

En este caso, sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en los dos anteriores, debe aclararse que el provecho no puede consistir en la mera adjudicación del contrato, pues tratándose de la mejor propuesta en términos legales, el beneficio que para dicho proponente significaría la adjudicación del contrato es en este caso perfectamente *lícito*, pues se trata precisamente de la mejor propuesta desde el punto de vista del servicio público, y por tanto de la que legalmente corresponde aceptar. Cosa distinta a la que ocurre en los dos supuestos anteriores, en los que no puede considerarse lícito el interés en que el contrato sea adjudicado a una propuesta distinta a aquella a la que legalmente corresponde, como tampoco puede entenderse lícito el interés que busca que el contrato se adjudique al mejor o al único postor, pero en condiciones manifiestamente injustas y por ende ilegales.

Común a los tres supuestos referidos es el hecho de que en todos ellos se ha afectado el servicio público concreto que sustenta la celebración de los contratos de la administración, por cuanto en tales eventos no se tiene en cuenta el interés general sino el ilegítimo interés particular, bien del servidor público o de un tercero, vulnerándose de esta manera, en consecuencia, la legalidad que debe orientar todos los actos de la administración.

3. El tercer elemento del tipo previsto en el artículo 145 del Código Penal, como se desprende de lo antes dicho, es el especial elemento subjetivo de la acción del servidor público, consistente en actuar «en provecho suyo o de un tercero». Sobre el particular parece existir acuerdo también en la doctrina nacional en el sentido de que en tal caso el provecho perseguido «puede estar representado en algo más que en rendimientos económicos, como que también puede comportar beneficios personales, morales o sociales»²⁴. Por supuesto no es necesario que tal provecho se obtenga realmente, pues basta que el acto en el que se manifiesta el interés del servidor público se realice con dicho fin.

4. Finalmente, este delito sólo admite la realización dolosa, por lo que, además de actuar con el propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero, el sujeto activo debe actuar con dolo, esto es, con conocimiento y voluntad de realizar el hecho previsto en la ley como punible (artículo 36).

TEORÍA DARTAÑANESCA DE LA COAUTORÍA. REFUTACIÓN

Fernando MEZA MORALES*

*“La brevedad del camino en
nada amengua el radio infinito de la
injusticia”*

Antonio MACHADO

La consigna de los tres mosqueteros, que paradójicamente eran cuatro, se condensa en la conocida frase “Uno para todos y todos para uno”, o a la inversa “Todos para uno y uno para todos”. Los términos de la proclama son intercambiables, como igualmente lo son sus pregoneros, y por eso es indiferente que la pronuncie en voz alta cualquiera de los miembros de ese grupo. Esa forma de actuar, que comporta una indiferenciada solidaridad, atribuye cualquier acto de uno de ellos a los restantes compañeros, pero también la empresa de todos en conjunto puede imputarse a sólo uno de ellos. En la sociedad de los mosqueteros la individualidad de cada uno se difumina en esa particular trinidad cuatripartita, y por supuesto que por tal vía se simplifica o abrevia el trabajo analítico de sus responsabilidades, pues el hecho de uno o varios de los socios se imputa como acto de todos, en una forma de nivelación absolutamente simplificada e ingenua.

Esta creación literaria de Alejandro DUMAS padre, he querido utilizarla porque guarda exacta similitud con la teoría que a cerca de los coautores del artículo 23 del Código Penal viene manejando casi que unánimemente la judicatura, y con gran entusiasmo la Fiscalía General. Basta con que al delito se haga cualquiera

* Profesor de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, de la misma.

aportación, sin que sea preciso determinar su verdadera naturaleza y real alcance causal, para que al contribuyente se le vincule al proceso o se le condene como autor o coautor material del mismo. Tal manera de enjuiciar la realidad fáctica en el proceso, que conduce a la inaplicación del artículo 24 del mismo estatuto sustantivo, simplifica o abrevia el trabajo analítico del funcionario judicial con ganancias temporal y laboral para él, pero con grave detrimento del derecho que tiene el cómplice a ser penado de manera más benigna que los autores, conforme a mandato legal. El origen de esa reiterada doctrina jurisprudencial se remonta a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y actuando como Tribunal de anulación, del cual fue ponente el Doctor Gustavo GÓMEZ VELÁSQUEZ en el año de 1.991, la cual ha venido manteniendo en su esencia esa alta Entidad.

