

Corte Suprema de Justicia

El llamado “campanero” es autor y no cómplice

Cuando la labor de control de terceros tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos del delito, hasta el punto de impedir el sorprendimiento en flagrancia, debe considerarse como autoría y no como complicidad.

Magistrado ponente: Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ
Bogotá, mayo 10 de 1991.

Comentario: ANA MARÍA PELAEZ MERINO*

Antecedentes

El 12 de noviembre de 1985 E. P. S. (o M. C. A.), junto con otros individuos, penetró a la joyería “Técnica”, de propiedad de L. E. D., ubicada en la calle 17 N° 23-86 de la ciudad de Pasto (Nariño), en las horas del medio día (cuando la joyería se encontraba cerrada), apoderándose de varias joyas, relojes, dinero y un revólver. Mientras el hecho se realizaba, la amante de P. S., P. B. P., se colocó aproximadamente a 6 metros del establecimiento, donde T. R. de G. tenía una venta de comestibles, trabando conversación con ella y esforzándose por teparle la visibilidad que la vendedora tenía sobre la joyería.

La policía recogió ese mismo día las informaciones del caso y el 13 subsiguiente capturó a P. S.; luego se constató que la mencionada P. B. P. había

sido aprehendida y puesta a disposición del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, sindicada de otro delito.

El juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Pasto abrió investigación, indagó a P. S. y B. P., practicó otras pruebas y dictó auto de detención contra la citada pareja por el delito de hurto. Posteriormente vinculó al sumario como sindicados a E. A. G. y A. O., y remitió el expediente por competencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de dicha ciudad, que clausuró la investigación y la calificó por auto de 25 de julio de 1986 con auto de proceder contra los dos primeros como autores de hurto calificado, y sobreyó en forma definitiva a los otros dos acusados (fls. 457 y ss.-2).

Apelado el enjuiciamiento, el fiscal tercero del Tribunal solicitó su confirmación, mas consideró que el proceso era claro en cuanto a que la

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

procesada P. B. no era autora sino cómplice, petición que no fue acogida por el tribunal, que ratificó el llamamiento a juicio en su integridad (fls. 511 y ss.).

La causa prosiguió normalmente y, celebrada la audiencia, se dictó sentencia de 15 de noviembre de 1988, mediante la cual E. y P. fueron condenados a 42 y 37 meses de prisión, respectivamente, en calidad de coautores de hurto calificado, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de \$ 3.229.000 por concepto de perjuicios, y se les negó la condena de ejecución condicional (fls. 809 y ss. del cuaderno N° 3).

Al conocer de la apelación interpuesta contra dicho fallo el tribunal, enfrentó de nuevo una más fundamentada petición del fiscal sobre el tema de la complicidad en el comportamiento de la procesada, pero una vez más consideró que era autoría y, en tales condiciones, confirmó la providencia.

La sentencia del tribunal fue recurrida en casación por el fiscal tercero y por el defensor de la acusada. Concedido el recurso, la Corte lo declaró admisible y ambos impugnantes presentaron sus demandas. Empero, medianente auto de 26 de junio último la Sala inadmitió el libelo del defensor y, en consecuencia, declaró desierto el recurso, habida cuenta de que no alegó por su patrocinada sino por P. S., de quien no es apoderado en este proceso, "debiéndose considerar, por tanto, que no presentó demanda respecto de la acusada a quien representa" (fls. 74).

La demanda del fiscal 3° se declaró ajustada a las prescripciones legales.

La demanda

De conformidad con el numeral 1°, cuerpo 1° del artículo 15 del decreto 1861 de 1989 (que modificó el 226 del C. de P. P.), el actor sostiene que se violó directamente el artículo 24 del Código Penal por falta de aplicación, en lo que se refiere a la conducta desplegada por la procesada P. B. P.

