

La ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante a la consumación del hecho punible en el Código Penal Colombiano

Diana Patricia Arias Holguín*

1. Planteamiento del problema

La ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante es regulada en el nuevo Código Penal como un evento de complicidad. En efecto, el artículo 30 del Código Penal colombiano dispone: “*Cómplices. Quien contribuya a la realización de la conducta anti-jurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad*”.

Para efectos de la aplicación del artículo 30 del N.C.P., la expresión “concierto previo o concomitante” tiene la misma significación que la expresión “mediante promesa previa”, que establecía el artículo 24 del derogado código penal (Decreto ley 100 de 1980), esto porque el concierto puede considerarse como la concurrencia de dos voluntades, la del autor y partícipe y tal como acontece en el supuesto

* Abogada especialista en derecho penal de la Universidad de Antioquia, Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

de la promesa, este último (cómplice) se compromete a favorecer la lesión al bien jurídico. Conducta favorecedora con la que cuenta el autor para la realización del hecho punible.

Una definición de complicidad, consiste en la realización de un aporte previo o concomitante a la consumación del hecho punible. Es decir, es requisito esencial de ésta, un aporte antes de la consumación. De acuerdo a esto, cuando el artículo 30 del C.P. dispone: "o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma", no queda claro qué constituye el aporte que determina la complicidad, si es el compromiso adquirido por el partícipe en el concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica o por el contrario la ayuda posterior.

Sosteniendo que es el compromiso del partícipe adquirido en virtud del concierto previo o concomitante a la consumación del hecho prohibido, lo que permite hablar de un aporte que determina la complicidad, queda sin explicar por qué el artículo 30 del C.P., incluye la expresión: "o preste una ayuda posterior,...". Esto porque si es el compromiso adquirido con ocasión del concierto, la contribución, antes de la consumación, bastaría con la primera expresión: "El que contribuya a la realización del hecho punible". En consecuencia, la segunda expresión sería innecesaria.

Por el contrario, si se afirma que la ayuda posterior es la contribución relevante, y teniendo en cuenta que ésta es posterior a la consumación, no podría catalogarse como una forma de complicidad. Desde un punto de vista estricto, este acto es constitutivo de encubrimiento, el cual se caracteriza por la prestación de la ayuda una vez se ha consumado el hecho punible. En estos eventos no se favorece la consumación —como ocurre en los actos de complicidad— toda vez que la ayuda que se presta no es previa a ésta y por tanto no la influencia en ningún sentido.

Así mismo, considerando el problema que encierra la aplicación de esta disposición, ¿cuál es la respuesta adecuada al evento en que

se incumpla el compromiso adquirido en el acto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica, es decir, que la ayuda posterior esperada por el autor no se verifique?

En este trabajo se pretende proponer una aplicación dogmáticamente correcta del artículo 30 del C.P., en lo que tiene que ver con la ayuda posterior, para lo cual se debe determinar si la participación en el concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica determina la imputación de la conducta a título de complicidad, y en este caso, cuál es la relevancia desde el punto de vista normativo, de la ayuda posterior. Igualmente se intenta proponer un tratamiento jurídico adecuado para el evento en que se incumpla el compromiso adquirido antes de la consumación.

Para alcanzar el fin propuesto, se presentarán las diversas posturas que al respecto ha asumido la doctrina nacional que en su mayoría comentaba el artículo 24 del Código derogado, incluyendo la que comentaba la fórmula del código del 36.¹

¹ En el código de 1936, se regulaba la complicidad en los artículos 19 y 20. El artículo 19 disponía: "— El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito." Este evento, se denominaba complicidad necesaria, dándole el mismo tratamiento punitivo al cómplice necesario con respecto al autor. El artículo 20 regulaba otro supuesto de complicidad, denominada complicidad no necesaria, auxilio o complicidad secundaria, dentro de la cual se incluía la ayuda posterior. En efecto, esta disposición consagraba: " El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte a la mitad". La ayuda posterior se entendía como una forma de complicidad secundaria, a la cual se le atribuía una disminución punitiva. Los criterios para la distinción entre las dos formas de complicidad eran bastante discrecionales, a pesar de que la decisión sobre una forma u otra tenía importantes repercusiones en la consecuencia jurídica de la participación. En los trabajos preparatorios del código penal de 1980 también se abordó esta forma de complicidad, en los siguientes términos: 1) COMISIÓN DE 1974. Acta 56. Básicamente se trataba la distinción entre complicidad necesaria y el auxilio; se proponía mantener la fórmula del código del 36, incluyendo lo referente al marco punitivo. La ayuda posterior se seguía incluyendo dentro de la complicidad no necesaria, sin agotarse ninguna discusión frente a su naturaleza y límites. No obstante, en el

2. Conceptos previos

La participación es un concepto de referencia, que indica dependencia del partícipe a un hecho principal del autor. Esta afirmación presupone la aceptación de un concepto restrictivo de autor.

En la búsqueda del fundamento adecuado para punir la complicidad no puede perderse de vista el bien jurídico, pues es a partir de éste que se construye todo el injusto jurídicopenal. En efecto, "la garantía de la dañosidad social de un comportamiento pretende construirse sobre la presencia de un bien jurídico afectado".²

En consecuencia, el fundamento para la punición de la participación lo define el aporte a la lesión de un bien jurídico tutelado. En

anteproyecto, se modificó la regulación que contemplaba el código del 36, se trataba la complicidad en una sola disposición y se otorgaba una disminución punitiva para ambos supuestos. El artículo 26 del anteproyecto, disponía: "Cómplices. Quien contribuya a la realización del hecho punible, incurrirá en la sanción correspondiente, disminuida de una cuarta parte a la mitad. Cuando contribuya con ayuda posterior al hecho punible, ésta deberá ser convenida con anterioridad al mismo. El Juez graduará la sanción según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice." 2) COMISIÓN DE 1979. Se trató el tema en el acta 4. Sólo se discutió la conveniencia de la rebaja punitiva en esta forma de participación. Llama la atención, que al finalizar la breve discusión, se encuentra en el acta, la siguiente anotación: "Dr. Estrada Vélez: En consideración al artículo sobre "encubridores". La comisión aprueba por unanimidad el texto proyecto final y el secretario lee el siguiente texto aprobado: Artículo 26.- *Cómplices*. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad." Con referencia a la anotación, se evidencia un tratamiento bastante restringido de la complicidad, porque al parecer se entiende que el cómplice participa para garantizar el encubrimiento de la actividad delictiva. Finalmente, esta forma de complicidad quedó regulada en el artículo 24 del Código Penal de 1980, así: "Cómplices. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad" Es importante anotar que se verifica un avance frente al tratamiento punitivo que imponía el código de 1936, porque no tenía asidero desde el principio de proporcionalidad la misma pena para el autor y el partícipe.

² Berdugo Gómez de la Torre; Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis. *Manual de derecho penal*, I, Barcelona, editorial Praxis S.A., 1994, p.59.

la complicidad, tal como expone LÓPEZ PEREGRIN "será necesario que el resultado a imputar (cooperación a la ejecución) constituya la realización en un hecho principal antijurídico de un riesgo jurídicamente relevante creado por él (riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor)".³ En este orden de ideas el fundamento de la punibilidad de la complicidad, es el favorecimiento o la facilitación de una conducta jurídicopenalmente relevante.

