección afortunadamente superada hace algunos años, exigía en los partícipes del delito especial también la cualificación.

intraneus es también autor al tratarse de un delito de infracción de deber. Como decía, esto me parece claro, pero lo que sucede es que, de modo especialmente evidente en la segunda sentencia, tras la apelación al principio de igualdad y a la no necesidad de cualificación del partícipe en un delito especial se esconde otra preocupación: el partícipe no es problemático porque ya puede ser castigado; sin embargo, el coautor (y podríamos decir también, como la primera sentencia, otros posibles autores) extraño (entendiendo por tal el que, sin estar cualificado, comparte la realización típica o el dominio o determinación del hecho con el autor) escapa del castigo. Pero con ello se le da a la regla del párrafo final del artículo 30 una trascendencia que estoy convencido ni imaginó el legislador ni poseen preceptos similares como el apartado 1 § 28 StGB, de modo que se varía absolutamente toda la teoría de la autoría en los delitos especiales. Este alcance se ve expresamente reconocido por la segunda sentencia, cuando señala que el último párrafo del artículo 30 C. P. “opera como un amplificador del tipo penal”. A ello volveré más adelante.

Pero, aun aceptando que se produjera esa extensión de la autoría, ¿por qué excluir de la rebaja a los partícipes, cambiando así radicalmente el sentido más cercano y plausible del artículo 30 *in fine* CP? El que ya se les pueda castigar sin acudir a una excepción no debería implicar necesariamente que deban responder de manera más severa que quienes se verían castigados por vía excepcional (los coautores extraños). En este sentido, me parece preferible la tesis de la primera sentencia, que no los excluye.

Aunque no es el argumento central de la segunda sentencia, sino un argumento a mayor abundamiento, tampoco convence la apelación a que el párrafo último del artículo 30, interpretado como aplicable sólo al coautor *extraneus* del delito especial, explicaría la desaparición de figuras como el peculado por extensión del artículo 138 C. P. anterior. Para empezar, este precepto se refería a conductas de particulares en relación con ciertos caudales que podríamos denominar “sensibles”, mientras que la interpretación propuesta tendría otro alcance, en parte mayor y en parte más reducido, en tanto en cuanto no permitiría castigar al particular que cometiera sólo el antiguo peculado por extensión, que no necesariamente tenía que realizarse con un servidor público e incluso no se preveía la realización de la conducta en relación con esos bienes (salvo los de empresas o instituciones en que el Estado tuviera parte) por un servidor público. Y, por otra parte, tampoco se preveía la conducta del particular que tomare directamente (en “coautoría” con el servidor público) caudales públicos. Pero, sobre todo, el peculado por extensión ha desaparecido en el vigente Código Penal con ese nombre y ubicación, mas, sin embargo, las conductas más importantes de esa figura se encuentran tipificadas, con penas pensadas para actuaciones de particulares, como abuso de confianza cualificado de los números 3 y 4 artículo 250 C. P.⁴³. La figura,

43 El artículo 250 C. P. precisa, para ser entendido, del conocimiento del artículo 249 C. P. (ambos componen el capítulo dedicado al abuso de confianza, el quinto del título VII, relativo a delitos contra

por tanto, existe y el legislador no la ha considerado superflua por la introducción del último párrafo del artículo 30 C. P.

5. ¿Puede el “interviniente” ser un partícipe (determinador o cómplice)?

Desde el punto de vista literal, no cabe duda de que el “interviniente” del párrafo final del artículo 30 C. P. puede ser un partícipe, esto es, determinador o cómplice. Por un lado, interviniente es un término amplio que abarca cualquier modo de implicación en la comisión de un delito. Por otro, es igualmente claro que los partícipes “concurrentes” en la realización del delito, como pide el citado precepto, pues así lo señala expresamente el artículo 28 C. P. El argumento histórico o de la *voluntas legislatoris* puede utilizarse en distintos sentidos, pero, desde luego, no excluye de ninguna forma la referencia del precepto a los partícipes.

