

LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

AUTOR: ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

DIRECCION: Facultad de Derecho Universidad Externado de Colombia

FECHA DE RECEPCIÓN: 14/02/2002

DESCRIPTORES: Derecho penal, Colombia, código penal, delito.

RESUMEN: En este trabajo se señala las diferencias entre los delitos de dominio y los de infracción de deber; la autoría (directa y mediata) y la coautoría en los delitos de infracción de deber; y la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber en el concurso de personas estipulado en el Nuevo Código Penal colombiano

INSTITUCIÓN: Universidad Externado de Colombia

LA RESPONSABILITÉ DANS LES DÉLITS D'INFRACTION AU DEVOIR

AUTEUR: ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

ADRESSE: Faculté de Droit Université Externado de Colombie

DATE DE RECEPTION: 14/02/2002

MOTS CLEFS: Droit pénal, Colombie, code pénal, délit.

RESUMÉ: Dans ce travail nous signalons les différences entre les délits contre la propriété intellectuelle et les délits d'infraction au devoir; la responsabilité (directe et médiata) et la co-responsabilité dans les délits d'infraction du devoir, et l'application de la théorie des délits d'infraction au devoir à la co-responsabilité des personnes stipulé dans le Nouveau Code Pénal colombien

THE PERPETRATOR OF DUTY CRIME

AUTHOR: ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

ADDRESS: Faculty of Law Universidad Externado de Colombia

RECEPTION DATE: 14/02/2002

KEY WORDS: Criminal law, Colombia, penal law, crime

ABSTRACT: This article explains the differences between crimes against property and the duty crime plus the regulation of this crime within the Colombian legislation.

P RESENTACIÓN

La noción de autor en materia penal no es idéntica en todas las estructuras del delito, por lo cual se deben elaborar sendas definiciones para los delitos comunes (denominados delitos de dominio), de infracción de deber, comisivos y omisivos.

En este ensayo me ocuparé de las nociones de autor (directo y mediato) y coautor en los delitos de infracción de deber y de sus características. Para hacer estas precisiones es necesario señalar las diferencias entre los conceptos de delito de dominio o delito común y los de infracción de deber o especiales.

I. DELITOS DE DOMINIO

Para el Código Penal colombiano autor es quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento; con lo cual se refiere a la autoría directa e individual y a la mediata. Así mismo define al coautor y al actuante a nombre de otro.

A pesar de que no alude de manera expresa a la teoría del dominio del hecho, sí dejan entrever las definiciones de autor y coautor que su punto de partida es considerar al autor como la «figura central del suceso de la acción», a usanza de aquella teoría.

El concepto de dominio del hecho contribuye a entender la noción de autor plasmada en el Nuevo Código Penal, porque se ajusta a la denominada «naturaleza de las cosas», la cual tiene al autor como «figura central» de las descripciones de los tipos penales. En efecto, los bienes jurídicos se protegen a través de los tipos penales, los cuales son menoscabados mediante conductas humanas y en el centro del suceso lesivo está quien lo dirige y realiza, o sea quien, por ser la figura clave, tiene el dominio del hecho.

Ninguna de las teorías que se disputan la elaboración de la noción de autor (ni las objetivo-formales ni las objetivo-materiales ni las subjetivas ni las mixtas), han logrado en su plenitud la delimitación correcta de las formas de intervención en el delito¹, por lo cual la doctrina moderna ha acudido a la noción del dominio del hecho para forjar las distintas formas de realización de la conducta punible y de cooperación.

El concepto de dominio del hecho suministra las bases para precisar la noción de autor en los delitos dolosos comisivos. Como la estructura de la autoría en nuestra legislación concuerda con la de la teoría del dominio del hecho (como se verá más adelante), para la construcción de un concepto general de autor bien puede acudirse a ésta, cuyas manifestaciones son: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio del hecho funcional.

El dominio de la acción lo tiene quien, no coaccionado ni errado, en fin, sin ser dependiente de otro, realiza todos los elementos del tipo de propia mano. Quien así actúa tiene el dominio del hecho y es autor directo e individual.

El dominio de la voluntad lo tiene quien ejecuta el hecho no por sí mismo sino a través de otro, a quien utiliza como instrumento en virtud de coacción, error, minoría de edad o estructuras de poder organizadas. Quien así actúa tiene el dominio del hecho y es autor mediato.