Al ser la participación un concepto de referencia, comporta un carácter eminentemente accesorio. Por tanto, la accesoriedad es la medida de dependencia del hecho del partícipe respecto del hecho del autor.

El grado de dependencia se verifica en dos direcciones: desde el punto de vista cualitativo el grado que consideramos correcto es el sostenido por la teoría de la accesoriedad limitada,⁴ la cual supone que el hecho principal debe alcanzar a constituir un injusto, esto es, que nos encontremos ante una conducta típica y antijurídica. Desde el punto de vista cuantitativo, es necesario que el hecho principal haya alcanzado el inicio de ejecución, esto por cuanto hay consenso en que los actos preparatorios no son punibles.

3. Complicidad

La complicidad como forma de participación, depende del criterio que se asuma para la determinación del autor ante la pluralidad de intervinientes.

³ López Peregrin, María del Carmen. *La Complicidad en el delito*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1997, p.227

⁴ Entre otras cosas, considero correcto este grado de accesoriedad, porque salvaguarda el carácter de juicio personal que tiene la culpabilidad, cosa que no sucede con la accesoriedad extrema y la hiperaccesoriedad. Así mismo, porque impide la punición de la participación en hechos principales típicos pero no antijurídicos, cosa que no sucede con la accesoriedad mínima. Ver sobre la discusión, Peñaranda Ramos, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp.326 y ss.

Existen diversas teorías para la identificación del criterio que permita tal diferenciación. El concepto restrictivo de autor,⁵ desde la postura del dominio del hecho es la que se considera con más rendimiento para tal efecto, por lo tanto, constituye el punto de partida.

En relación con el concepto aceptado se afirma que "El dominio del hecho lo tiene todo cooperador que se encuentra en situación real, de la que es consciente, de poder dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo, según su voluntad".⁶ En consecuencia, el autor se reconoce como la figura central del hecho, por el dominio que tiene del mismo, posee la capacidad de direccionar la acción, de interrumpirla y de incidir en forma esencial en ella, hasta el punto de poder desistir idóneamente. Es importante anotar que el dominio del hecho es satisfactorio como criterio de diferenciación para el caso concreto.

El dominio del hecho, como criterio para la distinción entre autor y partícipe, es perfectamente sostenible en nuestro ordenamiento jurídico; en este sentido VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, sostenía para la

⁵ Esto porque como expone Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en derecho penal*, Barcelona, Ed. PPU, 1991, p.41: "El concepto unitario de autor rechaza la distinción entre autor y partícipe, rechazo que acarrea consecuencias tan importantes como la negación de todo vínculo de accesoriadad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el hecho." Así mismo, cabe frente al concepto extensivo, lo expuesto por González Rus, Juan José. "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en *Problemas de autoría*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp.65-66, quien al referirse a las teorías que sostienen este concepto, estima: "El concepto extensivo de autor parte, como las concepciones unitarias, de la teoría de la equivalencia de las condiciones: es autor todo el que pone una condición del resultado, cualquiera que sea su entidad (...). La diferencia fundamental con las teorías unitarias se encuentra en que la existencia de normas legales que diferencian entre autoría y participación obliga a sus defensores a aceptar una distinción que conceptualmente, a su juicio, no existe. Tales normas son restrictivas de pena" Finalmente, estima: "El problema fundamental de estas posiciones se presenta a la hora de establecer los criterios de distinción entre autores y partícipes. Puesto que por su aportación al hecho todos los intervinientes son autores, (...). En el fondo, el criterio extensivo responde al deseo de evitar tener que considerar partícipes a quienes merecen ser penados como autores"

⁶ Díaz y García Conlledo Miguel. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, Ed. PPU, 1991, p.557

fórmula que imponía el Código derogado que "sin duda, la diferencia buscada solo puede hallarse con relativo éxito acudiendo al criterio del dominio del hecho que, como ya se dijo, ofrece pautas diferenciadoras sin la pretensión de convertirse en un principio absoluto. Ahora bien, así el Código Penal vigente entienda como autor a quien "realice el hecho punible" –por supuesto, rindiendo tributo a las concepciones formal-objetivas– nada impide sostener la postura mencionada, pues la ley solo se limita a trazar unas pautas de carácter lingüístico, a partir de las cuales se puede desarrollar toda una teoría del concurso de personas con sólidos fundamentos; es más, prueba de la imposibilidad de reducir el distingo a meras pautas formales es el reconocimiento legal de que el cómplice no realiza el hecho sino que toma parte en el ajeno (C.P. art. 24), (...). Y, para complementar lo anterior afirma que es instigador quien determina a otro a realizar el hecho (C.P., art. 23)".⁷

Resulta importante anotar que para el código penal vigente, es incluso más clara la conveniencia del criterio del dominio del hecho para la determinación del autor entre una pluralidad de intervinientes, porque no sólo mantiene la diferencia entre partícipes y autores en los mismos términos del código derogado, sino además porque regula como una de las formas de autoría aquella en la que el autor utiliza a otro como instrumento (Art. 29 inciso 1º).

Es claro que en la autoría mediata quien realiza la acción no domina el hecho, y se entiende, por tanto, que es autor el hombre de "atrás" que usa el instrumento para ejecutar la conducta prohibida y es autor precisamente porque tiene el dominio del hecho.

En este orden de ideas afirma VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, respecto del artículo 29 del nuevo Código Penal, lo siguiente: "Según el artículo 29 del Código Penal, intitulado "autores", se entiende que reviste tal calidad "quien realice la conducta punible por sí mismo o

⁷ Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 1997, p.612. En esta edición se comenta el código penal derogado.

utilizando a otro como instrumento" (Inc. 1º)(...) Así pues es indudable que en la primera parte del inciso 1º se consagra la figura de la autoría, esto es, aquellos casos en los cuales se presenta verdadero dominio del hecho por acción".⁸

De acuerdo con lo anterior, el primer requisito para afirmar que estamos ante complicidad, es que el partícipe no tenga el dominio del hecho. En efecto: "El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno; participa tan poco en el dominio del hecho como el inductor".⁹

Ahora bien, el concepto de complicidad debe derivarse del fundamento para su punición, el cual como hemos dicho, consiste en favorecer la lesión a un bien jurídico. De acuerdo a esto, además de que el partícipe no tenga el dominio del hecho, es necesario que concurren otros requisitos.

3.1. Requisitos objetivos de la complicidad

Del concepto y fundamento de la complicidad se pueden derivar los siguientes requisitos:

3.1.1. Debe realizarse un aporte que favorezca la consumación del hecho punible. De aquí se deriva que desde el punto de vista temporal, éste debe verificarse antes de la consumación.¹⁰ Siendo lógico que si la consumación efectivamente se ha alcanza-

⁸ Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 2002, p.450.

⁹ Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, 4 ed. Trad. José L. Manzanares, Comares, Granada, p.962; también Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, Bogotá, Ed. Temis, 1984, p.209, cuando estima: "Cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho sino sólo favorece o facilita que se realice."