Por otra parte, la interpretación de que el partícipe está incluido en el precepto que analizamos cuenta con un argumento sistemático en este caso especialmente fuerte, en mi opinión: se ubica al final de un artículo, el 30 C. P., exclusivamente dedicado a los partícipes, determinador y cómplice, rubricado precisamente “partícipes” y separado totalmente del dedicado a los “autores” (así rubricado), el 29, tras un artículo 28 que señala que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes. Aunque los legisladores a veces no afinan demasiado en su técnica, ¿por qué incluir en el artículo dedicado a los partícipes una regla que no les afecta (interpretación de la segunda sentencia) y no incluirlo en el dedicado a los autores (específicamente junto a la coautoría, en la interpretación de la citada sentencia)? O, ¿por qué no crear un precepto aparte y común, como el art. 28 CP, cuando se va a hacer referencia a autores y partícipes (en la interpretación de la primera sentencia)?

La interpretación de que la regla del “interviniente” extraño se refiere a los partícipes (incluso sólo a los partícipes) puede apoyarse con la apelación al Derecho comparado, en concreto al n.º 1 § 28 StGB, máxime teniendo en cuenta la influencia germánica

el patrimonio económico, del libro segundo Código Penal), que reza: “*Abuso de confianza*. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes./ La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes./ Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad”. Por su parte, el artículo 250 C. P. establece: “*Abuso de confianza calificado*. La pena será prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa de treinta (30) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta se cometiere: / 1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública./ 2. En caso de depósito necesario./ 3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste./ 4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”.

en el Código Penal colombiano, como señalé al principio. Es verdad, sin embargo, que este argumento no puede ser central, dadas las diferencias de ordenamientos y que también se podría utilizar una especie de razonamiento *a contrario*: en el n.º 1 § 28 StGB se dice específicamente que se refiere al partícipe, determinador o cómplice, de modo que, como el último párrafo del artículo 30 C. P. colombiano no precisa este extremo, el alcance será distinto.

Por fin, la aplicación de la regla del artículo 30 *in fine* a los partícipes en sentido estricto se adecua perfectamente a la fundamentación o sentido material basados en el mantenimiento de la accesoriedad y unidad de título de imputación junto con el reconocimiento de efectos a la mayor distancia del *extraneus* respecto del injusto especial.

Naturalmente, la consecuencia penológica de esta aplicación será que al determinador se le rebajará la pena conforme dispone el precepto y al cómplice se le sumará a la rebaja prevista para esta forma de participación y basada en la menor importancia de su cooperación.

Creo que con ello queda demostrado que la exclusión de los partícipes de la regla del artículo 30 *in fine* C. P. desde luego es todo menos “evidente”, como pretende la segunda sentencia comentada.

Como se dijo anteriormente, incluso si se admitiera el carácter ampliatorio de la autoría a extraños en delitos especiales, no se entiende por qué habría que privarle de su más evidente sentido, el relativo a los partícipes (aunque es verdad que el precepto tendría un doble efecto, ampliatorio de la responsabilidad para unos y restrictivo para otros, que resultaría llamativo). Probablemente su exclusión pudiera vulnerar el principio de igualdad, cosa que, contra lo que estima la segunda sentencia, no sucede, en mi opinión, con la aplicación de la regla a los partícipes.

En definitiva, creo que todos los argumentos redundan a favor de la aplicación de la regla del último párrafo del artículo 30 C. P. a los partícipes, resultando preferible la interpretación contenida en la primera sentencia a la realizada por la segunda, aunque, como paso a exponer, creo que ambas se equivocan al incluir a autores en el precepto señalado.

6. ¿Puede el “interviniente” ser autor inmediato unipersonal (directo) o mediato o coautor?

Comenzando nuevamente por el argumento literal, se ha de repetir lo dicho respecto de la inclusión de los partícipes en la regla del párrafo final del artículo 30 C. P.: los términos “interviniente” y “concurra” no se oponen en absoluto a considerar incluidos a los autores. La interpretación histórica basada en la *voluntas legislatoris* tampoco

se opone necesariamente a esa inclusión (e incluso se podría manejar a favor de ella, aunque ésta no es la única posibilidad).