El dominio del hecho funcional lo tienen quienes mediante aportes esenciales (en nuestra legislación aportes importantes), de manera conjunta ejecutan el plan común, el cual puede ser anulado por cada uno de los copartícipes si retiran su contribución. Cada copartícipe tiene algo más que el dominio sobre la porción del hecho, pues dirige el suceso conjuntamente con los otros. Quienes así actúan tienen el dominio del hecho funcional y son coautores.

Las definiciones que el Nuevo Código Penal trae de autor y coautor, permiten deducir que es aplicable la teoría del dominio del hecho, porque al afirmar que «es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando otro como instrumento», establece que el autor es la «figura central del suceso de la acción», quien lo realiza con dominio de la acción o de la voluntad; comprende esta definición tanto al autor directo y unipersonal como al autor mediato.

Al señalar el mismo artículo 29 que «son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte», acoge también la teoría del dominio del hecho, porque esta definición participa de los elementos señalados al dominio del hecho funcional que caracteriza a la coautoría (decisión común del hecho y cooperación esencial en la fase ejecutiva). No se ahonda sobre esta materia porque no es el objeto de este ensayo.

II. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos de infracción de deber lo único esencial para la autoría es el incumplimiento de un deber especial que interesa a un círculo de sujetos, como los servidores públicos en los delitos de funcionarios o los «garantes» obligados a la protección de manera especial de un bien jurídico, respecto del cual tienen una posición de garantía de su incolumidad, como ocurre en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia. En ellos es indiferente para la autoría que el sujeto realice o no todos los requisitos de la conducta típica y que tenga o no el dominio del hecho, dado que sólo importa la infracción de un deber específico.

La idiosincrasia de los delitos de infracción de deber ha sido muy particular, porque el legislador para señalar el sujeto activo de los mismos tiene en cuenta de manera primordial los elementos personales que deben concurrir en el agente y la infracción del deber especial; por lo cual relega a un segundo plano la forma de realización del delito.

Lo principal es la infracción del deber jurídico-público o jurídico-privado, lo cual le da autonomía al hecho para convertir en autor a quien lo vulnera; mientras que lo secundario es el aporte causal y el momento de su incorporación al acontecer criminal, sin que sea necesaria la contribución en el momento de la ejecución del hecho, como sí se requiere en los delitos comunes, pues en estos sólo es figura central del acontecer típico (autor) quien realice, directamente o utilizando a otro como instrumento. la conducta descrita en el tipo penal, caso en el cual la causalidad y el momento de su aporte son primordiales para precisar la autoría.

A. CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber sólo es autor (directo o mediato) o coautor quien infringe el deber. Quien infringe el deber en todo caso es autor o coautor, pues de ninguna manera puede ser partícipe.

En los delitos de infracción de deber sólo es partícipe el interviniente que no vulnera deber especial alguno. Por muy importante y determinante que sea el aporte causal de quien no infringe deber especial jurídico-público o jurídico-privado no pasa de ser configurador de participación (determinación o complicidad).

Participa la teoría de los delitos de infracción de deber de las siguientes características:

1. *Unidad de la imputación del injusto.* En vigencia del Código Penal de 1980 se elaboraron dos tesis para explicar la forma de participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber o delitos especiales, cuando su intervención era la de ejecutar la conducta descrita en el respectivo tipo penal. Una abogaba por la unidad de la imputación del injusto alrededor del tipo especial, al tener al *intraneus* como autor del delito y al *extraneus* como su cómplice²; mientras que la otra sostenía que concurrían el delito especial realizado por el *intraneus* a título de autor y el común realizado por el *extraneus* también a título de autor³.

A solucionar la problemática planteada contribuye de manera eficaz el esquema del concurso de personas en la conducta punible elaborada en el Nuevo Código Penal, porque acoge la teoría de los delitos de infracción de deber, conforme a la cual sólo se realiza un delito: el de infracción de deber o especial, del cual el *intraneus* es siempre autor y el *extraneus* sólo partícipe.

2. *El intraneus sólo es autor.* Conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber, cualquiera que sea la intervención del *intraneus* en la realización del delito, con independencia de la calidad y cantidad del aporte causal y del momento de su integración al delito, lo convierte en autor (directo o mediato) o coautor, sin que pueda concurrir a título de partícipe (determinador o cómplice), porque no importa si el *intraneus* tiene o no el dominio del hecho.

