

Dominio del hecho vs. Infracción de deber en la determinación de la autoría y participación: aproximación al interviniente en el Derecho Penal en Colombia

Dominion of the act vs. Breach of duty in the determination of authority and participation: approach to the intervenor in criminal law in Colombia

Domínio do fato vs. Violação do dever na determinação da autoria e participação: abordagem ao interviniente no direito penal na Colômbia

Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez¹

Recibido: 20 de octubre de 2023

Aprobado: 24 de enero de 2024

Publicado: 20 de marzo de 2024

Cómo citar este artículo:

Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez. *Dominio del hecho vs. Infracción de deber en la determinación de la autoría y participación: aproximación al interviniente en el Derecho Penal en Colombia*. Especial DIXI -RI/INS 2024 | II Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica: Nuevas dinámicas del derecho en el contexto iberoamericano, 1-18.

DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.03.11>

Mesa de Derecho Penal. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.03.11>

¹ Abogado de la Universidad La Gran Colombia, especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario y magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Candidato a doctor de la Universidad de Lleida (España). Profesor e investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá.

Correo electrónico: yonni.bermudez@campusucc.edu.co



Resumen

El presente texto surge de la latente indeterminación de cómo se está abordando la participación del interviniente en el derecho penal. Con la entrada en vigor de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), el legislador contempló una nueva forma de participación en la conducta punible (*el interviniente*), que aparece para suplir un vacío normativo que se presentaba al momento de querer sancionar penalmente a los sujetos que carecían de las condiciones descritas en el tipo penal especial. El método de estudio se basa en el análisis de fuentes legales y jurisprudenciales para determinar si la teoría del dominio del hecho o la teoría de la infracción de deber logran presentar soluciones plausibles al momento de endilgar responsabilidad penal. Los resultados demuestran que a pesar de que la teoría del dominio del hecho goza de reconocimiento para resolver los problemas de autoría y participación en los delitos especiales, en los últimos años ha tomado fuerza la teoría de la infracción de deber.

Palabras clave: coautor, conducta punible, delito *extraneus*, interviniente, jurisprudencia.

Abstract

The present text arises from the latent indeterminacy of how the participation of the intervenor is being addressed in criminal law. With the entry into force of Law 599 of 2000 (Penal Code), the legislator contemplated a new form of participation in criminal conduct (*the intervenor*), which appears to fill a normative gap that arose when wanting to penalize individuals who lacked the conditions described in the special criminal type. The method of study is based on the analysis of legal sources and jurisprudence to determine if the theory of the dominion of the fact or the theory of violation of duty manage to present plausible solutions when assigning criminal responsibility. The results show that although the theory of the dominion of the fact enjoys recognition in solving problems of authorship and participation in special crimes, in recent years the theory of violation of duty has gained strength.

Keywords: Co-author, criminal conduct, *extraneus* crime, intervenor, jurisprudence.

Resumo

O presente texto surge da latente indeterminação de como está sendo abordada a participação do interveniente no direito penal. Com a entrada em vigor da Lei 599 de 2000 (Código Penal), o legislador contemplou uma nova forma de participação no comportamento punível (*o interveniente*), que surge para suprir uma lacuna normativa que se apresentava quando se buscava penalizar sujeitos que careciam das condições descritas no tipo penal especial. O método de estudo baseia-se na análise de fontes legais e jurisprudenciais para determinar se a teoria do domínio do fato ou a teoria da violação do dever conseguem apresentar soluções plausíveis ao atribuir responsabilidade penal. Os resultados demonstram que, apesar de a teoria do domínio do fato ser reconhecida para resolver os problemas de autoria e participação em crimes especiais, nos últimos anos, a teoria da violação do dever tem ganhado força.

Palavras-chave: Coautor, comportamento punível, crime *extraneus*, interveniente, jurisprudência.

I. INTRODUCCIÓN

Según la Ley 599 de 2000 o Código Penal (en adelante, CP), en la ejecución de la conducta punible pueden concurrir varias personas, que el CP denomina *autores* y *partícipes*. Un primer acercamiento general a la definición de *autor* es aquel sujeto que lleva a cabo la conducta punible descrita en la norma penal por sí mismo o utiliza a otro como un instrumento para desarrollar el verbo rector. A su vez, el CP establece que también puede ser autor aquel sujeto que representa de forma autorizada o de hecho a una persona jurídica, natural o ente jurídico. En cambio, los *partícipes* son el determinador y el cómplice. El primero es aquel sujeto que se encuentra en la capacidad de generar en otro una idea criminal, mientras que el segundo contribuye a la realización de la conducta punible o presta una ayuda posterior.

