

El interviniente y el artículo 30 del Código Penal*

*Fernando Velásquez Velásquez***

Resumen: En este escrito, que el autor confeccionó a petición de la Corte Constitucional, se hacen diversas reflexiones atinentes a la ciencia de la Dogmática penal y a sus cometidos; en ese contexto, se lleva a cabo un estudio de la figura del interviniente prevista en el inciso final del artículo 30 inciso 4º del Código Penal. Con esas bases se solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición, pero no por las razones esgrimidas por los demandantes –quienes solicitan declarar inexecutable la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte en jurisprudencia reiterada, por ser violatoria del principio de igualdad– sino por las que una demandan una debida construcción dogmática del derecho penal vigente.

Palabras claves: Autoría, constitucionalidad, dogmática penal, Código Penal, interviniente, principio de igualdad, programa penal de la Constitución.

Abstract: In this document, which the author prepared at the request of the Constitutional Court, various reflections are made regarding the science of Criminal Dogmatics and its tasks; In this context, a study is made of the figure of the intervener provided for in the final paragraph of Article 30, paragraph 4 of the Penal Code. With these bases, the conditional declaration of conditionality of the provision is requested, but not for the reasons put forward by the plaintiffs –who request to declare the interpretation made by the Court of Criminal Cassation in repeated jurisprudence, as violating the principle, unenforceable. of equality– but for which one demands a due dogmatic construction of the current Criminal Law.

* El concepto –fechado el 24 de marzo de 2017– fue solicitado mediante Oficio No. 1137 de 16 de marzo de 2017, en relación con la demanda contenida en el expediente D-11917 de 18 de enero de 2017, por medio de la cual se impugna la constitucionalidad parcial del art. 30 del Código Penal (inciso 4º). Como magistrado ponente actuó en ese momento el doctor Aquiles Arrieta Gómez, a quien se dirigió el escrito. La Corte Constitucional, mediante la Sent. C-015/2018, dispuso declarar executable el art. 30 inc. 4º del CP.

** Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co.

Keywords: Authorship, constitutionality, Criminal Dogmatics, Penal Code, intervenor, principle of equality, penal program of the Constitution.

En atención a la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, formulada por la señora Secretaria General de esa corporación al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, que da cumplimiento a lo ordenado en el Auto calendarado el día de siete de marzo de 2017 (folios 104 y ss., 109), se procede a participar en el debate académico propuesto en las calidades allí consignadas.

El problema debatido

En la demanda objeto de estudio se alega la inconstitucionalidad parcial del artículo 30 inciso 4° de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, cuyo texto reza de la siguiente manera: “*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*”. Aducen los accionantes que

[...] la interpretación vigente del inciso final del artículo 30 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, quebranta el principio de igualdad en la tercera acepción señalada por la H. Corte Constitucional, esto es, brinda un trato desigual y perjudicial a una categoría de personas –los partícipes de delitos especiales– que se encuentran en idénticas condiciones normativas a quienes, conforme a la interpretación actual de la Sala Penal (sic) de la Corte Suprema (sic), sí son destinatarios de la disminución punitiva consagrada en el mentado aparte del Artículo 30 CP –los coautores no cualificados– (folio 35, segundo párrafo).

Así las cosas, la impugnación se dirige no contra el tenor literal del texto (que, por lo demás, ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1122 de doce de noviembre de 2008), esto es, a lo que se llama como *disposición*, sino al sentido o significado otorgado al interpretarlo (lo que, acorde con una importante corriente teórica en el ámbito de la teoría jurídica, se denomina como *contenido normativo* o *norma jurídica*) por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas decisiones que cobijan los últimos catorce años de

pronunciamientos. La acusación de inconstitucionalidad, entonces, se dirige contra la construcción académica hecha por el citado organismo, a cuyo efecto los demandantes acuden a una sólida jurisprudencia existente sobre la materia como se infiere de la “aclaración preliminar” previa al escrito (folios 2 a 10).

La crítica sobre las razones aducidas

La ubicación del asunto debatido.

Para empezar, honorables magistrados, se debe llamar la atención de esa corporación sobre la importancia de la problemática objeto de discusión que no es de poca monta, pues se trata de un asunto ligado a la *teoría del concurso de personas en el delito* (Velásquez, 2009a, pp. 1020 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 867 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 565 y ss.) designación que no era usual en el derecho penal colombiano (se comenzó a emplear en Velásquez, 1994, pp. 532 y ss.; Velásquez, 1997, pp. 606 y ss.), y ésta, a su vez, a la *teoría de la tipicidad* que, añádase, es un capítulo muy importante de la construcción académica denominada como *teoría del delito*. Esta última alzada, que es uno de los componentes de la parte general del derecho penal (los otros dos son la teoría de la ciencia del derecho penal y la teoría de las consecuencias jurídicas del hecho punible: Velásquez, 2009a, pp. 30 y 31; Velásquez, 2009b, pp. 6 y ss.), es el más importante edificio teórico de la ciencia del derecho penal o *dogmática penal* a lo largo de los últimos casi doscientos años, sobre todo en países como Alemania y en los de su misma órbita cultural en estas precisas materias.

La dogmática jurídico-penal y la figura del interviniente.

Por supuesto, esta última disciplina –aunque se discute su carácter de saber científico–, forma parte de un verdadero modelo integrado de ciencia penal y se habla de ella en virtud de la influencia del derecho romano a partir

de la escuela de la exégesis francesa y de la jurisprudencia de los conceptos alemana, que tiene su máximo sistematizador en Rudolf von Jhering (1818-1892) quien, de forma paradójica, renegó de ella para postular en vez de una jurisprudencia dogmática una jurisprudencia pragmática de contenido sociológico (Velásquez, 2009a, pp. 39 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 13 y ss.).

Hecha estas precisiones, se debe decir ahora que la dogmática penal supone un derecho positivo reducido a categorías intelectuales (Hernández, 1945, pp. 102; Larenz, 1994, pp. 177 y ss.; Silva, 1992, pp. 149 y ss. 178); en otras palabras, es un saber que se puede caracterizar como un conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y, por consiguiente, falible, esto es, una ciencia (Bunge, 1980, p. 9). Desde un punto de vista literal dogmática significa ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas como verdades ciertas e indiscutibles (Roxin, 2006, p. 194). Por ello, en términos generales y desde la perspectiva de un enfoque tradicional, esta disciplina se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad jurídica, para tratar de entenderla y descifrarla, en plan de construir un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos y fijar después los principios generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto (Hernández, 1945, pp. 101 y ss.; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 79). De esta manera, desde este punto de vista, la dogmática puede ser calificada como un saber científico porque posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas.

Sin embargo, en la actualidad es insostenible un concepto como éste porque se abstiene de indagar la justificación y valoración de las normas jurídicas desde el punto de vista de la justicia social; semejante dogmática debe ser rechazada, porque privilegia el carácter sistemático de sus resultados por encima de la verdad o falsedad, identifica derecho con ley positiva, niega toda ontología social subyacente al análisis científico, sustituye la lógica de los problemas por los métodos de la lógica formal y separa teoría y praxis para dejar el saber jurídico librado a una axiología supuestamente

neutral. Sin duda, como se ha dicho, una dogmática que se contentara con la formación de tales conceptos y con la explicación de relaciones lógicas podría aportar a la solución de los problemas jurídicos tanto como nada (Larenz, 1994, p. 218).

Por ello, pues, las elaboraciones actuales añaden como tarea adicional de esta disciplina la introducción de valoraciones en el sistema normativo y plantean una dogmática crítica permeada por las elaboraciones propias de la política criminal y ésta, a su turno, íntimamente conectada con la criminología; esto es, hoy está claro que el pensamiento dogmático debe ser revisado para –sin abandonar la idea del sistema– conectarlo con la realidad, de tal manera que, al abrirle las puertas a los fines político criminales, se posibilite una dogmática internacionalmente aceptable, siempre con la meta de la búsqueda de soluciones viables para la práctica de los tribunales.