¹⁰ Al respecto, Quintero Olivares, Gonzalo. *Curso de derecho penal, parte general*, Barcelona-España, Ed. Cedecs, 1996, p.492, cuando estima: "a) En cuanto a lo cronológico el acto del cómplice ha de ser a lo sumo simultáneo al del autor, nunca posterior. La simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se halla consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo a cada estructura típica".

do, toda contribución posterior a ella no va dirigida a favorecerla.

3.1.2. El aporte al hecho principal debe ser idóneo para favorecer la lesión al bien jurídico. No puede consistir en una mera solidarización al hecho, sino que debe facilitar su comisión.

En la búsqueda de un criterio material para definir cuando se está ante un aporte que facilite la lesión al bien jurídico, encontramos bastante útil, la afirmación de LÓPEZ PEREGRIN, para quien "Facilitar no es simplemente hacer más cómoda o más llevadera la comisión del delito, sino que implica remover algún posible obstáculo, eliminar trabas, solucionar problemas técnicos, o cualquier otra actividad que realmente signifique una ayuda para el autor, en la medida en que pueda elevar las posibilidades que el delito se lleve a cabo".¹¹

3.1.3. Que el aporte al hecho punible se plasme en el resultado, es decir, que la facilitación o favorecimiento para la comisión del hecho antijurídico tenga influencia en el resultado.

Contraria a esta opinión, tal como expone STRATENWERTH, la jurisprudencia alemana, sostiene "(...) una fórmula poco clara: la acción del cómplice no necesita ser causal del resultado jurídico penal de la acción del autor principal, sino solamente favorecer esta acción, por lo que también debe ser punible como cómplice el que alcanza al autor herramientas que, de todos modos, no se utilizan en la comisión del delito (...)".¹²

¹¹ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.240

¹² Stratenwerth, Gunther. *Derecho penal, parte general, I*, trad. de Gladys Romero, Madrid, Ed. Edersa, 1982, p.270. También prescinde del vínculo de causalidad entre el aporte y el resultado, la teoría de la elevación del riesgo. En este sentido Jescheck, Hans Heinrich. Ob.cit., p.632, cuando afirma: "una teoría reciente pretende prescindir por completo del requisito de la causalidad. En consecuencia considera la complicidad como un delito de peligro abstracto o concreto y se da por satisfecha con el aumento de posibilidades para el resultado del hecho principal (teoría del aumento del riesgo)".

Alejándose de la anterior postura, JESCHECK, reivindica el criterio de causalidad en la complicidad, cuando estima: "Lo correcto es mantener la exigencia de la causalidad de la complicidad, ya que su concepción como delito de peligro conduciría a convertir la complicidad, (...) en un delito de participación autónomo, como el de favorecimiento y a la punición de la complicidad intentada. Evidentemente, debe pensarse que en los delitos de mera actividad la prestación de ayuda no puede ser causa de un resultado situado fuera del tipo. En estos casos basta, pero también es necesario, que la contribución del cómplice haya influido en la actuación (...). Por el contrario, en los delitos de resultado la aportación del cómplice debe contribuir a la consecución del resultado típico en el sentido de una causalidad fortalecedora, mediante la facilitación de la acción delictiva".¹³

Actualmente se suscita una interesante discusión frente al criterio de causalidad, presupuesto necesario pero insuficiente para construir la teoría de los tipos de resultado.¹⁴ Insuficiente porque por sí solo no se encuentra útil para la determinación de las conductas que son jurídicopenalmente relevantes, debido a que son causales para el resultado, incluso, aquellas que no tienen relevancia penal.

La teoría de la imputación objetiva,¹⁵ se ha venido presentando como la alternativa a los criterios causales que se tildan de insuficientes para el fin de selección, aunque ésta ha generado álgidos debates. Precisamente, frente a la complicidad LÓPEZ PEREGRIN ha realizado un interesante trabajo desde la imputación objetiva, que pasará a relacionar someramente:

Para imputar un hecho al tipo objetivo se deben agotar dos momentos valorativos, uno desde una perspectiva *ex ante* y el otro desde la perspectiva *ex post*.

¹³ Jescheck, Hans Heinrich. Ob.cit., p.965

¹⁴ Al respecto ver, Larrauri, Elena. "Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva", *Anuario de Derecho Penal y ciencias Políticas*, tomo XLI, septiembre- diciembre, Madrid, 1988, pp.716 a 774.

¹⁵ Para ilustrar este punto, de nuevo, Larrauri, Elena. Ob. cit.

El juicio *ex ante*, se concreta básicamente en la determinación de la conducta como generadora de un riesgo no permitido; en este punto, hay varios criterios para determinar cuando se está ante un riesgo jurídicopenalmente desaprobado, como sería por ejemplo el criterio de previsibilidad.

LÓPEZ PEREGRIN, con relación al juicio *ex ante*, plantea: "la aplicación de los principios de la imputación objetiva implicará como primer paso para determinar la responsabilidad sobre la base de la complicidad, la constatación de la peligrosidad de la acción del presunto cómplice (...): para afirmar la peligrosidad de la acción es necesario que la conducta del cómplice suponga previsiblemente una elevación del riesgo de lesión para el bien jurídicamente protegido."¹⁶

En la perspectiva *ex post*, se adoptan varios criterios para la elaboración del juicio de plasmación del riesgo desaprobado en el resultado, entre estos el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, etc. En todo caso, con respecto al juicio *ex post*, plantea LÓPEZ PEREGRIN que "Si el desvalor de la acción debía consistir en una previsión objetiva *ex ante* de la aportación para facilitar, intensificar, asegurar o acelerar la ejecución del delito, existirá desvalor de resultado si *ex post* ha resultado de tal manera causal que realmente facilitó, intensificó, aseguró o aceleró la ejecución del delito en la forma que era previsible, aumentando el riesgo de lesión mediata del bien jurídico".¹⁷ En este orden de ideas, no basta con el favorecimiento de la lesión del bien jurídico, es necesario que éste se plasme en el resultado.

La concepción de STRATENWERTH, es menos restrictiva, porque basta la elevación del riesgo para que el aporte sea punible como complicidad, y plantea que "(...) Lo correcto sería, como en la autoría, vincular la solución con la idea de la elevación del riesgo (...). De esta

¹⁶ López Peregrin, María del Carmen. Ob cit., pp.233, 237, 238.

¹⁷ López Peregrin, María del Carmen. Ob cit., p.281.

manera, sería suficiente con que el cómplice aumentara las posibilidades de éxito de la acción adecuada al supuesto de hecho típico".¹⁸

Frente a la discusión considero acertado exigir, tal como expone LÓPEZ PEREGRIN, que el riesgo desaprobado de la acción del cómplice se plasme en el resultado; pues este criterio supone un límite para la determinación del ámbito de lo punible respecto de la complicidad y porque al exigir la verificación del juicio *ex post* se presenta como el más restrictivo y coherente con principios como el de mínima intervención (carácter fragmentario).

Finalmente, el análisis de la complicidad desde el punto de vista de la imputación objetiva abordada por LÓPEZ PEREGRIN, se sintetiza cuando señala que: "La tipicidad objetiva de la complicidad se construye en consecuencia, en torno a 1) la creación de un riesgo no permitido de favorecer la conducta antijurídica del autor, que 2) se traduce efectivamente en un favorecimiento causal de ésta. Ello es, además perfectamente coherente con el fundamento de su punibilidad".¹⁹

3.2. Formas de complicidad

Partiendo de la necesaria eficacia del aporte para el fin de favorecimiento, la doctrina ha elaborado una clasificación de las formas de aportar al hecho punible. Se indica que el aporte al hecho punible puede ser mediante una actividad material, física o mediante un aporte psíquico al autor. En este último se distinguen dos formas de participación: mediante el consejo técnico y la estabilización de la decisión de realizar el hecho punible.