Señala que la atribución de autoría para la procesada "no es acertada, pues la prueba existente indica claramente a la B. P. como cómplice, dado que su actividad es de mera coadyuvancia al autor material del reato, lo que se vislumbra desde el informe de la policía y en las diferentes resoluciones judiciales a través de las cuales se definió la situación jurídica y se llamó a juicio", y agrega:

"Si nos atenemos a lo que refleja la prueba recaudada tenemos que el criterio adoptado por el juez de segunda instancia es errado, pues aquella señala a la B. P. como cómplice, dado que su conducta fue la de "campanera" o de mera coadyuvancia al autor material del reato. Y es que el trabajo delictual de la acusada fue la de distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería donde se perpetraba el reato para cuyo efecto previamente había convenido prestarle ayuda al autor material; realidad que en nuestro sentir es de mera coadyuvancia y no de coautoría.

Esta apreciación encuentra base sólida en que la conducta de la B. P. reúne en sí la presencia de todos los elementos estructurales de la complicidad como son: que su obrar por sí solo no se adecía plenamente al tipo penal, pero su colaboración sí contribuyó armónicamente a la realización del hecho punible, la que previamente había sido acordada con el autor material para la comisión del reato contra el patrimonio económico, lo que significa que había identidad del hecho delictuoso.

Pensar como lo hace el juez *ad quem*, que en el caso de examen existe coautoría, es errado, pues para llegar a esa conclusión se calificó el concierto previo entre el autor material y la B. P. como división del trabajo delictual; criterio con el cual se borra del estatuto punitivo la figura de la complicidad, yendo en este campo en contravía de lo establecido por el legislador.

Pensamos que es de la esencia de la complicidad la división del trabajo delictual entre el autor y el colaborador, mas no por ello esa ayuda consciente y previa se la puede cata-

logar como coautoría impropia, denominación que es creación académica y no legislativa, lo que contraría la voluntad del legislador, pues va en detrimento de la figura de cómplice, ya que quien de cualquier manera auxilie o colabore con el autor de un ilícito, por la división de trabajo, indefectiblemente será calificado como coautor, lo que no es justo, ni equitativo ni legal, pues académicamente no se puede abolir la complicidad.

La división de trabajo, pensamos, es predicable de una pareja criminal o de un grupo de sujetos que tiene como objetivo la comisión de varios o de muchos delitos: mas no cuando, como en el *sub lite*, la colaboración es ocasional y singular...".

Señala como normas violadas los artículos 24, 62, 67, 350 y 372 del Código Penal, y solicita que se case el fallo y "se condene a P. del S. B. P. como cómplice del hecho punible de hurto calificado, a la pena principal de 16 meses de prisión".

La delegada

El señor procurador segundo delegado en lo penal, invocando el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal de 1971 (que es el que rige este proceso), estima que "no es del caso entrar a ampliar o modificar la tesis expuesta en la demanda".

Se considera

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada P. B. P.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procesada P. B. P. consistió en servir "de campanera", concretamente distraiendo a una vendedora ambulante que trabaja enfrente y a unos 6 metros de la joyería "Técnica", mientras que P. S. y otros sujetos realizaban el hurto: nadie ha discutido que a ello se redujo

el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo por el casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entraña un acto de autoría, o de "coautoría".

Las consideraciones cardinales que el Tribunal plasmó en el auto de proceder (que se integra con el fallo) son del siguiente tenor:

"Ciertamente se ha dicho que por muy importante que sea la participación del coadyuvante, jamás estará en el nivel del autor material; sin embargo, cuando la realización del hecho delictivo es conjunta, con división del trabajo, con un fin concertado, ejecutado por personas con capacidad de autores que asumen el hecho como suyo, o como dice MAURACH, con un «cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico», se estará frente a una coautoría impropia.

P. del S. B. sirvió, para utilizar un conocido término, de «campanera» es decir impidiendo que otras personas pudieran observar lo que sucedía en la joyería «Técnica»; ese era su papel dentro de la gran empresa delictiva: el apoderamiento de los bienes era una realización conjunta, pero con miras a que se cristalizara, era necesario distraer la atención de los impertinentes testigos..." (fls. 518 y 519-2. Se subraya).

