

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. AUTORÍA Y DETERMINACIÓN. Identificación.

"La participación plural que se da en el caso, en el que la procesada influyó en el proceso de cognición y voluntad del empleado oficial, DETERMINÁNDOLO, permite ampliar la punibilidad del tipo hasta el sujeto no cualificado, en virtud de la regla general del artículo 23 del C. P. Es por ello que se ha denominado el texto invocando como dispositivo amplificador del tipo o, más exactamente, dispositivo amplificador de la punibilidad del tipo como prefiere otra corriente doctrinaria. Por ello las referencias del proceso a la connivencia, "al contubernio" entre los copartícipes, y aún -tal vez impropia- de coautoría, error terminológico sugerido en el epígrafe mismo del texto del artículo 23 del C. P. que dice "AUTORES" para referirse a dos fenómenos completamente diversos: El autor típico y el determinador del mismo por fuera del tipo."

(...)

1. Sobre la demanda presentada a nombre de B.C.

a) Prima facie, conviene señalar que el censor incurre en inexactitudes tales como asegurar que se trata de tres causales de casación, cuando en realidad lo que está haciendo es, con base en el numeral primero del artículo 220 del C. de P. Penal, presentar tres cargos contra la sentencia. Pero, dígase, además, que si bien es verdad, hoy por hoy, invocar como causal de casación la consagrada en el inciso 1º numeral 1º del artículo 220 ibídem, para luego desarrollar una violación indirecta no constituye falla técnica, toda vez que la primera parte del ordinal 1º de la mencionada norma ya no se refiere exclusivamente a la violación directa, sino a las dos formas que puede revestir esta causal (Casación de abril 15 de 1993, magistrado ponte doctor Jorge Enrique Valencia M.), sí es indudable que se atenta contra el principio de no contradicción cuando se asegura que se produce con base en la causal primera de precitado

artículo 220 porque sí presentada la cuestión se está aludiendo, tanto a la violación directa como a la indirecta de la ley sustancial, lo que comporta un exabrupto que sólo puede llevar caos a la Corte o conducir a la tortura intelectual. Y esto es, exactamente, lo que hace el impugnante cuando formula los tres cargos contra la sentencia.

En el primer cargo, pues, el censor no señala el sentido de la violación, esto es si directa o indirecta. Con todo, hay que convenir que, en el desenvolvimiento del mismo (así en principio no precise, que es lo que debe hacerse para mayor entendimiento del juzgador y un cabal cumplimiento de la técnica, la orientación del quebranto, si la norma se dejó de aplicar, se seleccionó indebidamente o si se incurrió en error de hermenéutica), ello es lo que infieren Corte y Delegada, se está aludiendo a una violación directa de la ley sustancial. Pero, apréciase, que el cargo no se presenta ni desarrolla en debida forma.

No se discute que el tipo plasmado en el artículo 219 del Código Penal, norma que se asegura fue vulnerada por los sentenciadores, contiene un sujeto activo calificado (empleado oficial, en ejercicio de sus funciones) y que B.C., por parte alguna obra en el proceso ostentando tal carácter, y por contrario modo, lo que afirma es que tiene la profesión de “hotelera”. Pero es que los juzgadores nunca aseveraron que en los actos por ella realizados y que le merecieron la condena, actuó como empleado oficial y en desempeño de su función. No, sabido es que otro bien distinto –esté si empleado público- fue el personaje que, en ejercicio no cabal de sus funciones verificó la falsedad ideológica, de la cual B.C. fue determinante. Fue este otro señor, F.P., quien obrando en “connivencia”, “contubernio”, (según términos utilizados por los falladores) en la condena, ejecutó materialmente todo el iter que plasma el tipo penal consagrado en el artículo 219.