De la mencionada sentencia de mayo 10, que desestimó las razones del demandante quien consideraba que su defendida Piedad BURBANO PAZ no fue "coautora" sino "cómplice" del delito de Hurto de que se trató, se puede hacer la síntesis siguiente: cuando varios individuos penetraron el 12 de noviembre de 1.985 en la "Joyería Técnica" para apoderarse de bienes muebles que allí se almacenaban, Piedad BURBANO PAZ permaneció en la vía pública, a unos seis metros del local, distraendo e interfiriendo la visibilidad de una posible testigo que tenía una pequeña venta de comestibles, la Señora Teresa ROSERO DE GONZÁLEZ. Por tal actividad, la copartícipe fue calificada de "campanera".

Para no incurrir posiblemente en una falsa exposición de los argumentos, me permito hacer las respectivas transcripciones y posteriormente su refutación.

Transcribe la Honorable Corte Suprema, porque lo comparte, el siguiente argumento del Tribunal Superior de Pasto: "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 persona 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*". (Las subrayas son del texto, salvo la intermedia)

"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 del trabajo, en cuya ejecución se tomaron todas las previsiones". "No se trata de una *participación propia* de quien asume la condición de autor, del comprometido 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* (sic) 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". (Continuación de las consideraciones del Tribunal. La última subraya es mía).

Este razonamiento es ya de la cosecha de la Corte: "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 uno el que vigila, la mencionada dependencia 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 (Teresa Romero) que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva". (Subraya del texto).

Termina la providencia, después de rechazar el cargo, formulando algunas glosas: que las legislaciones acogen la teoría del dominio de la acción para regular el instituto de la coparticipación, ampliando la categoría de los autores más allá de lo que los intérpretes piensan o imaginan; que la teoría restrictiva de la autoría "... nunca ha encontrado respaldo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales"; que en el mundo actual impera la tendencia legislativa y hermenéutica que derrota la forma secundaria de complicidad 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 los partícipes, cualquiera que fuese el acto de la intervención".

Estos son los argumentos de la doctrina jurisprudencial contenida en el fallo. Pasaré a su refutación, comenzando por unas meras glosas a los anteriores planteamientos, particularmente los contenidos en la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, motivo de la impugnación en casación.

Lo primero que es necesario tener claro es que el instituto de la participación, coparticipación, pluralidad de agentes o cualquiera otra denominación que signifique *tomar parte* en un hecho delictivo, supone necesariamente una *realización conjunta* (realización en sentido amplio) con la consiguiente *división del trabajo*: el de los determinadores o autores intelectuales si es que concurren varios, el del autor o autores materiales y el del cómplice o los cómplices. En caso de que sólo concurre un número plural de *autores materiales* (coautores), los mismos se distribuyen tareas en la ejecución o realización conjunta del tipo objetivo, como en el caso en que dos individuos acuerden acometer simultáneamente a la víctima con armas blancas o disparos, y si la muerte acaece por una sola de las heridas de varias de las inferidas, ambos son coautores "propios", pues no hay otra forma de coautoría material, ya que ambos han ejecutado actos dirigidos a la consumación y asumen ésta, con prescindencia de la herida que finalmente sea causa del resultado típico. El trabajo delictivo conjunto con división de las tareas constituye la forma esencial de la concurrencia de varios participantes en el delito. Cuando el jurista describe la ley positiva, o el Juez interpreta para su aplicación la misma, tienen que ceñirse a su texto y no cambiarlo, de manera que le hagan decir lo que ellos quieren y no lo que la propia ley manda de manera imperativa. El artículo 23 del Código Penal caracteriza a los AUTORES, sin más adhehalas: "El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo". Quien realiza el hecho punible es el que llamamos *autor material*, y a quien determina a otro a su realización lo llamamos *determinador* o *autor intelectual*. La ley penal no establece la categoría doble de *autoría propia* y *autoría impropia*. Parece que esa fue una necesidad de la doctrina alemana frente al Código Penal de 1.871 y para extender la punición criminal a intervinientes distintos a los inmediatos, que una aplicación rigurosa del principio de legalidad sustancial conllevaría su impunidad, en inaceptable detrimento del valor justicia. Por ello es preciso manejar con extrema cautela la doctrina extranjera, pues si muchas de sus ideas son verdaderas frente a sus propios textos positivos, no lo son frente a otros diferentes como los nuestros.* Nuestra normatividad penal sustantiva reglamenta de manera suficiente y completa la noción de autor: o porque alguien ejecuta de manera inmediata la acción típica, o porque la ejecuta mediatamente a través de la determinación, de cualquier tipo que ésta sea. Todos los tipos mencionan explícitamente al autor material ("El que...", "El particular que...", "El empleado oficial que...", etcétera, etcétera), pero como la ley se