Así las cosas, honorables Magistrados, debe decirse que la dogmática jurídico-penal es el saber que se ocupa del derecho penal positivo, averigua el contenido, los presupuestos y las consecuencias de las normas jurídico penales, las cuales desarrolla y explica en su conexión interna; que ordena el material jurídico en un sistema, en el que tienen cabida las elaboraciones de los tribunales y de la doctrina; que intenta, en fin, hallar nuevos caminos de desarrollo conceptual y sistemático. Además, al retomar las diversas perspectivas jurídicas –para lo cual se remite a todo el ordenamiento jurídico– y extrajurídicas –a cuyo efecto acude a la política criminal y a la criminología–, emprende la crítica del derecho penal vigente y logra que las aportaciones criminológicas se traduzcan en exigencias político criminales las que, a su turno, se tornen en normas jurídicas, para completar así una ciencia penal totalizadora (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 46 y 47). Queda, entonces, claro que su objeto de estudio tradicional es el derecho penal objetivo, sea que se le entienda en sentido material (la sustancia sobre la que versa dicho saber) o formal (el punto de vista desde el cual se analiza) (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999, p. 103); no obstante, en la discusión contemporánea es claro que el objeto rebasa el derecho positivo y se desplaza hacia las cuestiones jurídicas del derecho penal (Silva, 1992, pp. 105, 121 y 134),

o a las opiniones científicas emitidas por la doctrina jurídico penal o teoría científica del mismo (Roxin, 2006, p. 194: “la *Dogmática jurídico-penal* es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de las disposiciones legales, y de las elaboraciones de la doctrina científica en el ámbito del Derecho Penal”; Roxin, 1997, p. 192), con lo cual se abandona el objeto acuñado a partir del positivismo normativista tradicional para dar cabida a las elaboraciones propias del positivismo sociológico y se continúa, así, con el dualismo metódico que acompaña a la teoría general del derecho desde hace casi dos siglos.

Esta disciplina, si aspira a ser tal, debe tener un método que se desarrolla en tres momentos íntimamente conectados: *interpretación, sistematización y crítica*, aunque los expositores no siempre son coincidentes a la hora de ocuparse del asunto (Hernández, 1945, p. 102). Por ello, el penalista [que, como cualquier científico, trabaja con un conjunto de proposiciones que reciben el calificativo de verdaderas o falsas, y acude a su verificación mediante la observación: Bunge, 1980, pp. 41 y ss.] toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias y reduce lo que impera igual en un concepto único, unidades o dogmas (fase de la interpretación). La interpretación, pues –para lo que se acude a la deducción, inducción y abstracción– le permite al dogmático la elaboración de categorías o conceptos generales (vr.g. la teoría del delito; la participación criminal; la imputabilidad; la teoría de la pena y de la medida de seguridad, etc.). Con esas unidades o dogmas elabora una construcción lógica (teoría), en la que cada una de ellas encuentra su cabal explicación; luego, plantea hipótesis para determinar si la teoría funciona acorde con el texto legal en su conjunto y no se contradice, o sea, la verificación (fase de la sistematización). Ello posibilita, entonces, si se va desde lo general a lo particular, la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Finalmente, como exigencia fundamental (bien afirman Berdugo *et al.*, 2010, p. 135, que “en nuestra situación histórico-cultural, admitir como postulado que la actitud del científico ante el objeto de análisis sea crítica aparece como exigencia de la propia naturaleza de la investigación científica.

La actitud acrítica en el científico le hace perder su condición de tal”), incorpora las elaboraciones criminológicas y político criminales a su sistema, y emprende tanto la crítica del derecho penal vigente como la construcción de una ciencia total del derecho penal (fase crítica); sin embargo, esta fase puede dividirse en intrasistemática y extrasistemática. La primera, es la que procede del mismo sistema jurídico y trata de precisar si la técnica legislativa empleada por el codificador ha sido utilizada en forma debida, de cara a los fines perseguidos los cuales no pueden ser otros que los plasmados en la Constitución. La segunda, en cambio, obliga al estudioso a situarse por fuera del ordenamiento jurídico y busca sustituir los criterios valorativos en los que este se asienta por los propios (aportaciones personales), a cuyo efecto cuestiona los valores del ordenamiento. En síntesis, esta es la fase del perfeccionamiento del sistema penal.

Como es obvio, y esto es vital para el desarrollo del problema examinado, un método así concebido tiene que respetar unas premisas determinadas, de tal manera que su aplicación sea rigurosa y confine la disciplina dentro de unos moldes estrictamente científicos, so pena de convertirse en un caos conceptual; por ello, las centenarias construcciones dogmáticas responden normalmente al imperio de tres leyes básicas (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 79 y 80), sin las cuales no habría sido posible entenderlas como se hace en el mundo contemporáneo.

En efecto, en primer lugar, la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo, pues ella se desarrolla sobre un ordenamiento dado cuyo contenido debe respetar, aunque tiene plena libertad de formas; es esta la *ley de compatibilidad legal*. En segundo lugar, es inherente a esta disciplina la unidad sistemática o falta de contradicción, pues la ciencia jurídica no puede entrar en contrariedad consigo misma, aunque sí romper con las nociones y principios admitidos con anterioridad, esta es la *ley* que se denomina *de completividad lógica*; y, para terminar, debe observarse la *ley de la belleza jurídica, de la armonía o de la estética*, dado que la elaboración teórica debe ser armoniosa o artística (Hernández, 1945, pp. 115 y 116). Pero como no se trata solo de llevar a cabo una elaboración coherente a partir de un

determinado derecho positivo, sino también de ofrecer perspectivas valorativas apropiadas, todos los principios que presiden la política criminal democrática deben servir de pauta al jurista (piénsese en los postulados de Estado de derecho, humanidad y culpabilidad).

Desde luego, no se busca afiliar la dogmática a una determinada concepción puesto que ella puede aplicarse para la interpretación de leyes con distintos cometidos ideológicos –por lo que se le puede calificar de “ciencia neutra” (Gimbernat, 1998, p. 160; Gimbernat, 1990)– pero sí de que ella respete la seguridad jurídica, de manera tal que no se ponga al servicio de posiciones totalitarias. Ahora bien, sería iluso plantear que la dogmática puede garantizar por sí misma la seguridad jurídica pero no postular que ella es condición para su logro. Lo que se busca, pues, es la construcción de una teoría del derecho penal que guarde armonía con los dictados propios del Estado democrático y posibilite la convivencia de amplias masas populares en sociedades abiertas y participativas; en fin, de una organización estatal que lleve a la realidad el programa ideológico promovido por la actual comunidad de naciones, concretado en los pactos mundiales de derechos humanos. Se requiere, entonces, como marco de cualquier construcción dogmática, un derecho penal de y para los derechos fundamentales de la persona humana, un derecho penal que –al advenir el nuevo milenio– solo puede ser mínimo o de garantías; al respecto, se debe partir de las elaboraciones del más grande iusfilósofo a lo largo de la historia de la humanidad en materias penales, el profesor Luigi Ferrajoli (1997; 2011a; 2011b).

En este contexto queda, pues, claro que para poder discutir con rigor académico el interesante asunto debatido es necesario partir de un determinado sistema del derecho penal que tenga como base el derecho positivo, las construcciones académicas y las elaboraciones de los tribunales; es indispensable, pues, que el asunto del interviniente no se aborde como una problemática aislada, tratada de manera caprichosa, deshilvanada, intuitiva –cosa muy habitual, como se observa por ejemplo en la exposición que se hace en la demanda en estudio–, como si no fuera evidente que lo discutido es toda

la construcción académica que se pone a prueba cuando se presta atención a cada una de sus partes.