A esas motivaciones del auto de proceder, el tribunal agregó en la sentencia estas otras:

"Lo que no se ha estudiado cuidadosamente es la verdadera actividad cumplida en el caso concreto, ni el origen de ese acuerdo y aceptación en la realización del hecho punible como propio, ni la relación subjetiva y objetiva del mismo. La participación no es a título de complicidad sino de coautoría porque, *de principio a fin, se desarrollaron* meticulosamente cada una de las etapas del proceso del *iter criminis*, desde la ideación hasta la consumación, con un adecuado y preconcebido reparto proporcional de trabajo, en cuya ejecución se tomaron todas las previsiones. No

se trata de una participación propia de quien asume la condición del autor, del compromiso en toda la empresa delictiva. Una participación que no alcanza a diferenciarse de la autoría y sí de la complicidad. La complicidad, como lo ha previsto el legislador, se encarna en la contribución, en la realización del hecho punible o en la ayuda posterior «cumpliendo promesa anterior». Es sin duda un grado menor al de la autoría, un escaño menos en el desarrollo del proceso delictivo» (fls. 853 y 854-3).

Indicado lo anterior, fácilmente se aprecia que, mientras el tribunal considera "adecuado o eficaz" el comportamiento de P. B. respecto de sus otros compañeros de acción delictiva, la impugnación tiende a negar esta característica en su conducta, advirtiéndose que no tenía capacidad decisoria sobre los hechos, pues solo es autor el que puede reclamar este dominio, lo cual emparenta la tesis con la de quienes tratando de resolver el mismo problema (autores y cómplices) paran mientes en la eficiencia de la causa que promueve cada uno de los que acordaron la realización del delito.

Estimándose como dueños de la acción los que vencían las seguridades de la joyería, los únicos que podían resolver si mantenían el comportamiento, lo variaban, continuaban hasta su final, o cesaban en el mismo, aparece como obvio que la participación de P. B. se tome como secundaria, ya que así ella no actuará en la forma convenida para su propia tarea, el asalto bien podía consumarse.

Como bien se observa, la apreciación más que centrarse sobre los perfiles singulares de la acción ideada, que es la piedra de toque de las teorías, se inclina por un raciocinio abstracto y solo atiende a la noción general e indiferenciada de lo que constituye el obrar de un "campanero", campo en el cual la doctrina suele asignarle a este vigilante u observador un papel secundario, irrelevante y de suyo muy prescindible. Con este modo de pensar, que opera sobre un hipotetizado lugar común, se pretende evitar que toda colaboración pase a constituirse en coautoría, borrándose, la crea-

ción legal de la complicidad secundaria, pero se deja de lado, en este argumento aquiles, que con ello solo se tomaría como autores a los realizadores directos de la acción típica, con lo cual podrían escapar de este encuadramiento, para refugiarse en la benigna categoría de los cómplices innecesarios, verdaderos autores, a quienes los partidarios de la teoría del dominio de la acción ni imaginan por fuera de este nivel de responsabilidad.

Esta tesis, con todo y sus reconocidas bondades, no resuelve completa y satisfactoriamente los problemas que trata de enfrentar. Basta anotar que, con tal modo de pensar, según algunas voces críticas, solo se está destacando lo que podría llamarse el "caudillaje de la acción, que no equivale a la autoría"; que resulta muy fácil demostrar cómo algunos de los ejecutores directos de la acción típica, pueden abandonar su cometido sin que la acción cese o se inhiba; y, además, que la realidad demuestra cómo se prefiere la deserción de uno de los ejecutores directos al abandono que puede darse por un "campanero" de especiales características.

No debe olvidarse, entonces, que en tema tan arduo las doctrinas abundan y cada una selecciona el aspecto de mayor importancia para su concepción jurídica, pero sin lograr, no obstante la perfección de sus planteamientos, concitar el respaldo unánime. Constituyen, pues, valiosos medios de valuación y orientación y, en definitiva, una significativa aproximación al tema. Pero, lo más decisivo, luego de conocer estos puntos salientes de la doctrina, se centra en el análisis de las modalidades y características de los hechos, pues un comportamiento que, conforme a reflexiones generales, puede aparecer como propio a una complicidad secundaria o accesoria, se transforma, por obra de la realidad y de singulares condicionamientos, en principal o esencial.