Con la entrada en vigor del CP, se puso de manifiesto una nueva forma de participación en la conducta punible destinada a los partícipes, a la que se le otorgó la denominación de *interviniente*. Se creó una nueva forma de participación con el propósito de castigar, aunque con pena más benigna respecto a la sanción contemplada para el autor, al sujeto que no ostente las calidades y/o condiciones especiales previstas en el tipo penal, pero sí concurre en su ejecución de forma activa. El denominado *interviniente* aparece para suplir un vacío normativo que se presentaba al momento de querer sancionar penalmente a los sujetos que carecían de las condiciones descritas en el tipo penal especial, siempre y cuando no actúen en representación de una persona o ente jurídico.

Con la aparición del *interviniente* en el CP, ha generado una serie de problemas para diferenciar si debe ser considerado como un autor o un partícipe. De ahí que se hayan propuesto varias soluciones por parte de la doctrina, entre las cuales se destacan: i) el *interviniente*, al no contar con la calidad que requiere la norma penal, no podrá responder como autor de un delito que exige sujeto activo cualificado¹; ii) el *interviniente* es un autor, pero carece de las condiciones previstas en la norma penal, por lo cual debe estar sometido a una punición inferior²; iii) el *interviniente* debe ser objeto de sanción a título de partícipe, mientras que el sujeto que ostenta la calidad debe ser sancionado como autor³. Ante la disparidad de posturas por la doctrina,

-
- 1 Pedro Alfonso Pabón Parra. **MANUAL DE DERECHO PENAL. TOMO I. PARTE GENERAL**. (9.^a edición). Ediciones Doctrina y Ley. (2013).
 - 2 Fernando Velásquez Velásquez. **FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL**. (3.^a edición). Tirant lo Blanch. (2020).
 - 3 Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. **DERECHO PENAL PARTE GENERAL** (11.^a edición). Tirant lo Blanch. (2022).

resulta necesario acudir a la revisión de las decisiones de la Corte que aborden el problema antes mencionado.

Con base en lo ya mencionado, se elaboró la siguiente pregunta de investigación: ¿la teoría del dominio del hecho o de la infracción de deber es coherente con el CP para resolver el interrogante de autoría y participación del interviniente? Para cumplir con el objetivo establecido, se desarrolló una investigación con enfoque descriptivo de análisis y reconstrucción de una línea jurisprudencial, la cual ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) como la jurisprudencia sostenida y pacífica, razonable, en donde existe un consenso básico sobre un tema, lo cual genera un hilo argumentativo que reduce el riesgo de equivocación por parte de los funcionarios judiciales y que cumple el papel de orientación en su actividad⁴.

A estos efectos, se ha analizado la totalidad de los pronunciamientos en torno al interviniente en el derecho penal, abarcando el periodo 2002-2023 para un total de veintiocho decisiones analizadas.

II. APROXIMACIÓN AL INTERVINIENTE EN LOS TIPOS PENALES ESPECIALES

A partir del estudio de los tipos penales consagrados en el CP, se observa que estos describen conductas humanas que el legislador considera contrarias a las expectativas de una convivencia en comunidad, las cuales perfectamente pueden ser realizadas por una sola persona. Sin embargo, las personas no suelen actuar solas; por el contrario, es más común que actúen en colaboración con otros sujetos, como se evidencia en el desarrollo de múltiples actividades que llevan a cabo en su diario vivir. Por eso, cuando se analizan determinadas conductas contrarias a la convivencia pacífica, se observa que en muchas de estas actúan varias personas en actividades ilícitas, por ejemplo, el concierto para delinquir, de ahí que el legislador hable del concurso de personas en la conducta punible.

Definir la clasificación de los delitos de acuerdo con la doctrina nacional es claramente polisémico. Sin embargo, existen dos clasificaciones que vienen siendo aceptadas por la mayoría: la primera hace alusión a los denominados *delitos comunes*; estos tipos penales son aquellos en los cuales no se exige que el sujeto activo que desarrolla el verbo rector deba ostentar alguna cualificación o calidad requerida para ser autor, de ahí que se afirme que estos pueden ser cometidos por cualquier persona.

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 26.680. (M.P.: Isaura Vargas Díaz; 2006).

En contraposición a los delitos comunes, aparece otra clasificación de delitos que se han denominado *delitos de sujeto activo cualificado*, pues estos sí exigen que el sujeto que lleva a cabo la conducta descrita en la ley ostente una categoría o condición preestablecida previamente por el legislador para que puedan ser considerados como un autor del tipo⁵.

Entre las formas de concurrir en un hecho punible según el CP se reconoce que existen dos grupos, a saber: autores (art. 29) y partícipes (art. 30). Sin embargo, en la participación en los tipos penales con sujeto cualificado suele aparecer un sujeto que no reúne dichas calidades específicas que describe el tipo penal, de ahí que no se logre una adecuación jurídica necesaria que cumpla con la aplicación estricta del principio de tipicidad; esto es, lo que ha denominado la doctrina dominante como *extraneus*⁶. Desde el punto de vista de nuestro derecho penal sustantivo, el particular o sujeto que no reúna las condiciones especiales exigidas por el legislador en el tipo penal, pero que participa en la consumación de alguno de los delitos de sujeto activo cualificado, debe ser sujeto de responsabilidad penal a título de interviniente.