* Conviene tener presente que una larga tradición germánica es de tendencia colectivista, con más o menos acentuado tinte objetivista, a diferencia de nuestra tradición latina, de acento marcadamente individualista.

propone también castigar a intervinientes mediatos (a quien determina al realizador, y a quien ayuda al ejecutor), entonces hace las respectivas previsiones en la segunda parte del artículo 23 y en el artículo 24). Inclusive el autor intelectual o determinador, porque "domina" el acaecer fáctico, es par del autor material en cuanto a la pena, lo mismo que ocurría con el cómplice primario o necesario del artículo 19 del anterior Código Penal, pues prestaba "... al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse...". Como esta dicotomía de complicidad necesaria y no necesaria es lógicamente insostenible, desapareció en el actual estatuto penal, quedando vigente la complicidad, a secas, y ello tiene una importante significación.

Las glosas finales de la Corte merecen también un comentario; que otras legislaciones acojan la teoría del dominio de la acción ampliando la categoría de los autores más allá de lo que generalmente se acepta, es argumento impertinente. Las reglas interpretativas que consigna el Código Civil y que reglamenta la ley 153 de 1.887 no autorizan esa remisión. Para resolver un caso particular, el que fue materia de impugnación por la vía de casación que decidió desfavorablemente la Corte, no era legal juzgarlo de acuerdo con el Código Penal de Campuchea sino a la luz de los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal de Colombia. Que la *teoría restrictiva de la autoría* nunca ha tenido vigencia en la doctrina y jurisprudencia nacionales no sólo es afirmación gratuita y sin demostración, sino que es absolutamente opuesta al principio de estricta legalidad que consagran textos constitucionales y legales. No obstante su formación positivista, el Maestro CARLOS LOZANO Y LOZANO suministra una noción de autor enteramente restrictiva.¹ Que en el mundo actual impera la tendencia legislativa y hermenéutica que bate en retirada a la teoría de la complicidad secundaria es argumento desconcertado del asunto. En Colombia no existe hoy sino una forma de complicidad, la del artículo 24 del Código Penal, y no es correcto calificarla de secundaria, pues necesitaría una referencia de confrontación que sería la complicidad primaria. La objeción, y eso como propuesta de reforma legislativa, hubiera tenido validez frente al texto del anterior Código Penal que regulaba dos formas de complicidad: la primaria o necesaria del artículo 19, y la secundaria o no necesaria del artículo 20. Esa dualidad es lógicamente insostenible como bien lo observó el Maestro CARRARA, pues según su pensamiento la complicidad es siempre primaria, o siempre secundaria desde el punto de vista histórico del hecho, circunscrito por indestructibles circunstancias de tiempo, lugar y modo, todas las ayudas son primarias o necesarias,

1 LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Elementos de Derecho Penal*. Ediciones Lerner, Bogotá, 1961. Pág. 189.

pues retirada cualquiera de ellas, desaparece el hecho en su configuración histórica; desde el punto de vista abstracto, todas las ayudas son secundarias o no necesarias, pues si bien el hecho se cometió de una manera, pudo cometerse de otra, y de aquí su relatividad. Pudo ser esta la razón para que dicho tratamiento dual del instituto coparticipación no apareciera en el Código Penal actual, aunque el criterio verdaderamente fundante de ella, a saber, la mayor o menor importancia causal de la contribución (mayor significación se convertía en complicidad necesaria, menor significación constituía complicidad no necesaria), se reprodujo en el campo de la dosimetría penal, pues el artículo 61 fija como criterio de graduación punitiva entre los límites mínimo y máximo, "... en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda...". Por supuesto, entendiéndose que los límites extremos tienen que determinarse reconociendo la disminución que para el cómplice, en relación con los autores que define el artículo 23, ordena el artículo 24. El desacierto y dificultad del anterior criterio, tanto para caracterizar complicidad primaria y secundaria, como para graduar la pena, radica en que no es un criterio esencial sino puramente cuantitativo o de grado y, como tal, está librado completamente al arbitrio de la apreciación subjetiva.