De una vez debe comentarse que, comúnmente, el término "campanero", cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, la llamada buena doctrina lo traduce como actividad de

segundo orden; pero, cuando es uno el autor y no el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empañarse y se muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la Sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de "campanero" controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia. En otras palabras, que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene por qué mirarse como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona (T. R.) que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, esta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta división de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa como "campanero", que de no darse por descontada su exitosa intervención, lo más lógico y sensato es pausar el hecho. ¿Qué podría pensarse, en este terreno de la complicidad, de un "campanero" a quien se le determina como obrar el eliminar al celador, o al agente de policía que por el contorno ronda, o al tercero que puede realizar una idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podrá estimar, con base en el significado usual que se asigna al término "campanero", como cómplice secundario? *Mutatis mutandis*, P. B., por la forma como se comportó en relación a T. R., y la situación privilegiada en el descubrimiento de los hechos, ejerció un papel decisivo, esencial y de magnitud muy afín con los ejemplos mencionados.

De ahí, lo acertado de la valoración consignada por el tribunal, de la cual, obviamente, se puede disentir pero sin llegar a reclamar en ello la corrección de un insoportable yerro o de una crasa equivocación. Por el contrario efectuó un análisis serio de la doctrina y sopesó meritoriamente la realidad. De ahí la bondad y justicia del fallo emitido.

El cargo se rechaza.

La Sala estima conveniente concluir con esta serie de glosas:

a) Las legislaciones que dan preferente acogida a la teoría del dominio de la acción (para otros, por diferente camino pero confluyendo al mismo objetivo, la causa eficiente o la *conditio sine qua non*, etc.) suelen destacar esta vocación con términos que la dan a entender (v. gr., cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado). Pero quien lea nuestros artículos 23 autor: el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo; y 24 cómplice: el que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior, no podrá encontrar esa connotación, pues el articulado se muestra más favorable a incluir un mayor número de partícipes, en calidad de autores, que los que usualmente sus intérpretes piensan o imaginan;

b) La tesis restrictiva de la autoría (solo son tales los que ejecuten directamente la acción típica mandada por la ley), nunca ha encontrado respaldo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales. Por el contrario impera la extensiva, la que no pretende, como su nombre bien lo indica, disminuir el número de autores sino ampliarlo. Esto da margen a pensar, entonces, que una interpretación como la que este fallo destaca, debe encontrar más acogida que la contraria de ampliar la órbita de los cómplices secundarios con desmedro de la de autores;

c) Con esta tendencia nuestro Estatuto se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del derecho penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, "de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan, que genera... una responsabilidad *in solidum* de todos los partícipes, cualesquiera que fuese el acto de la intervención".

Esto es suficiente, para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por auto-

ridad de la ley, no case el fallo impugnado, señalado en su naturaleza, origen y fecha.

Expídanse las copias pertinentes, para que la entidad competente tome determinación sobre el comportamiento del Dr. A. H. R., quien debiendo actuar a nombre de P. B. P., en el recurso de casación lo hizo fue a nombre del procesado P. S.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Salvamento de voto

Respetuosamente nos apartamos de las conclusiones de la mayoría de la Sala, con base en las siguientes consideraciones:

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada P. B. P.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procesada P. B. P. consistió en distraer a una vendedora ambulante que trabajaba frente y a unos seis (6) metros de la joyería "Técnica", mientras que P. S. y otros sujetos realizaban el hurto: nadie ha discutido que a ello se redujo el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo por el casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entrañe un acto de autoría, o de "coautoría".

El artículo 24 del Código Penal, dice:

"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 tercera parte a la mitad".

Los cooperadores en la producción del hecho pueden ser "principales" o "esenciales" (coautores) y "secundarios", o "accesorios"

(cómplices), según sea el aporte que unos y otros hayan suministrado al acontecimiento punible.

El cooperador principal es el que "realiza" el hecho, y por ello es autor del mismo (art. 23 C. P.). Para predicar de él dicha calidad, debe tener "dominio" del hecho, entendiéndose este señorío en el sentido de la capacidad para controlar y dirigir el decurso causal del acontecimiento, pudiendo entonces interrumpirlo, o desistir de su consumación. De ahí que su comportamiento ha de ser eficaz o adecuado respecto del resultado típico.