La postura anterior fue objeto de críticas por parte de la doctrina especializada, pues existen autores que afirman que en los tipos penales que requieren un sujeto activo cualificado en sentido estricto; es decir, aquellos tipos penales en los que el legislador estableció previamente una calidad o condición que solo puede infringir aquel sujeto que ostente el deber jurídico específico resulta imposible la autoría en cualquiera de sus formas para el *extraneus*, pues sin elemento objetivo del tipo, que sería la condición, la conducta sería atípica. No obstante, se podría hablar de una participación en el delito, siempre y cuando en la consumación de este concorra un sujeto activo cualificado, es decir, un sujeto que sí ostente la calidad; de lo contrario, resulta imposible solo atribuirle responsabilidad al *extraneus*⁷.

III. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO VS. LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Los inicios de la teoría del dominio del hecho (en adelante, TDH) se remontan a 1930 y nace como una teoría opuesta a la llamada teoría objetivo-formal, según la cual se debía reconocer como autor solo a aquella persona que realizaba la conducta

5 Fernando Velásquez Velásquez, *supra*, nota 2.

6 Pedro Alfonso Pabón Parra, *supra*, nota 1.

7 Edgardo Alberto Donna. *LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL*. (2.^a edición). Culzoni Editores. (2022); Santiago Mir Puig. *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL*. Editorial Reppertor. (2015).

punible bajo propia mano. Para este momento de la historia, la TDH gozaba de credibilidad en la literatura. Sin embargo, las críticas no se hicieron esperar, pues se trataba de una teoría bastante reducida que parece que solo admitía como autor a la autoría inmediata. La TDH, en contraposición con la teoría objetivo-formal, reconoce un enfoque mixto, pues tiene aspectos subjetivos y objetivos que la hacen una teoría que concilia posturas radicales previamente propuestas para diferenciar entre autores y partícipes.

Los primeros acercamientos a lo que se conoce hoy en día como TDH se deben a Adolf Lobe, quien para 1933 afirmó que el rasgo esencial de la autoría se puede dividir en dos elementos: voluntad y dominio. El primero hace referencia a la intención de querer cometer el hecho como propio; en cambio, el segundo elemento se relaciona con el dominio de la ejecución, es decir, tener la capacidad de controlar la producción del resultado. Con estos requisitos, cuando hace falta alguno, no se está en presencia de la autoría sino de la participación, pues esto ocurre con las otras personas que participan en el delito, quienes no ostentan el dominio de la acción y por tal motivo no pueden ser autores sino partícipes en la producción del resultado típico. Este primer acercamiento a la TDH está marcado por una corriente subjetiva.

Unos años más adelante, en 1939, Hans Welzel desarrolló lo que hoy en día se conoce como el “dominio final del hecho”; es decir que el dominio final se presenta cuando el sujeto actúa con consciencia de la finalidad y que el sujeto materializa su voluntad en la ejecución de la conducta típica que desea llevar a cabo. En todo caso, esta propuesta también termina abordando un enfoque subjetivo. Posteriormente, se presentó un concepto de dominio del hecho, pero con un enfoque objetivo; acercamiento que se debe a Wilhem Gallas, quien propuso por primera vez un baremo para una interpretación de la autoría y participación a la luz del dominio del hecho. Esta propuesta le permitió a Claus Roxin desarrollar la TDH más adelante.

1. La distinción de los intervinientes en el hecho propuesta por Claus Roxin

En relación con la forma de determinar quién es autor y quién es partícipe de un delito, se debe empezar con la tripartición propuesta por Claus Roxin, quien afirma que existen delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano. Los primeros son los delitos comunes como el homicidio (art. 103 CP), el hurto (art. 239 CP), la estafa (art. 246 CP), etc. En cambio, en otros delitos existe un deber personal que recae sobre determinado sujeto, el cual solo le corresponde a él y no es transferible, de ahí que se afirme que el delito se consuma cuando existe una infracción de deber, que sería el

caso del delito de administración desleal (art. 250b CP), pues solo sobre el administrador o socio recae el deber de administrar correctamente el patrimonio. La otra forma viene representada por los delitos de propia mano, que se presentan cuando el que realiza el tipo penal lo ejecuta por propia mano⁸.

La TDH propuesta por Claus Roxin parte de señalar que el criterio decisivo para ser reconocido como autor de un delito de dominio se relaciona con la posibilidad de dominar el acontecer o la realización del delito; es decir, es aquella persona que tiene un papel determinante en la realización del tipo penal. Por tal motivo, aquel que no ostente dicha facultad en la ejecución de la conducta punible debe ser considerado como un partícipe de esta. Si bien pueden llegar a tener influencia dentro del acontecer del delito, estos no son determinantes para su ejecución. Es así como se puede llegar a ser autor en tres formas: autor inmediato, autor mediato y coautoría.