El argumento sistemático, obviamente, es contrario a su inclusión, si bien no determinante de modo absoluto.

La primera sentencia entiende que se puede tratar de cualquier clase de autores, si bien finalmente, sin desmentir expresamente esta afirmación, deja de mencionar la autoría inmediata individual, salvo cuando se trate del actuante por otro. Ello es absolutamente lógico, pues no aparece el delito especial por ningún lado si en él no existe un autor cualificado (cualquier interviniente cualificado lo sería conforme a la tesis de los delitos de infracción de deber, que no comparto, como queda dicho, pero que no varía la situación aquí). Ya sólo por ello se puede excluir esta figura de la aplicación de la regla del párrafo final del artículo 30 C. P.

La cuestión quedaría reducida, además de a supuestos de pluriautoría en que, por ejemplo, domina o determina el hecho el extraño y no el cualificado, pero éste es autor precisamente por la infracción de deber (naturalmente desde una perspectiva que no comparto de *lege lata*), a la autoría mediata y a la coautoría, como auténticas formas de autoría que son (si se conciben de otra forma –como a veces sucede de manera poco explícita, especialmente con la coautoría– las cosas varían).

Si nos atenemos a la teoría de los delitos especiales o admitimos las consecuencias en materia de autoría de la categoría de los delitos de infracción de deber, a la que con tanto entusiasmo parecen adherirse las dos sentencias, es obvio que autor de estos delitos sólo puede ser el cualificado o el infractor del deber, sino también que el no cualificado o a aquel sobre el que no recae el deber no puede ser autor en ningún caso de estos delitos. Desde esta perspectiva y en una lectura sencilla del precepto del último párrafo del artículo 30 C. P., resultaría claro que, como el extraño no puede ser autor de estos delitos, el “interviniente” tiene que ser necesariamente un partícipe, o sea, un determinante o un cómplice.

Sin embargo, en contradicción incluso con la (segunda parte) de la tesis de los delitos de infracción de deber que dicen defender⁴⁴, ambas sentencias admiten que el extraño puede ser autor, naturalmente con fundamento distinto (el dominio o determinación del hecho o el que se prefiera) del delito especial, seguramente porque parten de la

44 También SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 25 y ss., se hace eco del acogimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber en la sentencia de la Corte Suprema de 25 de abril de 2002, con una ininteresante matización (p. 27), que apuntaría quizá a una cierta contradicción de esta doctrina en el supuesto de instrumentalización del *intraneus* a manos del *extraneus*, y señalando finalmente la contradicción entre el mantenimiento de esta tesis y la aceptación de que el *extraneus* pueda ser autor o coautor (pp. 28 y s.).

constatación fáctica de que precisamente el dominio o determinación (o el criterio que se considere caracterizador de la autoría en general) pueden pertenecer al extraño⁴⁵. Como ello no puede traducirse sin más en una calificación jurídica de autor del extraño, las sentencias creen ver en el párrafo final del artículo 30 una posibilidad de amparar legalmente una ampliación de las posibilidades de autoría en los delitos especiales, confesándolo abiertamente, aunque sólo en relación con la coautoría, la segunda sentencia al final, al advertir que la cláusula “opera como un amplificador del tipo penal”, y sin expresarlo con claridad la primera.

Pero entonces lo que está operando la interpretación jurisprudencial es algo de mucha mayor trascendencia de lo que aparentemente anuncia el precepto, cuyo centro parece ser la rebaja de pena al extraño (se presenta, en este sentido, como una norma restrictiva de la responsabilidad penal, como lo es sin duda para los partícipes), pero pasa a ser precisamente la posibilidad de hacer responder como autores a extraños en delitos especiales (se convierte en una norma ampliatoria de la responsabilidad penal).

Esta en principio sorprendente ampliación no es un mero capricho de las sentencias ni carece de todo fundamento material. Es más, en buena medida se puede hablar de un hallazgo inteligente para intentar solventar problemas, pues parece difícil que, aunque no lo hagan explícito, las sentencias no hayan pensado en ello.