En cambio, el cooperador no principal (secundario o accesorio) es el que participa en hecho ajeno, porque carece de "dominio" sobre el mismo debido a que él no tiene capacidad decisoria.

"El fin concertado", a que acude el Tribunal, es común a todos los cooperadores en el hecho, así se exhiba con diferentes grados y matices, tanto en el tiempo como en el espacio. Si no existe conocimiento y voluntad, no se podrá imputar ni autoría ni complicidad, porque el agente no ha realizado el hecho ni tampoco ha contribuido al mismo.

Tanto la doctrina nacional como la foránea, hablan de coautoría "propia" e "impropia". En la primera, que no presenta mayores dificultades, cada uno de los coautores ejecuta simultáneamente y en igualdad de condiciones la acción típica acordada por ellos (todos acuchillan a la víctima y le causan la muerte por todos querida), de tal modo que cada coautor seguirá siendo autor aunque hipotéticamente se suprimieran las acciones de los otros. En la coautoría "impropia", en cambio, se presenta una "división de trabajo" o de "funciones", en virtud de la cual no todos los coautores realizan actos ejecutivos o consumativos, toda vez que algunos participan con actos que si se consideran aisladamente no se adecuarían al tipo penal (sostener a la víctima mientras es acuchillada por otro), pero que forzosamente tienen que ser actos "esenciales", que sean "imprescindibles" para la producción del "hecho típico común", razón por la cual de todos ellos puede afirmarse

que tenían "dominio del hecho", porque estaban en condiciones de suspenderlo, interrumpirlo. Si no se exigiera que la participación objetiva fuera "esencial", sería prácticamente imposible distinguir la cooperación "principal" (coautoría) de la "accesoria" (complicidad), teniéndose entonces que acudir para ello a criterios subjetivos (si se quería el hecho como "propio" o como "ajeno"), que no son necesarios para determinar la coautoría, puesto que para ello basta con la tesis del "dominio del hecho", como se ha dejado expuesto, que resulta mucho más justa por su carácter eminente objetivo.

Sentadas esas bases salta a la vista que la aquí procesada P. B. P. no fue coautora "impropia" del hurto, como lo dedujo equivocadamente el sentenciador: el servir simplemente para distraer la atención de una vendedora que se hallaba cerca de la joyería (que no tenía la calidad de celadora o vigilante de dicho establecimiento comercial), no era una cooperación "esencial", "imprescindible", que no le permitía por tanto tener "dominio del hecho". No estaba la procesada en capacidad de dirigir ni controlar el delito que estaban realizando P. S. y sus compañeros de delincuencia. Su participación en el delito ajeno no era necesaria para su realización, sino apenas conveniente, pues aún prescindiendo de su ayuda el hecho punible de todas maneras hubiera podido cometerse. Y si se admitiera que toda cooperación en la producción del hecho es "coautoría impropia", ciertamente se acabaría con la figura de la complicidad, como lo sostuvo el fiscal recurrente al conceputar para la apelación de la sentencia:

"Basamos nuestro pensamiento en que el concepto de coautoría impropia a la que hace referencia que en anterior oportunidad transcribimos (fl. 506) y en el fallo del Honorable Tribunal Superior antes precisado (fl. 519), tema atinente a la realización conjunta y con división de trabajo de un mismo hecho punible, debe ser manejado con cuidado pues de lo contrario se llegaría al extremo de borrar la figura o fenómeno jurídico de la complicidad en el Código Penal" (se subraya).

Si el tribunal, en una interpretación correc-

ta, hubiera considerado que el ya precisado comportamiento de la acusada no fue "adecuado" o "esencial" respecto del delito de hurto, es evidente que no habría predicado de ella "coautoría impropia", sino mera complicidad, con la degradación de punibilidad que esta última atribución comporta.

El yerro del fallador recayó, entonces, sobre los artículos 23 y 24 del Código Penal, al entender que P. B. P. había "realizado" el hurto, cuando el proceso señala que apenas "contribuyó" al mismo, pero no de una manera esencial o determinante.