Dependiendo de la forma de autoría, se presenta el dominio del hecho. En primer lugar, en la autoría inmediata se reconoce al autor cuando este ostenta el dominio de la acción. Es el caso de aquel sujeto que comete el delito bajo su propia actividad corporal, de ahí que este en la ejecución de la conducta punible tenga el personaje central, pues su influencia en el delito es determinante o decisiva. En ese caso, quien mejor se encuentra en posición para dominar la acción es aquella persona que ejecuta el hecho típico. Cuando se afirma por la doctrina que es autor quien domina la acción, es decir, quien por sí mismo ejecuta la acción prevista en la norma, sin tener en cuenta si lo hace en interés propio o ajeno. Un claro ejemplo se presenta cuando Catalina le causa la muerte a Isabella con una botella de alcohol por hablar mal de ella. En este caso, Catalina domina la acción, ya que ella por su propia actividad corporal y en interés propio le causa la muerte a Isabella, y por eso debe entrar a responder en la calidad de autor en el delito de homicidio.

Lo mismo puede ocurrir cuando se actúa en interés ajeno, pues en este caso Juan le entrega una suma de dinero a Catalina para que le cause la muerte a Isabella. Juan desea causarle la muerte a Isabella por motivos pasionales, pues ella terminó con su relación sentimental de ocho años dejándolo solo y en un alto estado de depresión. Ante el ofrecimiento de la suma de dinero, Catalina le causa la muerte a Isabella con una botella de alcohol. En este caso, quien domina la acción es Catalina, ya que ella ejecuta la acción por sí misma, pero en provecho de otro, y por esa razón debe entrar a responder en la calidad de autora del delito de homicidio, mientras que Juan es un determinante en el delito de homicidio, pues a pesar de no cometer el delito por

8 Claus Roxin. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. TOMO II. ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO. Civitas. (2014).

propia mano, sí está en la capacidad de determinar a Catalina para que ella infrinja la norma.

En cuanto a la autoría mediata, lo que se domina es la voluntad, pues en esta clase de autoría se instrumentaliza a otro para dominar un acontecer. En esta modalidad, se puede dominar el acontecimiento sin tener que participar en la ejecución del delito, a diferencia de lo que ocurre en la autoría inmediata. En este caso, lo que se domina es la voluntad del que ejecuta la conducta descrita en la norma, a través de tres prototipos previamente definidos, como son: i) en virtud de coacción, ii) en virtud del error o iii) en virtud de aparatos organizados del poder. A la luz de esta modalidad, el que influye en la ejecución del delito, pero sin estar implicado directamente en la realización del tipo penal, debe entrar a responder como un autor mediato.

El dominio de la voluntad en virtud de coacción se presenta cuando un sujeto coacciona a otro para que cometa determinada conducta que amerita un reproche penal; por ejemplo, cuando Camilo coacciona a María con causarle la muerte a su hijo si ella no comete un hurto en el supermercado “La Tiendecita” y le entrega la suma apoderada. En este caso, se presenta una autoría mediata en virtud de coacción, pues existe una fuerza sobre determinada persona para que cometa cierto delito. Es así como la conducta de María, a pesar de ser un autor inmediato en el delito de hurto, se encuentra justificada, pues ella no ha cometido el hecho de manera libre y voluntaria, sino un tercero que sería el autor mediato que ha dominado la voluntad del autor inmediato a través de la coacción.

Existe también autoría mediata cuando se provoca la causal justificante en el autor inmediato, pues en este caso no existe una coacción, sino que se presenta una circunstancia en la que se crea una situación externa que corresponde con una causal de ausencia de responsabilidad penal. Un claro ejemplo se puede presentar cuando Jairo desea la muerte de su peor enemigo Antonio, pero para cumplir con su objetivo Jairo decide poner en peligro a Camilo, pues Jairo decide amarrarlos con una sogá a cada uno y ponerlos sobre una tabla, de ahí que el primero que logre soltarse provoque que el otro caiga al vacío y muera. En este caso, estamos en presencia de una autoría mediata, pues Jairo está en la capacidad de dominar la voluntad y se sirve de Camilo para que se suelte más rápido de la sogá y le termine causando la muerte a su peor enemigo Antonio.

El dominio de la voluntad en virtud del error, según lo propuesto por Roxin, se puede configurar cuando el sujeto de atrás ostenta un mejor conocimiento que el instrumento. De ahí que Roxin proponga cuatro supuestos de dominio en virtud del error, a saber: i) el instrumento actúa sin dolo; ii) el instrumento actúa con dolo, pero se encuentra en un error de prohibición que el autor mediato ha provocado o se

aprovecha de este; iii) el instrumento actúa de forma típica y antijurídica, pero supone alguna circunstancia que excluiría su responsabilidad penal; y iv) el instrumento es responsable penalmente, pero el autor mediato está en la capacidad de comprender la magnitud del daño de una mejor forma.

