

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LA COPARTICIPACIÓN

TEMA I. COPARTICIPACIÓN. DELITO DE NARCOTRÁFICO. "Tres son las formas de coparticipación: autor material, determinador y cómplice."

.....

"1. Es autor de un delito el que realiza el hecho punible y determinador el que induce a otro a realizarlo (art. 23 del C.P.). Es cómplice el que contribuye a la realización del delito o presta una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo (art. 24 del C.P.).

"Según esto, tres son las formas que asume la coparticipación:

"a) Autor material. El que de modo naturalístico realiza, con acción u omisión, la conducta descrita en el respectivo tipo penal;

"b) Determinador. El que induce a otro para que realice naturalísticamente, con acción u omisión, la conducta descrita en el respectivo tipo penal mediante precio, mandato, orden, coacción, consejo o asociación;

"c) Cómplice. El que contribuye a la realización del delito o presta ayuda después de perpetrado, habiéndolo prometido antes de la ejecución del mismo.

"Se trata, pues, de una forma accesoria de participación en el hecho punible del autor porque, sin ejecutar la conducta típica de éste, el cómplice contribuye de algún modo a que el delito se realice.

"En síntesis, la complicidad puede definirse como la participación coadyuvante en la ejecución del delito ajeno.

"2. En el ilícito que estatuye el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, los verbos rectores, once en total, comprenden conductas alternativas, aptas para configurar cada una de ellas, por sí misma, el hecho punible.

"De suerte que si se dan todas las conductas que tipifican esos verbos o parte de ellas o una sola, hay delito; basta, entonces, la realización de un solo verbo rector para que se predique la infracción.

"Si esto es evidente, es necesario convenir en que es autor y determinante y no cómplice quien realiza o induce a otro a realizar uno de esos once verbos que tipifican el delito por el cual fue condenada la recurrente.

"En efecto, si como se expresa en la sentencia impugnada se le declaró responsable de llevar consigo cocaína, porque fue sorprendida en el Aeropuerto El Dorado portando la sustancia, se concluye que realizó por sí misma la conducta que comprende la acción descrita en ese verbo rector, es decir, que ejecutó ella sola el comportamiento naturalístico comprensivo del delito consagrado por el artículo 38 del decreto número 1188 de 1974.

"No importa que pudiera considerarse como intermediaria, instrumento o "mula" de una asociación de personas dedicadas al tráfico internacional de estupefacientes, porque de ser cierto que la procesada cumplía una parte del negocio ilícito de aquellos delincuentes, la ley convirtió lo que podía ser la fracción o segmento de un concurso delictivo (concierto) de grandes proporciones en delito per se bajo la consideración de que la acción típica se puede asumir como propia.

"La procesada indudablemente realizó la conducta delictiva de portar o llevar consigo cocaína y su acción no estaba encaminada a que otra persona pudiera portar o llevar consigo la misma sustancia, o sea la que le fue decomisada.

"En tal virtud, no es posible hablar de aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal porque su adecuación al hecho punible probado en las instancias resulta correcta al señalar a la procesada como penalmente responsable a título de autora." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Fabio Calderón Botero, Acta No.100, 29-10-85, Gaceta Judicial No. 2420, t. CLXXXI, p.665).

COMENTARIOS

La tercera forma de coparticipación es la complicidad, precedida de la autoría y la determinación; en ella se ejecutan acciones de colaboración y ayuda, pero sin que el agente ingrese a la esfera de decisión delictiva, ni domine el contenido efectual del hecho (doctrina objetiva de la complicidad); o en ayudar a la realización de un hecho típico ajeno, realizando comportamientos accesorios en relación con los hechos del agente (criterio subjetivo); con lo anterior son tres los requisitos unánimemente admitidos para la cabal estructuración de esta forma coparticipativa: un autor o varios autores materiales, colaboración o contribución en una acción típica de la cual se debe predicar ajenidad respecto del cómplice y, finalmente, tanto la autoría como la colaboración se deben predicar en relación con un solo tipo penal. De no encontrarse presentes todos y cada uno de los anteriores requisitos dogmáticos, debe descartarse cualquier posibilidad de surgimiento de la complicidad, tal como lo hace el anterior criterio jurisprudencial.

TEMA II. HECHO PUNIBLE. COAUTORIA. CARACTERIZACIÓN MATERIAL

"Todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o por lo menos, aceptado como probable."

.....

"En verdad que doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas procedan en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, por que todos están unidos en criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, como si varias personas deciden apoderarse de dinero en un banco, pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que

huyen, todas ellas serán autoras del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados por que resumen (sic) que se les puede oponer resistencia o por que quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado armas, pues participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual aquéllos se podían derivar.

"Por el contrario, cuando en una empresa criminal se presenta un comportamiento típico adicional, que no es fruto del común acuerdo, ni eventual resultado de dicha empresa, será responsable de aquél solo quien o quienes lo hayan ejecutado. Si, por ejemplo, en alguno de los casos citados anteriormente, uno de los partícipes decide por su cuenta cometer acto contra la libertad o el pudor sexuales, de este hecho en particular solo será responsable quien lo haya realizado, pues aquél no fue producto de acuerdo, ni es resultado lógicamente derivado del hecho típico querido." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Acta No.20, 28-02-85, Gaceta Judicial No. 2420, t. CLXXXI, p. 101).

COMENTARIOS

El fenómeno de la participación hace referencia a la intervención de un número plural de agentes en el proceso de ejecución de una conducta delictiva, haciendo referencia a todas las hipótesis de realización plural de un delito. Se señala como su fundamento la necesidad de represión de la codelinquencia, frente a conductas que vistas aisladamente no constituyen infracción, pero que analizadas como unidad, son simples eslabones de una acción delictiva ejecutada por varios sujetos. También a título genérico se puede afirmar que la incriminación de tales conductas se justifica por que la acción delictiva realizada por varios agentes es más eficaz y por ende más reprochable. La codelinquencia presenta estadísticamente enorme frecuencia en los delitos más graves y demuestra temibilidad y profesionalidad en los delincuentes.

La coparticipación tiene su surgimiento material cuando un número plural de sujetos realiza el hecho punible: ejecuta acciones individuales las cuales presentan como contenido efectual la realización de un punible determinado, con conocimiento de su ilicitud y con voluntad inequívoca hacia aquella.

Desde la doctrina clásica, en sentido material se han distinguido diversas formas, o mejor, varias hipótesis de codeincuencia: en primer término la participación sin concurso voluntario, unánime y tradicionalmente impune, como aquella en la que se contribuye a la realización de un punible sin que se conozcan los elementos integradores del hecho y por ende y mucho menos se quiera su realización (supuesto de ignorancia). En segundo lugar se menciona el acuerdo de voluntades sin concurso de acción, determinada por un acuerdo de voluntades previo pero una ejecución material singular, fenómeno que puede estructurar las figuras del autor directo, material e inmediato y del instigador, hoy nominado determinador. Un tercer fenómeno lo encontramos en el acuerdo de voluntades y en la participación de acción en él varios sujetos se conciertan pero también toman parte activa en la ejecución; de lo anterior emerge la coautoría material estricta: todos los codeincuentes participan en el hecho esencial constitutivo del punible; el auxilio, colaboración o ayuda que facilita medios para el obrar delictivo, bajo las formas de necesario o accesorio.

TEMA III. DETERMINADOR. (artículo 23 del Código Penal).

"Es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal."

.....

- "1. Determinador - institución jurídica consagrada en el art.23 del Código Penal - es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal. Su responsabilidad respecto del hecho punible que ha determinado depende de que el ejecutor -

verdadero autor - al menos haya dado comienzo a su ejecución, es decir, que le sea imputable siquiera a título de tentativa; si pese a los mecanismos utilizados (incluso coacción) no logra inclinar la voluntad del determinado para que inicie el proceso ejecutivo de la conducta delictiva o contravencional y eventualmente la consume, entonces la responsabilidad penal del determinador dependerá de que la propia actividad desplegada sobre el potencial determinado, constituya por sí misma hecho punible de instigación, de concierto o de constreñimiento para delinquir; (arts.188,186 y 276 del C.P., respectivamente); pero si obtiene que el determinado realice integralmente el hecho punible, o al menos inicie su ejecución, entonces responderá de él y en su oportunidad se le impondrá pena igual a la prevista para el autor, tal como lo señala el ya citado artículo 23.

"2. La concusión descrita en el artículo 140 del Código Penal es comportamiento de acción que ha de realizar persona investida de la calidad jurídica de funcionario con abuso de su cargo o de las funciones que legalmente ha de cumplir; consiste en ejercer violencia física o síquica sobre alguien o en inducirlo a dar o prometer al mismo actor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o en solicitárselos.

"Es determinador de este delito quien logre por cualquier vía idónea (instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden convenio, etc.) que otra persona actúe violentamente sobre un tercero o lo induzca a entregarle o a prometerle para si mismo o para otro, dinero o utilidad indebidos, o se lo solicite, como resultado de aquella determinación." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Dr. Alfonso Reyes Echandía, Acta No. 101, 1-12-83, Gaceta Judicial No. 2412, p. 652).

COMENTARIOS

Para que surja la figura del determinador, es elemento fundamental la eficacia de su actuación, en orden por lo menos al efectivo comienzo de ejecución del punible por parte del determinado. Así la figura se define en relación directa a tal requisito, con lo que se afirma que determinador es quien provoca, eficazmente, en otro sujeto, la idea criminosa; transmite el propósito de ejecutar un hecho punible o por medios idóneos logra que otro realice la conducta.