Tal ha sido la violación directa de esas normas sustanciales; de donde se sigue que el cargo ha debido prosperar y la sentencia merecía ser casada parcialmente, a objeto de condenar a la predicha procesada como cómplice del delito de hurto de que da cuenta el proceso y el fallo impugnado, con la consiguiente rebaja de pena.

Estas son, en síntesis, las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Guillermo Duque Ruiz—Dídimo Páez Velandia.

Salvamento de voto

1. Para la mayoría de la Sala Penal de la Corte, P. B. P. es coejecutora del hecho. No comparto, ni en la imaginación, la dicha postura por las siguientes *ratio*:

a) Según el conocimiento histórico de las piezas del proceso débese advertir que la misión de la mujer se circunscribió a distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería asaltada, que-hacer previamente acordado con el autor material del ilícito, sin tener injerencia ninguna en la propia planificación del hecho que dirigieron y produjeron otros. En momento alguno fue ella, la figura central del acontecimiento, actuando siempre en un segundo plano de actuación. No dirigió la operación criminal, ni trazó estrategias a seguir, ni gobernó con poder absoluto e incondicional la acción de

otros, ni su aportación, finalmente, puede considerarse tanto o más relevante que la seguida por los restantes miembros de la organización criminal.

b) Reitérese, pues, que su labor, fue de plena subordinación y acatamiento al plan acordado. Colaboró sí en la comisión del delito pero con una actividad meramente complementaria o auxiliadora, en momento alguno determinante para alcanzar los objetivos perseguidos por los coautores. Quiso auxiliar un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, facilitando desde su concreta perspectiva de vigilante, la realización del mismo. Nada más. Ni siquiera su colaboración excedió el papel convenido. Careciendo, pues, de todo dominio o control en la dirección del suceso típico, fuerza es pregonar que la acusada actuó en la comisión del injusto a título de partícipe.

c) Bajo otra variación de sentido debe decirse que la dama no tomó parte directa en la ejecución de la conducta, esto es, no realizó todos o algunos de los actos ejecutivos propios del delito que se trata. Ni siquiera puede atribuírsele un trozo de la acción ejecutiva (criterio objetivo-formal).

d) Así mismo, habremos de advertir, sin dificultad, que jamás tuvo señorío sobre el hecho o la producción del resultado (WELZEL) ni sobre la dirección final de la causalidad en el mundo exterior (NIESE), ni determinó en los codelincuentes el "sí" y el "cómo" del hecho a cometer (WEBER) ni tampoco tuvo en sus manos, dolosamente,

el desarrollo típico del acontecimiento o las riendas del acontecer punible (MAURACH).

e) Consideradas las cosas a este viso, débese convenir que la participación de la B. P. en el delito por el cual se le condenó se rige —como lo enseña la buena doctrina en supuestos similares— por el principio de accesoriadad al cooperar en el delito doloso de otros con actos de mera coadyuvancia o con comportamientos secundarios al hecho del autor. Véase, en el decurso del recorrido criminal, y ya es bastante, que no tuvo voluntad de autor sino voluntad de cómplice. Este y no otro es el verdadero alcance de las probanzas cursantes en el informativo. Participación es siempre intervención en un hecho ajeno que pertenece al autor y en manera alguna al partícipe. No se olvide que *stricto sensu*, la participación se contrapone a la autoría (MIR PUIG).

2. He aquí, sin apurar la materia, mi personal visión sobre la problemática del tema sometido a examen de la Corte. Acaso sea esta la expresión más exacta de mi punto de vista sobre el análisis de los tipos de autoría y tipos de participación. Lo digo con énfasis porque soy espectador de mi propia persona y de mi convencimiento. Otros no lo entienden así. Respeto sus alcances. Ensayando resistencias que fueron derrotadas en el debate oral de la Sala, salvo mi voto en este asunto. En mi sentir la causal de casación alegada ha debido prosperar.

Con todo respeto,
Jorge Enrique Valencia M.

COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

El evento del concurso de personas en el hecho punible nos conduce necesariamente al estudio de figuras tan importantes dentro del derecho penal como son la *coautoría* y la *participación*, las cuales deben ser claramente diferenciadas y comprendidas debido a la complejidad de su estructura para evitar, al momento de tomar una decisión, lesionar ciertos bienes jurídicos y principios generales protegidos por el derecho penal liberal, como son el principio del acto y el principio de culpabilidad, que deben tenerse siempre presentes al momento de emitir un juicio de tipicidad.

La legislación colombiana se ha interesado por diferenciar ambas figuras en el capítulo tercero del Código Penal "De la participación", afirmando en el art. 23 que es AUTOR "el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo", y en el art. 24 señalando como CÓMPLICE al que "contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo". Los doctrinantes, por su parte, en su afán de crear medios idóneos para determinar y diferenciar ambas figuras, han optado por generar una serie de reglas y divisiones que hagan más sencilla la tarea de identificación de las mismas; por esta misma razón nos vemos obligados, antes de formular cualquier crítica o recomendación, a señalar los diversos tipos de participación y las clases de autoría que pueden encontrarse en las diferentes regulaciones penales comprendidas en nuestra legislación.

2. EL "CAMPANERO" FRENTE A LAS TESIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

En primer lugar debemos determinar la diferencia existente entre el autor y el partícipe, porque aunque ambos intervienen en el hecho punible, es el autor quien realiza desde el principio hasta el fin todos y cada uno de los elementos del tipo penal; de esta manera podemos afirmar que hay varias clases de autoría, según la doctrina, al igual que existen diversas formas de participación.

En cuanto a las diferentes teorías para determinar quién es el autor, consideramos que para el tema es importante aclarar lo atinente a la teoría sobre el dominio del hecho, pues pensamos que es la más apropiada debido a que las demás pueden conducir a una posición un tanto peligrosista, lo cual no se compadece con nuestro pensamiento. Siguiendo así a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, afirmamos que "El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el «sí» y el «cómo» del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho (SAMSON)"¹. Consideramos así que acogiendo esta teoría es fácil, en este caso, determinar las figuras de autor y cómplice.

En cuanto a la participación en sentido estricto, podemos afirmar que este es el verdadero dispositivo amplificador del tipo, ya que amplía el radio de punibilidad para castigar ciertas conductas que de otra manera no lo serían, pues aquel que suministra el "aporte" no está realizando totalmente el injusto, por lo cual no sería acreedor a una pena si no existiera esta figura dentro del derecho penal. En relación con el cómplice podemos afirmar que este es aquel que se limita a "tomar parte en el hecho de otro", no tiene parte en el dominio del hecho. La pena para el cómplice se gradúa de acuerdo con el mayor o menor grado de eficacia de la ayuda que haya prestado; de esta manera la participación se divide en *necesaria* y *secundaria* (cuando se puede prescindir de la ayuda). Esta tasación de la pena

¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, págs. 572 y 576.

debe realizarse atendiendo al art. 61-2, que habla de los criterios para fijar la pena: "...en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda".

Sobre la figura del llamado "campana" o "campanero", ZAFFARONI afirma: "no puede decirse *a priori* si el llamado «campana» es autor (coautor) o partícipe, sino frente a la modalidad operativa del delito: si el campana facilita la consumación en forma que pueda hacerse más rápidamente, será partícipe, pero si sin el campana el hecho no podría haberse cometido, será un coautor"². De acuerdo con los expresado por el autor citado, en este caso concreto que nos hemos dedicado a analizar, la figura del "campanero" no ha sido comprendida ni analizada en su totalidad, ni en su contexto específico por la Corte, pues no se ha tenido la suficiente claridad sobre la figura del partícipe como para tomar una decisión coherente, razón que nos vale, ahora que han sido esbozadas las diversas teorías que pueden acogerse al respecto, para proceder a analizar en concreto la decisión de la Corte, y para fijar más adelante nuestra propia posición.

3. POSICIÓN DE LA CORTE

A nuestro modo de ver, la posición de la Corte no presenta mucha claridad, puesto que inexplicablemente el máximo tribunal afirma que el comportamiento de P. B. es "adecuado" o "eficaz" respecto de sus otros compañeros, sin atender a las características específicas del hecho, que muestran claramente cómo, además de que la participación de la sindicada es accesoria, pues se podía haber realizado el hecho sin su ayuda, ella no tuvo en ningún momento capacidad decisoria sobre los hechos, lo que a la luz de la teoría del dominio del hecho, descartaría cualquier posibilidad de autoría de su parte.