Los yerros dogmáticos de la demanda.

Cuando se mira el sustento teórico que aparece consignado en la demanda objeto de estudio (folios 11 y ss.), se percibe que los accionantes no parten de una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del derecho penal y, como diría el profesor alemán Bernd Schüenemann, salta inmediatamente a la vista que esa “renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia” (1991, p. 31).

El indebido encuadramiento del Código Penal de 1980.

Los primeros desaciertos se observan cuando ellos abordan, de forma intuitiva, caprichosa y sin ningún rigor, la legislación penal de 1980 para decir que allí no aparecía la figura de la “coautoría impropia” (folio 12); un engendro jurisprudencial y doctrinario creado para defender un concepto extensivo de autor y castigar a todos los intervinientes en el delito como autores, y que el legislador del año 2000 dijo haber derrotado de la codificación, aunque ya el art. 29 del Proyecto de CP de 1998 fue criticado (Cfr. Galán, 1998, p. 35) por darle cobijo a esa construcción que fue desechada cuando se le dio el tercer debate al Proyecto en la Comisión constitucional de la Cámara de Representantes (López, 2000, p. 619). O, cuando aseveran que en ese Código se identifican autoría y determinación y que en él no tenía cabida la autoría mediata (folio 12, *idem*). El padre de aquella inicua figura fue el finado Profesor Alfonso Reyes Echandía (1979, pp. 176-177), quien distinguió entre *coautoría propia* e *impropia*:

[...] se da la primera cuando cada uno de los copartícipes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos, como cuando Pedro y Juan matan a Diego de sendos disparos de revólver; es, en cambio, impropia la coautoría cuando un mismo hecho típico es realizado comunitariamente y con división del

trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo, como cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hace(n) de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe las cerraduras de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía".

Lo curioso, desde luego, es que el connotado autor colombiano (véase, 1979, p. 177 y nota 201) pretendió endosarle a Reinhart Maurach (1962, p. 331), el gran penalista alemán, tal distinción al transcribir su noción de coautoría, cuando lo cierto es que el autor citado no la utiliza, aunque sí habla de la "impropia autoría" para referirse a la llamada *coautoría sucesiva* o *accesoria* que es un evento de "autoría única con resultado casualmente coincidente, gracias tan solo a la fortuita concurrencia de las actuaciones volitivas" (Maurach, t. II, p. 348; también, p. 309).

Y esas imperdonables pifias, que mal se pueden llevar a un escenario como el que proporciona este importante debate académico, continúan cuando se dice que la teoría en materia del distinguo entre autor y partícipe sostenida por "algún sector de la doctrina" de la época (¡que para colmo no citan!), era la "teoría objetivo formal" (bien distinta a la *teoría formal objetiva* que se suele discutir cuando se expone la materia y que se corresponde con un momento histórico ya superado) (cfr. folio 13); y luego, convencidos de que hacen un gran aporte, cuando a partir de su afirmación a todas luces equivocada, en el sentido de que "la referencia al determinador como una modalidad de autoría daba lugar a considerar que el Código Penal de 1980 conservaba también *resquicios de la teoría subjetiva de autor*" (*idem*). Hacen, pues, un coctel explosivo entre una concepción "objetivo formal" y otra "subjetiva" (sobre el debate en esta materia a la luz del CP derogado, se puede ver a Velásquez, 1994, pp. 534 y ss.), que no tiene ni tenía entonces ninguna vocación de prosperidad como construcción académica máxime si aparece instalada en el vacío conceptual.

La teoría del dominio del hecho de la demanda y el CP de 2000.

Y, luego, las gratuitas e incoherentes afirmaciones también se emplean para referirse al Código de 2000, al cual edifican en esta materia sobre la que llaman *teoría del dominio del hecho*, muy mal definida y entendida: “...es autor quien dirige el curso del acontecer típico, independientemente de la forma que adopte su intervención” (folio 13, *idem*; cursivas añadidas); que, para acabar de ajustar, ahora pretenden (aunque a veces el texto parece ser obra de una sola persona porque se emplea el singular al redactarlo) contrastar con el modelo “ontológico” del CP de 1980. Recuérdesse que, en medio de esta ensalada de palabras, se había dicho que esa normativa acogía una teoría “objetiva formal” y “subjetiva”; la misma que, por arte de gracia, ahora se convirtió en “ontológica”.

Sin embargo, para mayor sorpresa, afirman los accionantes que el patrón empleado por el legislador –como si las leyes se matricularan a determinadas concepciones que las hacen rígidas y pétreas– es un supuesto e imprecisado “modelo de autoría que no obedece a meras consideraciones ontológicas, pues también acude a estimaciones normativas y axiológicas” (folios 13 y 14). Por supuesto, si se hubiesen tomado el trabajo de consultar la doctrina especializada –lo cual no hacen porque, de forma estólida, solo citan a lo largo de la demanda a un autor español– hubieran sabido que el criterio del *dominio del hecho*, con gran tradición en la doctrina italiana –aunque nunca lo desarrolló a cabalidad– fue introducido en Alemania por August Hegler (1915; Castillo, 2006, p. 87), propulsado por Adolf Lobe (1933) y sistematizado por Hans Welzel (1939, pp. 539 y ss.).

Para este último expositor –a quien acompañan Reinhart Maurach (1962, p. 343) y Claus Roxin (1998; 2000; 2006, pp. 60 y ss.; 352 y ss.; 399 y ss.)–, en la medida en que el autor no reconozca una voluntad que domine la suya, se convierte en dueño del suceso (señor del hecho) que conduce a la realización del tipo, en tanto que el partícipe –al abandonar en el autor la decisión en torno a si el hecho debe llegar a su consumación– carece de tal dominio. El mérito del gran dogmático alemán fue haber logrado articular

dicho criterio dentro de su concepción finalista, con base en lo cual pudo afirmar:

[...] señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho" (Welzel, 1976, p. 145).

En igual sentido dijo Maurach (t. II, 1962, pp. 300 y ss.) que es “quien dolosamente tiene las riendas del acontecer típico”; así las cosas, en un homicidio es evidente que el dominio o el señorío del hecho lo detenta quien dispara sobre su enemigo, no así quien le presta el arma o le informa sobre el sitio donde puede encontrarlo. Por supuesto, y esto no tienen por qué saberlo los osados demandantes, aportes de trascendencia a este edificio teórico fueron realizados a lo largo de las últimas décadas por Claus Roxin –distinguido hace poco por una universidad colombiana con un doctorado *honoris causa*–, quien lo empotró dentro de su concepción funcionalista moderada (Roxin, 2000, pp. 60 y ss.) al hablar del “dominio funcional del hecho”, criterio con el cual se persigue –no solo distinguir al autor del cómplice– construir un concepto de coautoría que engloba a todo aquél interviniente que, en unión de otro u otros, domina la totalidad del suceso independientemente de que lo realice o no materialmente. Lo decisivo es, pues, que se tenga un “dominio funcional” y, se añade, que el aporte al hecho sea necesario o indispensable:

[...] se considera coautor a cualquier participante que en la etapa de la ejecución realice un aporte que sea presupuesto indispensable para la realización del resultado perseguido; esto es, aquél que, en virtud de su comportamiento funcional adecuado, hace posible que toda la empresa criminal se sostenga o se caiga (Roxin. 2000, p. 280).

No obstante, este criterio –que correctamente entendido es necesario para captar la problemática del interviniente como luego se verá– no es un principio universal (Heine & Weißer, 2014, p. 495) válido en todo lugar y en relación con cualquier derecho positivo, porque no funciona en tratándose de determinadas figuras y requiere de pautas complementarias. En efecto, no sirve por sí solo para precisar quien es autor en los llamados *delitos de inten-*

ción o figuras delictivas cuyo supuesto de hecho presenta un *plus* subjetivo, en los cuales el autor no solo debe dominar el hecho sino también aportar ese componente subjetivo o especial elemento del ánimo que el legislador ha plasmado (por ejemplo, en el hurto del art. 239 se exige “propósito de obtener provecho”).