En segundo momento lógico esta forma coparticipativa exige la presencia de un ejecutor material de la conducta o autor directo. Los dos sujetos refunden en un mismo precepto con idéntica punibilidad (art. 23 C.P.).

En nuestro sistema la institución normatizada presinde de los medios utilizados por el determinador, los cuales pueden ser de variada índole, con tal que sean idóneos y eficaces frente al sujeto determinado, así se pueden utilizar: la instigación, el mandato, el consejo, la coacción, la orden, el convenio, la promesa de dinero o recompensa, explotación de sentimientos políticos o religiosos, tal como lo define la presente providencia. Lo fundamental es que el determinador aparezca como "causa eficiente del delito".

De otra parte también es principio objetivo, para que surja la figura del determinador, la necesidad de que al ejecutor material se le pueda imputar el hecho por lo menos a título de tentativa. La determinación requiere la formación en el determinado de la idea y resolución sobre quien ya tiene el propósito delictivo.

Ahora bien, el artículo que se comenta equipara la punición del autor y del determinador, incluyéndolo funcionalmente bajo la misma denominación; pero esta relación de equivalencia no conlleva identidad material u ontológica de los comportamientos desplegados, sino que tan solo tiene efectos puramente normativos en el orden de la punibilidad, con lo que no se puede entender que nuestro sistema vigente convierta al determinador en autor -conceptos disímiles, en los sentidos material y jurídico-, tal conversión no puede ser realizada normativamente, pues su fuente son puras relaciones ontológicas inmodificables por la ley. La equivalencia punitiva tiene su fundamento político-criminal en el contenido consecucional de las acciones desplegadas, pues tanto el determinador como el autor coadyuvan en un mismo nivel y valor a la ejecución integral del punible.

TEMA IV. CÓMPLICE NECESARIO: ESTATUTO ANTERIOR. AUTOR: CÓDIGO VIGENTE.

“Es la obligación que tiene el juez de aplicar la ley mas benigna a una situación preexistente.

"La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo”.

.....

"Si bien el procesado fue condenado como cómplice necesario de conformidad con el artículo 19 del Código Penal de 1936 y la nueva ley suprimió esa forma típica de participación, en ningún caso suprimió la institución de la participación en el delito. Esto significa que debe reubicarse la conducta de dentro de las formas que contempla esa institución del Código Penal de 1980 (arts. 23, 24 y 61) a fin de verificar si alguna de ellas resulta más benigna, o si, por el contrario debe mantenerse condenado bajo el imperio de la ley anterior.

"La denominación "complicidad necesaria" no se haya en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor por que, de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuentemente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquel no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono lo realizan como causas coeficientes del mismo. Por consiguiente la sanción penal privativa de la libertad que se le impuso al procesado a título de cómplice necesario sería igual a la que se tendría que dosificar como autor de conformidad con los artículos 23 y 356 del nuevo Código Penal. En consecuencia, resultando la reubicación punitivamente igual por el aspecto de la pena aflictiva y más gravosa por la sanción económica no puede operar la favorabilidad por sustracción de materia en cuanto a la primera, y con mayor razón, por petición de principio en cuanto a la segunda." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Fabio Calderón Botero, Acta No. 09, 01-02-83, Gaceta Judicial No. 2412, t.CLXXIII, p.23, con salvamento

de voto de los Doctores Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo y Dario Velásquez Gaviria).

COMENTARIOS

La doctrina tradicional ha dividido la complicidad en necesaria entendida ésta como la acción de quien presta concientemente colaboración al autor, de tal magnitud que si ella no se habría podido cometer el delito y, accesoria como la de quien presta una colaboración de escasa importancia, sin la cual se hubiera podido consumir el delito, pero que de todas formas a favorecido su comisión.

Pero la diferencia mas aceptada dogmáticamente entre el cómplice y el autor se ha mirado en el aspecto subjetivo: el cómplice actúa con el conocimiento de que ayuda a otro en un delito al cual es ajeno y el coautor realiza la conducta con la conciencia de que ejecuta un hecho punible propio.

TEMA V. COMPLICIDAD CÓDIGO DE 1936: PREVIAMENTE CONCERTADA. ESTATUTO VIGENTE: OBRAR CON COMPLICIDAD DE OTRO.

“La nueva Ley ha hecho más amplia la figura, puesto que dentro de ella puede quedar comprendida no solamente la que la doctrina habría determinado como “previamente concertada” sin que hubiera sido prevista en la ley como modificadora o elemento constitutivo del delito, sino también la que pueda corresponder a la coparticipación instantánea o coincidencial de los delincuentes”.

....

"En esencia, la circunstancia contemplada en el ordinal 9º del Código Penal anterior, es la misma que se consagra en el 7º del nuevo, sólo que en el último se prescindió de la exigencia del previo concierto. Dicen en su orden: " El obrar con complicidad de otro, previamente concertada " y " Obrar con complicidad de otro ".

"De manera que desde el momento mismo en que esa "complicidad" se presente, siempre que no haya sido prevista de modificadora o como

elemento constitutivo del delito (antiguo estatuto) o que haya sido prevista de otra manera (nuevo estatuto), habrá que considerarla como de mayor peligrosidad."

"Es cierto que el requisito de "previamente concertada" ha desaparecido en la nueva legislación, pero ésto no significa que no pueda tenerse en cuenta el fenómeno central apuntado: "complicidad" en casos como el que ahora se está considerando si, de las pruebas que obran en el proceso se deduce su previo concierto. Lo que ocurre es que la nueva ley ha hecho más amplia la figura, puesto que dentro de ella puede estar comprendida no solamente la que la doctrina había determinado como "previamente concertada" sin que hubiera sido prevista en la ley como modificadora o elemento constitutivo del delito, sino también la que puede corresponder a la coparticipación instantánea o coincidental de los delincuentes.

"Y, en cuanto a la observación del censor de que la característica de ser la complicidad "previamente concertada" resultaba difícil de probar para que fuera correctamente aplicada como circunstancia de mayor peligrosidad, cabe replicar que ello hace referencia al aspecto probatorio y que, dadas las modalidades del delito, la pluralidad de sujetos activos y la responsabilidad penal de ellos es obrar en complicidad de otro previamente concertada, salta a la vista y se impone el criterio del juzgador de manera necesaria." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez, Acta No. 18, 18-02-83, Gaceta Judicial No. 2412, t. CLXXIII, p.80).

COMENTARIOS

El acuerdo previo hace parte de la institución de la complicidad, incorporado de manera implícita a la disposición vigente, en afán acertado de generalización. La institución, por este aspecto, también encuentra disimilitud en relación con el género delictual del encubrimiento, relación que ayuda a comprender el anterior criterio jurisprudencial. El encubridor -sentido lato, género delictual que comprende el favorecimiento y la receptación-, debe obrar sin previo acuerdo con el agente del delito inicial el cual, además, debe encontrarse plenamente agotado.

El anterior es el elemento diferenciador de este grupo de delitos con la regulación estructural de la complicidad establecida en el artículo 24 de nuestro Código: si existe convenio, concierto o acuerdo previo surgirá ésta y nunca el punible de encubrimiento, pues "el cómplice posterior" es concepto lógicamente contradictorio pues nos llevaría a afirmar que "su causa es posterior a su efecto" postulados que simplemente riñen con los principios lógicos de no contradicción intrínseca y de causalidad. Un imposible lógico es inadmisibles en materia penal.

Quien favorece o recepta -conceptos normativos- es causa de efectos totalmente independientes y su acción debe originar una relación autónoma de causalidad, que debe generar igualmente consecuencias penales independientes, en la esfera del objeto material y del objeto de tutela; así como en lo atinente a los sujetos, activo y pasivo, en los alcances valorativos de la acción frente al ordenamiento jurídico (antijuridicidad material) y respecto del conocimiento y voluntad del hecho efectivamente realizado (culpabilidad). Por lo anterior es necesario concluir que las dos acciones delictuales -delito encubierto y hecho encubridor- deben tener identidad normativa y fáctica univalente. Las dos acciones no representan sucesión causal, sino que únicamente se relacionan en cuanto la primera es objeto de la segunda.

TEMA VI. SUJETO ACTIVO CUALIFICADO. CÓMPLICES O DETERMINADORES

"Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta de éste descrita sólo se determinará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencia típicas."

.....

"La determinación de un particular frente a tipos de sujeto activo cualificado. La coparticipación a concurso de personas en la comisión de un hecho punible es institución jurídica de carácter genérico que comprende a los autores propiamente dichos y a los cómplices, clasificados por la anterior codificación en necesarios y no necesarios.

"La descripción de la conducta punible se refiere a la actividad que debe realizar el agente o sujeto activo, esto es que el tipo penal sólo contempla el comportamiento del autor material. Sin embargo, como personas distintas al autor material pueden actuar dentro del proceso delictivo, el dispositivo amplificador de la coparticipación permite la aplicación de las consecuencias punitivas a personas que sin haber realizado la conducta típica hayan participado en alguna forma en su comisión.

"Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación.

"La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos, debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental.

"Tradicionalmente, aun cuando no en forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal puede ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determina a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurre relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de ésta a que realice sobre ella actos eróticos-sexuales. De no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico penal a menos que por sí misma configurase delito autónomo.

"No obstante es necesario anotar que una cosa es la autoría mediata y otra diferente la determinación. En la primera el agente comete el delito a través de otra persona a quien no puede reprocharse su conducta, por cuanto actúa como un mero instrumento. Tal sería el caso de la violencia insuperable (*vis maior*), o el de la orden vinculante absoluta, o cuando el autor mediato coloca a la persona que actúa en situación de error insuperable respecto de la naturaleza de la acción ejecutada o finalmente cuando la conducta del autor se realiza utilizando a una persona como instrumento material, como sería el caso de quien empuja a una persona descuidada para dañar o lesionar. En este caso el único responsable es el autor mediato y, por lo tanto, si para la conducta típica que en concreto se atribuye se requiere cualificación, es necesario que el autor mediato ostente esa calidad.