El primer supuesto se presenta cuando el instrumento actúa sin dolo, es decir, el sujeto obra sin conocimiento o sin voluntad, de modo que obra sin tener la conciencia del daño que puede llegar a causar. Esta modalidad de autoría mediata se puede presentar cuando Eduardo, médico general, le ordena a la enfermera Julieth que le ponga una inyección al paciente David supuestamente para disminuir el dolor que siente por una herida en el abdomen. Sin embargo, esta inyección tiene un veneno mortal que le causa la muerte. En este caso, se presenta una forma de dominio por error, pues Eduardo está en la capacidad de conocer el curso causal de aplicar una inyección con veneno y emplea a una enfermera que actúa sin dolo, pues ella cree que está obrando en el cumplimiento de una actividad lícita, pero puede que con imprudencia al no verificar el contenido de la inyección.

El segundo supuesto se presenta cuando el instrumento actúa con dolo, pero se encuentra en un error de prohibición vencible o invencible que es aprovechado por el autor mediato que se encuentra en una posición privilegiada respecto al instrumento, pues este sí posee una información jurídica correcta. Esta modalidad se presenta cuando Cristóbal (nacional colombiano) se hace amigo de Natalia (nacional holandesa) y aprovechándose de ella le hace creer que en Colombia la marihuana es legal a pesar de saber que no es así. De ahí que le solicita que viaje a Colombia con cuatro kilos de marihuana para que la puedan vender y obtener unos ingresos económicos. Como Natalia sabe que en su país de origen la marihuana está legalizada, decide arribar a Colombia con la sustancia creyendo en lo manifestado por Cristóbal. Cuando se encuentra en el aeropuerto Eldorado, es capturada por agentes de la Policía. En este caso, se trata de una provocación de un error de prohibición con fines delictivos y Cristóbal sería un autor mediato.

El tercer supuesto se presenta cuando el instrumento actúa de forma típica y antijurídica, pero se supone que existe en su conducta alguna circunstancia capaz de excluir su responsabilidad penal. Esta modalidad se presenta cuando Camila le hace creer a su esposo Daniel que ella viene siendo víctima de extorsión por parte de Carlos, quien afirma tener videos íntimos de ellos que va a publicar en redes sociales si no le entregan una suma de dinero. Camila induce a su esposo a que cometa un hurto en el supermercado "La Tiendecita" y que el dinero hurtado se le entregue a Carlos para que no publique los videos. Daniel cree que está actuando en una causal de justificación al proteger un bien de su esposa. En este caso, Camila es autora mediata,

ya que le hace creer a su esposo que él está actuando en una causal que justifica su comportamiento.

En el cuarto supuesto, el instrumento actúa de forma típica, antijurídica y culpable; de ahí que se reconozca que su comportamiento es contrario a una norma. También, se reconoce que en su comportamiento no existe ninguna causal de ausencia de responsabilidad penal. Un claro ejemplo sería cuando Samuel le entrega unas pastas para dormir a su mejor amigo Édgar para que este se las suministre a su papá, Camilo; sin embargo, estas pueden llegar a causar un estado de coma y producir una lesión neuronal permanente. En este caso, Roxin plantea que las consecuencias más graves se deben endilgar a título de autoría mediata, es decir que en un primer momento Édgar es consciente de que con su conducta puede generar alguna lesión, pues el cuerpo de su padre puede no tolerar este tipo de medicamentos, de ahí que Samuel sería inductor del delito de lesiones, pero de las consecuencias más graves, esto es, la lesión neuronal permanente, sería autor mediato en un mismo tipo penal. Esto es lo que Roxin ha denominado como el engaño sobre la magnitud del injusto, de las circunstancias cualificantes o de la identidad de la víctima⁹.

El dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder se presenta cuando existe un sujeto de atrás que da una orden y el autor inmediato la ejecuta, pero la particularidad de esta autoría mediata es que no se utiliza la coacción o el error en el instrumento, sino que existe una fungibilidad de autores inmediatos que cumplirían la orden. En esta modalidad, el que ejecuta de propia mano el hecho punible es un autor inmediato. No obstante, quien emite la orden es autor mediato, pues la ejecución del hecho no depende del autor inmediato, sino de quien da la orden, pues se encuentra con la capacidad de dominar el hecho. Un claro ejemplo se presenta cuando el grupo al margen de la ley denominado “Los Inimputables”, en cabeza de su jefe Álvaro, ordena a sus subalternos causarle la muerte al periodista Mario.