Como bien lo sostiene la Delegada, de las decisiones (resolución de acusación, sentencias de primera y segunda instancia) que atribuyen a B.C. la imputación de la falsedad ideológica en documento público, se colige que fue a título de determinante. Y está claro remata, continuo, el Ministerio Público que es en esa condición en la que debe responder, pues “aunque es extraña al tipo penal, al artículo 23 del Código Penal sí permite dicha atribución por la vía de la formación de la idea criminal en el autor calificado... O sea que la participación plural que se da en el caso, en que la procesada influyó en el proceso de cognición y voluntad del empleado oficial, determinándolo, permite ampliar la punibilidad del tipo hasta el sujeto no calificado,

en virtud de la regla general ya citada del artículo 23 del C.P. Es por ello que se ha denominado el texto invocado como dispositivo amplificador del tipo o, más exactamente, dispositivo amplificador de la punibilidad del tipo como prefiere otra corriente doctrinaria. Por ello las referencias del proceso a la connivencia, al “contubernio” entre los copartícipes, y aún –tal vez impropriamente- de coautoría, error terminológico sugerido por el epígrafe mismo del texto del artículo 23 del C.P. que dice “autores” para referirse a dos fenómenos completamente diversos: El autor típico y el determinador del mismo por fuera del tipo. Pero es entendible de todo el contexto de las sentencias, y del proceso, que a la señora B.C. se le atribuyó (la comisión) de la falsedad ideológica, no como autora directa o material, sino como determinadora de la acción ilícita en un fenómeno de coparticipación que la hace igualmente punible del hecho típico, o bien como copartícipe en la “empresa criminal” que llama la providencia o en su condición de autora intelectual...”

Sobre este mismo particular, como así lo recuerda la Delegada, la Corte se pronunció el 10 de junio de 1993, siendo magistrado ponente quien aquí desarrolla igual rol. Allí la Sala mayoritaria verificó apuntamientos que son aplicables al caso sub judice y que permiten asegurar que, siendo como ciertamente aconteció que B.C. fue condenada en condición de determinadora de la falsedad ideológica en documento público cumplida por F.P., para esa atribución delictiva no se requería que ella, independientemente, también debiera tener la posición de “empleado oficial” y que determinador y autor material están asimilados en el aspecto de la pena (Art. 23 del CP.). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 60, 01-06-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX).

N.V.A. Arts. 28, 30 C.P.

COMENTARIOS

En consideración de política legislativa se ha considerado necesaria la incriminación de conductas que pese a que no encuadran en ninguno de los tipos penales descritos en la parte especial, tienen suficiente fundamento de reprochabilidad, por ende de ilicitud. Son instituciones que para la dogmática nacen de la experiencia, en cuanto en primer lugar no siempre el agente logra perfeccionar el comportamiento descrito, sea en relación con la obtención de la finalidad propuesta, cuya producción se exige típicamente, ora porque la mera conducta no ha llegado a su cabal realización; en

segundo término el dato empírico también nos indica que en la realización de un comportamiento con relevancia penal pueden intervenir varias personas en las que algunas tan solo prestan auxilio o colaboración sin que su comportamiento pueda por si mismo y aisladamente considerado encuadrarse en tipo penal alguno.

Con los anteriores fenómenos la disciplina penal tuvo necesidad de extender el radio de acción de los tipos penales, mediante la creación de instituciones de carácter general, es decir que guardan funcionalidad similar frente a todo el ordenamiento penal especial, ampliando el alcance punitivo de los mismos; tales institutos pues incorporan -incriminan- etapas de comportamiento previas a las descritas por los diferentes tipos penales o indican hipótesis de intervención plural en la parte activa, sin que tales aspectos formen parte estructural de la descripción.

Surgen de esta forma dogmáticamente los "institutos de extensión" denominados tentativa y coparticipación; alguna doctrina los denomina "tipos amplificadores" o "dispositivos legales amplificadores del tipo". Hemos optado por la primera de las nominaciones reseñadas en cuanto la expresión "tipo" debe reservarse para las descripciones integrales de comportamientos punibles, tal concepto es de tal utilidad que en cuanto se le de siempre el mismo significado univalente, tendremos mayor precisión a los menos terminológica en nuestra disciplina. Así mismo la expresión "dispositivo" no comprende toda la riqueza y todo el alcance jurídico que las figuras reseñadas poseen; su utilización aunque práctica, no es meramente instrumental, no se trata de unos "comodines" proporcionados por el legislador al interprete o juzgador para que haga uso mecánico de ellos, estas figuras no operan automáticamente; se trata de verdaderos institutos jurídicos con naturaleza y fundamentación profundamente enraizadas en la esencia de todo comportamiento humano, sea lícito o ilícito, como que atañe a la tendencia natural del hombre a la asociación y a la mutua colaboración intersubjetiva en la realización de sus grandes empresas o de sus mas elementales quehaceres. así mismo los institutos tienen su soporte en la realidad innegable de la imperfección de la condición humana; no siempre logramos ejecutar lo que nos proponemos; desafortunadamente una actividad acabada en plenitud está precedida de una buena cantidad de fracasos o intentos fallidos, que finalmente nos conducen al buen éxito de nuestros cometidos. Trasladadas las anteriores realidades a la órbita del comportamiento ilícito la