"En cambio en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación. En este caso si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad.

"En el caso presente el procesado, valiéndose de una actitud engañosa indujo al funcionario a tomar una resolución equivocada pues lo hizo librar una orden de pago con base en un título ya cancelado. Sin embargo, como no existió relación de ninguna índole entre el procesado y el funcionario, no puede hablarse de determinación, de manera que el verdadero autor mediato fue el procesado quien por tal razón no podía ni cometer el delito de falsedad previsto en el artículo 231 del Código Penal de 1936, pues esas infracciones sólo podían ser cometidas por funcionario público, calidad que para entonces no tenía el procesado.

"La estafa. El sujeto que inicia o prosigue trámites judiciales con el fin de lograr el pago de una acreencia ya cancelada, comete el delito de estafa o por lo menos incurre en tentativa de estafa cuando habiendo

iniciado la ejecución del hecho no logra la defraudación patrimonial por la interposición de factores ajenos a su voluntad.

"Adviértase, en primer lugar, y para responder una afirmación hecha en la instancia, que cuando a tal forma de estafa se le dé el calificativo de estafa procesal, por el hecho de que la defraudación se logra a través de la intervención funcional de los jueces, no se está eludiendo a forma delictiva diversa de la prevista en el ordenamiento penal, por lo tanto no se está creando un tipo o violando el principio de reserva. Tampoco en tal caso se está dando la aplicación analógica de una disposición penal, pues como se dijo, el calificativo de procesal que se asigna a la estafa que por el medio indicado se comete, constituye apenas una denominación doctrinaria, pero que en esencia no es cosa distinta a la realización de la conducta prevista en el artículo 408 del Código Penal de 1936.

"De otra parte la doctrina ha aceptado que es posible que las maniobras engañosas se realicen sobre persona distinta al sujeto pasivo de este atentado contra el patrimonio económico. Si esto es así, el tercero engañado bien puede ser un funcionario judicial, pues, además, tampoco hay razón alguna que permita afirmar que los jueces no pueden ser víctimas de engaño ya que la realidad vivencial permite contradecir este acerto. Menos aún puede afirmarse, como se concluyó en la instancia, que el delito de estafa, así a ésta se le dé el calificativo de procesal, sea medio indirecto para la revisión de los procesos civiles con desconocimiento del principio de la cosa juzgada, pues el derecho penal debe intervenir siempre que se hayan vulnerado sus preceptos sin limitaciones derivadas de la calidad de los autores o de la oportunidad en que el ilícito se cometió. El principio de la oficialidad que preside el proceso penal así lo impone.

"De manera que el procesado cometió el delito de estafa en el grado de tentativa, habida cuenta de que mediante el empleo de maniobras engañosas consistentes en la utilización de un título cancelado y en la iniciación de una actuación procesal con base en él, indujo en error a una persona (el Juez), con el propósito de obtener un beneficio de carácter patrimonial (el doble pago de una deuda), en detrimento de los intereses del denunciante y sujeto pasivo, defraudación que no logró llegar a su consumación por la interposición de factores extraños a la voluntad del agente.

"En estas condiciones debe concluirse que la conducta que se atribuye al procesado representaba, en el momento en que se cometió y en el que se calificó el mérito del sumario, un delito de estafa. Por lo tanto, le asiste razón al demandante y la causal de casación invocada debe prosperar, pues la sentencia se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad por errónea calificación y, además por incompetencia del juez, razón que lleva a la Sala a aceptar los planteamientos de la demanda y consecuentemente ha de decretar la nulidad a partir del auto que declaró cerrada la investigación." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Acta No. 45, 3-06-83, Gaceta Judicial No. 2412, t. CLXXIII, p.295).

COMENTARIOS

Como criterio general se afirma que la determinación tiene tres exigencias fundamentales: En primer término la figura exige la presencia de un ejecutor material de la conducta o autor directo; en segundo lugar los medios utilizados por el determinador pueden ser variados, con tal que sean idóneos y eficaces frente al sujeto determinado, así se pueden utilizar: la instigación, el mandato, el consejo, la coacción, la orden, el convenio, la promesa de dinero o recompensa, explotación de sentimientos políticos o religiosos; lo importante es que el determinador aparezca como "causa eficiente del delito" y, finalmente, para que se estructure la figura es necesario que al ejecutor material se le pueda imputar el hecho por lo menos a título de tentativa. La determinación requiere la formación en el determinado de la idea y resolución sobre quien ya tiene el propósito delictivo.

Como hemos de mirarlo con detenimiento a propósito de subsiguientes pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro sistema penal vigente el determinado debe actuar por lo menos típicamente, aun en grado de imperfección o modalidad tentada; con lo cual puede actuar al amparo de una causal de inculpabilidad y de todas formas puede surgir la figura del determinador. De la misma manera la utilización de un sujeto a manera simplemente instrumental no hace configurar la determinación sinmo que quien instrumentaliza asume la categoría de autor directo o inmediato.

El anterior criterio hace posible que sea determinador quien no tenga la cualificación jurídica, y por ende la idoneidad para ser sujeto activo, de acuerdo con la exigencia típica determinada. Se trata pues de una figura aplicable a todos los tipos penales de la parte especial, pues como lo afirma el anterior proveído, el determinador no realiza a plenitud, no coloma por sí, los elementos estructurales de la descripción.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático podemos enunciar los siguientes criterios: los hechos punibles de sujeto activo cualificado jurídicamente exigen que solo determinadas personas, en quienes concurren las calidades exigidas, pueden intervenir en ellos como autores. Únicamente un sujeto con la calidad de servidor público, que subjetivamente se encuentre en ejercicio de la función pública, puede atentar idóneamente contra el cabal desarrollo de la actividad estatal, bajo la forma delictual del peculado por apropiación, por ejemplo. Lo anterior no puede significar que el particular -sujeto que no posee la calidad de servidor público- no pueda por acción propia amenazar y aún lesionar el bien jurídico tutelado por medio de estos tipos de sujeto activo calificado.

Desde el punto de vista de nuestro derecho penal sustantivo vigente, la situación del particular o del sujeto que no reúne en su totalidad las calificaciones especiales exigidas, que interviene en la realización de uno de los delitos con sujeto activo propio, se debe afrontar aplicando la institución de la coparticipación como dispositivo dogmático amplificador del tipo.

Las figuras de determinador y cómplice, definidas normativamente, encuentran cabal aplicación para comprender la acción del particular que intervenga en la realización de uno de estos delitos; si su hecho se concreta en eficaz provocación, inducción o instigación tendremos que su situación jurídico-penal será la de determinador siempre y cuando en el autor directo o material se presente la integridad de las calidades exigidas en la respectiva descripción y a este se le pueda imputar la realización de la conducta típica al menos en grado de tentativa.

La figura de la complicidad también es perfectamente aplicable con el fin de incriminar la conducta del sujeto no calificado copártcipe,

cuando éste presta ayuda al autor directo y mediato, con la conciencia de que actúa colaborando en la realización de un delito consumado por este. Procede cualquiera de las clases o grados de complicidad previstas en el artículo 24 C.P. (antecedente, concomitante y subsiguiente) bajo las condiciones y requisitos señalados anteriormente.

En ambas hipótesis -determinación y complicidad- la punibilidad del particular o del sujeto que no reúne la totalidad de las calidades exigidas por el tipo para que de él pueda predicarse autoría directa o material, se derivará no del tipo penal estructurado sino del dispositivo amplificador de la coparticipación.

Nuestro derecho positivo adopta como columna vertebral el principio de la tipicidad según el cual "nulo crimen, nula poena sine tipo" corolario necesario del principio de legalidad, dogmas consagrados tras siglos de ardua labor doctrinal, en procura de garantizar efectivamente a todos los coasociados que responderán penalmente por hechos previa e inequívocamente definidos en la ley. El respeto por estos postulados es razón más que suficiente para proclamar la imposibilidad de predicar la autoría directa de un delito con sujeto activo calificado a una persona que no reúna las específicas calidades exigidas. Tal posibilidad abre por lo menos doctrinalmente la puerta a la arbitrariedad en la determinación y valoración de los elementos del comportamiento punible.

TEMA VII. PARTICIPACIÓN. TRANSITO DE LEGISLACIÓN. FAVORABILIDAD. COMPLICIDAD CORRELATIVA

“Ante un caso de tránsito de legislación, la figura de la complicidad correlativa tiene oportunidad de ser aplicada en forma ultractiva, con criterio de favorabilidad”.

.....

"Para examinar este cargo debe recordarse que la complicidad correlativa rigió en el derecho penal colombiano durante la vigencia del Código Penal de 1936, estatuto que la contenía en la siguiente formula legal: "En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su

autor, quedan todos sometidos a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad " .

"Tal figura hacía parte del instituto de la participación criminal y pretendía solucionar las deficiencias probatorias en torno a la determinación del autor del hecho dentro de varios copartícipes, estableciendo para ello la fórmula citada que significaba una "transacción legal" en cuanto los asumía como autores del hecho sin tener la certeza de ello y por lo mismo autorizaba disminución punitiva de una sexta parte a la mitad de la sanción.

"La denominada complicidad correlativa fue eliminada del Código Penal vigente, dadas sus contradicciones con el principio de culpabilidad que rige ese estatuto (art.5). Sin embargo, entratándose del tránsito de legislación la figura de la complicidad correlativa, tuvo oportunidad de ser aplicada en forma ultractiva, como ocurre en el presente caso, con criterio de favorabilidad y teniendo en cuenta su vigencia en el momento en que ocurrieron los hechos.