Caracteriza a los delitos de infracción de deber que sólo es autor de los mismos quien infrinja el deber especial jurídico-público o jurídico-privado, sin que sea necesario el dominio del hecho, el cual si se exige en los de dominio, mientras que es partícipe quien no infringe igual deber cualquiera que sea el aporte causal y el momento de su incorporación a la realización del delito. En estos

delitos el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador lo considera como figura central del suceso de la acción, es decir como autor.

3. *El extraneus sólo es partícipe.* Cualquiera que sea la forma de intervención del *extraneus* sólo dará lugar a participación, aún en el supuesto de que tenga el dominio del hecho, porque éste sólo es determinante para configurar la autoría en los delitos comunes o de dominio pero no en los de infracción de deber o especiales. El *extraneus* podrá ser determinador o cómplice, pero de ninguna manera autor (directo o mediato) ni coautor.

B. LA AUTORÍA DIRECTA Y UNIPERSONAL EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Cuando la ley le asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de la «figura central» resulta dotado mediante otros criterios diversos al del dominio del hecho, porque autor no es quien tiene tal dominio, sino quien infringe el deber especial establecido en la norma. Así, por ejemplo, un funcionario no necesita tener el dominio del hecho para ser autor de delito de infracción de deber o delito especial, y quien domine el hecho configurador de delito de infracción de deber no necesita ser funcionario.

Esto significa que sólo el actuante que reúna los elementos especiales establecidos en el tipo penal (el *intraneus*) puede ser autor de los delitos de funcionarios. Desde luego que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor: es el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría; deber que surge no de la norma penal cuya vulneración trae como consecuencia la pena, dado que aquél concurre en todo delito tanto para el autor como para el partícipe por ser todos ellos destinatarios de la norma, sino de una extrapenal que no cobija de manera necesaria a todos los intervinientes en la realización del delito.

El elemento que decide la autoría lo constituye una infracción de deber extrapenal que no se extiende de modo necesario a todos los implicados en el delito, pero que es indispensable para la realización del tipo. Lo mismo es válido para los delitos especiales, pues, por ejemplo, sólo el tutor o curador podrá ser autor del delito de malversación y dilapidación de bienes (art. 259); quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso responde como partícipe (determinador o cómplice).

Mientras en los delitos de dominio la autoría y la participación se destacan

recíprocamente, no por posiciones de deberes especiales sino por el dominio del hecho, en los de infracción de deber lo determinante no es la causalidad, en cuanto a su calidad y momento de aporte, sino la vulneración de los deberes jurídico-público o jurídico-privados.

C. LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Para fijar la autoría mediata en los delitos de infracción de deber, también hay que atender sólo a tal infracción y no al dominio del hecho.

En los delitos de dominio es autor mediato quien utilice a otro como instrumento, al avasallar su voluntad bien por coacción o al aprovecharse de su situación de error (creada por el de detrás o aprovechada por éste) o en el curso de estructuras de poder organizadas. En cambio, en los delitos de infracción de deber la figura central la constituye el sujeto cualificado que vulnera el deber específico. Así, por ejemplo, conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber, elaborada por los alemanes, con Roxin a la cabeza⁴, si el administrador se vale de un *extraneus* para cumplir el apoderamiento de los caudales que administra, sin concurrir a la ejecución de la conducta, por ese sólo hecho se considera que infringe el deber y que es autor de delito, porque no se requiere el dominio absoluto del hecho, que se concretaría en ejecutar o co-ejecutar el acto de apoderamiento de los bienes; razón por la cual en este caso concreto los teorizantes de los delitos de infracción de deber tienen al *intraneus* como autor mediato de delito especial y al *extraneus* como cómplice, a través de la figura del llamado «instrumento doloso no cualificado».

En los delitos de dominio es autor mediato quien dirige, dominándolo, el acontecer a través de coacción o engaño a otro o en el marco de poder organizado. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho; basta que el individuo atado a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. De lo contrario, bastaría que el vinculado a una relación de deber, al dar rienda suelta a la ejecución del delito, se mantuviera en un segundo plano para eludir la autoría de delito de funcionario o especial.

Surge así el controvertido tema del «instrumento doloso no cualificado», el cual aspira a dar solución satisfactoria a la participación dolosa del *extraneus* en delito especial, al considerar que el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado es jurídicamente autor, porque al vulnerar el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único

que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. En cambio, el *extraneus*, a pesar de su dominio del hecho es sólo partícipe.