conceptualización jurídica del "intento criminal" o de la mutua colaboración delictual, no pueden tener -ni siquiera como recurso nominativo- el carácter, naturaleza, alcance y contenido de un simple "dispositivo" que induce a considerarlas como presuntos elementos o instrumentos que suplen falencias o simples dificultades de carácter normativo o normatizante y que bien podrían ser sustituidas por otras herramientas mas eficaces o simplemente ser desechadas en cualquier momento por obsoletas.

La génesis naturalística de estos institutos también nos conduce a dar relieve a su enorme importancia en el campo criminológico en orden a sus fines, funciones y análisis consecuencial. El ordenamiento penal, si bien tiene naturaleza de razón final o última de defensa estatal de los valores y principios que deben gobernar toda la vida colectiva, no por tal condición debe revelar caracteres de espera y marginalidad vulnerativa, esta disciplina jurídica plena de desarrollos dinámicos en el contexto social, no puede aguardar pasivamente el destrozo de los bienes e intereses individuales y colectivos que se erigen en soporte de la armonía comunitaria, una de las funciones criminológicas del tipo penal se encuentra precisamente en que su estructura dogmática puede y debe anticiparse al anteproceto delictual; por este aspecto vemos en su desarrollo estricto, verdaderos cometidos de prevención general. Así mismo el rigor con el que se desarrollen estas instituciones refleja la marginalidad de la tolerancia de un determinado ordenamiento con los procesos comportamentales de descomposición de bienes e intereses jurídicos; a tal punto se puede afirmar que el grado de desintegración valorativa de una coasociación organizada políticamente se puede medir por la tardanza que en relación con el proceso de ejecución delictual llega la incriminación meramente normativa; mucho mas radical sería la afirmación si tomamos como puntos de referencia las fases de aplicación y juzgamiento.

TEMA II. AUTORÍA Y DETERMINACIÓN. Dominio del acto.

“Doctrinalmente se suelen distinguir las nociones de determinador y autor, llamándose a aquel partícipe que induce a otro a realizar materialmente el hecho punible, al tiempo que es autor quien con dominio del hecho lo realiza”.

(...)

Contestará la Sala los cargos en su orden lógico:

Segundo cargo (Nulidad). No parece acertado este cargo formulado bajo el amparo de la causal 4^o de casación (estatuto anterior) que la censora califica como nulidad constitucional por falta de observancia de las formas propias del juicio, consistente en haber interrogado al juri “por una responsabilidad en el grado de autoría material para cada uno de los procesados, confundiendo así el grado de responsabilidad de cada uno de ellos y agravando esta responsabilidad con otras agravantes no contenidas en el auto de proceder”.

En efecto, la elaboración de los cuestionamientos por parte del Juzgado no significó violación de las formas propias del juicio con trascendencia en el derecho de defensa. Los cuestionarios formulados al juri fueron el siguiente e idéntico tenor:

“Cuestión primera: El procesado C.S., hijo de S.S. y M.E., natural de Doncello (Caquetá), de estado civil casado con L.S., de 18 años de edad, para la fecha de la indagatoria, residente en el barrio Juan Pablo II, de Bogotá, de profesión constructor, alfabeto. Es responsable sí o no de haber dado muerte con intención de matar a J.R.. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro; o por motivo abyecto o fútil. Colocando a la víctima en su situación de indefensión o de inferioridad, o aprovechándose de esa situación. Según hechos ocurridos el día cinco de junio de mil novecientos ochenta y cinco, a eso de las nueve de la mañana aproximadamente, en la cale 23 a la entrada principal del barrio Teusacá de esta ciudad”.