"Alega el censor que tal fenómeno, no tuvo figuración procesal, que no fue reconocido en el auto de proceder y que tampoco lo reconoció el jurado de conciencia en su veredicto y en ese sentido le falta razón al impugnante, puesto que como se recordará, el juez a quo, en el auto de proceder (decisión confirmada en su momento por el Tribunal, consideró probada la participación de los procesados, como coautores del homicidio, y bajo esas condiciones se celebró la audiencia pública, certamen en el que particularmente el abogado de ..., sostuvo la tesis de la complicidad correlativa, y durante la audiencia pública fueron recurrentes los defensores y voceros en afirmar que no había en el proceso prueba suficiente para determinar con certeza quién fue de los tres procesados el autor del hecho.

"En su momento el jurado pronunció su veredicto que para los tres procesados fue de idéntico tenor. " Sí es responsable por complicidad ", respuesta que fue entendida por el juez de derecho en el sentido de que el juri, al afirmar la responsabilidad penal de los procesados los ubicó en el ámbito de la complicidad correlativa, atendiendo con ello las observaciones de los defensores en la audiencia.

"Debe concluirse, que el juez de derecho tanto en la primera como en la segunda instancia del proceso estuvo acertado en la interpretación del veredicto, cuyos alcances fijó correctamente teniendo en cuenta la realidad del proceso y sobre todo las alegaciones de los defensores en audiencia, que permiten predicar sin lugar a equívocos la ubicación conceptual de los procesados dentro de la complicidad correlativa.

"La jurisprudencia ha reconocido que entrándose de jurados de conciencia no es posible, en razón a la ausencia de conocimientos jurídicos de sus integrantes, exigirles en su veredicto respuestas técnicamente elaboradas, y formal y sustancialmente ajustadas a las instituciones jurídico penales. Por el contrario es preciso aceptar que el jurado al hacer los agregados normalmente utiliza lenguaje propio y profano como expresión de su pensamiento, correspondiéndole al intérprete la labor de traducirlo a la realidad jurídico normativa; cuidándose sí de no desnaturalizarlo.

"También ha sido constante la jurisprudencia en indicar como el intérprete debe tener como guía hermenéutica del veredicto la realidad probatoria y las alegaciones de las partes dentro de la audiencia y esto es precisamente lo que ha hecho con probidad el juez de derecho en este caso, ya que las alegaciones de las partes y particularmente las dudas planteadas por los defensores en cuanto a la certeza en la determinación del autor, propiciaron tal respuesta en el jurado.

"Una razón más que afirma la correcta interpretación del veredicto está dada por la idéntica literalidad de la respuesta para los tres procesados al decir en cada caso " sí es responsable por complicidad ", lo cual expresa que para el jurado no existió un autor cierto y determinado. Situación distinta sería si para uno o dos de los procesados hubiera señalado claramente la autoría y para el otro la complicidad, pues en tal hipótesis se debería partir de la innegable conclusión de que el jurado distinguió entre autor y cómplice, lo cual no ocurrió en el presente caso en que el juri no atinó a señalar y determinar un autor dentro de los partícipes. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, Acta No. 13, 03-03-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 157).

COMENTARIOS

La figura de la complicidad correlativa, fue clásicamente una modalidad o forma específica de coparticipación que tenía como requisitos, en la norma transcrita en la anterior providencia (art. 385 Código Penal de 1936): a) que se hubiera realizado un delito de homicidio o lesiones personales; b) que en la realización del mismo hubiese intervenido un número plural de sujeto-agentes; que hubiere imposibilidad de determinar al autor directo de los referidos reatos.

Operaba pues una presunción, en virtud de la cual la ley consideraba a todos los intervinientes como presuntos responsables del hecho, señalando para ellos una pena sustancialmente atenuada. Lo contradictorio de la figura, en relación con nuestro sistema vigente, consistía en considerar que todos los partícipes eran cómplices ante la imposibilidad o deficiencia judicial de determinar el grado de participación de cada uno. Esta modalidad participativa, dentro del criterio dogmático culpabilista que rige nuestro sistema penal se desvanece en virtud del principio nulla poena sine culpa, en virtud del cual la culpabilidad de cada uno de los partícipes en un hecho punible debe derivarse en forma autónoma e independiente, vale decir que no puede ser compartida o deducida en forma común.

93-034

TEMA VIII. COAUTORIA. EXCESO EN LA JUSTIFICANTE.

“1. Cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial se aceptan los hechos y las pruebas tal como fueron aportadas por el juez, centrandó el reproche en la selección o la interpretación de la norma o normas que se estimen violadas. 2. La afirmación de que existió acuerdo de voluntades y realización de actos esenciales para la producción del resultado, constituye la base fáctica de la declaración de coautoría lo cual al no compartirse, debe ser impugnada por su sustento probatorio. 3. En los casos de coautoría del exceso responde quien se ha excedido.”

.....

"d) Hubo un concierto expreso de voluntades para la realización de los fines de la empresa criminal y él conllevaba el concierto tácito para

todas las cuestiones accesorias que se presentaran, luego 'estamos en presencia de una unidad de designio criminoso con comunicabilidad de circunstancias' como lo expresa el señor Fiscal de segundo grado al folio 12 de su bien fundamentado concepto.

"El libelista, olvidando que el reproche lo había formulado por violación directa, empieza por calificar el homicidio como un "exceso de autor, señalado inequívocamente por los hechos y la demostración probatoria de los mismos, revelándose así de manera absoluta y frontal contra la conclusión del sentenciador, que descartó el "exceso" por considerar la lesión al interés jurídico de la vida como una obra imputable a todos, en la medida en que la utilizaron como un medio violento para obligar a los familiares del occiso a informarles el paradero de las armas.

"La afirmación contenida en el fallo, referente al hecho de que existió un acuerdo expreso de voluntades para realizar el propósito criminal, el cual conlleva un acuerdo tácito respecto a la ejecución de todo lo que fuera necesario para obtener el fin propuesto --- incluida la eventualidad de un homicidio - no es aceptada por el censor, ya que como bien dice el Ministerio público. "...desconoce esta realidad fáctica, porque asume que el acuerdo solamente iba hasta la recuperación de las armas, sin que les sea imputable de los demás partícipes el resultado, pues considera que éste fue el producto de un actuar impulsivo e independiente del jefe de la cuadrilla.

"Pero es mas, al finalizar la demanda, con sorpresa se lee que su autor pone en entredicho que el acriminado hubiera cumplido objetivamente alguna actuación relacionada con el homicidio, y que además pudiera decirse que tuvo el dominio del hecho, presentándolo como alguien que fue sorprendido por el comportamiento repentino de su hermano, manifestación que no deja la más mínima duda de que su inconformidad no es en cuanto a la selección o interpretación de la norma, sino en lo atinente a los hechos declarados probados.

"Y para reafirmar que la demanda fue concebida desde una perspectiva errada, utilizando la expresión del Procurador Delegado, la conclusión no podía ser más elocuente. Allí consigna el actor:

"Al dar por existente el juzgador de segundo grado los elementos configurativos de la coautoría, tanto aquél de naturaleza subjetiva (acuerdo previo) como éste de linaje objetivo por así denominarlo (aparte de actos esenciales e imprescindibles a la producción del resultado homicida), cuando ciertamente no lo estaba, violó el artículo 23 del C. Penal en vigor, que regenta la figura coparticipativa aplicándola indebidamente al condenar en calidad de tal por un punible de homicidio agravado, a quien - conforme a la voluntad genuina de la ley - no correspondía.

"La afirmación de que existió acuerdo de voluntades y realización de actos esenciales para la producción del resultado, constituye la base fáctica de la declaración de coautoría, lo cual, al no compartirse, debe ser impugnada por su sustento probatorio.

"Es evidente que el defensor tiene un punto de vista distinto al del juzgador respecto a los hechos en los que se fundamenta la sentencia, razón por la cual su inconformidad ha debido formularla por la vía indirecta. Para que el motivo escogido fuera procedente, se necesitaba que el Tribunal hubiera declarado que el homicidio ocurrió como consecuencia de una acción desligada por completo de lo acordado por los integrantes del grupo delincencial, esto es, de un exceso, y no obstante esa consideración hubiera decidido que todos eran coautores.

"Al margen de las consideraciones anteriores, suficientes para desestimar el cargo, es oportuno hacer los siguientes comentarios sobre algunos planteamientos que presenta el recurrente.

"a) Es verdad que jurisprudencial y doctrinariamente es aceptado que en los casos de coautoría del exceso responde quien se ha excedido. Lo que no es cierto es que en el asunto que nos ocupa haya habido exceso, pues está demostrado que el homicidio se cometió como una forma de coacción sobre los demás integrantes de la familia para obligarlos a decir en donde se encontraban escondidas las armas, método que surtió pleno efecto y así se dejó consignado en la sentencia.

"Para poder calificar el homicidio como un "exceso", el demandante se limita a decir que el acuerdo era ir hasta la casa de la víctima a rescatar las armas, no ha matar, planteamiento que no puede tener aceptación, pues también la jurisprudencia y la doctrina han sido muy claras al

señalar que dentro del curso causal de la ejecución de lo pactado se puede presentar la necesidad de vencer un obstáculo o realizar acciones no expresamente acordadas, pero que sirven al fin propuesto, de las cuales son responsables todos los coautores. El ejemplo tradicional es como sigue: Varios sujetos realizan un asalto y para ello van armados así no lo hayan convenido expresamente, si alguno de ellos mata al celador del lugar para lograr el objetivo la responsabilidad por el homicidio es de todos. Distinta sería la situación si uno de los asaltantes encuentra allí un enemigo personal y resuelve aprovechar la oportunidad para matarlo.