Este criterio, en el fondo, sirvió a los Magistrados Guillermo DUQUE RUIZ y Dídimo PAÉZ VELANDIA en su salvamento de voto, salvo que el criterio cuantitativo se reviste del discurso según el cual la contribución de la cómplice no incidió en el resultado "... de una manera esencial o determinante". Por su parte el Magistrado Jorge Enrique VALENCIA salvó también su voto, pero con otras razones. En síntesis, los cinco literales del numeral primero se dedican a distinguir entre labor principal y subordinada, y personalmente entiendo que la primera corresponde al autor en cuanto realiza o ejecuta el tipo objetivo, y la segunda al cómplice como simple contribuyente, "... con una actividad meramente complementaria o auxiliadora...", según sus textuales palabras.

Pasaré ya a ocuparme de mis argumentos, y habré de empezar por lo primero, por lo elemental, aunque suene a cuestión de PEROGRULLO. El diccionario de la Real Academia de la Lengua, edición de 1.970, define así el verbo *Realizar*: "Efectuar, hacer real y efectiva una cosa"; y define a su vez así el verbo *efectuar*: "Poner por obra, ejecutar una cosa"; y formula la siguiente definición del verbo *ejecutar*: "(..... Del latín, consumir, cumplir). Poner por obra una cosa".

Por otra parte define de las siguientes maneras el verbo *contribuir*: " // 2. Concurrir voluntariamente con una cantidad para determinado fin. // 3. Ayudar y concurrir con otros al logro de un fin". Finalmente define el verbo *ayudar*: "(Del latín *ad iuvare*). Prestar cooperación. // Por ext. auxiliar, socorrer". (Las subrayas de la definición son mías).

El artículo 28 del Código Civil, que señala las pautas para el trabajo hermenéutico, es del siguiente tenor: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...".

Desde esta perspectiva puramente semántica pero de innegable valor jurídico conforme a la disposición transcrita, es claro que el autor de un homicidio es quien mata accionando un revólver o esgrimiendo un puñal, y autor de un hurto es quien se apodera de un reloj ajeno porque lo arrebató a su poseedor, o autor de una falsedad documental es quien altera la verdad material o intelectual contenida en un documento. Autor de uno cualquiera de tales delitos es quien realiza o ejecuta (verbo utilizado en el anterior Código Penal, artículo 19) la acción significada por el verbo rector de alguno de ellos, que a la vez tiene la categoría de verbo único. También parece claro que quien presta el revólver para el homicidio, o el cuchillo para efectuar el "atracó", o los instrumentos de escritura para falsificar el documento, no realizan ni ejecutan, según el sentido "natural y obvio" de las palabras, sino que contribuyen "con una cantidad de acción", ayudan, auxilian, prestan cooperación, conforme a las definiciones del Diccionario de la Real Academia. Además la significación de ayudar, del latín *ad iuvare*, confiere el significado de algo accesorio (*ad*) que *adhiera* a algo principal: esto principal es la llamada acción típica (objetiva) y aquello subsidiario o subalterno, aquello que *adhiera* es la complicidad. Las categorías de los artículos 23 (autoría intelectual) y 24 (complicidad) difieren sustancialmente conforme a su significación lingüística, y conferirles una significación diferente, extenderlas más allá de este su sentido natural y obvio es hacerle decir a la ley cosas que no dijo ni quiso decir, *id est*, constituye una vulneración de ella. Se utiliza con mucha frecuencia, dentro de esa línea interpretativa supremamente laxa, el concepto de *dominio o condominio* del hecho, para concluir que todo aquel que detente ese poder debe considerarse coautor material. Pero chocamos con el escollo insalvable de que la ley no utiliza los verbos *dominar* o "*condominar*" el hecho, sino *realizar* o *contribuir* a realizar.

La teoría de la responsabilidad *in solidum* que maneja la doctrina ameritada merece una nítida clarificación. Si por responsabilidad *in solidum* se quiere significar que todos los copartícipes, determinadores, autores y cómplices responden mancomunadamente por una única entidad delictiva, ello es cierto, pero también lo es que pueden ser penados de manera diversa, según que concurren o no las circunstancias de comunicabilidad que regula el artículo 25 del Código Penal; en este caso responsabilidad *in solidum* no significa igual medida de punibilidad, Pero si lo que quiere significarse es que cualquiera contaminación con el delito reporta una calificación como autor o coautor del mismo, esa conclusión es completamente