Por otra parte, en la coautoría se puede llegar a dominar el hecho siempre y cuando se ostente el dominio de una función fundamental de este; es decir, se puede dominar el acontecer junto con otras personas, por eso es que se reconoce un dominio funcional. De ahí que si varios ejecutan conjuntamente un hecho, es procedente sancionar a cada uno como un autor. A diferencia de las otras autorías señaladas, en esta se presenta una división de funciones que debe ser esencial para el cumplimiento del objetivo propuesto. Por ejemplo, Katherin y Jaime deciden conjuntamente cometer hurtos bajo la modalidad de cosquilleo en buses del servicio público. Para dar cumplimiento al objetivo propuesto, Katherin ingresa a los buses y comienza a distraer a los pasajeros con sus atributos físicos, mientras que Jaime aprovecha la distracción

9 *Id.*

para apoderarse de las pertenencias de los pasajeros, entre estas, celulares y billetes de los hombres que se movilizan en este sistema. En este caso, se presenta un codominio funcional del hecho, ya que cada uno posee la posibilidad de frustrar el objetivo propuesto mediante la negativa a desarrollar su función.

De esta modalidad, se derivan tres requisitos determinantes para la coautoría. En primer lugar, debe existir un acuerdo común. En segundo lugar, se ha de verificar una ejecución conjunta; en este caso, se debe evidenciar una división de funciones que cada uno desarrolla. Y, en tercer lugar, la contribución de cada uno de los participantes debe ser esencial en la fase ejecutiva. Es importante que estos tres requisitos concursen conjuntamente, pues de no presentarse no se puede estar hablando de una coautoría bajo el dominio funcional del hecho, sino de otra modalidad de la conducta punible.

2. La distinción de los intervinientes en el hecho propuesta por Günther Jakobs

En la distinción de autoría y participación, Jakobs reconoce que existen dos modelos: los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio. La corriente de los delitos de infracción de deber se fundamenta en los deberes que ostentan ciertas personas dentro del rol social que han asumido en la sociedad. Bajo este postulado, el sujeto que ostenta la figura central entre varios intervinientes es aquel que infringe el deber previamente establecido por el legislador, bien sea por acción u omisión, de ahí que resulte indiferente para esta teoría la magnitud de la participación o el dominio del hecho, pues lo que se reprocha es la vulneración al deber asumido en la sociedad¹⁰.

Para fundamentar la responsabilidad penal, se parte de un deber asegurado institucionalmente o de una organización. Por ejemplo, Andrés, quien ostenta la calidad de juez de control de garantías de la ciudad de Bogotá, recibe una suma de dinero por parte de Esteban, abogado de confianza, para no imponer una medida de aseguramiento en contra de Abelardo. Aquí, se configura el delito de cohecho propio (art. 405 CP), de ahí que quien ostente el deber institucional, es decir, el estatus de servidor público, deberá entrar a responder como un autor: para el caso, Andrés, por ostentar dicho deber. Sin embargo, si se analiza la conducta de Esteban, tuvo un grado de participación en la conducta, lo cual no puede quedar en la impunidad. A luz del caso, se pueden presentar dos posibles soluciones: a) Esteban es autor del delito de cohecho por dar u ofrecer (art. 407 CP), pues este delito no exige un estatus; o b) si dentro de la legislación no existe un delito que cobije el comportamiento de Esteban, él

10 Günther Jakobs. (1997). **DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN**. Trad. Joaquín Cuello Contreras. (9.ª edición). Marcial Pons. (1997).

entraría a responder como un partícipe del delito de cohecho propio, pues a pesar de que su participación fue importante, no ostenta el deber y a lo sumo sería un partícipe.

En cambio, los actos desplegados en un ámbito de organización no están ligados con el cumplimiento de un deber especial o institucional. Por el contrario, estos se suelen denominar delitos de dominio. Existen tres formas, a saber: que una sola persona sea la que organice la comisión del delito y su ejecución por propia mano; por ejemplo, Nancy planea cometer un hurto y lo ejecuta ella misma. En este caso, Nancy debe responder bajo la modalidad de autor. Otra forma sería cuando varias personas organizan conjuntamente un delito mediante actos de la misma importancia, de ahí que son consideradas coautores. Pero si alguno de los que participan en la ejecución del delito realiza un aporte menor en comparación con los demás, debe entrar a responder como un partícipe. Por ejemplo, Albeiro, Omar y Felipe planean el hurto a una entidad bancaria y cada uno realiza un aporte para el cumplimiento del objetivo en común; es decir, Albeiro consigue las armas, Omar compra el vehículo y Felipe tiene los elementos para vulnerar la seguridad del banco, esto es, cada uno realiza un aporte de similar importancia. Bajo esta teoría, deben entrar a responder como coautores, pero si Camila presta una ayuda escondiendo el vehículo en el que se cometió el hurto, estaría inmersa en la modalidad de cómplice, pues su aporte no se puede equiparar al de los otros, ya que no goza de tanta importancia.