Así, por un lado, se parte de la constatación de que algunas formas de autoría, la mediata y la coautoría, se apoyan en cierto modo en conductas de otros autores (el inmediato y el coautor, en sentido estricto o en sentido naturalístico), compartiendo así algunos rasgos con la participación. Y seguramente, por otro y sobre todo, se considera que la rígida doctrina de la autoría y la participación en delitos especiales podría dar lugar a lagunas de punición injustificadas. Así, la interpretación de la primera sentencia permitiría castigar algunos supuestos de utilización como instrumento de un *intraneus* a manos de un extraño, difíciles de castigar de otro modo. Si bien es cierto que en algunos supuestos, en que el instrumento sigue actuando de modo típicamente antijurídico (aunque, en su caso, sin culpabilidad), no habrá problemas para castigar al extraño como determinador (más raramente cómplice) del delito especial conforme a las reglas de la accesoriadad limitada (pudiéndose, por cierto, en ese caso, aplicar la reducción de pena del último párrafo del art. 30 C. P., si, como creo y cree la primera sentencia, éste alcanza a los partícipes). Cuando se trata de un delito especial impropio, el sujeto de atrás podrá ser calificado como autor mediato del delito común correspondiente (no entraré aquí en la resolución del posible concurso de calificaciones).

45 Con razón señala (en tono crítico) SUÁREZ SÁNCHEZ, *ibíd.*, pp. 28 y s., que la sentencia del 25 de abril de 2002 fusiona la teoría del dominio del hecho con la de los delitos de infracción de deber, al calificar de autor al *intraneus* en virtud de ésta, pero admitir la autoría del *extraneus* con fundamento en aquélla. Con todo, este autor intenta incluso (encontrando dificultades en algunos puntos) una lectura del término autor utilizado por la sentencia que lo haga reconducible a una forma de participación (pp. 27 y s.), para procurar salvar así el desacuerdo o contradicción de la Corte.

Pero, en los delitos especiales propios en que el instrumento cualificado no obra de modo típicamente antijurídico, el castigo del *extraneus*, más allá del posible delito de coacciones, amenazas, lesiones o, en derecho colombiano, constreñimiento para delinquir, en su caso (pues no siempre se darán), en relación con el delito especial se hace imposible. Ello quedaría subsanado con la interpretación jurisprudencial del último párrafo del artículo 30 C. P. Me reservo para más adelante las reflexiones en torno a la coautoría, en la que creo que los problemas son menos acuciantes.

Es verdad que la única manera de salvar esas lagunas (no por todos consideradas tales) es la previsión legislativa⁴⁶, pero entender que la solución está en el último párrafo del artículo 30 C. P. me parece difícil y forzado.

Para empezar, supondría una vía demasiado general e indiferenciada para la solución de un problema concreto como el señalado. Mucho más conveniente sería que el legislador meditara para qué concretos delitos o grupos de delitos especiales conviene establecer una previsión específica en la materia. Por lo demás, tampoco es claro (aunque no es descartable) que aquí sea tanta la lejanía del injusto especial y con ello la fundamentación de la rebaja de pena, cuando el extraño utiliza al cualificado, lo tiene en sus manos y no sólo fomenta su hecho, es decir, cuando en realidad el protagonista central es el extraño, al que el cualificado, que puede incluso no actuar de forma típicamente antijurídica, sólo presta la cualificación, de modo similar a lo que sucede en el actuar por otro, figura ampliatoria de la autoría en los delitos especiales en la que en su específica regulación no se prevé rebaja penológica, quizá por no apreciarse en este caso una distancia relevante respecto del injusto especial.

El entendimiento jurisprudencial de la figura supondría leer el término “interviniente”, en lo que se refiere a los “autores” en un sentido naturalístico, no de mera referencia a las figuras de los artículos anteriores, pues precisamente los extraños no serían autores del artículo 29 (de serlo, ninguna falta haría el precepto que comentamos). Y, del mismo modo, “realización del tipo penal” habría que entenderlo en un sentido excluyente de la antijuridicidad del hecho para que abarcara los casos problemáticos señalados, en que precisamente falta por parte del *intraneus* un hecho típicamente antijurídico. Quizá sean demasiados entendimientos forzados de un tenor literal que se explica mejor de forma más sencilla.