Lo mismo sucede en los *delitos especiales* [*delicta propria*], los cuales requieren una determinada calificación en el autor que se deriva de la parte especial del CP sin la cual la conducta realizada no alcanza a ser típica, así el agente tenga el dominio del hecho y es discutible la consideración como autor del agente que solo tiene la calidad exigida (piénsese en la investidura de “servidor público” requerida en el peculado regulado en los arts. 397 y ss.). De hecho, Roxin (2000, pp. 352 y ss.) acuña una construcción paralela al “dominio funcional del hecho” que emplea en los “delitos de dominio” (delitos generales), para el caso la “infracción del deber especial extrapenal” para los que llama “delitos consistentes en la infracción de un deber”.

También, en los *delitos de propia mano* –así llamados desde Karl Binding (Roxin, 2000, p. 401)– encuentra dificultades el dominio del hecho, pues el autor debe realizar la conducta típica personalmente y de propia mano; por ello, se suelen dividir los tipos de propia mano en dos: a) los que requieren una acción corporal del sujeto activo (por ejemplo, el acceso carnal con menor de catorce años del art. 208) y b) los que sin requerir de una actuación corporal necesitan de una actuación personal (como la injuria del art. 220) (Castillo, 2006, pp. 114 y 115). Esto sucede, *verbi gratia*, en el acceso carnal o el acto sexual abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir del art. 207, en el falso testimonio del art. 442 modificado por el art. 8° de la ley 890 de 2004, o en el incesto del art. 237 del CP) (Roxin, 2000, pp. 399 y ss.; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 787).

Así las cosas, si dos o más personas realizan un delito de propia mano (por ejemplo, acceden coetáneamente a una incapaz de resistir), los tres son autores accesorios o independientes no coautores pues no comparten el dominio del hecho; así mismo, en los delitos de propia mano tampoco es

posible la autoría mediata (no realiza prevaricato el que, previa denuncia falsa, induce a un juez a dictar una sentencia equivocada: Castillo, 2006, pp. 116-117). Por supuesto, este criterio tampoco explica la autoría en los hechos imprudentes o culposos, en los cuales el autor no es quien domina el suceso sino el que ha causado el resultado típico, lo cual no impide que la acción final extratípica realizada por el agente no lo suponga, pero ello no tiene trascendencia para el legislador, esto al lado de otros cuestionamientos: parte de figuras extrajurídicas de las que extrae consecuencias de espaldas al derecho penal; como incluye un elemento subjetivo en el dominio del hecho, tiene dificultades para distinguir entre autoría y participación; conduce a una extensión del concepto de autor en algunas aspectos, como sucede en la coautoría, etc.) (cfr. Díaz y García Conlledo, 2004, pág. 43).

Así mismo, se cuestiona la admisibilidad de esta pauta en los hechos omisivos (Roxin, 2000, p. 462), pues en ellos el autor debe tener la posición de garante, aunque si varios obligados omiten realizar un deber común puede presentarse la coautoría; también, puede haberla si varios agentes, pese a no tener una obligación común, deciden omitir la acción encaminada a impedir el resultado aunque tienen el deber de hacerlo (Castillo, 2006, p. 119). Además, se debate si puede haber autoría mediata en estas figuras en torno a lo que se erigen dos corrientes: una que lo afirma (un guarda carcelario no impide, y puede hacerlo, que un prisionero dé muerte a otro); y, otra para la cual ello no es posible pues no se puede establecer un dominio dirigido del hombre de atrás sobre el mediador del hecho, pues aquel (el omitente) no puede ejercer ningún influjo sobre éste (Castillo, 2006, p. 120).

En fin, para que este criterio tenga una mejor presencia académica, su mentor se vio obligado a añadir una pauta auxiliar a la del dominio funcional del hecho, en cuya virtud el aporte realizado por el agente –para el caso en la coautoría– tiene que ser necesario o indispensable (esencial) y éste se debe producir en la fase ejecutiva del delito (teoría del aporte necesario), como por lo demás lo entiende el artículo 29 de nuestro Código Penal. Como es obvio, estas y otras críticas según las cuales –por ejemplo, se ha dicho (Castillo, 2006, p. 91) que como esta concepción parte del supuesto de que el do-

minio sobre el hecho total no está en manos del coautor particular sino que corresponde al sujeto colectivo como tal, contradice su punto de partida: si el dominio sobre el acontecimiento total “es el criterio para definir al autor y si este criterio, en el caso de la coautoría, solamente lo llena el ente colectivo como tal, entonces lógicamente no puede definirse con ese mismo criterio al coautor particular como autor”– no han evitado que esta construcción se extienda en la doctrina y la jurisprudencia alemanas (Heine & Weißer, p. 496, que la muestran como dominante en la discusión contemporánea), e incluso en la nacional (Sent. 26/10/2000, Rad.: 15610, CSJ; Sent. 21/04/2004, Rad.:18656, CSJ; 9/04/2006, Rad.: 22327, CSJ, aunque las confusiones en su empleo son evidentes y preocupantes) que, adviértase, no es consecuente a la hora de asumir sus consecuencias.

En síntesis: muy lejos de entender la construcción del dominio del hecho están los demandantes como para poder extraer alguna consecuencia en el plano teórico del concepto emitido por ellos y poder edificar, así, su pretensión encaminada a que se declare la inconstitucionalidad demandada.

El yerro en relación con la coautoría y otras imprecisiones.

Por supuesto, los desaciertos de la demanda continúan cuando los accionantes llaman como “*coautoría impropia*” a la figura de la coautoría plasmada en el artículo 29 Código Penal, como si no fuera evidente que se trata de una construcción lo suficientemente decantada por la doctrina nacional (Velásquez, 2009a, pp. 1053 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 899 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 582 y ss.) y extranjera y que, recuérdese, por decisión del propio legislador histórico, no tiene ningún resquicio en el derecho vigente.

En efecto, está claro que esta figura se presenta cuando varias personas –previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito: Castillo, 2006, p. 236)– llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Desde luego, no es necesario que los coautores se conozcan, bien puede suceder que varias personas planifiquen y ejecuten un delito sin tener contacto personal y/o físico entre ellas; piénsese,

en efecto, en quienes a través de la internet planean una estafa a una entidad bancaria, o en los presos que, mediante señales sonoras, planean una fuga y la ejecutan (Castillo, 2006, p. 237). Dicha construcción, pues, se basa también en el *dominio del hecho final-social* (la nota de social se le añade como parte de la construcción de la teoría del delito que se adopta; véase, Velásquez, 2009, t. I, pp. 588 y ss., t. II, 1034-1035; Velásquez, 2009b, pp. 882-883) –que aquí es colectivo y de carácter *funcional*– por lo que cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros (Roxin, 2000, p. 280; Jescheck & Weigend, 2002, pp. 725-726; Heine & Weißer, p. 500), aunque existen opiniones en contra (Díaz y García Conlledo, 2004, p. 55).