Notamos además cierta confusión conceptual respecto de las teorías sobre la autoría y la participación, confusión que pudo fácilmente conducir a una decisión errada.

En cuanto a los salvamentos de voto, adherimos en gran parte a las afirmaciones y aclaraciones que en ellos se expresan, pues las consideramos importantísimas para este caso; así, por ejemplo, la afirmación de la diferencia radical que existe entre los cooperadores esenciales y los accesorios, la importancia de enfatizar que en la coautoría impropia el hecho realizado o asignado a cada uno debe ser *imprescindible*; la actuación de P. B., a nuestro modo de ver y en concordancia con los salvamentos de voto, fue meramente auxiliadora.

4. NUESTRA POSICIÓN

En primer lugar queremos señalar que la intervención de P. B. en el hurto consistió en una "mera coadyuvancia", como lo sostiene el fiscal tercero en su

² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, págs. 572, 576.

demanda al recurrir en casación la sentencia del tribunal; además afirmamos que, aunque hubo colaboración de su parte para que el hecho se cometiera y fuera más fácil efectuar el hurto, esta colaboración no fue indispensable, es decir, aun sin su presencia el hecho podría haberse cometido; consideramos que la Corte no tomó en cuenta esta situación al momento de emitir sentencia, por lo cual palpamos una directa violación del principio de culpabilidad y del principio del acto, pues fue declarada culpable de ser coautora en el delito de hurto que ella nunca realizó, si se considera que, según el art. 349 del Código Penal, comete hurto quien se "apodere de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro", supuesto que no fue realizado por la sindicada. Además, para que se configure la coautoría se requiere que todos los intervinientes tengan el dominio del hecho, lo cual no se presentó en este caso. Para que haya coautoría debe realizarse el supuesto de hecho por todos los que intervienen en el acto en su totalidad, o si hay una división funcional del trabajo se exige que el aporte de cada uno conforme un plan concreto del hecho y que sin ese aporte específico este no pueda realizarse; ninguno de estos supuestos se cumple en el caso que estamos analizando.

Consideramos errado el fallo de la Corte que afirma la calidad de coautora en la persona de P. B., pues de otra manera estaríamos erradicando la calidad de cómplice y tendríamos que afirmar la coautoría en todos los casos en que haya contribución de un tercero en la realización de un injusto por parte de otro, por lo cual desatenderíamos abiertamente el principio de culpabilidad, con el resultado de que al momento de tasar la pena nos encontraríamos frente a un total desequilibrio entre el grado de culpabilidad y la pena impuesta. Esto es verdaderamente peligroso para la subsistencia de un derecho penal liberal basado en principios tan importantes como el de culpabilidad, y conduce indefectiblemente a un derecho penal de autor que no distingue entre las figuras de autor y partícipe, pues se defiende un concepto extensivo de autor.

Siguiendo con la tesis que hemos suscrito hasta el momento, concluimos que La Corte no tuvo claridad al momento de analizar la conducta de la sindicada, característica que notamos principalmente en la exposición que de los hechos hace el magistrado ponente, pues si el análisis hubiera sido lo suficientemente profundo se habría concluido que, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, la actuación de P. B. no lograba reunir los requisitos típicos exigidos para catalogarla como autora, es más una partícipe, mirando la importancia de su aporte.

Nosotros llegamos a la certeza de que no hay ni siquiera una participación esencial, sino meramente accesoria, por lo cual, atendiendo al tenor de la ley, según el art. 24 la pena debió ser disminuida de una sexta parte a la mitad; y de acuerdo con el art. 61, mirando la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Visto lo anterior consideramos también que la sindicada era acreedora al subrogado de ejecución condicional, ya que la pena real no excede de 36 meses; por estas y algunas otras razones consideramos equivocado el fallo de la Corte y nos expresamos en desacuerdo con él.