"Sobre este tema es muy concreta la posición de la Corte en la cita que hace el Tribunal de una providencia de febrero 28 de 1985, con ponencia del Magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, en cuya parte pertinente dice:

"En verdad que doctrina y jurisprudencia han aceptado que en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, por que todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero en un banco pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: Una vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en que huyen, todas ellas serán autores del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados por que presumen que se les puede oponer resistencia o por que quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores del hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado las armas, pues participaron en el común designio, del cual podían surgir estos resultados, que, desde luego, se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en una empresa de la cual aquéllos se podían derivar.

"b) No se desconoce en el fallo que la coautoría presupone un acuerdo de voluntades, pero no restringido de la manera como lo presenta el

casacionista a que sea expreso, si no admitiendo también el acuerdo tácito, el que surge en el desarrollo del delito planteado como empresa común y que no constituye respecto de ninguno de los intervinientes acontecimiento excepcional o insospechado.

"Necesitaban los autores de este reprochable homicidio, que alguien les explicara que si se tomaban la casa del señor...a fuerza de disparos - " con vocación intimidatoria " como los llama el defensor - podría resultar muerta o lesionada alguna persona ?

"Acordar obtener a sangre y fuego la devolución de las armas requería además un convenio expreso sobre el homicidio cometido?" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 20, 03-03-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 255. Con aclaración de voto).

COMENTARIOS

La coautoría, es la primera de las formas de coparticipación criminal, bajo la forma de autoría directa común. Su caracterización especial está determinada por la existencia previa de un acuerdo, la realización plural y macomunada del hecho típico, la contribución de todos y cada uno de los agentes a la efectiva realización del hecho, el dominio de todos y cada uno de los partícipes en todo el proceso de ejecución delictual. El ejemplo traído por la clásica jurisprudencia del maestro Aldana Rozo reúne todas las condiciones sustanciales de la coautoría, en virtud de lo cual todos los intervinientes deben ser considerados autores. Con lo anterior la coautoría exige el dominio colectivo del hecho, el acuerdo común previo y la contribución real de cada partícipe a la realización del hecho. No será, por lo anterior, necesario que cada interviniente realice en plenitud estructural el hecho típico.

TEMA IX. AUTOR. DETERMINADOR. FALSEDAD DOCUMENTAL. APLICACIÓN. EFECTOS PUNITIVOS Y DE ADECUACIÓN

“Sin dejar de reconocer la diferencia específica que existe entre autor material o directo de la conducta delictuosa (“el que realice el hecho punible” -art. 23, C. Penal-) y determinador de la misma hace que otro lo realice o determine a otro o realizarlo -art. 23 ibídem-, no es menos

evidente que las dos señaladas formas de coparticipación criminal reciben un mismo tratamiento penal (incurren en la misma pena prevista para la infracción -art. 23 ejusdem-). Este especial miramiento legislativo, que corresponde a corrientes del derecho penal muy en boga para la época de la composición del C. Penal, implica obligadamente que cuando se trata de deducir agravantes, en las cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual tanto al autor como al determinador."

"Y la tesis no sufre quebranto alguno y sí aplicación integral en la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 222 del C. Penal. Cuando este dispositivo alude al evento de "quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó..." (que equivale a haber dicho, conservando la redacción del inciso primero: Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior fuere el mismo que *concurrió* a la falsificación...) , no está restringiendo la conducta al comportamiento del autor material, como que también incluye al determinador, ya porque uno y otro están asimilados en el aspecto de la pena (y la hipótesis trabajada envuelve un fenómeno punitivo); ya porque si se correlacionan en la primera acción (" el mismo que lo falsificó " o los mismos que concurrieron a la falsificación) igualmente deben estarlo para aquella otra con la cual se entrelaza(utilización del documento falsificado); ya porque las locuciones falsificar o concurrir a la falsificación envuelven por entero al autor material y al determinador, sin que se advierta propósito en el legislador o tenencia de la doctrina, a comprender solamente en este ámbito punitivo al autor físico o directo.

"Esto lleva, entonces a rechazar la pretensión de la demanda, que quiere presentar como realidad la prescripción de la acción penal, al excluir del comportamiento de, lo relacionado con el uso del documento – art. 222, inciso segundo, del C. Penal-, única interpretación que le permitiría llegar a tal conclusión.

"De ahí se repite, la identidad de la Sala con el pensamiento, comentario y recomendación de la Delegada.

"C. En cierta forma vuélvese sobre el anterior planteamiento, esto es, cuestionar la procedencia de la agravante tal vez tratando de adobar el

aspecto probatorio que antes faltara. Pero el intento corre igual resultado, pues lo que al respecto se dice carece de significación tanto por lo incompleto como por lo deslumbrado que se está en la tesis que se moviliza y el silencio que se guarda en el entendimiento correcto de la jurisprudencia que se cita. En efecto, decir que la prueba de autos no demuestra la intervención de en la falsedad de la mencionada autorización, es cerrar los ojos a la evidencia. El dictamen grafológico es un valioso aporte en esta clase de delitos, pero como prueba pericial, su mérito se condicionara a lo que sobre el particular decida el juez, consultando las reglas de la critica probatoria pertinente; pero su valor se mantiene en la esfera de lo incompleto o insuficiente. Su inserción como plena depende del apoyo que le brinden otros medios de convicción. Y aquí abundaron , rememorándose, a vía de ejemplo, estos aspectos: El supuesto otorgante,....., nunca la dio a conocer a su hijo, ni a su esposa; ni nunca desplazó a éstos, para preferir a su hermano, en este crédito de confianza; éste guardó silencio de la misma y tampoco comunicó a aquellos la transacción de venta a ni a su readquisición del inmueble y dejó que los mismos lo cercaran y edificaran. Los motivos de la intervención, son igualmente inaceptables y las manifestaciones del procesado lejos de convencer de la rectitud de su comportamiento, exhiben caracterización opuesta. Además, para cuando se efectuó la diligencia de autenticación, ya ...estaba por fuera del país. Y en cuanto a los aspectos incriminatorios que surgen del testimonio de ..., el denunciante, con tildar a éste de “sospechoso”, conforme a enseñanzas de Mittermaier que no se refieren ni se trasladan al caso concreto) no se consigue este logro. La descalificación se presenta como gratuita e indemostrada, constitutiva apenas de un juicio personal del recurrente, que nada puede ante la razonada y atendible composición del fallo, en el cual se le recoge como elemento de convicción de importancia. De otro lado, también es conocida la posición de la Corte en cuanto a entender que, una buena crítica testimonial, puede destacar el valor que como prueba de esta índole tiene la declaración del ofendido, quien por serlo, y únicamente por esta caracterización, no resulta desechable.

"D. El fenómeno de la duda es cuestión que idealiza el recurrente como posición personal, sin que pueda decirse que el Tribunal la entrevió, o que ahora, por la revisión total del expediente o con fundamento en los argumentos que trae la demanda, resulta viable pensar en ella como atendible idea. Todo lo contrario: ella no tiene asomo ni aproximación.

Y no puede aceptarse a expensas de la orden de averiguar la “falsa atestación notarial” (rompimiento de la unidad procesal), pues el punto se dilucidó anteriormente. Tampoco porque el impugnante invoque una falla de conocimiento cierto sobre el paradero de ... y si todavía existe o ya falleció. Lo que si está demostrado, y en esta forma lo estableció fehacientemente el proceso permitiendo el proferimiento de la sentencia atacada , es que no estaba en el país para esa fecha y menos que haya firmado la autorización ni concurrido a la Notaria con ese fin. Y esto es lo que interesa al juzgamiento cumplido." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 49, 27-05-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 1253.

COMENTARIOS

93-370

TEMA X. AUTOR. CÓMPLICE.

“Si el cómplice quiere participar en un robo y la intención del autor era la de un homicidio, no puede deducírsele a aquél este final resultado. Su fundamento está en poder determinar que quería el autor y en que cooperaba el cómplice. La situación que desde tiempo atrás aflige al país no auspicia criterios de benigna interpretación para los componentes de esta clase de organizaciones, pues es tanta su perversidad, tan calificada la forma de violencia que se acostumbra a emplear, tan cuantiosos los rendimientos económicos buscados, tan bien preparados los ilícitos y tan especialmente buscados sus integrantes entre el abundante núcleo de desalmados prestos a intervenir en estos cometidos, que no es aventura del raciocinio apoyar una deducción como la del Tribunal y entender la misma como una normal interpretación ante sucesos de esta índole.”

.....

"Conviene advertir, y ésta es valoración compartida con la Delegada, que no porque el Tribunal puede dejar entrever la conducta del procesado como propia a una autoría en los delitos de homicidio y hurto, inicial enfoque de la resolución acusatoria, pero termine, así fuera a regañadientes, aceptando la modificación de ese proveído para

dejar el tema en una complicidad, no por eso es dable afirmar que se ha llegado con posición tal a un fenómeno de transacción o compensación, en el cual la complicidad suple lo que la autoría no alcanza, estimación ésta de hondo sentido personal que se hace servir forzada y artificiosamente a los fines del recurso de casación. Con razón el Ministerio Público destaca “que no cabe impugnar un criterio subjetivo que no se concreta en acto decisorio judicial”

"Así fuera totalmente cierto, insiste la Sala, que el Tribunal disintió de la participación final establecida para ..., moviéndose su apetencia juzgadora más fácilmente en el terreno de la autoría, de esto no puede desprenderse una debilidad probatoria para excluir el juicio relacionado con la complicidad, porque la deducción es bien distinta, o sea, que de entreverse factores probatorios en los cuales podía asentarse una deducción de autoría, forzosamente lo que demanda la complicidad está más que satisfecho y es conclusión más sólida e incontrovertible.