Resulta también curiosa la insistencia en la conservación de la unidad del título de imputación en las sentencias, cuando ésta es una cuestión estrechamente ligada a la accesoriadad, que no rige en materia de autoría.

46 Recuerdo que mis propuestas (hasta hoy sin éxito), con LUZÓN PEÑA, para solventar el problema señalado pueden verse en mis trabajos citados supra n. 28, entre otros.

La supuesta ampliación de la autoría en los delitos especiales a través de la cláusula del último párrafo del artículo 30 C. P. resultaría expresada de manera tortuosa: sin claridad y fuera del contexto de la autoría. Esto resulta mucho más chocante si se observa que en materia de autoría existe ya en el propio artículo 29 una cláusula que extiende a quien carece personalmente de ellas las características de los delitos especiales: la del actuar por otro del tercer párrafo del artículo 29 C. P., que amplía así las posibilidades de autoría en ellos. Es cierto que esta clara ampliación legal no haría superflua la propuesta en las sentencias comentadas, pues la primera reduciría su ámbito a los supuestos de actuación en nombre o representación de otros y alcanzaría al actuante único (por ejemplo, al administrador de la sociedad anónima que realiza él solo y sin ayuda la conducta descrita en el tipo especial), sin necesidad de que intervenga ningún *intraneus* en sentido estricto, cuya intervención sería imprescindible en la regla del último párrafo del artículo 30 C. P. Pero resultaría nuevamente llamativo que el legislador operara de una forma tan clara en un caso de ampliación y tan rebuscada en otro.

Y, como ya he señalado anteriormente, resultaría extrañísimo que la ley realice una ampliación como la del actuar por otro y a renglón seguido diga que al autor (parece claro que a éste ampliado también) le corresponde la pena prevista para la conducta punible, como hace en el artículo 29, pidiendo un imposible, pues el actuante por otro sería siempre un *extraneus* por definición y le correspondería la rebaja del “interviniente” del último párrafo del artículo 30 C. P., en la interpretación ampliatoria de la primera sentencia (la segunda limita la ampliación a la coautoría). Es cierto que se podría salvar la contradicción excluyendo de la última al actuante por otro.

Pero, en definitiva, son más las dificultades valorativas y, sobre todo, de encaje en la ley de la ampliación que plantea la interpretación jurisprudencial que las ventajas que esta aporta⁴⁷. Aunque no me atrevo a hablar de vulneración del principio de legalidad, quizá convenga recordar que el juez no puede suplantar (ni siquiera con razones materialmente sostenibles, excelente voluntad o adecuación a la satisfactoria solución del caso concreto) al legislador (democrático)⁴⁸. Entiendo, por tanto, que el párrafo final del artículo 30 C. P. se refiere sólo a los partícipes en sentido estricto (aunque hubiera sido bueno que lo hubiera aclarado), como sugiere su ubicación y como resulta satisfactorio desde puntos de vista materiales.

47 También en contra del entendimiento del “interviniente” del artículo 30 *in fine* C. P. como autor, incluida la coautoría, SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 17 y s., 23, 27, 29 y pássim.

48 Al respecto, entre otros, con claridad y rotundidad, GARCÍA AMADO. “¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil”, en *La Ley* 2001-5, 1675.