“Cuestión segunda: El procesado C.Ch. de veintiún años de edad, hijo de L.E. e I., natural de Vélez (Santander), de estado civil soltero, de profesión trabajador de Construcción, residente en el barrio Juan Pablo II, de Bogotá identificado con la cédula de ciudadanía número de Bogotá, alfabeto. Es responsable sí o no de haber dado muerte con intención de matar, mediante heridas ocasionadas con arma de fuego (revólver), a J.R.. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por motivo abyecto o fútil. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación. Según hechos ocurridos el día cinco de junio de mil novecientos ochenta y cinco, a eso de las nueve de la mañana aproximándose, en la calle 23 a la entrada principal del barrio Teusacá de esta ciudad”.

“Cuestión tercera: El procesado E.C., hijo de J.E. y R., natural de Bolívar (Santander), de estado civil soltero, de treinta y tres años de

edad, para la fecha de la indagatoria, residente en Bogotá, en el Barrio Juan Pablo II, identificado con la cédula de ciudadanía número ... de Bolívar (Santander del Sur), alfabeto, es responsable Sí o No, de haber dado muerte con intención de matar, mediante heridas ocasionadas con arma de fuego (revólver) , a J.R, por precio, promesa, remuneratoria, ánimo de lucro o por motivo abyecto o fútil. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación, según hechos ocurridos a eso de las nueve de la mañana aproximadamente, en la calle 23 a la entrada principal del Barrio Teusacá de esta ciudad”.

Fácilmente se observa que tal formulación es completa y coherente en cuanto señaló al sujeto juzgado y determinó el hecho y sus circunstancias; de donde se concluye su conformidad con las formas propias del juicio, sin que tenga trascendencia para generar la supuesta nulidad impetrada, el que se haya preguntado en general por la acción de autor sin precisar si se trata de determinador o de coautor según el caso.

Debe precisarse además, que en desarrollo del cargo la censora afirma que en el cuestionario se cargaron a los procesados otros agravantes no contenidos en el auto de proceder y observa la Sala que en esto falta a la verdad la casacionista, ya que en la providencia enjuiciatoria aparecen determinadas las causales de agravación contenidas en los numerales 4º y 7º del artículo 324 del Código Penal, que no son otras que las citadas en los cuestionarios; aceptadas en el veredicto y cosecuentemente en la sentencia.

Debe además señalarse como muy bien lo anota el señor Procurador que aun en el caso de que tales circunstancias no hubiesen sido deducidas en el vocatorio a juicio, es indiscutible que el jurado puede reconocer la coexistencia de otras circunstancias de agravación, si han sido ampliamente debatidas en la audiencia pública sin que su reconocimiento implique falta de consonancia o violación de las formas propias del juicio.

No prospera el cargo.

Primer cargo

Como se recordará la censora acusa la sentencia bajo el amparo de la causal 2º de casación de no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y lo sustenta afirmando que mientras en el vocatorio a juicio se señaló a C.S. como autor

determinante en los formularios puestos a consideración del jurado, a todos se les señaló como autores materiales del hecho de donde surge manifiesto en criterio de la casacionista el desacuerdo entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia.

Este cargo es a juicio de la Sala infundando, pues no existe la supuesta incoherencia entre el vocatorio a juicio, el veredicto y la sentencia pretendida por la censora, en efecto:

El auto de proceder que precisó los cargos por los que debía responder los procesados, siguiendo la sistemática del actual Código Penal en materia de coparticipación criminal, ubicó a los tres partícipes del hecho en la categoría de autores (artículo 23 C.P.), así a E.C. como “autor determinante” y a A.S. y C.Ch. como coautores materiales del hecho punible.

Ahora bien, es indudable que en el momento de la formulación de los cuestionamientos el Juzgado Superior ubicó a todos los partícipes como autores del hecho, equivocación que no tiene la trascendencia que le pretende dar la censora porque se trata de matices dentro del mismo concepto amplio de autor utilizado por el Código Penal, “el que realice el hecho punible o determine a otro realizarlo”, así como por las idénticas consecuencias punitivas señaladas para usos y otros en la misma norma citada.