"El Tribunal, entonces, se ciñó estrictamente a los fenómenos que debía acatar, conforme al contenido de la resolución acusatoria, y de ahí que le fuera fácil reconocer la complicidad no sólo en el delito de hurto (que paladinamente admite la demanda) sino también en el delito de homicidio.

"Ahora bien, respecto de este último punto el impugnador crea una situación que sólo existe en su escrito y es la de señalar que el Tribunal ha confundido, de barato, la autoría y la complicidad y que carece de derroteros jurídicos para lograr esta dilucidación, lo cual hubiera logrado fácilmente de recordar una directriz carrariana, vale anotar, que si el cómplice quería participar en un robo y la intención del autor era la de un homicidio, no puede deducírsele a aquel este final resultado. Lo que aplicado al caso, en que se quería solamente el apoderamiento de la carga de polietileno, pero no la occisión del conductor de la tractomula en la cual se transportaba, la conducta debió contemplarse como complicidad en el hurto pero no en cuanto al homicidio. Esto es una verdad de a puño, pero su fundamento está en poder determinar qué quería el autor y en que cooperaba el cómplice. La doctrina recoge una hipótesis ajena a lo ocurrido, investigado y juzgado en este proceso. La verdad es que el Tribunal conoce la

diferencia específica de las aludidas categorías y posee acopios doctrinarios, jurisprudenciales y fácticos, para ubicarse en una y otra.

"No hay, pues, un estado de ignorancia, de equivocación, de olvido o de omisión al respeto. Simplemente, ha evaluado el comportamiento de y conforme a reglas de lógica y de experiencia, ha establecido que, en la situación suya. Constituye torpeza dialéctica predicar de él únicamente la participación en el atentado al patrimonio económico, dejando por fuera lo realizado contra la vida de y se ofrecen títulos demostrativos de esta postura conceptual: formaba parte de una organización con estas metas y propósitos; “tenía que entender que dentro del contexto de la acción estaba comprendida por lo menos la posibilidad seguramente cierta de la muerte del conductor del vehículo que iba a ser asaltado” (apreciación todavía más válida. Si se lanza con esta otra, que también se lee en el proceso: para poder llegar a y colocar la mercancía entre cierta clase de adquirentes, había que contar con tiempo suficiente, lo cual se obtenía con la muerte de ese infortunado chofer); la complicidad (como la autoría) no requiere la presencia física y continuada de principio a fin de las acciones, pudiéndose deducir ésta así ..., después de pasar tres días a la espera de la aparición del vehículo, resolviera trasladarse a la capital pero “no porque hubiera querido desistir del propósito criminal porque su presencia era requerida en ... por otros motivos, algunos de ellos relacionados precisamente con la acción delictiva”, o “para el agotamiento del delito”.

"La situación que desde tiempo atrás aflige al país no auspicia criterios de benigna interpretación para los componentes de esta clase de organizaciones, pues es tanta su perversidad, tan calificada la forma de violencia que se acostumbra emplear, tan cuantiosos los resultados económicos buscados, tan bien preparados los ilícitos y tan especialmente buscados sus integrantes entre el abundante núcleo de desalmados prestos a intervenir en estos cometidos, que no es aventura del raciocinio apoyar una deducción como la del Tribunal y entender la misma como una normal interpretación ante sucesos de esta índole.

"Poca estima se tiene por la vida de los sorprendidos conductores, y lo que antaño fue extrema, final y excepcional solución, hogaño constituye inicial, fácil innecesario y cotidiano apresto. El respeto por la vida propia o la de los demás es mínima y la demostración de fuerza

y destrucción, así no se requiera predomina como derroche. Así se logra mantener vencida por el pánico a una comunidad inerme, no fallar en los golpes de la delincuencia y borrar definitivamente todo testimonio de incriminación. Esta es la pauta generalizada de la criminalidad que, desgraciadamente azota a Colombia, y ésta la realidad que reflejan los procesos y el juicio que conmueve a la judicatura, aunque no faltan quienes exhiban infantil ingenuidad, candorosa y nociva desorientación y credulidad infundada. Que los abogados tengan concepción y visión distinta es situación comprensible por el rol que les toca asumir, aunque seguramente, al momento de tener que afrontar como víctimas un atentado como el que se analiza, desaparezcan las benignas consideraciones y constituya un imposible poder atribuir a estas organizaciones criminales siquiera un adarme de misericordia, o concebir los planes de sus coautores y cómplices como condicionadas a que no aparezcan resultados de muerte, lesiones personales o secuestros.

"El aspecto jurídico, la evaluación normativa o las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales, al menos en lo de distinguir la autoría de la complicidad, no puede decirse que en la sentencia acusada se presenten como confusas, contrariadas, ajenas a lo que el derecho penal entienda al respecto como tesis aceptable. Menos que el patrón ofrecido por el demandante, para analizar estos temas, sea el que deba imponerse en este caso. En abstracto éste podría representar acierto, pero la tesis, en este plano, también es la misma del Tribunal. Lo que ocurre es que el aspecto probatorio de la conducta del procesado y su vinculación al delito de homicidio es lo que viene a establecer las diferencias fundamentales, más cuando en la observación del punto de la demanda no deja de apoyarse en la prueba suministrada por el juzgado segundo de Instrucción Criminal de (atestación de), referencia que a la Delegada la autoriza para señalar incoherencia, contrasentido, falta de legítimo interés y de descalabro en la vía escogida para la impugnación. Conviene oír su opinión:

“He ahí la contradicción conceptual en que se cae en la demanda: se quiere apoyar en el hecho de que el sentenciado no estuvo en el sitio del homicidio a la hora en que se cometió, pero ello se probó en la declaración que fue inoportunamente aportada, que sirve de sustento al cargo anterior, para lo que ha debido admitirse como tal el material probatorio en vez de discutirlo.

“Pero además al manifestar el impugnante que se dio mala aplicación al art. 24 del C.P., que señala la complicidad como grado de participación en el delito norma medio que sirvió para que se aplicara indebidamente el tipo penal que consagra el reato de homicidio, es obligatorio concluir que el precepto cuya aplicación debió dársele corresponde al contenido en el artículo 23 *ibídem*, que contempla la autoría, lo que resulta lesivo al procesado en cuanto que la pena a imponerle aumentaría, y por tanto carecería el demandante en casación de interés para recurrir.

“Lo dicho anteriormente por la Delegada sigue siendo válido: el recurrente carece de interés procesal en su razonamiento de impugnación que con ello desmejora la situación del sujeto procesal que representa, ya que de cómplice en que fue condenado se lo convierte en autor para efectos del recurso extraordinario. Si lo que quiere discutir es el hecho de que el Tribunal expresó su opinión – simple opinión del juzgador- que no se convirtió en decisión judicial dermandable en casación, porque estimó que le sentenciado era autor (como había sido acusado) y no cómplice, no obstante lo cual lo condena en esta última consideración, es evidente que no cabe impugnar un criterio subjetivo que no se concreta en acto decisorio judicial.

“Aquí el recurrente al formular el cargo equivocó la forma de transgresión de la ley sustancial, ya que planteó su violación por la vía directa cuando debió hacerlo por la indirecta y al analizar y criticar las pruebas no se refirió a que le fallador hubiera incurrido en error de hecho en la evaluación que hizo de los medios de convicción, ya sea por suposición, omisión o apreciación errónea de alguna probanza.

"Se trata, entonces de una discrepancia de criterios, especialmente sobre aspectos probatorios, así se pretenda llevar el asunto al inalcanzable ámbito de la violación directa, nivel crítico en el cual el demandante no ha conseguido detectar, en la providencia del Tribunal un error ostensible, ni siquiera mejorar su interpretación y menos destruir la presunción de legalidad y acierto que acompaña a ese pronunciamiento judicial, fuera de advertirse que los elementos de convicción manejados a este fin no pueden ser objeto de un error de derecho o, finalmente, puntualizar un abandono censurable de las

reglas de la sana crítica, que se manejan con tino por el juzgador de la segunda instancia." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 101, 04-11-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 481).

COMENTARIOS

El cómplice para que pueda ser considerado tal, no puede poseer el dominio del hecho, simplemente colabora, favorece un hecho punible ajeno. Necesaria es pues la relación material, con contenido efectual, entre el punible realizado y la actividad desplegada por el cómplice; este aporte se erige en contribución externa y objetiva, que obviamente supone en el juicio de culpabilidad, los momentos cognoscitivo y volitivo en el despliegue. Se excluye la complicidad si este nexo material (comportamiento agente-cómplice) no se presenta en un sentido objetivo; si el acto, predicado como de colaboración o ayuda, no tiene real incidencia -relación ontológica efectual-, con el punible efectivamente realizado.

Adicionalmente la complicidad no es coetaneidad de colaboración en el respectivo hecho. El aporte, las mas de las veces es anterior, por lo menos, debe ser concomitante, excepcionalmente posterior, bajo el requisito de que medie promesa anterior.

TEMA XI. AUTOR. DETERMINADOR. FALSEDAD DOCUMENTAL DE SERVIDOR PÚBLICO. AUTOR INTELECTUAL.

"El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los *delicta propria* ejecuta el acto prohibido en el ejercicio de sus funciones. No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio o especial.

.....