A lo anterior, añádase, esas elaboraciones las pretenden edificar en la que califican como “la más reputada doctrina” referida al Código Penal de 2000, aunque solo citan a un autor –para el caso al jurista Miguel Díaz y García Conlledo quien, señálese, pretende que sus construcciones levantadas a partir de la legislación española son válidas en Colombia, como si el derecho vigente fuese el mismo– y olvidan que esta problemática ha sido objeto de múltiples desarrollos por la propia academia nacional (cfr. Arroyave, 2000; Arroyave, 2011; Fernández 1986/1989; Fernández, t. I, 2004; Fernández, 2012; Gómez, 2001; Gómez, 2003; Gómez, 2005; Salazar, 2007; Salazar, 1987, pp. 17 y ss.; Salazar, 1992; Salazar, 2011; Suárez, 1998; Suárez, 2007; Velásquez, 2002; Velásquez, 2004; Velásquez, 2007; Velásquez, 2009a; Velásquez, 2009b; Velásquez, 2010; Velásquez, 2013; Velásquez, 2014; Velásquez, 2017, pp. 569-607) y, para no ir muy lejos, cómo desconocer los aportes de autores como Fernández Carrasquilla quien, con independencia de que se compartan o no sus opiniones (a ratos imprecisas), le dedica a la problemática un análisis muy serio y detenido (2012, vol. II, pp. 783-935) que los autores de la demanda ignoran de manera imperdonable.

Es más, los accionantes –en plan de diferenciar entre autores y partícipes– vuelven a citar al autor hispano de quien transcriben un párrafo en el cual ni siquiera se ocupa de esa problemática (Díaz y García Conlledo, 2004, pp. 33 y ss.), no sin antes hacer una afirmación que sorprende, porque envuelve una evidente confusión conceptual: “*La vinculación entre autoría y*

tipicidad o, lo que es lo mismo, entre autoría y el fundamento en abstracto de la punibilidad...” (folio 15). Desde luego, nadie que haga un planteo serio en estas materias podrá afirmar que la categoría dogmática de la tipicidad se confunde con el “fundamento abstracto de la punibilidad”, dos cosas completamente distintas, así sea para reiterar que el modelo adoptado por el legislador se basa en “consideraciones fácticas u ontológicas” y a “razones de orden jurídico o normativo” (folio 16). ¡De esta manera, los demandantes parecen despedirse de su extraña “teoría del dominio del hecho” expuesta en sus comienzos!

El descenso a la problemática del interviniente.

Aquí las incorrecciones se observan una vez más: se empieza por afirmar que el artículo 30, todo, es un dispositivo amplificador del tipo penal cuando es lo cierto que no son los textos legales los “dispositivos” sino las figuras plasmadas en ellos. Además, llama la atención que se entienda la complicidad en el hurto como el “auxilio al apoderamiento”, con el olvido de las propias fórmulas legales que con toda claridad distinguen diversas modalidades de complicidad: “Quien *contribuya a la realización* de la conducta antijurídica o *preste una ayuda posterior*, por concierto previo o concomitante a la misma” (art. 30 inciso 3º), sea que la complicidad se califique de necesaria o necesaria en atención, al “*mayor o menor grado* de eficacia de la contribución o ayuda” (art. 61 inc. 4º) (Velásquez, 2009a, pp. 1080-1087; Velásquez, 2009b, pp. 922 y ss.; Velásquez, 2017, pp. 593-596).

Y ello, justo es recordarlo, les permite hablar de un “concepto restrictivo y diferenciado de autor” (p. 16) como si no fuera evidente que el concepto de autoría que prevé la legislación penal (salvo el grave yerro en materia de determinación y las escabrosas construcciones que a veces asoman en la parte especial) es diferente para las figuras dolosas y culposas, como también sucede en el derecho comparado: restrictivo para las primeras y extensivo para las segundas (Heine & Weißer, 2014, p. 487). El contraste más fuerte se aprecia en las posturas finalistas, que se ven obligadas a trabajar con un concepto

final de autor (hechos dolosos) y otro causal (hechos culposos) (cfr. Welzel, 1976, pp. 143 y ss.; Jescheck & Weigend, 2002, pp. 697 y ss.).

De nuevo, pues, se observa como las propuestas que se hacen no responden a un sistema ordenado de conocimientos, no presuponen un sistema del derecho penal del cual se parta, sino que son producto de afirmaciones no fundadas que no tienen pleno asidero teórico y legal. Por eso, se asevera que –en atención al principio constitucional de la igualdad plasmado en el artículo 13 que se estima violado– se debe dar un trato distinto “a quienes concurren fácticamente al hecho de forma diversa o tienen condiciones jurídicas distintas que son fundamento de punibilidad” (p. 17); esto, por supuesto, para cobijar a determinadores y a cómplices.

El problema es que los demandantes no reparan en la grave violación al principio de la igualdad constitucional que se deriva del propio inciso 2° del artículo 30 y que ya se apuntó más arriba –en aparte que, por supuesto, no es el demandado por ellos– en el cual se equiparan la pena del autor y la del determinador (que debería llamarse *instigador*: “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”; léase de otra manera: se le impone al *autor* la misma pena del *partícipe* en sentido estricto, lo cual es propio no de un concepto restrictivo de autor sino de uno extensivo que va de la mano de un derecho penal de autor no de uno de acto. Esto último es fundamental, por supuesto, para un mejor entendimiento dogmático del último inciso del artículo 30, que es el demandado, como luego se dirá.

Por ello, en desarrollo del programa penal de la Constitución, en especial de los principios de acto, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad –y, por supuesto, el de igualdad–, se ha planteado de parte nuestra que la pena imponible al determinador (*partícipe* en sentido estricto) no puede ser igual a la del autor sino que puede llegar a serlo en atención a las formas, grados y modalidades que asuma esa especie de participación criminal en sentido estricto, porque

[...] la ley indica que “incurrirá en la pena prevista para la infracción”, que –de entenderse literalmente– conducirá a aplicarle al inductor siempre la misma sanción que

al autor, tal como también preconizan otros derechos penales como el alemán y el español; no obstante, si se tienen en cuenta las consideraciones ya hechas, nada se opone a que el fallador imponga una pena inferior cuando sea evidente que la actividad desplegada por el agente no tenga la profundidad suficiente como para determinar por sí sola al autor, máxime que se trata de una equiparación muy discutible desde la perspectiva criminológica amén de injusta. No a otra conclusión puede llegarse en aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad (idoneidad o adecuación del medio al fin) y culpabilidad, desarrollados en este punto por los arts. 3º, 12 y 61 del CP, y gracias a consideraciones de justicia material, como ya se explicó. *Es, pues, imprescindible admitir la existencia de grados de instigación para no tratar a todos los intervinientes de igual manera, so pena de atentar contra los postulados inspiradores de la codificación e incurrir en marcadas injusticias; por lo demás, eso hace el legislador cuando dispone que se les atenúe la pena en la cuarta parte (1/4), cuando se tratare de su participación en tipos de sujeto activo calificado o de propia mano* (art. 30, inc. 4º) (Velásquez, 2009a, p. 1088, cursivas añadidas; también, Velásquez, 2009b, p. 929; ya, con ocasión de la exposición que hicimos referida al CP de 1980, también se hizo una elaboración similar, en Velásquez, 1997, p. 633).

Situación todavía más difícil cuando en la Parte especial del Código Penal se castiga en diversos casos al inductor (determinador) no solo con la pena del autor sino con penas todavía más graves, con lo cual se derrumba el programa penal de la constitución. Al respecto, se ha expresado:

[...] se prevén en forma autónoma en la Parte especial modalidades de determinación o instigación como sucede con el constreñimiento para delinquir (art. 184), la instigación a delinquir (art. 348), la incitación a la comisión de delitos militares (art. Art. 349), la instigación a la guerra (art. 458), la apología del genocidio (art. 102) y el soborno (art. 444). Además, se observan diversos casos en los que se asimilan expresamente autores e inductores: al castigar los actos de terrorismo se impone la misma pena al que realiza dichos comportamientos, pero también a quien los "ordene llevar a cabo" (art. 144), lo mismo en materia de drogas ilícitas cuando se equipara a quien cultive o conserve plantaciones ilegales con quien las "financie" (art. 375); figuras similares se encuentran en los arts. 232, 263 incs. 2º y 3º, etc. En fin, incluso hay eventos en los que se castigan de forma autónoma situaciones constitutivas de determinación sin que el comportamiento al que es determinado el agente sea punible, como acontece con la inducción o ayuda al suicidio (art. 107), la inducción a la prostitución (213) o el constreñimiento a la prostitución (art. 213) que, por ende, no son casos de concurso de personas en el delito (Velásquez, 2009a, p. 1039; Velásquez, 2009b, pp. 886-887; Velásquez, 2017, pp. 575 y ss.).