errada a la luz de nuestro estatuto penal sustantivo. A diferencia del ideal peligrorista que fundaba en el hecho la legitimación para la intervención de la justicia penal y en la personalidad del autor la medida de la sanción, la idea liberal o garantista hace depender la responsabilidad penal de lo que el autor hace; en aquella escuela se responde por lo que se es, en ésta por el acto. La corriente clásica, que desarrolló la teoría del derecho penal de acto, perfiló con elevada claridad la estructura de todos los hechos merecedores de sanción penal, no solamente en cuanto a los delitos en particular sino en lo relativo a sus diferentes formas. Como en la tentativa de delito se presenta un acto incompleto respecto de su consumación, la pena tiene que ser menor. También, tomando como referencia el concepto *consumación*, autor del delito es quien ejecuta el acto consumativo (recordemos la definición de ejecutar que trae el Diccionario), en tanto que quienes participan en otros actos que no son de consumación, son cómplices o *delinquentes accesorios*, como los llama LOZANO. Contraria a la teoría que involucra indistintamente a los participantes en un delito, como la de esta doctrina jurisprudencial, la teoría liberal puntualiza detalladamente el acto de cada uno de ellos y con fundamento en esa especie de particularización ontológica propone una pena proporcional: mayor para el delito perfecto o consumado que para el simplemente tentado, mayor para los autores (intelectual y material) y menor para los cómplices.

Tal esquema doctrinal constituye paradigma hermenéutico por la poquísima razón de que el mismo fue acogido normativamente por nuestra legislación penal. No solamente nuestro estatuto consagra como principio el de legalidad (artículo 1º Código Penal), desarrollado técnicamente en la estricta tipicidad (artículo 3º *ibidem*), sino que a la par reglamenta claramente las calidades de autor y cómplice, en los artículos 23 y 24, respectivamente. Por eso la teoría del autor en sentido estricto que merece reparo a la H. Corte Suprema es la única admisible a la luz de los textos legales antes citados y, así no satisfaga al fallador o le repugne, es la única que debe manejar, si quiere actuar con la sujeción a la ley que ordena la propia Constitución. Al intérprete-fallador no le está permitido sustituir el criterio de *lege lata* por el de *lege ferenda*, que es el que propone la sentencia en sus glosas finales.

Otro criterio inmanejable por lo incierto, que conduce a una arbitraria subjetividad, es el que aparece en la sentencia. El "campanero" (y por consiguiente todo auxiliador) es cómplice o coautor según la mayor o menor proximidad con el sitio donde los autores en sentido propio realizan la acción. ¿Qué límite marca la cercanía o la lejanía que determine que un copartícipe es coautor o meramente cómplice? Nada sabemos porque es un misterio que no nos ha sido revelado, y que por lo mismo depende del buen o mal talante del juzgador. Criterio inseguro

que marcha a contrapelo de las más altas aspiraciones del pensamiento liberal de los valores de certeza y seguridad jurídicas. Lo mismo que el sistema dual de complicidad primaria y secundaria, que se desenvuelve en último término en cuestión de cantidad o grado, éste de la mayor o menor cercanía del copartícipe con el centro del hecho típico, libra la suerte del procesado al completo arbitrio del Juez. La inmanejabilidad de criterios cuantitativos de diferenciación, como los que caracterizaban la dualidad delito tentado -delito frustrado (ejecución completa o ejecución incompleta), o complicidad primaria-complicidad secundaria (ayuda sin la cual el hecho no habría podido cometerse (mayor eficacia causal) o cualquiera otra forma de ayuda (menor eficacia causal) condujeron a su unificación en el actual código penal, consagrando una sola forma de tentativa y una sola forma de complicidad. Desafortunadamente, repetimos, tales criterios cuantitativos del Código Penal de 1.936 desechados por los artículos 22 y 24 del Código Penal, se reencarnaron en el artículo 61 como unos de los criterios para graduar la pena entre los límites mínimo y máximo.

Es posible que la tendencia de "... integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan..." gane adhesión legislativa. Pero esa no es ninguna novedad. El Maestro LOZANO reseña el sistema francés que atribuye al cómplice la criminalidad del autor principal, aplicando a unos y a otros la misma pena, pero tal sistema ha sido rechazado abiertamente por las legislaciones italianas*. La cuestión que subyace es de carácter político-antropológico: o adherimos a la idea del hombre como un ser libre, digno e irrepentible y actuamos siempre con el fin de realizar tales valores, o profesamos ideas de seguridad masificadas que utiliza la justicia penal para manejar problemas de policía; o creemos en la autonomía de la conciencia moral de las personas, o nos erigimos en supremos jueces de la ética ajena y manipulamos la ley penal con criterios inaceptablemente moralistas.