Nos detendremos en la forma de participación psíquica y más concretamente en la estabilización de la decisión delictiva, pues desde ésta se debe evaluar la naturaleza del aporte en el compromiso de

¹⁸ Stratenwerth, Gunther. Ob cit., p.270

¹⁹ López Peregrin, María del Carmen. Ob cit., p.229

prestar ayuda en el contexto de un concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica.

La estabilización de la decisión delictiva *no significa en modo alguno la determinación del dolo en el autor*, pues en este caso estaríamos ante una verdadera inducción al delito. La complicidad psíquica, está definida por el fundamento de la punición de la complicidad, esto es, el favorecimiento o facilitación de la consumación del hecho punible mediante un aporte al hecho del autor. Así las cosas, habrá complicidad "cuando el influjo psicológico en cualquiera de sus modalidades de aparición, tiene como consecuencia el reforzamiento de una voluntad delictiva debilitada en el autor".²⁰ El aporte no se dirige a la creación de la voluntad de lesionar el bien jurídico sino sólo a su reforzamiento.

LÓPEZ PEREGRIN establece los siguientes supuestos en los cuales se daría esta forma de participación:

A. El encubrimiento anticipado. Que se caracteriza porque el aporte está dirigido a que el hecho punible no sea descubierto.

Al respecto W. CLAR, citado por LÓPEZ PEREGRIN, sostiene que éste debería ser un comportamiento impune, atendiendo a que no satisface los requisitos para la subsunción en el tipo de encubrimiento y en consideración a que el aporte no tiene relevancia para el resultado típico y por tanto no constituye forma de complicidad.²¹

ROXIN, referenciado por LÓPEZ PEREGRIN, señala que si bien, este supuesto, puede ser considerado de *lege ferenda* como un encubrimiento, para evitar la impunidad debe ser aceptado como forma de complicidad psíquica, sólo en el evento en que "se pueda entender que el autor no habría comenzado la ejecución, o lo habría hecho de otra forma de no haberse producido la conducta encubridora".²²

²⁰ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.329

²¹ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.321.

²² López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.322.

Para evaluar la postura de ROXIN, se debe tener en cuenta que es claro que la infracción de las normas está alentada en la esperanza de permanecer impune y si esta esperanza se concreta en el aporte, serio e idóneo del partícipe, la decisión de delinquir se refuerza. Por lo tanto, no es correcto sostener que de *lege ferenda* este supuesto no constituye complicidad porque, insistimos, la tranquilidad de que el hecho punible llegará a su consumación sin que sea posible su descubrimiento, facilita la comisión del delito, favorece su consumación.

De nuevo LÓPEZ PEREGRIN, referencia a ROXIN, cuando indica que es una forma de complicidad punible "(...) el mero ofrecimiento genérico de ayuda ("si necesitas mi ayuda no tienes más que decírmelo", "ya sabes que cuentas conmigo", etc.), o autoofrecimiento, que no se concrete en la promesa de una actuación determinada ni se materialice después en una aportación concreta, puede constituir también complicidad psíquica si genera en el autor del delito un efecto psicológico suficiente, que pueda ser, a pesar de las dificultades que se plantean en estos casos, suficientemente probado".²³

El mero ofrecimiento constituye una "solidarización" con el hecho principal y es insuficiente frente al requisito de eficacia e idoneidad del aporte. Entender el mero ofrecimiento como una forma de participación punible, es hacer depender la punición del partícipe tan solo de la tranquilidad psíquica del autor sin importar los requisitos objetivos que debe satisfacer el hecho constitutivo del aporte.

B. La promesa de encubrimiento posterior

El compromiso adquirido mediando concierto previo o concomitante, podría consistir, entre otras cosas, en la promesa de encubrimiento posterior, el cual es entendido por LÓPEZ PEREGRIN como una forma de participación mediante la estabilización de la decisión de lesionar, en la medida en que la promesa, en nuestro caso ha-

blaríamos del pacto o acuerdo, sea eficaz e idónea y tenga influencia respecto del resultado.²⁴

En todo caso, para resolver el problema que supone la regulación de la complicidad en el artículo 30 del C.P., en lo que tiene que ver con la ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante, es necesario determinar qué es lo que constituye el aporte al hecho principal: la prestación de la ayuda material prometida o el compromiso adquirido por el partícipe mediante el concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica.

Resulta bastante útil al momento de proponer una aplicación correcta de la citada disposición, reseñar lo que en términos generales ha entendido la doctrina nacional más representativa.

4. Doctrina nacional

4.1. La doctrina nacional durante la vigencia del código de 1936

La doctrina nacional desarrollada en torno al código penal de 1936 tuvo una postura teórica frente a la ayuda posterior bastante confusa, algunos se limitaron a realizar un comentario descriptivo del artículo, sin idoneidad para derivar una posible respuesta al problema propuesto, otros a pesar de que plantearon la discusión, no propusieron ninguna respuesta satisfactoria.

Dentro de los que se limitan sólo a realizar un comentario que no trasciende lo descriptivo se encuentran MESA VELÁSQUEZ y ARENAS. En efecto MESA VELÁSQUEZ plantea que "Los actos de cooperación criminal deben ser siempre anteriores o simultáneos al delito, nunca posteriores. De donde se colige que cualquier ayuda posterior al hecho ilícito, sin ningún nexo intelectual previo, sin convenio anterior con el delincuente no constituye complicidad. Puede integrar sí una entidad jurídica independiente, cual es el delito de encubri-

²³ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.320.

²⁴ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., pp.325, 326 y ss.

Para evaluar la postura de ROXIN, se debe tener en cuenta que es claro que la infracción de las normas está alentada en la esperanza de permanecer impune y si esta esperanza se concreta en el aporte, serio e idóneo del partícipe, la decisión de delinquir se refuerza. Por lo tanto, no es correcto sostener que de *lege ferenda* este supuesto no constituye complicidad porque, insistimos, la tranquilidad de que el hecho punible llegará a su consumación sin que sea posible su descubrimiento, facilita la comisión del delito, favorece su consumación.

De nuevo LÓPEZ PEREGRIN, referencia a ROXIN, cuando indica que es una forma de complicidad punible "(...) el mero ofrecimiento genérico de ayuda ("si necesitas mi ayuda no tienes más que decírmelo", "ya sabes que cuentas conmigo", etc.), o autoofrecimiento, que no se concrete en la promesa de una actuación determinada ni se materialice después en una aportación concreta, puede constituir también complicidad psíquica si genera en el autor del delito un efecto psicológico suficiente, que pueda ser, a pesar de las dificultades que se plantean en estos casos, suficientemente probado".²³

El mero ofrecimiento constituye una "solidarización" con el hecho principal y es insuficiente frente al requisito de eficacia e idoneidad del aporte. Entender el mero ofrecimiento como una forma de participación punible, es hacer depender la punición del partícipe tan solo de la tranquilidad psíquica del autor sin importar los requisitos objetivos que debe satisfacer el hecho constitutivo del aporte.