Y ese punto de partida equivocado, les permite a los demandantes plantear que la interpretación constitucional correcta en materia de la figura del interviniente plasmada en el inciso 4° del artículo 30, es la sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia que, desde 2003, fue objeto de profundos replanteamientos (Sent. 25/04/2002, Rad.: 12191, CSJ) para adoptar una línea que –a grandes rasgos– ha permanecido estable desde ese año hasta la fecha, no empee lo cual los accionantes la estiman fruto de una interpretación inconstitucional (Sent. 8/7/2003, Rad.: 20704, CSJ, que se ha reiterado en decisiones como las siguientes: 23/9/2003, Rad.: 17089, CSJ; 11/2/2004, Rad.: 18050, CSJ; 15/6/2005, Rad.: 20528, CSJ; 26/4/ 2006, Rad.: 22146, CSJ; 21/3/2007, Rad.: 19794, CSJ; 23/1/2008, Rad.: 28890, CSJ; 20/2/2008, Rad.: 26146, CSJ; 17/9/2008, Rad.: 26410, CSJ; 13/4/2009, Rad.: 30125, CSJ; 3/12/2009, Rad.: 31810, CSJ; 11/12/2012, Rad.: 42312, CSJ; A. AP1184-2014, CSJ; A. AP4442-2014, CSJ; y, AP211-2016, CSJ).

En otras palabras: la demanda examinada, así no se quiera reconocer de manera explícita, pretende que la Corte Constitucional avale por esta vía la interpretación sostenida en la primera de esas decisiones, que, además, de forma oculta, se quiere convalidar mediante el pronunciamiento de constitucionalidad contenido en la sentencia C-1122 de doce de noviembre de 2008, cuando es lo cierto que esa providencia se refiere a ambas decisiones de 2002 y de 2003, sin terciar en el debate.

Consideraciones sobre la figura del interviniente

Llegados a esta altura del análisis procede, ahora, a partir de las bases ya echadas y en atención a las críticas hechas a las razones plasmadas en la demanda, ocuparse la postura académica que se considera más viable de cara al cabal entendimiento dogmático de la figura contenida en el inciso 4° del susodicho artículo 30, para lo cual se parte de elaboraciones nuestras consignadas en diversos trabajos previos (nuestra tesis se expuso por primera vez el día

19 de enero de 2002, antes de que la H. Corte Suprema de Justicia hiciese su primer pronunciamiento al respecto, en Velásquez, 2002, pp. 458-460; se mantuvo en Velásquez, 2004, pp. 467-469; Velásquez, 2007, pp. 464-466; Velásquez, 2010, pp. 593-596; Velásquez, 2013, pp. 598-601; y Velásquez, 2014, pp. 598-601. También, Velásquez, 2009a, pp. 1090-1094; Velásquez, 2009b, pp. 931-934; Velásquez, 2017, pp. 598-601), con la advertencia de que este asunto ya había sido objeto de estudio de nuestra parte a la luz del CP de 1980. En efecto, al criticar una reiterada jurisprudencia que, entonces, trataba estos eventos con la atenuante propia de la complicidad (a cuyo efecto se citaba a la doctrina argentina que se basaba en el texto de su Código Penal) que no estaba prevista, se dijo que la única solución respetuosa del principio de legalidad en estos casos era la impunidad en relación con dichos ilícitos; incluso, se advirtió que

[...] una posible vía de solución sería establecer una atenuante para el *extraneus*, que se correspondiese con su grado de injusto y de culpabilidad; o, sencillamente, establecer su punición a título de cómplice, como se pretende hacer acudiendo a la analogía *in malam partem* (Velásquez, 1994, p. 547; allí, de forma expresa, se cita la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de tres de junio de 1983).

Así las cosas, a no dudarlo, la ley penal –en lo que constituye un claro desarrollo del *principio de proporcionalidad* o de *prohibición de exceso*, que, como ya se dijo, es “norma rectora” de la ley penal colombiana de rango constitucional– dispone una disminuyente punitiva, aplicable a todo aquel que intervenga en la realización de un *tipo especial* sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo, o en uno que exija la realización personal y directa de la conducta típica, esto es, los llamados *tipos de propia mano* (inc. 4º) –naturalmente, solo aplicable si se excluye la figura del *actuar por otro* de que trata el art. 29 inc. 3º que, así los demandantes no lo creen, responde a una estructura dogmática bien distinta (cfr. Gracia, 1985; Gracia, 1986)–, así se infiere de la redacción legal: “*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*” (sobre esta fórmula, véase Díaz y García Conlledo, 2005, pp. 49 y ss.).

El texto, entonces, se refiere no solo a la realización de la conducta típica por un agente que detenta un oficio, condición o situación determinada, sino a la llevada a cabo por el sujeto que tiene las posibilidades de hacerlo en forma directa y personal; por ello, pues, la redacción emplea el adjetivo “*especial*” que designa no solo lo singular o particular, sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto, amén de que ambas situaciones son “exigidas por el tipo penal” en los términos ya dichos.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿cuáles son los *intervinientes* amparados por dicha atenuante punitiva? Al respecto, debe decirse lo siguiente: En primer lugar, la disposición se refiere a todas aquellas personas que concurran en la realización de la conducta punible sin tener las calidades exigidas en el tipo especial (*intraeius*) o que no puedan ejecutar por sí mismas la conducta punible (*de propria mano*); ellas no pueden ser castigadas con la misma pena señalada para el sujeto activo calificado o para el autor de propia mano porque, por razones de índole dogmática y político criminal, se estima que deben ser sometidas a una punición inferior atendido el menor grado de su injusto. Sin embargo, para Díaz y García Conlledo (2005, p. 74) y Miguel Córdoba Angulo (2004, pp. 82 y 93), sin ningún fundamento, solo quedan comprendidos los partícipes en sentido estricto; lo mismo que postulan los demandantes. No lejos de esa postura, Fernández Carrasquilla (2012, pp. 858, 913 y 925) para quien los “*intervinientes*” son simple “partícipes” y nunca “autores”.

En segundo lugar, dado que la propia Ley penal asimila para efectos punitivos al instigador (determinador) con el autor (cfr. art. 30 inc. 2º) –con la advertencia de que, como ya se indicó, no necesariamente esa equiparación punitiva se debe producir en todas las formas de determinación–, también parece obvio que por disposición de la misma ley el inc. 4º cobije a esta modalidad de partícipes cuando sean castigados como el autores; ello parece claro: el inductor que no reúne la calidad exigida en el tipo penal (por ejemplo la de servidor público, en los tipos especiales) o que determina a otro a realizar un tipo de propia mano –por ejemplo el tipo de acceso carnal violento del art. 205 del CP– debe ser sancionado con una pena más suave porque el monto de su injusto es diferente. Y, a su turno, el interviniente inductor

que tenga la calidad especial (por ejemplo, que también sea servidor público), no puede acogerse al tratamiento más benigno pues el inc. 2° del art. 30 lo sanciona con la misma pena del autor especial y no le reconoce la atenuante del inciso 4° que solo es para el interviniente que no tenga esa calidad.