Una última modalidad se presenta cuando un sujeto está en la capacidad de someter a otro al ámbito de organización, en este caso la autoría mediata. Por ejemplo, Lucía instrumentaliza a su amiga Evelyn con la finalidad de que lleve droga al exterior y le presta una maleta con doble fondo, pero sin que Evelyn conozca que lleva una sustancia ilícita en la maleta y resulta capturada en el aeropuerto. En este caso, Lucía está sometiendo a Evelyn en el ámbito de una organización, de ahí que debe entrar a responder como autora mediata.

IV. LA PROPUESTA DE GÜNTHER JAKOBS Y CLAU ROXIN PARA RESOLVER LA PARTICIPACIÓN DEL INTERVINIENTE EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El tratamiento jurídico del interviniente en los tipos penales especiales de sujeto activo cualificado dentro del proceso penal en Colombia, a la luz de las decisiones del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, no ha sido homogéneo, pues se observan varios cambios marcados en el interior de la corporación en sus diferentes

decisiones, lo cual ha permitido que la CSJ manifieste que el interviniente puede llegar a responder como partícipe, coautor, interviniente o autor. A su vez, en unas decisiones afirma que no se requiere el sujeto activo con la cualidad o condición exigida por la norma penal para endilgar responsabilidad al *extraneus*, pero en otras decisiones afirma que se deben demostrar los elementos de la coautoría.

Si bien es cierto que existía una postura mayoritaria de la CSJ al afirmar que el interviniente dentro del proceso penal es un coautor sin cualificación, adoptando la TDH en sus decisiones para resolver la participación del interviniente en el derecho penal, sí existe una decisión más reciente en donde este tribunal cambió por completo la postura que había adoptado unos años atrás. Un ejemplo claro fue la decisión bajo el radicado 61.110¹¹, en la que retoma una postura de vieja data afianzada por la CSJ para el año 2002 bajo la cual se adopta la teoría de infracción de deber (TID). Esto demuestra una latente indeterminación del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria al abordar la categoría dogmática del interviniente en el derecho penal en Colombia, lo cual mantiene hoy en día una brecha que genera disparidad de criterios al momento de abordar la participación del interviniente en los delitos con sujeto cualificado.

El desarrollo jurisprudencial de la CSJ en cuanto al interviniente en el derecho penal lo podemos sintetizar en la línea jurisprudencial descrita en la tabla 1.

Tabla 1. ¿Cuál ha sido la teoría que ha adoptado la CSJ para resolver la participación del interviniente en el derecho penal en Colombia?

TID	TDH
12.191/2002	20.704/2003
	26.410/2008
	25.552/2008
	31.810/2009
	29.221/2009
	37.696/2011
	37.696/2012
	38.605/2012
	37.611/2012
	37.140/2013
	34.282/2013
	39.346/2013
	41.406/2014
	41.539/2014

(continúa)

11 Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 61.110. (M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa; 2022).

TID	TDH
	46.483/2016
	44.940/2016
	46.751/2017
	47.974/2017
	53.956/2018
	52.001/2019
	55.704/2019
	54.125/2019
	52.816/2019
	56.399/2020
	53.434/2020
	55.371/2021
	58.225/2022
61.110/2022	

Fuente: Elaboración propia.

Las consecuencias jurídico-penales de adoptar la TID repercuten en retomar un derecho penal de autor, pues el sujeto responde por su estatus o su calidad prevista en el tipo penal sin tener en cuenta la magnitud de su participación en la ejecución del delito. Bajo esta postura, se puede llegar a condenar como un partícipe a un verdadero autor o viceversa; es decir, solo por el hecho de ostentar una calidad prevista en la norma sin tener en cuenta si realmente el aporte a la ejecución de la conducta resulta ser importante o por el contrario una ayuda. De ahí que resulte imposible condenar bajo la calidad de autor a quien no ostenta la condición prevista en el tipo penal, a pesar de que su participación en la conducta punible resulta trascendental e importante para salvaguardar el principio de legalidad.

Se desconoce un amplio recorrido de la CSJ en donde existía una teoría dominante como la TDH, que permitía endilgar responsabilidad a la luz del dominio en el hecho y del grado de participación en la ejecución de la conducta. Si bien es cierto que se mantiene el título de imputación por parte de la CSJ, en un caso futuro en el que no se logre identificar al sujeto que ostenta el estatus no se le podrá endilgar responsabilidad al partícipe, pues la responsabilidad de este va ligada con el principio de accesoriedad, según el cual para que exista un partícipe debe existir un autor con la condición establecida en la norma.