B. La promesa de encubrimiento posterior

El compromiso adquirido mediando concierto previo o concomitante, podría consistir, entre otras cosas, en la promesa de encubrimiento posterior, el cual es entendido por LÓPEZ PEREGRIN como una forma de participación mediante la estabilización de la decisión de lesionar, en la medida en que la promesa, en nuestro caso ha-

²³ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., p.320.

blaríamos del pacto o acuerdo, sea eficaz e idónea y tenga influencia respecto del resultado.²⁴

En todo caso, para resolver el problema que supone la regulación de la complicidad en el artículo 30 del C.P., en lo que tiene que ver con la ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante, es necesario determinar qué es lo que constituye el aporte al hecho principal: la prestación de la ayuda material prometida o el compromiso adquirido por el partícipe mediante el concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica.

Resulta bastante útil al momento de proponer una aplicación correcta de la citada disposición, reseñar lo que en términos generales ha entendido la doctrina nacional más representativa.

4. Doctrina nacional

4.1. La doctrina nacional durante la vigencia del código de 1936

La doctrina nacional desarrollada en torno al código penal de 1936 tuvo una postura teórica frente a la ayuda posterior bastante confusa, algunos se limitaron a realizar un comentario descriptivo del artículo, sin idoneidad para derivar una posible respuesta al problema propuesto, otros a pesar de que plantearon la discusión, no propusieron ninguna respuesta satisfactoria.

Dentro de los que se limitan sólo a realizar un comentario que no trasciende lo descriptivo se encuentran MESA VELÁSQUEZ y ARENAS. En efecto MESA VELÁSQUEZ plantea que "Los actos de cooperación criminal deben ser siempre anteriores o simultáneos al delito, nunca posteriores. De donde se colige que cualquier ayuda posterior al hecho ilícito, sin ningún nexo intelectual previo, sin convenio anterior con el delincuente no constituye complicidad. Puede integrar sí una entidad jurídica independiente, cual es el delito de encubri-

²⁴ López Peregrin, María del Carmen. Ob. cit., pp.325, 326 y ss.

miento".²⁵ Nótese que lo planteado no difiere precisamente de la descripción del artículo 20 del código penal de 1936, pues en éste se consagra el acuerdo previo, sin el cual no podía realizarse la labor de subsunción en esta disposición.

Es importante anotar que a pesar de que ARENAS no sobrepasa lo meramente descriptivo si incluye un elemento valorativo, en comparación con la postura de MESA VELÁSQUEZ, al estimar que sólo procede la ayuda posterior como forma de participación a título de complicidad cuando la ayuda ofrecida es causa del hecho punible. Agrega que si la ayuda se presta teniendo sólo conocimiento del delito, pero no mediando promesa, se estará ante un encubrimiento.²⁶ Frente a la exigencia de que la ayuda ofrecida obre como causa del hecho punible, es necesario advertir que desde el criterio de la causalidad cualquier aporte satisface esta condición. Además la ayuda ofrecida no es determinante del hecho punible, sólo es un medio facilitador o favorecedor de una lesión al bien jurídico, del cual tiene dominio quien se reputa como autor.

En el segundo grupo, es decir, aquellos autores que realizan un juicio de valor frente al problema planteado, se encuentran ESTRADA VÉLEZ y LOZANO Y LOZANO quienes a pesar de trascender lo meramente descriptivo incurrir en un tratamiento bastante confuso, pues dejan sin resolver qué es lo que constituye el aporte en la "promesa de ayuda posterior", que era la expresión utilizada bajo la vigencia del código de 1936.

²⁵ Mesa Velásquez, Luis Eduardo. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962, p.1966.

²⁶ Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al código penal colombiano, parte general*, Bogotá, Ed. Temis, 1968, p.226. Asume esta postura: Romero Soto, Luis Enrique. *Derecho penal*, vol.II, Bogotá, Ed. Temis, 1969, p.359, cuando estima: "Desde luego que la complicidad como dejamos dicho, puede prestarse antes de la ejecución, durante la misma o después de ella. Pero en este último caso se requiere que se obre cumpliendo promesas anteriores, ya que en caso contrario, se estaría frente a un encubrimiento".

Decimos que la posición de ESTRADA VÉLEZ no es clara porque entiende que la ayuda posterior no es un aporte causal a la ejecución del hecho principal, sino una colaboración que se concreta por fuera de la infracción, dirigida a eludir la persecución,²⁷ incurriendo en un grave error al no tener en cuenta que la complicidad se presenta como un aporte al hecho principal, con carácter accesorio, y por tanto éste no puede concretarse por fuera del ámbito del tipo. Para la determinación de una conducta como punible a título de complicidad debe existir un aporte que favorezca la lesión al bien jurídico, emprendida por el autor y concretada en el hecho principal.

Es igualmente confusa la postura de LOZANO Y LOZANO, para quien la ayuda posterior no es una forma de complicidad. En efecto, estima que "hay una forma de auxilio posterior al delito que presenta una especie de unidad intencional respecto del fin perseguido por los delinquentes: el encubrimiento o transformación de los objetos robados, previo pacto de participación en las utilidades. (...). De aquí que el legislador francés haya llegado a asimilarlo a la complicidad, castigándolo con la misma pena".²⁸ Como puede verse, este autor entiende la promesa como indicadora de una unidad subjetiva, no desde el punto de vista objetivo como un aporte. La asimilación se realiza, entonces, para efectos punitivos.

En general la doctrina nacional no es rigurosa en el análisis de la ayuda posterior como modalidad de complicidad, pues no enfrenta directamente el punto de necesaria definición: si el aporte que se realiza al hecho principal es la promesa y/o concierto previo o concomitante —que es la expresión que introduce el artículo 30 del Código Penal vigente—, si ésta es idónea como elemento definidor, y cuál es la influencia del cumplimiento de la actividad prometida. Además, no

²⁷ Estrada Vélez, Federico. *Manual de derecho penal*, Medellín, Ed. Edijus, 1975, p.274.

²⁸ Lozano y Lozano, Carlos. *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Ed. Lerner, 1961, pp.206, 207.

explica esta forma de participación desde la naturaleza jurídica de la complicidad, aspecto desde el cual se debe abordar su estudio.

4.2. La doctrina nacional posterior al código de 1936

Dada la reciente entrada en vigencia del Nuevo Código Penal, la doctrina que reseñaremos es básicamente la que comentaba el artículo 24 del código penal derogado, haciendo precisión en aquellos doctrinantes que se han pronunciado con referencia al artículo 30 del Código vigente. En todo caso, tal como hemos afirmado la modificación de la expresión en el actual código penal, es meramente gramatical.

La doctrina en relación con el artículo 24 del C.P. de 1980, en términos generales continúa en la misma línea trazada por la doctrina nacional anterior.

Aunque es importante indicar que dentro de ésta se encuentran algunas posturas que abordan directamente el asunto planteado aunque no proponen una interpretación satisfactoria y completa.