La legislación colombiana al referirse al autor mediato sólo lo define como quien utiliza a otro como instrumento, pero no señala de qué manera ha de actuar éste; es decir, no precisa si en todos los casos el instrumento no responde penalmente o si hay algunos en los cuales si lo hace.

De acuerdo con la teoría de los delitos de infracción de deber, el instrumento puede ser doloso o no, porque la persona de adelante, que de manera personal y directa realiza el comportamiento descrito en el tipo penal, bien puede actuar en razón a que no tiene dominio de la voluntad (por coacción o error o estructuras de poder organizadas) o porque lo hace de manera consciente y voluntaria. En todo caso se le considera instrumento, por ser utilizado por quien tiene el deber jurídico-público o jurídico-privado. Desde luego que si el *extraneus* al realizar personal y directamente el delito lo hace con dolo, responde como cómplice, mientras que si lo hace en razón a que su voluntad es dominada por el *intraneus* no responde penalmente, como igualmente ocurre en los delitos de dominio.

Conforme a la teoría del dominio del hecho aplicada a los delitos comunes, es impensable que el instrumento actúe con voluntad, porque si el sujeto se enfrenta con dolo al bien jurídico, se convierte en autor, mientras que quien está detrás suyo persuadiéndolo a tal realización es sólo instigador o determinador. Por esta razón, en los delitos comunes no opera la figura del «instrumento doloso», porque en esta clase de delitos el instrumento siempre actúa sin voluntad, la cual es dominada por el autor mediato.

De cara a la estructura de los delitos de infracción de deber, como sólo el sujeto cualificado que infringe el deber especial puede ser autor, se presenta una sustancial variación del concepto de instrumento en relación con el de los delitos comunes o de dominio. En efecto, el instrumento utilizado por el sujeto cualificado titular del deber jurídico-público o jurídico-privado puede ser doloso o no, cualificado o no.

El instrumento es cualificado en los delitos de infracción de deber, cuando la persona que de manera personal y directa realiza el hecho por estar dominada su voluntad por otra, tiene el mismo deber jurídico especial, de que quien domina su voluntad. Así, por ejemplo, si un coadministrador de bienes públicos es coaccionado por otro coadministrador de los mismos bienes, el instrumento es cualificado, porque tiene el mismo deber jurídico especial que posee quien está detrás suyo. Este instrumento cualificado no es doloso y no responde penalmente.

El instrumento no es cualificado cuando la persona que realiza el hecho de manera personal y directa no tiene el mismo deber jurídico de quien está detrás, como cuando el administrador utiliza a un particular para que se apodere de los bienes materia de su administración. En este caso el instrumento puede ser doloso o no. Es doloso, si la persona que realiza el delito especial tiene voluntad de contribución, como cuando el tesorero le pide al *extraneus* que retire de las arcas una suma de dinero para que se la repartan entre ambos; caso en el cual el tesorero no tiene dominio del hecho y depende del particular su ejecución, pues bien puede ocurrir que aquél no preste ninguna cooperación para la ejecución y que a lo sumo determine al ejecutor; pero por la infracción del deber jurídico-público que le incumbe es figura central del suceso de la acción y por consiguiente autor mediato de delito especial, mientras que el particular es cómplice del mismo. El instrumento no cualificado no es doloso cuando el titular del deber especial con dominio de la voluntad utiliza a un *extraneus* para la realización del hecho, como cuando el tesorero coacciona a un particular para que se apodere de los bienes públicos.

La legislación colombiana no señala cómo debe actuar el instrumento; no se refiere ni al doloso ni al no doloso ni al cualificado ni al no cualificado, pues sólo se limita a definir al autor mediato como quien realiza la conducta punible «utilizando a otro como instrumento».

El concepto general y amplio de instrumento que emplea la legislación colombiana no impide clasificarlo y distinguirlo según se trate de delito de dominio o de infracción de deber; por lo cual bien puede afirmarse que de acuerdo a nuestra legislación no sólo es admisible la teoría de los delitos de infracción de deber, tal como con acierto lo hizo la Corte Suprema de Justicia⁵, sino también que el instrumento en estos delitos puede ser cualificado, no cualificado, doloso o no doloso.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ de manera expresa alude a la aceptación de la teoría de los delitos de infracción de deber al decir:

La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial al rededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge...

Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás).