"El que no se hubiesen descubierto los autores materiales del ilícito ni todos los pormenores de su ejecución no implica que no se pueda perseguir y sancionar a los autores intelectuales.

.....

"No estará de más recordar que en lo que se refiere al determinador de la Sala ha hecho claridad en diversas oportunidades respecto a los tipos que requieren sujeto activo cualificado, rememorándose, por ejemplo, la sentencia de junio (3) de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que se aclara que "...si se trata de tipo de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es quien debe exigirse tal calidad.

"La razón es clara. El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si como sucede en el caso en estudio, para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los *delicta propria* ejecuta el acto prohibido en ejercicio de sus funciones.

"No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntaria ente (sic) acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales cualidades inherentes al actor del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente.

"En este orden de ideas y no empecé a que y no poseían la calidad de empleados públicos, el haber sido determinadores del injusto en cuestión excluye, en su caso, la exigencia estructural del artículo 219 del C.P., entendiéndose que respecto de quien elaboró el despacho apócrifo sí debe cumplir con este presupuesto típico, calidad que

ostenta -para este evento- el autor material, que, a no dudarlo, debió ser un empleado del por entonces Juzgado Civil Municipal de (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M., Acta No 94, 29-10-93, Gaceta Judicial No 2466, t. CCXXVII, p. 337).

COMENTARIOS

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia al considerar que tratándose de los llamados otrora "delitos especiales propios", mejor tipos con sujeto activo cualificado, ningún sujeto distinto a quien posee la específica calidad exigida típicamente puede ser autor o coautor, agente del hecho típico, criterio dogmático riguroso e incotrovertido. El anterior concepto es igualmente válido cuando observemos concurrencia de conductas, con ejecución autónoma, simultánea o con la llamada distribución de trabajo. De esta forma en esta clase de delitos se debe descartar la autoría del "extraneus" por la estructura misma del tipo penal realizado; resulta necesaria la relación jurídica o natural, que se traducirá en deberes de relevancia normativa, implícitos dentro de la descripción, cuyo titular únicamente puede poseer idoneidad para la asunción de la posición activa del delito, ya se vea la acción como dominio total del hecho ejecutado o de la traza comportamental se pueda deducir división de trabajo.

TEMA XII. COPARTICIPACIÓN . SUJETO ACTIVO CUALIFICADO.

“En los casos de coparticipación se mantiene la unidad jurídica. El dispositivo amplificador del tipo de la coparticipación se presenta con la actividad de personas que responden a diversas situaciones ante el tipo penal, esto es, que exigiéndose a un sujeto activo cualificado, participan otros que carecen de tal cualidad, por lo que todos responden del hecho delictivo bajo una misma calificación jurídica. Por ello el determinador responde por la misma ilicitud que realice el sujeto determinado”.

.....

"Es importante destacar que está demostrado como el procesado.... presentó en el mes de junio de 1981 una solicitud de entrega de nueve

canecas de químicos que estaban a disposición del Juzgado Promiscuo del Circuito de ..., en proceso por violación al decreto 1188 de 1974 (Tráfico de estupefacientes) y que lo hizo con base en el poder supuestamente otorgado el 25 de mayo de este año por ..., siendo absolutamente imposible que éste lo hubiera conferido puesto que se comprobó había fallecido con anterioridad, en virtud de haberse aportado copia de la Resolución 0894 del 23 de abril de 1981 de la Registraduría del Estado Civil , por medio de la cual se cancelaba la cédula de ciudadanía 4.347.695 por deceso del titular.

"Igualmente se estableció que la nota de presentación personal del referido documento se hizo ante el secretario del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de ... , quien dejó constancia de la identificación de quien confería el poder y de su presentación personal.

"Con las experticias grafológicas se evidenció que las grafías que aparecen en el documento, incluida la firma del presunto poderdante, fueron realizadas por ..., y que el documento fue elaborado en una de las máquinas del despacho donde trabajaba éste funcionario.

"Con la demostración de estos hechos es fácil concluir, como acertadamente lo hicieron las instancias, que el abogado procesado había actuado como determinador, ubicándose, por tanto, dentro del fenómeno de la coparticipación y de manera concreta como autor intelectual de la actividad delictiva, respecto de la cual se hizo patente la división del Trabajo; por ello el acierto de las consideraciones de la providencia de segunda instancia que llevan a tal conclusión cuando se afirma: "Con base en el material probatorio recaudado, se puede precisar que el doctor obró como determinador del atentado contra la fe pública. Se ha visto que obtuvo el concurso de un empleado público (...) con pleno acuerdo de éste, para la confección del falso poder y la nota también falsa de presentación personal por el presunto poderdante ante el juzgado donde aquel ejercía entonces sus funciones como secretario, logrando la citación y comparecencia ante el mismo despacho de los señores y a rendir las declaraciones extrajudicio cuyo contenido se tacha igualmente de falso conforme a lo expuesto por ellos en el presente proceso... todo lo cual se utilizó luego para pedir al otro juzgado, en representación de ... como titular del derecho según las anteriores declaraciones, la devolución de las canecas con los componentes químicos...."

“En resumen , el inculpatado no solo usó el falso poder al logro de su anterior propósito y mediante el trámite anotado, sino que, habiendo sido el determinador... debe igualmente responder como partícipe del delito atribuído al funcionario público (Art. 219 C.P.), agravado en su caso conforme al inciso 2º del artículo 222 ibídem, por el uso del documento público falso...”

"Más adelante, en el mismo sentido, agregó: “También tiene aceptación la reiterada alegación de la defensa de que se incurrió en error en la formulación del cargo al imputado teniendo en cuenta que éste no era funcionario público y la norma (art. 219) exige tal calidad en el agente, pues ya se ha expuesto claramente por la Sala y por el Juzgado en su oportunidad que esa condición se debe reunir, como aquí, en el autor principal, en tanto que aquél, que obra como particular, debe responder como copartícipe. Al abogado se le enjuicio y halló culpable como determinador del exfuncionario a la realización del hecho punible, grado de participación contemplado en el art. 23 del C.P. ...”

"La jurisprudencia y la doctrina nacional han sostenido de manera reiterada que en los casos de coparticipación se mantiene la unidad jurídica, es decir, que aún en aquellas situaciones como la que es objeto de estudio, el dispositivo amplificador del tipo de la coparticipación se presenta con la actividad de personas que responden a diversas situaciones ante el tipo penal, esto es, que exigiéndose a un sujeto activo calificado, participan otros que carecen de tal cualidad, por lo que todos responden del hecho delictivo bajo una misma calificación jurídica. Por ello, el determinador responde por la misma ilicitud que realice el sujeto determinado. En el caso presente, al cometer el determinador falsedad en documento público,, como determinador, deberá responder del mismo hecho delictivo.

"El determinador en su calidad de gestor intelectual es un verdadero partícipe porque por medio de la instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo para transmitir la intención criminal, logra que otro realice materialmente lo que su voluntad demanda convirtiéndolo en autor, independientemente de que quien realiza la conducta objetiva descrita en el tipo penal tenga determinadas cualificaciones, sin que pueda

pensarse, como de manera equivocada lo hace el censor impulsado por la fuerza de la doctrina extranjera, que en tales casos el participe en quien no recae la cualificación exigida para el sujeto activo, solo pudiera responder en calidad de cómplice.

"Siendo atinada la decisión de las instancias, ha de concluirse que no se presenta la violación directa de la ley sustancial postulada por el impugnante y por tanto, tal como lo solicita el Procurador Delegado se rechazará la impugnación presentada en el primer cargo." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No. 92, 29-07-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p.136).

COMENTARIOS

Nuestro Código Sustantivo vigente no distingue a efecto normativo de interpretación y aplicación entre la llamada en otras legislaciones "inducción" y la "autoría mediata"; tan solo se refiere expresamente a la "determinación", categoría que por tanto debe comprender los dos fenómenos materiales. Se puede afirmar en derecho penal colombiano que jurisprudencialmente se acepta sin reservas que son formas de determinación la orden vinculante, la coacción, el consejo, la propia instigación, el mandato, la inducción, el convenio y cualquier otro medio idóneo para obtener del determinado por lo menos la iniciación de la realización delictual. De esta forma en nuestro sistema la figura del determinador es amplia y comprensiva abarcando la conducta del inductor o instigador sino que también en ella queda inmersa la llamada autoría mediata si ésta nace de la coacción, del mandato o de la orden vinculante, éstos no representan mas que medios o formas utilizadas para determinar a otro sujeto a la realización de la conducta típica; sin interesar, para la presencia de la figura, la antijuridicidad y culpabilidad que presente el actuar del autor material, pues de estar ausente alguno de estos dos elementos del punible integral, debe responder exclusivamente el determinador.

TEMA XIII. COAUTOR.

"Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un

grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos”.

.....

"En cuanto a la avalancha de circunstancias, que según el casacionista se había establecido en la inspección judicial, basta observar que si bien resulta de recibo para determinar el acontecer histórico, es evidente que no tiene la fuerza suficiente para demostrar que el derecho de defensa se haya vulnerado y que lo que se pretendía demostrar habría repercutido en el fallo censurado, puesto que como acertadamente lo señala el Ministerio Público, dentro del proceso obran testimonios que ofrecen claridad y seguridad acerca de la forma como ocurrieron los hechos, que unidos a otros elementos técnicos y aún a la propia explicación del sindicado predicaban la responsabilidad de éste, quien aceptó haber estado presente en el escenario de los hechos y tal circunstancia se complementó con los otros elementos que fueron estructurantes de la “coautoría impropia”, criticada por el defensor.