En primer lugar, nos encontramos con autores que no realizan ninguna referencia al problema que supone el artículo 24 (del código penal de 1980) *verbi gracia* PABÓN PARRA²⁹ se limita a consignar datos meramente descriptivos que no aportan nada para la construcción de un concepto claro frente a esta forma de participación punible. También, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, cuando comentaba el artículo 24 del código derogado, se limitaba a sostener que "(...) la prestación o ayuda posterior asume normalmente solo la forma de complicidad no necesaria".³⁰

No obstante lo anterior, en la obra en que analiza el nuevo Código Penal, este autor se pronuncia en torno a lo que considera que constituye el aporte en esta forma de complicidad: "la complicidad

²⁹ Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Manual de derecho penal, Parte general y especial*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Leyer, 1998, p.128

³⁰ Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal, Parte general, citado*, p.633.

no requiere que la contribución sea coetánea al suceso. De la noción expuesta más arriba se desprende que la actividad desplegada por el cómplice puede consistir tanto en un aporte anterior o concomitante al momento de ejecución del hecho, como en uno posterior, a condición de que medie promesa anterior (de carácter no necesario), de tal manera que no se rompa el vínculo al cual se aludió en el primer requisito³¹ El requisito al que se refiere el autor, es la vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice.³²

De acuerdo a lo que expone VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ podremos decir que mantiene la confusión teórica esbozada en párrafos anteriores, porque es claro que la vinculación que anuncia entre el hecho principal del autor y la acción del cómplice, de acuerdo al fundamento de punición de la complicidad y desde su mismo concepto, que no es más que la facilitación o favorecimiento de la consumación del hecho ajeno, impone que el aporte se realice antes de la consumación, aporte que se debe realizar previa o coetáneamente con posterioridad a la realización de la conducta punible, pero en todo caso no con posterioridad, porque como ya hemos afirmado, un aporte posterior a la consumación no puede en ningún modo facilitarla.

Es importante anotar que si bien VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ incurre en el yerro de sostener que la ayuda posterior a la consumación puede ser la aportación que permita la imputación a título de cómplice, consideramos que acierta cuando sostiene que en este evento nos encontramos ante una forma de complicidad no necesaria. En este orden de ideas el autor encuentra que la participación psíquica comporta un menor riesgo en comparación con las ayudas materiales.

Por su parte, PEREZ mantiene la misma confusión teórica en la que incurre el autor precitado, porque cuando expone que "la ayuda prometida debe efectivamente prestarse para que el cómplice sea

³¹ Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal, citado*, p.456.

³² Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal, citado*, p.455.

incriminado. No puede haber tentativa de participación según el texto legal”,³³ está afirmando que la contribución es el aporte posterior prometido, siendo la promesa o el compromiso adquirido en el concierto previo o concomitante una mera condición para tal calificación. Esta postura es insatisfactoria pues para que el aporte sea constitutivo de complicidad debe prestarse antes de la consumación.

Entre los autores que realizan un esfuerzo valorativo en torno a la aplicación del artículo 24 del código penal derogado y cuyas consideraciones son vigentes para el artículo 30 del nuevo C.P. se destaca SUÁREZ SÁNCHEZ, quien afirma que “hay que prestar la cooperación prometida para que se dé la complicidad, o por lo menos debe servir de soporte moral al autor al haber obrado contando con la efectividad de tal ayuda, de suerte que la simple promesa de apoyo al autor no constituye por sí sola complicidad”. Más adelante, manifiesta: “No es lo mismo ofrecer prestar ayuda que prestar la ayuda ofrecida, porque debe ser efectiva así sea en lo moral o síquico”.³⁴

Si bien su postura sobresale sobre las meramente descriptivas, encontramos que no ofrece total claridad porque no determina contundentemente si la promesa de apoyo se refiere a la mera solidarización con el hecho punible o está condicionando la determinación de la conducta como complicidad al cumplimiento de lo prometido o pactado. Aunque cuando alude a la efectividad de lo moral o psíquico podría pensarse que asume que el aporte es la promesa o el compromiso adquirido mediante el concierto previo, pero no de cualquier entidad.

Dentro de la doctrina nacional, la posición de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA también trasciende lo meramente descriptivo, cuando expresa: “(...) este principio de causalidad, de suyo eficiente solo el presente hacia el futuro, no es desvirtuado por la complicidad *sub*

³³ Pérez, Luis Carlos. *Derecho penal*, Tomo I, Bogotá, Ed. Temis, 1981, p.393.

³⁴ Suárez Sánchez, Alberto. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.349.

sequens que regula la segunda parte del art. 24 (...), pues en ella, llamada por los clásicos *fautoría*, la ayuda posterior únicamente es valorada correctamente como complicidad en tanto responda al cumplimiento de promesas anteriores al delito, de donde se ve el aporte causal en el impulso o estímulo de la promesa. Esto conduce a sostener, con propiedad que la promesa de ayuda ulterior es siempre acto de complicidad, aun cuando no se cumpla, pues realizado el delito con su aliciente, quedó cumplida la contribución causal al hecho del autor”.³⁵ (cursivas fuera del texto)

A pesar de que el punto de partida es esencialmente causal, y que hemos indicado la insuficiencia de tal criterio para la fundamentación de la autoría y la participación en los tipos de resultado, considero que es la posición que más se acerca a un tratamiento satisfactorio del problema planteado, no obstante como ya he indicado, no explica el contenido total del artículo 24 del código derogado, ahora artículo 30 del Código Penal vigente.

Este autor entiende que la promesa o el compromiso pactado en el concierto es el aporte que define la conducta como punible a

³⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, p. 549, sostiene, además: “que la ayuda de la participación punible puede ser síquica o moral, no es discutible, pues así lo prueba de modo irrefragable la punición de la instigación y de la pura autoría intelectual”. Resulta importante advertir, que en la tercera reimpresión de esta obra, editorial Temis, 1998, el autor no se pronuncia específicamente sobre este punto, no obstante consideramos que sigue sosteniendo tal criterio, cuando afirma, pág. 409: “2) Complicidad no necesaria: si la ayuda era un aporte causal sin el cual también hubiera sido posible la realización del injusto típico. Subforma suya era la *fautoría*, o sea la prestación de auxilios posteriores en cumplimiento de promesas antecedentes. En ningún caso el *encubrimiento* (ayuda posterior sin promesas previas) era una forma de participación, sino que era (y continúa siendo) un delito autónomo, previsto ahora en los arts. 176 y 177 del C.P.” Así mismo, por fuera de la doctrina nacional se encuentra la posición de Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.211, quien sostiene: “No hay como se dijo una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aún cuando luego no se la cumpla”.

título de complicidad. Asumiendo como correcta esta posición bastaría que el artículo 30 del C.P., dijese: "El que contribuya a la realización del hecho punible", pues desde aquí se explicaría la punición de quien mediante un concierto previo o concomitante a la realización de la conducta antijurídica se compromete a una ayuda posterior, porque está realizando un aporte psíquico que facilita la consumación del hecho punible. En este orden de ideas la interpretación propuesta no explica cuál es la relevancia de la ayuda posterior, aun cuando fue introducida en el artículo 30 del N.C.P. y no puede ser eludida si se quiere un tratamiento riguroso, desde el punto de vista dogmático.