7. Alguna precisión sobre la “coautoría” en delitos especiales

Antes de concluir, señalaré que la restricción de la ampliación de las posibilidades de autoría en los delitos especiales a la coautoría en la segunda sentencia es, en buena medida, una petición de principio o una inadvertencia, pues deja fuera otros casos, como los vistos de “autoría mediata”, en que un *extraneus* realiza también junto a o, mejor, detrás de un *intraneus* la conducta descrita en la ley al tipificar un delito especial. Quizá ello se deba en parte a que a menudo, pese a las declaraciones de principio, la coautoría no se concibe como una forma plena de autoría en sentido estricto, sino que se la aproxima a la participación; aunque la coautoría presenta algunas similitudes mayores con la participación que otras formas de autoría, debe rechazarse esta concepción, máxime cuando es clara, como en el Código Penal colombiano (pero también en el español y en el StGB), su comprensión como forma de auténtica autoría y no de participación. Pero, al margen de esto, deseo explicar aquí cómo, sin necesidad de ampliaciones o excepciones (aunque sin excluir –a salvo de un estudio más profundo y detenido– que en algún supuesto concreto pudiera ser conveniente tal ampliación, desde luego no genérica como la que se propone en las sentencias que nos están ocupando), en el caso de la coautoría se puede lograr un castigo del *extraneus*.

En los delitos especiales puede darse la realización conjunta o compartida de la acción típica, con dominio o determinación conjunta o compartida del hecho, entre un *intraneus* y un *extraneus* (o sea, en sentido material, coautoría)⁴⁹. No estoy de acuerdo con la opinión de quienes consideran que, como el *intraneus* no realiza, domina o determina por completo la acción típica, no se le puede considerar autor del delito especial. Más bien creo que al *intraneus* se le castigará como autor del delito especial, cuya realización se ha completado en la parte de la acción típica por la actuación conjunta del actuante no cualificado (salvo que, excepcionalmente, en un delito especial impropio, resulte preferible en virtud de las reglas de solución del concurso de leyes la calificación como cómplice del delito común correspondiente, cosa que no ocurrirá nunca o casi nunca).

El tratamiento del *extraneus* debe ser, a mi modo de ver, el siguiente: en los delitos especiales propios no cabe calificarlo de autor de delito alguno, pero sí de cómplice, partícipe castigado con pena inferior a la del autor en sentido estricto (quizá puedan considerarse además, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas), en el delito especial del *intraneus*, pues toda coautoría (en el sentido material), por ser realización conjunta de la acción (o acciones) típica(s) nuclear(es), supone cooperación en el delito

49 Mi opinión sobre la coautoría en estos supuestos para el Derecho español (en líneas generales coincidente con la expuesta, aunque más satisfactoria por contar con la figura de la cooperación necesaria) puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, pp. 175 y s., entre otros trabajos.

(a no ser, claro, que el coactuante extraño sea además el determinador del otro sujeto, en cuyo caso ésta será la calificación que proceda; no reiteraré esta observación).

En los delitos especiales impropios, el *extraneus* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cómplice en el delito especial; ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus* (sin detenernos aquí en cuál de las reglas de solución del concurso de leyes resulta de aplicación en cada caso, ni en la posibilidad de aplicar, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas, que, de tratarse de atenuantes, podrían serlo, en mi opinión, también por analogía).

Por fin, un supuesto especial sería el de actuación conjunta de un *inraneus* (por ejemplo, un empresario individual) con un *extraneus* que, sin embargo, obra en representación de éste (por ejemplo, su administrador), realizando ambos la conducta típica (por ejemplo, la propia del alzamiento de bienes del empresario). Aquí, gracias a la ampliación o extensión que opera la cláusula del actuar por otro del tercer párrafo del artículo 29 C. P. para el extraño (el administrador), no hay problema en calificar a ambos de auténticos coautores del tipo especial. Y, aunque esto debería ser objeto de un análisis más detenido, probablemente esté justificada en este caso, como en todos los de actuación por otro, la no rebaja de pena al *extraneus*, cuya lejanía del injusto especial es al menos discutible.

En definitiva, en los supuestos que parecen preocupar especialmente en la segunda sentencia, al *extraneus* se le puede castigar (sin tener en cuenta ahora su posible autoría de un delito común) como cómplice del delito especial, es decir, con una pena atenuada. Además habrá que añadir la rebaja de pena en virtud del artículo 30 *in fine* C. P. Podría observarse que la pena es excesivamente leve para este “coautor” material, especialmente en comparación con la que corresponde al determinador. Pero esto es una consecuencia de la decisión del legislador colombiano, quizá por influencia germánica, de no incluir en el Código Penal una forma de cooperación o complicidad equiparada en pena a la autoría, lo que se puede conseguir describiendo una figura aparte de la del cómplice (solución que me parece preferible) o haciendo potestativa o dependiente de ciertas circunstancias la rebaja de pena para la complicidad⁵⁰. En la letra b) de la segunda parte del artículo 28 C. P. español vigente (de 1995) se mantiene la figura tradicional en nuestro derecho (y en otros) del cooperador (o cómplice) necesario (que existió en épocas anteriores en el derecho penal de algún