La posición de la Corte concuerda con la teoría de los delitos de infracción de deber, porque siempre que intervenga en el delito especial el sujeto calificado, éste es autor. Con todo, vale la pena recalcar que a la luz de los delitos de infracción de deber, cuando el *extraneus* instrumentaliza al *intraneus* para que realice delito especial, aquél no es autor porque no infringe el deber especial, sino sólo instigador⁷; tesis ésta que conduce a la eliminación de la accesoriedad de la participación en los delitos especiales, porque implica admitir que no en todos los casos en los cuales se utilice a alguien como instrumento de manera necesaria se dé la autoría mediata y que existe delito del partícipe sin la concurrencia de la autoría. En efecto, si se afirma que el *extraneus* no es autor mediato por carecer de la cualificación exigida por el tipo penal, que el *intraneus* no es autor porque es utilizado como instrumento y que a pesar de ello el *extraneus* es instigador o determinador, se concluye que hay delito especial sin autor y que del mismo responde sólo el *extraneus* a título de partícipe (instigador).

Al admitirse la teoría de los delitos de infracción de deber ha de aceptarse también que el instrumento en estos delitos puede ser doloso o no, porque sólo el *intraneus* es autor, concretamente autor mediato, y el *extraneus* cómplice, de acuerdo con la figura del denominado «instrumento doloso no cualificado». Sin embargo amerita especial análisis el caso del *extraneus* que instrumentaliza al *intraneus* a que realice delito especial, el cual lo resuelve la teoría de los delitos de infracción de deber al tener al *extraneus* como instigador, dado que no puede ser autor mediato por no ser titular del deber especial estipulado en el respectivo tipo penal.

A pesar de que este tema amerita un mayor estudio, con pinceladas haré comentarios que permitan abrir el debate acerca de si de conformidad con nuestra legislación es permitido afirmar que el *extraneus* que instrumentalice al *intraneus* para la realización de delito especial es instigador, como lo califica la teoría de los delitos de infracción de deber, o que en tal caso se realiza delito especial, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, evento en el cual ha de precisarse cómo responde el *extraneus* en el delito especial: ¿autor? (¿directo o mediato?), ¿coautor? o ¿partícipe?.

Cualquiera que sea la solución debe partir de una inquebrantable premisa, consistente en que dada la estructura del concurso de personas en el Nuevo Código Penal, se ha tomado partido de manera definitiva por un sistema diferenciador de autor, el cual hace distinción entre los diversos desempeños, al tener a unos como autónomos o principales y a otros como accesorios o de referencia, para considerar como protagonistas principales al autor (directo o mediato) y al coautor y como subordinados y accesorios a los partícipes (determinadores y cómplices). Ante la nueva legislación no podrá discutirse que en materia de participación opere el principio de la accesoriedad, tanto cuantitativa como cualitativa, y que para definir al autor no se parte de la teoría causal de la equivalencia de condiciones.

Rechaza el Código Penal un concepto unitario de autor, el cual, a partir de la equivalencia de condiciones, tiene a todo interviniente en el delito como autor (autor mediato, inmediato, individual, por ayuda, por instigación o coautor) y renuncia a la accesoriedad.

Consecuencia de la adopción de un sistema diferenciador de autor, en especial por el principio de la accesoriedad, es la de que no puede haber delito sin autor y con partícipe (instigador y cómplice). Por esta razón se dificulta admitir la solución que la teoría de los delitos de infracción de deber da a la instrumentalización del *intraneus* por el *extraneus*, al tener a éste como instigador, porque el *intraneus* no puede ser autor dada su condición de instrumento y porque se tendría, como ya se dijo, un delito sin autor pero con partícipe.

El *extraneus* que domine el hecho en el caso planteado no puede ser autor de delito especial, porque carece de la cualificación exigida por el tipo penal y porque no es titular de deber jurídico especial alguno; tampoco puede ser partícipe, porque no hay autor, dado que el *intraneus* instrumento no tiene dominio de su voluntad, y porque en un concepto diferenciador de autor, que se edifica sobre la accesoriedad de la participación, se exige la existencia de la autoría para que concurra la participación. Por lo tanto, el *extraneus* en tal caso será autor mediato de delito común por dominio de la voluntad del *intraneus* o autor de constreñimiento para delinquir si el delito que se realiza no tiene asignada una pena superior a la de aquel delito (art. 184 C. P.). Se repite, queda abierto el debate.