Recapitulando, frente a la norma objeto de preocupación, hasta ahora tenemos dos opciones:

- 1) El cumplimiento de lo prometido o acordado es necesario para afirmar que estamos en presencia de complicidad. Esta solución es inadecuada porque desatiende uno de los requisitos esenciales de la participación a título de complicidad: que el aporte contribuya a la realización del hecho punible —el aporte antes de la consumación—.
- 2) La promesa o el compromiso asumido mediante el concierto constituye el aporte a la realización del hecho punible y por tanto basta que éstos se verifiquen para punir a título de complicidad. Esto supone una interpretación fraccionada del artículo 30 porque no explica cuál es la influencia del aporte posterior a pesar de que la disposición le otorga alguna relevancia al incluir en el artículo la expresión: "o quien preste una ayuda posterior".

A pesar de que hasta ahora tenemos dos soluciones que devienen insatisfactorias, consideramos que el artículo 30 del C.P. admite una interpretación racional y sistemática, la cual pretendemos desarrollar a continuación.

5. La solución que se propone

La postura sobre esta forma de complicidad depende de la posición que se asuma frente a dos puntos teóricos concretos: en primer lugar, el momento del aporte y en segundo lugar, su entidad.

Consideramos que es equivocada la solución que propone entender como aporte relevante para la atribución de la conducta a título de complicidad la ayuda posterior. Esto porque es sistemáticamente incoherente decir que estamos ante una forma de complicidad cuando de antemano evidenciamos que no satisface uno de sus requisitos esenciales: que el aporte o la contribución se realice antes de la consumación, y que éste sea eficaz para el favorecimiento o facilitación de la lesión al bien jurídico tutelado.

En este orden de ideas, para afirmar que la ayuda posterior mediante concierto previo o concomitante es una forma de complicidad, debe aceptarse que el compromiso adquirido en virtud del concierto constituye el aporte; es decir, tal como expone FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, el compromiso adquirido en virtud del pacto, por sí solo permite afirmar que estamos ante la figura de la complicidad.

Si aceptamos que el compromiso, asumido por el partícipe en virtud del pacto, para el artículo 30 del C.P. constituye el aporte que determina la complicidad, tendríamos que concluir que ésta se encuentra dentro de lo que ha denominado la doctrina como complicidad síquica, que tiene influencia en la estabilización de la decisión de delinquir y por tanto se erige como un verdadero aporte al hecho principal.

Sosteniendo que es este aporte síquico lo que constituye el aporte que determina la complicidad, es necesario advertir, anticipadamente, que en comparación con los aportes materiales este supone un riesgo bastante débil para el bien jurídico.

Así mismo, partiendo del fundamento de la punición de la complicidad, el compromiso adquirido en el concierto previo debe ser de tal entidad que pueda efectivamente ser idóneo y eficaz para favorecer la lesión. Por lo tanto, debe cumplir algunas exigencias.

Ahora es importante advertir que suponiendo el concierto previo la concurrencia de dos voluntades, la del autor y la del partícipe, los requisitos que debe cumplir el referido pacto, son entonces los siguientes:

1. De carácter objetivo:

- El compromiso asumido por el partícipe debe ser posible desde el punto de visto ontológico.
- El partícipe debe tener las calidades y cualidades necesarias para cumplir con lo pactado. Como sería el caso de un hombre que da muerte a otro utilizando veneno, contando con que las causas de la muerte no serán investigadas, porque previamente el médico que realizaría la evaluación del deceso promete certificar una causa fisiológica o funcional. En este caso, el partícipe debe ser médico, debe tener acceso a la evaluación, etc.

2. De carácter subjetivo:

- El autor debe contar con que la ayuda va a ser prestada. Esto es que puede esperar que el partícipe cumpla con lo acordado.
- El compromiso asumido por el partícipe debe ser expreso y libre.

En todo caso, insistimos, lo acordado o mejor el compromiso asumido por el partícipe debe ser de tal entidad que facilite la comisión del hecho punible.

Entonces cabe preguntarse: ¿Cuál es la relevancia otorgada por el artículo 30 del C.P. a la ayuda material prometida?

Es claro que el cumplimiento de lo prometido con ocasión del concierto previo o concomitante a la realización del hecho, es relevante para efectos de la interpretación del artículo 30 del C.P., porque de lo contrario, insistimos, bastaría con la primera afirmación, esto es, “el que contribuya al hecho punible”, para punir este aporte psíquico a título de complicidad. No obstante se introduce la segunda expresión.

Cuando el artículo 30 del C.P. usa la expresión: “quien preste una ayuda posterior por concierto previo o concomitante”, está indicando que para punir al partícipe-cómplice es necesario que se cumpla con el pacto. Es decir, está condicionando la punibilidad³⁶ de quien se compromete con el autor previamente, al cumplimiento de lo prometido. De no ser así, estas expresiones no serían necesarias, aún más serían inconvenientes.

De acuerdo a lo anterior, el incumplimiento de lo pactado o concertado no impide la apreciación de la complicidad, no obstante desde el artículo 30 del C.P., esta conducta debe permanecer impune,

³⁶ Hemos dicho que el cumplimiento de lo prometido es una condición sin la cual no es posible la imposición de la pena. De acuerdo a esta definición le hemos otorgado a la naturaleza de condición objetiva de punibilidad. Según Bustos Ramírez, Juan. (*Manual de derecho penal, parte general*, Barcelona, PPU, 1994, p.422), las condiciones objetivas de punibilidad son “circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad con relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o su medida. Mientras las excusas legales absolutorias tienen un carácter negativo, excluyen la pena, éstas tienen un carácter positivo, condicionan la punibilidad; si bien ambas en definitiva pueden tener el mismo efecto, ya que si no concurre una condición de punibilidad no se podrá imponer pena a ese delito por falta de necesidad de ella”. Por lo tanto, las condiciones tienen una vinculación con el injusto pero su efecto está dirigido a la punibilidad, atendiendo al criterio de necesidad. Ahora bien, frente a las condiciones objetivas de punibilidad se ha generado una amplia discusión en cuanto a su naturaleza. Algunos consideran que éstas encuentran explicación en la categoría del injusto y por tanto, es ésta su ubicación. No serían entonces criterio para imposición de pena sino elementos del injusto. Otros explican su existencia en una nueva categoría denominada de punibilidad y otros endilgan su naturaleza a la de condiciones de procedibilidad. Esta discusión puede ubicarse en Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general*, Tomo I, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Ed. Civitas, 1997, pp.970 y ss. También en García Pérez Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p.37, 38 y s.s. Sin agotar la discusión, considero correcta la postura de BUSTOS RAMÍREZ frente a la cual sólo hay una inconformidad terminológica, pues considero que las condiciones objetivas de punibilidad tienen una funcionalidad negativa, ya que hacen parte del criterio de necesidad, el cual tiene, igualmente, una funcionalidad negativa. Las condiciones objetivas de punibilidad son una clara manifestación de los límites a la intervención punitiva, entre ellos el principio de mínima intervención, en sus dos direcciones, la *ultima ratio* y el carácter fragmentario del Derecho Penal.

porque tal como he anticipado, el cumplimiento de lo concertado es una condición para la punición.

De esta interpretación se deriva que si el artículo 30 del C.P., está condicionando la punibilidad de un aporte psíquico constitutivo de participación a título de complicidad, una ayuda material, está implícitamente entendiendo que los meros aportes psíquicos no son punibles.