50 Aunque no se ha adoptado en el Código Penal colombiano ninguno de los dos sistemas, cabría una interpretación (desde luego forzada) del párrafo segundo del artículo 29 que llevaría a consecuencias similares a su adopción. Pero de ello me ocupo en otro trabajo sobre la caracterización de la autoría con especial atención al derecho penal colombiano, presentado en el mismo foro y que también se publica.

territorio de lo que hoy es Alemania y también en algún Código Penal colombiano anterior), como forma de participación conminada con la misma pena que la autoría (igual que la que corresponde a otro partícipe, el inductor o determinador de la letra a), mientras que en el artículo 29 del mismo C. P. se regula la figura del cómplice (o cooperador no necesario), cuya cooperación se conmina con la pena inferior en grado a la prevista por la ley para el autor (art. 63 C. P. español). Algunas voces, que no detallaré aquí, sin que ello signifique que no sean cualificadas, claman en mi país por la supresión de la cooperación necesaria; sin embargo, con otros autores, defendiendo su mantenimiento (aunque modificando la descripción legal de la figura), que no sólo es útil en la solución de casos como el planteado (el “coautor” *extraneus* sería calificado de cooperador necesario) y otros, sino que permite además mantener un concepto de autor auténticamente restrictivo y coherente, sin renunciar a un castigo justo y ponderado de las diferentes formas de participación⁵¹.

8. Conclusión

En conclusión, creo que hay que entender que el último párrafo del artículo 30 C. P. no contiene ninguna cláusula de extensión o ampliación de la autoría, sino simplemente una rebaja de pena a los partícipes en sentido estricto (determinador y cómplice, recibiendo este último doble rebaja de pena respecto de la prevista por la ley para la conducta punible⁵²) no cualificados en un delito especial⁵³. Ello no es obstáculo para reconocer las dificultades para calificar satisfactoriamente de *lege lata algunos supuestos de intervención (en sentido amplio, no en el concretado para el párrafo final del art. 30 C. P.) en relación con delitos especiales. Pero las soluciones deben buscarse de manera más matizada y, en ocasiones, con propuestas de modificación de la ley (como, por ejemplo, la que se produjo en diversos ordenamientos para incluir la figura del actuar por otro), consensuadas, a ser posible, y no apelando a una muy probablemente bienintencionada, pero forzosísima interpretación del citado precepto como (en parte o exclusivamente) una extensión o ampliación de la autoría (en todas, varias o alguna de sus formas) en los delitos especiales.*

51 El segundo inciso del artículo 28 C. P. español describe en su letra b a este cooperador como sigue: “Los que cooperan a su ejecución (*scil.*, del hecho) con un acto sin el cual no se hubiera efectuado”. He manifestado mi opinión sobre la figura en diversos trabajos; recientemente, recogiendo la discusión doctrinal, tomando postura y ofreciendo líneas para una nueva redacción del precepto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en *Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 645 y ss.

52 En igual sentido SUÁREZ SÁNCHEZ, *DPC*, XXII n.º 72, 2001, pp. 23 y s.; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Lecciones PG*, 2002, pp. 286, 287 (si bien, en la primera de las páginas citadas advertía que la norma relativa al interviniente *extraneus* generaría polémica, en especial en lo que respecta a la doble rebaja en la pena del cómplice; es evidente que acertó).

53 A idéntica conclusión llegan SUÁREZ SÁNCHEZ. *Ob. cit.*, pp. 16 y ss., en especial 18, con ulteriores referencias a otros autores en el mismo sentido, pp. 20 y s., 24; HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Ob. cit.*, pp. 286 y s.