En este orden de ideas no se comparte la afirmación que hace la Corte Suprema en el sentido de que el *extraneus* puede ser autor mediato, lo cual de ninguna manera es viable, porque, como ya se dijo, el autor mediato debe tener la calidad personal exigida por el tipo penal en el delito especial.

En conclusión, frente a los delitos de infracción de deber sólo es autor mediato quien infringe el deber, razón por la cual el *extraneus* sólo puede ser cómplice si es utilizado como instrumento por el *intraneus*, siempre y cuando que se trate del denominado «instrumento doloso no cualificado». Si el *intraneus* domina la voluntad del *extraneus*, éste es instrumento no doloso, cuya responsabilidad penal no se verá comprometida, porque se equipara al instrumento en los delitos de dominio, en los cuales no responde penalmente.

D. LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Quien cooperando en división de trabajo con otro, realice el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor. El particular en un delito de funcionario, aunque sea co-sustentador del dominio del hecho sólo es cómplice; así, por ejemplo, si el notario y un particular falsifican una escritura pública de la cual aquél da fe, el notario es autor, mientras que el particular sólo es cómplice.

El ámbito de la coautoría en los delitos de infracción de deber se reduce de manera apreciable, porque sólo cabe hablar de la misma cuando varias personas que se encuentran sujetas a un mismo y único deber, con división de trabajo y en desarrollo de un plan común, ejecutan la conducta que defrauda la expectativa de deber.

Si dos servidores públicos elaboran de manera conjunta el plan de apropiarse de dineros del Estado, respecto de los cuales tienen la denominada relación funcional, y el acto de apropiación lo lleva a cabo uno sólo de ellos, mientras que el otro actúa en la fase preparatoria o contribuye sin intervenir en la ejecución del plan, no se da el aporte importante propio de la coautoría; no se da en este caso una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. Con todo, ambos son coautores del delito de peculado, porque el que objetivamente se limita a auxiliar también infringe el deber de salvaguardar el patrimonio del Estado, con lo cual vulnera el vínculo de lealtad, sin que tenga el codominio del hecho. Lo determinante para deducir la coautoría es que el cooperador ocupe la posición de deber extrapenal descrita en el tipo.

La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta de la del concepto general de coautoría. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación de resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común.

Desde luego que la infracción de deber no debe confundirse con la falta a la ética del funcionario en general; así, si un funcionario le ayuda a otro a

apropiarse de bienes estatales respecto de los cuales sólo éste tiene el deber de administración, custodia o vigilancia, aquél es cómplice, porque si bien es cierto que quebrantó su ética de funcionario, también lo es que no vulneró un específico deber de administrar, custodiar o vigilar los bienes del Estado; por lo cual sólo uno es autor y el otro partícipe.

III. CONCLUSIONES

1. En los delitos de infracción de deber es autor quien infringe el deber jurídico-público o jurídico-privado especial y no quien domine el hecho mediante dominio de la acción o de la voluntad.
2. En los delitos de infracción de deber el *intraneus* es siempre autor, cualquiera que sea la calidad y cantidad del aporte causal y el momento de su integración a la realización delictiva.
3. En los delitos de infracción de deber el *extraneus* es sólo partícipe (instigador o cómplice).
4. En los delitos de infracción de deber el instrumento en la autoría mediata puede ser doloso, no doloso, cualificado o no cualificado.
5. La coautoría en los delitos de infracción de deber se da respecto de quienes se encuentren sujetos a un mismo y único deber.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Cfr. Claus Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Madrid, 1998, p.366
- 2 Cfr. Alberto Suárez Sánchez. Autoría y participación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 292.
- 3 Cfr. Jorge Alberto Hernández Esquivel. «Concurso de personas en el delito», en Derecho Penal y Criminología, No 49, Enero-abril de 1993, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 88.
- 4 Cfr. Claus Roxin. Op. Cit., pp. 383 y ss.
- 5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; sentencia del 25 de abril de 2002. M. P.: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.
- 6 Ibid.
- 7 Cfr. Roxin. Ob. Cit., p. 395.

HACEDORES DE JUSTICIA, CONSTRUCTORES DE PAZ

IVÁN SANTOS BALLESTEROS
CARMEN ROCÍO ACEVEDO BERMÚDEZ
MÓNICA MARÍA DÍAZ GUERRERO
RAFAEL GEOVANNY GARCÍA MÉNDEZ
CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
MÓNICA ROCÍO IBARRA LOZANO
GALIA MARÍA PARRA MENDOZA
JUAN FRANCISCO PATIÑO ROA