CONCLUSIONES

Varios temas han generado discusión en la teoría del delito, pero uno de los que más ha contribuido es la participación del interviniente en el derecho penal en Colombia. A la luz de lo establecido en el CP, este es una modalidad que busca sancionar al sujeto no cualificado que participa en la consumación de uno de los delitos especiales. Sin embargo, las decisiones de la CSJ no han sido homogéneas; por el contrario, se observan marcados cambios de línea, lo cual permite resumir su postura en tres decisiones. La primera de ellas, con ponencia de Carlos Eduardo Mejía Escobar, afirma que el sujeto que no tiene la calidad preestablecida en el tipo penal no puede ser considerado como un autor, de ahí que solo quien tenga la cualidad prevista en la norma puede ser considerado como un verdadero autor. En este primer acercamiento de la CSJ al estudio del interviniente, se adopta la TID; sin embargo, el tribunal señaló que el concepto de interviniente no era autónomo y que resultaba aplicable a todas las modalidades, por eso se le reconoció un doble descuento para el partícipe interviniente.

La segunda decisión, con ponencia de Carlos Gálvez Argote, presentó una postura novedosa y aceptada en gran medida por la comunidad académica y científica, pues afirmó que el interviniente solo encuentra aplicabilidad en aquel sujeto activo no cualificado que participa en la ejecución del delito especial de manera activa y participa en la comisión del hecho, es decir, tiene un dominio del hecho, de manera que puede ser considerado como autor a la luz de la TDH. Sin embargo, no es justo imponerle la misma pena que se le debe imponer al sujeto que sí ostenta el deber específico previsto por el legislador en el tipo penal, de ahí que se le debe reconocer una disminución en la pena. En este sentido, la CSJ afirmó que el concepto de interviniente no resulta aplicable a todas las categorías de autoría y participación definidas por el legislador en el CP.

A pesar de haber operado en la CSJ una relativa calma jurídica en torno al interviniente en el derecho penal, una nueva decisión, con ponencia de Luis Antonio Hernández Barbosa, se inclina por retomar una decisión de vieja data vigente para el 2002. Una vez más, la CSJ afirma que el que ostenta la calidad prevista en el tipo penal puede ser reconocido como autor, de ahí que el interviniente en el derecho penal en Colombia otra vez queda reducido a un partícipe en la conducta punible, retomando de nuevo la TID. Sin embargo, se aclara que el interviniente no puede obtener el doble descuento como en una primera oportunidad lo había reconocido el máximo tribunal.

La más reciente decisión de la CSJ refleja la inestabilidad de teorías adoptadas al momento de estudiar la participación del interviniente en el derecho penal en Colombia. Después de una relativa calma cuando operaba una postura fuerte por la CSJ, nuevamente con el cambio de jurisprudencia queda reabierto la discusión sobre

el interviniente y, sobre todo, la posibilidad de condenar a un sujeto que no tiene las calidades previstas en el tipo penal, pero que sí ostenta el dominio del hecho en la ejecución de la conducta descrita en la norma. Hoy en día, la postura adoptada por la CSJ privilegia la TID, un asunto que seguramente traerá consigo nuevas decisiones.

REFERENCIAS

- Claus Roxin. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. TOMO II. ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO. Civitas. (2014).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 12.191. (M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar; 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 20.704. (M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote; 2003).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 26.680. (M.P.: Isaura Vargas Díaz; 2006).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 25.552. (M.P.: María del Rosario González de Lemos; 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 26.410. (M.P.: Javier Zapata Ortiz; 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 29.221. (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; 2009).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 31.810. (M.P.: Javier Zapata Ortiz; 2009).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 37.611. (M.P.: María del Rosario González Muñoz; 2012).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 37.696. (M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; 2012).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 38.605. (M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán; 2012).

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 34.282. (M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 37.140. (M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero; 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 39.346. (M.P.: José Leonidas Bustos Martínez; 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 41.406. (M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero; 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 41.539. (M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández; 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 44.940. (M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 46.483. (M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero; 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 46.751. (M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 47.974. (M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero; 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 53.956. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya; 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 52.001. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya; 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 52.125. (M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa; 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 52.816. (M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa; 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 55.704. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya; 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 53.434. (M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya; 2020).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 56.399. (M.P.: Patricia Salazar Cuéllar; 2020).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 55.371. (M.P.: Eugenio Fernández Carlier; 2021).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Proceso N.º 61.110. (M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa; 2022).

Edgardo Alberto Donna. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL. (2.ª edición). Culzoni Editores. (2022).

Fernando Velásquez Velásquez. FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. (3.ª edición). Tirant lo Blanch. (2020).

Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. DERECHO PENAL PARTE GENERAL (11.ª edición). Tirant lo Blanch. (2022).

Günther Jakobs. (1997). DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN. Trad. Joaquín Cuello Contreras. (9.ª edición). Marcial Pons. (1997).

Pedro Alfonso Pabón Parra. MANUAL DE DERECHO PENAL. TOMO I. PARTE GENERAL. (9.ª edición). Ediciones Doctrina y Ley. (2013).

Santiago Mir Puig. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. Editorial Reppertor. (2015).