"No puede pasarse por alto, que en la demanda (sic) no hace referencia a los hechos suficientemente probados, que sirvieron de base para las consideraciones de los falladores de instancia, que concluyeron con el señalamiento de la coautoría impropia endilgada al proceso recurrente, y en estas condiciones las circunstancias que se pretendían probar en la inspección judicial carecen de la potencialidad de modificar el fallo.

"Otro aspecto que se destaca en la sentencia atacada hace referencia a que la propia víctima, en su estado agónico acusó a ... como su autor, lo que fue escuchado por varias personas y traído al proceso por

"Al decir del censor, a ninguno de los testigos les consta el instante mismo en que ocurrieron los hechos, sin embargo, ello no logra disminuir la responsabilidad del acusado, porque como lo expresó el Procurador, fue una amalgama factorial que sirvió de base a los sentenciados para emitir el fallo, y la circunstancia anotada respecto del señalamiento del autor por parte de la víctima, es reprobada por el censor tratando de imponer su personal criterio al juicioso estudio por los juzgadores de instancia.

"En síntesis, dadas las particularidades de la coautoría imputada, ninguna trascendencia podría tener respecto al fallo la realización de la inspección judicial, y por ende no puede afirmarse que la omisión de esas prueba implique la declaratoria de nulidad, porque ni se afectó el debido proceso, ni tampoco el derecho a la defensa. El demandante ha debido tener en cuenta, que mientras se partiera de la participación criminal en la forma como fue considerada en las instancias, ninguna modificación podía producir una diligencia orientada a generar duda sobre el autor del disparo, ya que el hecho fue atribuido como una empresa común.

"Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en un hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 60, 06-07-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVI, p.84).

COMENTARIOS

Autor directo o inmediato es quien realiza en forma efectiva los elementos estructurales del tipo, ejecutado el acto consumativo de la infracción, personal y directamente; su acción por sí sola, se conforma al modelo típico. Autor indirecto o mediato es quien acude a "fuerzas vitales externas", las cuales utiliza como instrumento para la ejecución de la acción típica. Puede utilizarse como instrumento a persona imputable o inimputable, puede aprovechar o provocar error de hecho en autor inmediato (8), en ambos casos se afirma que el autor mediato es el ejecutor de la conducta único y real, que actúa "longa manus".

TEMA XIV. AUTOR. CÓMPLICE.

“La complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, “de integrar en la autoría todas las actividades dominantes de un mutuo acuerdo o plan”.

.....

"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, parece como obvio que la participación de.... se tome como secundaria , ya que así ella no actuara 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 sólo 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 creación legal de la complicidad secundaria, pero se deja de lado, en este argumento aquiles, que con ello sólo se tomarían 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 fuerza 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, sólo 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 uno el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empeñarse 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 que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta división de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitivamente la intervención de quien actúa como "campanero" que, de no darse por descontada su exitosa intervención, lo 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,..., por la forma como se comportó en relación con 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 condición 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 (sólo son tales los que ejecuten directamente la acción típica mandada por la ley), nunca he 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 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, cualquiera que fuese el acto de la intervención" (Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 30, 10-05-91, t. CCXI, p. 413. Con Salvamento de Voto).

COMENTARIOS

Es cómplice quien presta ayuda al autor o autores de un hecho punible, con conciencia de que actúa para otro, de que colabora para un delito ajeno. El cómplice no realiza la conducta típica como autor o coautor, coadyuva a ella colaborando en forma más o menos eficaz. El cómplice necesario es quien presta conscientemente colaboración al autor, de tal magnitud que si ella no se habría podido cometer el delito. El cómplice accesorio es quien presta una colaboración de escasa importancia, sin la cual se hubiera podido consumar el delito, pero que de todas formas a favorecido su comisión. La diferencia entre complicidad y coautoría la afirmamos como una diferencia subjetiva: El cómplice actúa con el conocimiento de que ayuda a otro en un delito al cual es ajeno. El coautor realiza la conducta con la conciencia de que ejecuta un hecho punible propio.

AUTOR (SALVAMENTO DE VOTO) / CÓMPLICE (SALVAMENTO DE VOTO)

"El cooperador principal debe tener "dominio" del hecho, pudiendo interrumpirlo o desistir de su consumación, mientras que le cooperador secundario o accesorio, no tiene capacidad decisoria.

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 de Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada....

"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 consistió en distraer una vendedora ambulante que trabajaba frente a unos seis (6) metros de la joyería Técnica, mientras que 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 contribuye 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 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 tiene 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 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 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 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 conceptuar 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 (fls.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 destaca)

"Si el tribunal, en una interpretación correcta, 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 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, Magistrado; Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

COPARTICIPACIÓN (SALVAMENTO DE VOTO)

"Si se auxilia un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, se actúa a título de partícipe.

Salvamento de Voto.

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

"a) Según el conocimiento 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, quehacer 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 trazo 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 "si" y el "como" 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, débase convenir que la participación de la en el delito por el cual se le condenó se rige – como lo enseña la buena doctrina en supuestos similares- por el principio de accesoriedad 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 ésta 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.

Fecha, *ut supra*.

TEMA XV. PARTICIPACIÓN. AUTOR.

"La solución a los problemas de autoría y participación presenta múltiples dificultades."

.....

"1º Se demostró en los autos de calidad de funcionarios judiciales de los sindicatos e igualmente se encuentra probado que actuaron en ejercicio de sus funciones cuando realizaron el comportamiento que dio origen a este proceso.

"2º El asunto se concreta a determinar, si la revocatoria del auto de detención proferido por los Magistrados investigados es manifiestamente contraria a la ley, y en caso positivo, si es reprochable a título de dolo.

"Para responder a la primera cuestión, se deben analizar los argumentos que sirvieron a los acusados para tomar la decisión, teniendo presente que el auto revocado se refería únicamente al homicidio, por que inexplicablemente el Juez instructor separó la investigación por el hurto. Textualmente dicen:

"1º no actuó según el artículo 23 del Código Penal, porque no realizó el hecho punible de homicidio contra el hoy occiso ni ejecuto el acto consumativo de la infracción penal"

"2º....., no fue causa eficiente del delito de homicidio ni como determinador, porque no indujo al otro sujeto a que le diera muerte aSu presencia en el lugar del suceso, cuando el moreno disparó la escopeta, no jugó ningún papel decisivo, tampoco aportó actos materiales para que el homicidio se perpetrara vgr. sujetar a la víctima para que el otro proporcionarle el arma etc."

"3º., tampoco quedó incurso en la conducta cómplice de que trata el artículo 24 del Código Penal. No ayudó al homicida en la resolución criminal; ni en la preparación, ni en la ejecución (homicidio que por lo demás fue incidental no preordenado)"

"La contribución al delito de otro, para los efectos del artículo 24, por efectiva que parezca, es siempre a la otra ajena, lo cual significa que el cómplice se suma a esta obra". "El sindicato no prestó ninguna coadyuvancia efectiva y visible para que el sujeto que portaba la escopeta eliminara al señor"

"En otras palabras, no fue en este evento factor causal de primer orden ni de segundo orden, el no actuó ni promovió a otro para que matara al asaltado. Lo de él fue una simple participación negativa, de

mera presencia, nada determinante para que el otro disparara o no disparara.....”.

"El Magistrado, planteó en su salvamento de voto una solución diferente a la adoptada por la Sala mayoritaria, apoyado en una jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que cuando varias personas proceden en una empresa criminal, con división de trabajo para la producción del resultado típico, todos tienen la calidad de autores.

"La solución a los problemas de autoría y participación presenta múltiples dificultades, pues son diversos los aspectos que pueden ser tenidos en cuenta para dar una respuesta, especialmente en los casos en donde la ejecución de la conducta típica es obra de una sola persona, que actúa acompañada por otras con las cuales ha convenido la realización de un delito diferente.

"En el evento de que en la ejecución de un hurto, uno de los autores cometa un homicidio, la tesis dominante en la jurisprudencia nacional, es que todos responden también por ese delito, entre otras razones, porque si el ataque al patrimonio ajeno se hace con armas y mediante violencia, resulta muy fácil inferir que la muerte causada a una de las víctimas de la lesión patrimonial, no desbordó lo acordado expresa o tácitamente, ya que los hechos revelan que los autores previeron la posible reacción de las personas y por eso portaban armas. Entre los tratadistas, unos estiman que todo depende de si el partícipe pudo prever que alguno de los intervinientes iba a cometer homicidio con ocasión del hurto; para otros la importancia es establecer si se podía presumir racionalmente, que para lograr el propósito que animó a todos los culpables del hurto, era necesario atentar contra la vida de la persona a la que se pretendía quitar el bien, aunque ese resultado no lo hubiera querido expresamente. Con cualquiera de estos criterios, la responsabilidad de en el homicidio emerge clara.

"Pero la Sala dual llegó a una conclusión inaceptable, como consecuencia de una errónea apreciación de los hechos, enmarcada dentro de un exagerado criterio objetivo, que la llevó a decir que no fue autor porque no disparó contra el occiso, ni cómplice porque no ayudó al homicidio, ya que el delito no fue preordenado.

"Se trataba de resolver sobre la revocatoria de un auto de detención, para cuyo mantenimiento existía mérito suficiente, porque como es sabido, sus requisitos no exigen más que un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Sin embargo, los Magistrados se apresuraron a tomar una determinación, con argumentos propios de un momento procesal posterior, esto es, cuando la investigación hubiera recaudado elementos de juicio suficientes.

"Estas apreciaciones bastan para estimar que las providencia suscrita por los dos imputados es manifiestamente contraria a la ley, y en esas condiciones su comportamiento es típico de prevaricato por acción, artículo 149 del Código Penal." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No 073, 09-11-90, Gaceta Judicial No 2446, t. CCVII, p. 549).