En tercer lugar, debe hacerse alusión a los cómplices. ¿Qué sucede con ellos? Pese a que, en apariencia, la expresión *interviniente* parece darle cobijo a esta modalidad de partícipes y así se podría inferir del tenor literal de la Ley –argumento lingüístico, que es el sostenido en la providencia de la Sala de Casación Penal de 2002 ya recogido por ella, por inconveniente y que, ahora, los demandantes pretenden resucitar–, la verdad es que ella no queda contemplada dentro de la fórmula porque el mismo legislador prevé una regulación expresa en la que se comprenden las diversas especies de complicidad (primarios o secundarios, necesarios o no necesarios, sea que contribuyan o ayuden a la realización de la conducta típica y antijurídica del autor del injusto:), según ya se dijo (arts. 30 inc. 3° y 61 inc. 4°), con una diminuyente punitiva que fluctúa entre la sexta parte y la mitad que se aplica a cualquier cómplice, sea que el autor del injusto requiera o no una determinada calidad, sea o no de propia mano. Mal se puede, entonces, predicar que la diminuyente del inc. 4° también se aplica a los cómplices, porque ello llevaría a inventar una inconcebible doble rebaja para los mismos –la de los incisos 3° y 4°, que es lo pretendido por los demandantes escudados en la susodicha sentencia–, así se acuda a un argumento deleznable: la regulación de la figura dentro del art. 30 destinada a los partícipes en sentido estricto.

Sobre ello, es importante confrontar las posturas de Díaz y García Conlledo (2005, pp. 76-77), que hace esfuerzos mayúsculos por acomodar las fórmulas colombianas a su propia concepción. En el mismo sentido, apegados a la mera literalidad del texto, Alberto Suárez Sánchez (2001, pp. 13 y ss.; 2007, p. 523; 2004, pp. 97 y ss.), Alberto Hernández Esquivel (2004, pp. 97 y ss.); Yesid Reyes Alvarado [2005, pp. 552 y ss.) con el pretexto de que las posiciones ajenas a la suya implican “soluciones dogmáticamente insatisfactorias” (¿acaso solo hay una forma de hacer dogmática?) cuando no “vulneradoras de principios fundamentales como el de legalidad”, afirmación ésta

última que se pierde el vacío pues su autor no logra demostrarlo (p. 559); William F. Torres Tópoga (2005, p. 101, que habla de un “doble desvalor de injusto”); Córdoba Angulo [2004, p. 82) quien, incluso, consciente de su error, se ve obligado a “cambiar” la redacción legal tomando como punto de referencia la legislación alemana bien distinta en este punto: “una fórmula sencilla de solución (¿?) del último inciso del artículo 30 hubiese sido utilizar la expresión «partícipe» en lugar de «interviniente», con lo cual se habría hecho claridad (sic) que dicha disminución solo cubija a los determinadores o cómplices” (2004, p. 83, especialmente nota 34); Diana Patricia Arias Holguín & Juan Oberto Sotomayor Acosta (2006, p. 183) que, con olvido del derecho positivo, pretenden que la fórmula solo es aplicable a los que llama “delitos especiales impropios” mas no a los “propios” que no consideran punibles (!); José Joaquín Urbano Martínez (2004, p. 216) y, en fin, Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2004, p. 133).

Ahora bien, en relación con las dos posturas jurisprudenciales debe decirse lo siguiente: De un lado, la primera decisión de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (ratificada mediante otra: Recuérdese, Sent. de 25/4/2002, Rad.: 12191, CSJ, ratificada mediante Sent. de 20/6/2002, Rad.: 18569; en esta misma línea de reflexión, Mejía, 2008, pp. 5 y ss.), al hacer una desafortunada lectura gramatical del texto en todo caso ajena a las construcciones dogmáticas, sostiene:

Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (CP art. 30, inc. 3º), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición.

Por supuesto, no se necesita tener dos dedos de frente para afirmar que la tesis de la doble atenuación (¡doble desvalor del injusto!) es un absurdo dogmático (no se puede ser a la vez cómplice e interviniente en un mismo injusto, a no ser que se tratase un nuevo milagro de la multiplicación de los panes y de los peces esta vez de naturaleza punitiva; tampoco puede ser “cómplice” quien es “autor” sin la calidad especial exigida por el tipo), legal (la ley no la prevé y solo existe en la imaginación de algunos de sus comentaristas que,

apegados a argumentos literales, pretenden que la ubicación de la figura en el art. 30 es definitiva) y político criminal (con ese punto de partida, es más beneficioso desde el punto de vista punitivo ser cómplice de un tipo especial que de uno común), que se cae de su propio peso.

El asunto parece tan claro que un autor como Fernández Carrasquilla hace esta afirmación que aparece en medio de una exposición que no es del todo coherente:

[...] *Pero no hay razón para operar al "interviniente" una "doble rebaja": una como cómplice y otra como "interviniente" no calificado en el delito de un intraneus, ya que para la ley (CP, artículo 30) son "partícipes" el instigador, el cómplice y el "interviniente" y para cada uno de ellos se prevé una escala penal distinta: para el instigador, el mismo marco penal estipulado para el autor, para el cómplice ese mismo marco con una rebaja de "una sexta parte a la mitad" y para el "interviniente" (no calificado) ese marco con una reducción en "una cuarta parte" (2012, p. 896, cursivas añadidas).*

Y, como si ello fuese poco, Filemón Torres Vásquez al referirse a la doble atenuante para los cómplices, dice lo siguiente:

Esta interpretación no parece acertada; en efecto, como ya se indicó en el primer párrafo de este apartado, los delitos especiales son considerados particularmente graves. Siendo así, una interpretación teleológica de la norma citada debe llevar a la conclusión de que la rebaja a la que se contrae el inciso final del artículo 30 tiene que entenderse como única, pues la rebaja del inciso penúltimo, por ser más generosa, debe ser aplicada solo al partícipe de un delito común, que se considera menos grave que un delito especial. *Una interpretación diversa estaría indicando que el legislador quiso premiar a los partícipes que aquí se hace referencia, lo cual no resiste una interpretación racional (Torres, 2011, p. 464, cursivas añadidas).*

A su turno, de otro lado, la segunda providencia de 2003 que abre un nuevo entendimiento del asunto –y que, de forma curiosa, contó con la intervención de gran parte de los magistrados que suscribieron la citada en precedencia, sin que ni siquiera salvaran el voto a aquella– rectificó de forma parcial esa improcedente postura (cfr. Sent. 8/7/2003, Rad.: 20704, CSJ), al señalar que la fórmula solo se refería al autor no calificado con exclusión de los partícipes (críticamente, Díaz y García Conlledo, 2005, pp. 51 y ss.),

asunto discutible en la medida en que la voz “interviniente” también puede cobijar a otros que tengan una calidad diferente a la de autores.

Esta última providencia, sin duda, abre mejores caminos para el entendimiento del asunto, pero debe ser profundizada por las siguientes razones: olvida, que el mismo tratamiento punitivo señalado en el inciso 4° del artículo 30 se le debe dar al “autor” (lo ponemos entre comillas porque no es verdadero autor así llegare a tener el dominio del hecho) que no realiza de propia mano la conducta típica y antijurídica; además, echa de menos que, por expreso mandato legal, como ya se dijo, la diminuyente también cobija a los “determinadores” o instigadores que no tienen la calidad especial lo que, además, se explica por elementales razones de justicia material y, por ende, atendidas consideraciones de naturaleza político-criminal.

En fin, el principio de prohibición de exceso impone, como mínimo, que al determinador *extraneus* se le reduzca también la pena porque de no ser así se llegaría a otro absurdo: la diminuyente para el interviniente se le reconoce a quien es “autor” sin la calidad especial pero no a quien es determinador del mismo autor especial que, por ende, resulta tratado de forma más severa desde el punto de vista punitivo. Y a ello añádase que, de no procederse así, se vulnera el principio constitucional de la igualdad de trato previsto en el artículo 13 de la Carta Fundamental.