Esta opción valorativa, es decir, la renuncia a punir los meros aportes psíquicos, encuentra justificación politicocriminal en las siguientes razones:

En primer lugar, el aporte psíquico va dirigido a la estabilización de la decisión de delinquir. No es lo mismo contribuir al hecho con actos materiales idóneos que pueden en forma inequívoca facilitar la consumación, que contribuir reforzando una decisión ya tomada. Esta afirmación supone la aceptación de que el riesgo jurídicamente desaprobado admite graduación³⁷ y que en el caso que nos ocupa los aportes psíquicos suponen respecto de los aportes materiales, un riesgo menor.

Considero que en nuestro ordenamiento jurídico se asume que en los aportes psíquicos se evidencia un menor riesgo. Esto demuestra cuando el artículo 30 del C.P., dispone que la promesa es un acto que es atribuible a título de complicidad, la cual supone una pena menor con respecto a la calificación de la conducta como autoría.

Frente a la graduación del riesgo entiende PAREDES CASTAÑÓN que "habrá que determinar primero qué grado de probabilidad de causación del resultado disvalioso existe al realizar la conduc-

³⁷ En éste sentido Paredes Castañón, José Manuel. *El riesgo permitido en el derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p.193, cuando estima que el "juicio de peligrosidad, por su naturaleza de proposición predicativa modal, no admite la simple afirmación (o la simple negación), sino que exige una graduación de la misma. De este modo, se plantea la cuestión de cuál es el grado de peligro de causación del resultado disvalioso que es preciso para que afirmemos jurídicamente la existencia de un juicio positivo de peligrosidad: es decir, el problema de la relevancia jurídica de la peligrosidad".

ta de A. Pero luego, en segundo lugar, habrá que determinar también si dicho grado de probabilidad puede considerarse, desde el punto de vista de la probabilidad del bien jurídico en cuestión, como relevante (como un peligro)".³⁸

Con respecto al aporte psíquico constituido por el compromiso previo del partícipe se debe analizar cuál es el grado de riesgo generado por el aporte a la conducta lesiva del bien jurídico y en segundo lugar, si éste es relevante. Tal como quedó expuesto estamos en presencia de un riesgo valorado como menor, lo cual implica que a pesar de estar ante una conducta antijurídica no es punible cuando no se cumple lo pactado, prometido o concertado. Por lo tanto el asumir un compromiso de ayudar materialmente después de la consumación es un peligro irrelevante desde el punto de vista juridicopenal.

Estando, entonces, ante un riesgo jurídicamente desaprobado de menor entidad, encontramos acertada la renuncia a la pena. Dicha renuncia exterioriza la asunción de una determinada opción valorativa frente a lo que constituye la intervención punitiva en nuestro ordenamiento, que no es más que la caracterización de ésta como mínima. En concreto, la renuncia a imponer la pena cuando se incumple lo concertado, no es más que un desarrollo claro del principio de mínima intervención.

Lo anterior asumiendo posturas como la de CADAVID QUINTERO, según la cual "resulta importante señalar que en la base de la construcción del sistema de derecho penal existen unas determinadas opciones valorativas que han de posibilitar la construcción de todo el sistema; y que operan como cimientos de su estructuración política. En gran medida, dichas opciones se derivan del modelo de estado recogido en la constitución".³⁹

En Colombia se asume como modelo de intervención el propio del Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual la indemni-

³⁸ Paredes Castañón, Ob.cit., p.193

³⁹ Cadavid Quintero, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Ed. Diké, 1998, p.79.

dad y primacía de la persona frente a los poderes estatales constituye un principio axiológico.⁴⁰ Por lo tanto, ante el reconocimiento generalizado del mal que supone la pena, el principio de mínima intervención termina siendo un límite irrenunciable para este modelo.

Hemos dicho, que la renuncia a la pena para las complicidades psíquicas es una manifestación del principio de mínima intervención. Ahora bien, la mínima intervención tiene por contenido dos caracteres, el de la *ultima ratio* o subsidiariedad del derecho penal y el de fragmentariedad.

En el caso que nos ocupa estamos, en primer lugar, ante un evento de fragmentariedad, la cual supone que “el derecho penal no debe conferir una protección universal a todos los bienes jurídicos; no es su función la de proteger todos los bienes jurídicos de todas las formas de posible afectación de los mismos; sino por el contrario proteger los que sean considerados socialmente más importantes, respecto de las formas más graves de atentado contra ellos”.⁴¹ Y digo que es un desarrollo del carácter fragmentario porque estamos ante una renuncia de la intervención punitiva por verificarse un ataque de menor entidad para el bien jurídico tutelado.

En segundo lugar, esta solución es un desarrollo del carácter subsidiario del derecho penal, el cual de acuerdo con GARCÍA PEREZ, no sólo se refiere a los medios disponibles de protección sino que “la

⁴⁰ Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Calle Calderón, Armando Luis. “El delito de interés ilícito en la Celebración de Contratos”, *Revista Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, Medellín, septiembre de 1997, p.352, quienes entienden frente al sistema penal que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, lo siguiente: “(...) constitucionalmente se ha asumido un modelo de Estado social personalista, esto es, de orientación hacia la persona, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los derechos fundamentales y no a la inversa, es decir, un modelo en el que el individuo y sus derechos solamente tiene sentido desde el Estado, que adquiriría así una consideración autónoma respecto de las personas”. Sostienen acertadamente los autores, que de un modelo de orientación personalista se deriva un modelo de derecho penal en la misma dirección.

⁴¹ Cadavid Quintero, Alfonso. Ob. cit., p.43

renuncia total o parcial a la pena tiene como fin atender a la protección de intereses distintos a los directamente conectados con la pena y, por tanto, no se trata de casos en los que la intervención penal se supedite a la existencia de otros medios eficaces”.⁴²

Los intereses distintos que merecen tutela y que justifica una renuncia a la pena son, básicamente los siguientes:

Justifica el mencionado trato diferente que el compromiso que se asume de proporcionar una ayuda posterior a la consumación va dirigido al aseguramiento del hecho punible (como sería el caso de comprometerse, antes del apoderamiento, la circulación comercial de mercancías hurtadas), o a evitar el descubrimiento, por lo tanto, el incumplimiento de lo concertado supondrá la facilitación de la persecución punitiva o que el aseguramiento del hecho punible se dificulte.

Así mismo, el darle una respuesta punitiva de menor entidad –en comparación con la del autor– a la promesa de ayuda posterior seguida de su cumplimiento, es coherente con la renuncia a la pena en el concierto de ayuda posterior seguida de incumplimiento.

De acuerdo a lo anterior, encontramos razones tanto de fragmentariedad como de subsidiariedad para justificar la renuncia a la pena en los eventos de complicidad psíquica. Una manifestación de ésta renuncia es el artículo 30 de nuestro Código Penal, que condiciona la punibilidad de la complicidad mediante concierto previo o concommitante a que efectivamente se cumpla con lo concertado.

Para terminar, entendemos que la interpretación que se propone no sólo es integral y respetuosa del principio de legalidad sino que además, insistimos, es politicocriminalmente adecuada, ya que es un desarrollo coherente del postulado que vincula a la idea de que el recurso al derecho punitivo y a la violencia intrínseca que comporta, debe manifestarse en su mínima expresión.

⁴² García Pérez, Octavio. Ob. cit., p.343.