Los peligros que para la libertad comporta esta teoría se ponen de presente en la práctica reiterada, de los Fiscales principalmente, que califican como coautores materiales a quienes, sin participar en el hecho inmediatamente, prestan auxilio posterior consistente en ayudar a asegurar el producto del delito, previa promesa anterior a la ejecución y consumación del delito. Sobre todo en el hurto de automotores se razona que los coparticipantes responden todos en igual medida, como coautores, pues la empresa se hace posible porque entre ellos se dividen las tareas: los organizadores, los ejecutores y los "favorecedores" o "receptadores", que actuando mediante acuerdo previo no serían autores de los delitos definidos por los artículos

* Cfr. LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Op. Cit.* p. 188.

176 y 177 del Código Penal, sino cómplices conforme al artículo 24. Con tal interpretación el artículo 24 del Código Penal resulta abiertamente conculcado pues éste, de manera incontrovertible, define como cómplice a "... quien preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo". Ni siquiera desvirtúa la importancia de la ayuda la naturaleza de la complicidad. La *necesidad* de la contribución no transmuta la complicidad en autoría impropia, como lo sienta el Tribunal Superior de Pasto en los párrafos 1º y 2º transcritos en el fallo de casación. Pensemos en el caso del funcionario de manejo que puede apoderarse de varios millones de dólares y para hacerlo busca promesa de ayuda posterior para salir del país a un funcionario de extranjería, y supongamos que es *conditio sine qua non* de su empresa tal ayuda. Si las cosas se realizan según el plan, por importante o necesaria que sea esa ayuda, el acto del funcionario de extranjería es constitutivo de complicidad, pues así lo ordena, sin ningún lugar a duda, el artículo 24 del Código Penal. Por eso, también el criterio de la causalidad *sine qua non* que maneja la sentencia de casación para signar un acto de complicidad como de coautoría, es contrario a la ley penal, pues el artículo 5º del Código proscribete terminantemente toda forma de *responsabilidad objetiva*, y tal criterio constituye expresión señera de los sistemas de responsabilidad absoluta.

Con lo anterior creo haber demostrado que la que llamo *teoría dartañanesca de la coautoría* comporta una derogación del artículo 24 del Código Penal, y no a través del legislador natural sino de la jurisdicción, llamada a acatarlo y aplicarlo.

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL MENOR EN COLOMBIA*

Gloria María GALLEGO GARCIA**

1. LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR EN COLOMBIA

No pareciera posible hacer una clara descripción de la dura realidad del menor en Colombia: los dolores humanos se tornan desvaído testimonio cuando se expresan por medio de la palabra escrita.

En todo caso, puede inscribirse la realidad del menor en nuestro país dentro de un **inmenso proceso de marginación**: millones de personas en condiciones de pobreza absoluta, habitantes de los cinturones de miseria; unos pocos laborando como obreros disciplinados del capital; otros, agotando las exiguas posibilidades del sector informal y de un hermano suyo mucho más pobre: el rebusque (las más humildes e insospechadas ocupaciones), o persiguiendo la ilusión de las ganancias ilegales como mano de obra del narcotráfico¹. En medio de todo esto, se halla el menor, sometido a explotación laboral (en tan rudos oficios, de los cuales los propios adultos se sustraen, como el trabajo en los socavones, en las fábricas de adobes, en las minas de carbón, etc.); sobreviviendo de la prostitución, o expulsado del hogar, convirtiéndose la calle en su único y posible hábitat; sin acceso a los niveles elementales de escolaridad, ni al deporte, servicios de salud y recreación².

* Trabajo ganador del primer premio, en el IV Premio de Estudios Penales - "Pedro Dorado Montero", Universidad de Salamanca - España, otorgado en el marco del IX Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, celebrado los días 5 - 7 de marzo de 1997.

** Estudiante de Derecho, Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia - décimo semestre.

¹ Vid. GALLEGO GARCÍA, G./LOPERA MESA, G.: Sobre el derecho en Colombia: Entre el escepticismo y el deber de no renunciar, en *Jueces para la Democracia*, núm. 19, Madrid, 1993, p. 82.

² Al respecto, LONDOÑO BERRÍO, H./SOTOMAYOR ACOSTA, J.: El Código del menor: ¿una nueva política criminal?, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 49, Bogotá, Temis, 1990, ps. 316 a 319.