Así las cosas, con la construcción adoptada por el legislador de 2000 solo se resuelve de forma parcial el problema planteado por la codificación derogada, que no traía herramienta alguna para sancionar de manera más benigna al interviniente que no reunía las calidades exigidas por ciertos tipos, o que requerían del agente la realización personal y directa. Es más, cabe decir que el dispositivo legal adoptado se compadece plenamente con la asunción del criterio del dominio del hecho como herramienta fundamental para la construcción de la teoría del concurso de personas a partir del texto positivo; sin embargo, la fórmula legal debe dar cobijo a las diversas hipótesis en las cuales no es posible explicar la autoría con base en ese criterio, de tal manera que se zanjen discusiones inútiles que tanto daño hacen a la administración

de Justicia y, por supuesto, a la seguridad jurídica. Por ello, también quedan comprendidos en ella los delitos de propia mano y, por supuesto, los delitos de intención, con lo cual se acoge a plenitud el mandato constitucional de igualdad y se le da al dispositivo legal una interpretación que, en todo, y sin ningún asomo de construcción artificiosa, se acomoda a los dictados de la Constitución y a su programa penal.

Petición

Como consecuencia de todo lo expuesto, de la forma más respetuosa, le solicito a la honorable Corte que en relación con la petición de inexequibilidad parcial del inciso 4° del art. 30 de la Ley 599 de 2000, por las razones ya anotadas y en uso de las herramientas constitucionales que muy bien explica la demanda en su primera parte, se sirva declarar la *exequibilidad condicionada* de la *norma* demandada (¡no de la *disposición!*), en el entendido de que la atenuante allí prevista también cobija a quien tenga la calidad de determinador o instigador. Así mismo, se debe expresar que las “*calidades especiales*” a las cuales hace referencia la textura legal, se refieren no solo a los tipos de sujeto activo calificado sino a los de propia mano.

La anterior solicitud, se repite, es producto de que la línea jurisprudencial hoy vigente comporta una interpretación que es violatoria del principio de igualdad de trato que tiene rango constitucional, como bien lo han demostrado de forma parcial los demandantes, así no se coincida con ellos en la interpretación propuesta que es –a todas luces–, inconstitucional y contraria a la construcción dogmática que emerge del texto del Código Penal de 2000.

Referencias

Arias, D. P. & Sotomayor, J. O. (2006). Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción del deber”. *Derecho Penal Contemporáneo*, 15, 133-190.

- Arroyave, R. (2000). *La coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, 1ª ed., Medellín: Editora Jurídica de Colombia, 2000.
- Arroyave, R. (2011). *La coparticipación criminal: autoría directa, autoría mediata, coautoría, el delinquir en nombre de otro, instigación y complicidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Auto (2008, enero 23). Inadmisión de demanda [Radicado 28890]. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2008, febrero 20). Inadmisión de demanda [Radicado 26146]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2012, diciembre 11). Inadmite recurso de casación [Radicado 42312]. Magistrado Ponente: María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP1184-2014 (2014, marzo 12). Resolución de situación jurídica [Radicado 35551]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4442-2014 (2014, julio 30). Inadmisión de demanda [Radicado 41539]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP211-2016 (2016, enero 21). Recurso de reposición [Radicado 45950]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Berdugo, I. *et al.* (2010). *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- Castillo, F. (2006).: *Autoría y Participación en el Derecho penal*. San José de Costarrica: Editorial Jurídica Continental.
- Cobo del Rosal, M. & Vives, T. S. (1999). *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Córdoba, M. (2004). La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 71-96.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 25(76), 33-66.
- Díaz y García Conlledo, M. (2005). La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final. *Derecho Penal y Criminología*. 26, 77 (1), 45-78.

- Bunge, M. (1990). *La Ciencia, su método y su Filosofía*. Buenos Aires: Siglo XX.
- Fernández, J. (1986-1989). *Derecho penal fundamental*, ts. I y II, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Fernández, J. (2004). *Derecho penal fundamental*, t. 1, 3ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Fernández, J. (2012). *Derecho Penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*. Vol. I: El delito visión positiva y negativa. Vol. II: Dispositivos amplificadores, concursos y pena, 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid, Trotta, 2011.
- Galán, H. (1998). La Teoría del delito en la reforma del código Penal. *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso? Memorias*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de derecho penal*, 3ª ed. Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (1998). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- Gómez, J. O. (2001). *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 2 ts. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Gómez, J. O. (2005a). *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, t. III. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Gómez, J. O. (2005b). *Teoría del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.,
- Gómez, A. & Gómez, C. A. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gracia, L. (1985). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General*, t. I. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Gracia, L. (1986). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Estudio específico del Art. 15 bis del Código Penal Español. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, t. II. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Heine, G. & Weißer, B. (2014). Täterschaft und Teilnahme. Albin Eser *et al.*: *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed. (pp. 478-538). München: C. H. Beck.
- Hernández, A. (1945). *Metodología del derecho*, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Hernández, A. (2004). La coautoría. *DPC* 25, 75 (1)núm. 75, 97-110.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed. Granada: Editorial Comares.

- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- López, J. (2000). *Antecedentes del Nuevo Código Penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal*, t. I y II. Barcelona: Ariel, 1962.
- Mejía, C. E. (2008). El interviniente en el Código Penal colombiano: ¿una nueva categoría jurídica. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* N° 22 Ene.-Mar., 5-20.
- Reyes, A. (1979). *Derecho penal*, 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, Y. (2005) Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana. *Estudios penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha* (pp. 535-559). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Legis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal*, t. I. Madrid, Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre. München, C. H. Beck: 2006.
- Roxin, C. (2006). *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Salazar, M. (2007). *Teoría del Delito*. Con fundamento en la Escuela dialéctica del Derecho penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Salazar, M. (1987). Autoría y participación. *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía* (pp. 17-53). Bogotá: Temis.
- Salazar, M. (1992). *Autor y partícipe en el injusto penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Salazar, M. (2011). *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2ª ed. Bogotá: Ibáñez.
- Suárez, A. (1998). *Autoría y participación*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, A. (2001). El interviniente. *DPC*, 22(72), 13-30.
- Suárez, A. (2007). *Autoría*, 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2007.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Sentencia (2002, abril 25). Recurso de casación [Radicado 12191]. Magistrado Ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2000, octubre 26). Recurso de casación [Radicado 15610]. Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2004, abril 21). Recurso de casación [Radicado 18656]. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, marzo 9). Recurso de casación [Radicado 22327]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2003, julio 8). Recurso de casación [Radicado 20704]. Magistrado Ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2003, septiembre 23). Sentencia de única instancia [Radicado 17089]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2004, febrero 11). Recurso de casación [Radicado 18050]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2005, junio 15). Recurso de casación [Radicado 20528]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, abril 26). Recurso de casación [Radicado 22146]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, marzo 21). Recurso de casación [Radicado 19794]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, septiembre 17). Recurso de casación [Radicado 26410]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, abril 13). Recurso de casación [Radicado 30125]. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, diciembre 3). Recurso de casación [Radicado 31810]. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Silva, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Torres, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Usta.
- Torres, W. F. (2005) Autoría en los delitos de infracción de deber. *DPC*, 26(77), 79-102.

- Urbano, J. J. (2004). Autoría y participación. Balance jurisprudencial. *DPC*, 25(75), 197-226.
- Velásquez, F. (1994). *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal, Parte General*, 3 ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 1ª ed. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 3ª ed. Medellín: Editora Jurídica Comlibros.
- Velásquez, F. (2009a). *Derecho Penal, Parte General*, t. II Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2009b). *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho penal, Parte General*, 6ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales-Universidad Sergio Arboleda.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, núm. 58, pp. 491-566.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.