Doctrinalmente se suelen distinguir las nociones de determinante y de autor, llamándose determinante a aquel partícipe que induce a otros a realizar materialmente el hecho punible, al tiempo que es autor quien con dominio del hecho lo realiza. Esta distinción útil e importante para el intérprete en la correcta ubicación de las conductas humanas en la actividad delictiva, tiene menos trascendencia frente al Código Penal Colombiano, estatuto que como ya se señaló establece un concepto amplio de autoría en el que caben perfectamente las nociones de determinante y de autor material (artículo 23)

Mas técnico hubiese sido desde el punto de vista de la dogmática penal que el Juzgado Superior se hubiese referido en el momento de la formulación del cuestionario, en cuanto al procesado C.B. como al determinante del hecho punible y no como autor material, pero tal impropiedad no lo excluyó del concepto de autoría en los términos del artículo 23 del Código Penal, ni lesionó el cargo debidamente fundamentado que como determinante se le hizo en el auto de proceder, ni logró que el debate de la audiencia se distorsionara por

tal circunstancia, cuando de las actas emana la constancia de que nunca se le dejó de considerar como determinador siendo, además, tal grado de participación el comprendido por los jueces de conciencia en el pronunciamiento del veredicto, circunstancias todas éstas que recogió acertadamente la sentencia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, Acta No. 38, 12-07-89, Gaceta Judicial No. 2438, t. CXCIX, p. 65).

N.V.A. Arts. 28, 29, 30 C.P

COMENTARIOS

Al determinador se le llama también autor intelectual, provocador, inductor, instigador. Es quien provoca, eficazmente, en otro sujeto, la idea criminosa; trasmite el propósito de ejecutar un hecho punible, por medios idóneos logra que otro realice la conducta. .

La figura del determinador 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. 30 inc. 2 C.P.).

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".

Para que surja la figura del determinador 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.

Cuando la ejecución de un hecho típico es realizada, material y directamente por varios sujetos, sea que todos desarrollen integra y conjuntamente el verbo rector o que lo realicen con división de trabajo.

TEMA

III.

COPARTICIPACION. DELITO DE NARCOTRAFICO. "Tres son las formas de coparticipación: autor material, determinador y cómplice."

.....

"1. Es autor de un delito el que realiza el hecho punible y determinante 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 ajenuidad 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 IV. AUTORÍA Y COAUTORÍA. DETERMINACIÓN. Delitos electorales

“En ese sentido ha de precisar la Sala que no obstante prever el artículo 23 del Código Penal igual tratamiento punitivo para el autor material y el instigador del hecho punible, al señalar que ambos incurrirán en la pena prevista para el tipo realizado, no significa ello que ontológicamente tengan igual connotación jurídica, pues mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución.”

Como fue advertido, al señor A.A., se le atribuye en la acusación haber obrado a título de determinador del injusto típico de constreñimiento al elector llevado a cabo por los autores materiales A.C., M. A. y J. M.. En ese sentido ha de precisar la Sala que no obstante prever el artículo 23 del Código Penal igual tratamiento punitivo para el autor material y el instigador del hecho punible, al señalar que ambos incurrirán en la pena prevista para el tipo realizado, no significa ello que ontológicamente tengan igual connotación jurídica, pues mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución.

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.

Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se toman como los más

relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado omni modo facturus); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global, ya no sería determinante sino verdadero coautor material del injusto típico.

8.- En el caso de autos, aparece demostrado con las copias de los actos administrativos correspondientes, que en época próxima a las elecciones por realizarse el 30 de octubre de 1994 para elegir Alcaldes, Concejales, Diputados y Gobernadores de Departamento, mediante resoluciones números 2602, 2604, 2652, 2666, 2686, 2687, 2688, 2720 y 2819, proferidas entre los días 6 y 25 de septiembre de 1994, el Gobernador del Departamento del Cesar, señor A.A., declaró insubsistentes los nombramientos de A.V. (Supervisor de Rentas), Y. B. (Ecónoma de la División de Centros Nutricionales), P. M. (Supervisor de la División de Control de Rentas), J. S. (Promotor de Acción Comunal), N. M. (Jefe de la División de Participación Ciudadana), M.B. (Ecónoma), I. P.(Ecónoma), Y. C. (Operadora de Micro), V. Q. (Colectora de la División de Vigilancia y Control de Rentas) y E. O. (Supervisor de la División de Vigilancia y Control de Rentas) (fls. 46 y ss. c no. 1 Fiscalía).

Sobre los motivos de su desvinculación, A. V. (fls. 118 y ss.-2 Fiscalía), sostuvo desconocer las razones de ello y dijo que no obstante conocer que como candidatos a la Gobernación se habían inscrito los señores ... y A.J., mientras estuvo trabajando al servicio de la Gobernación

ninguna persona le pidió que contribuyera con dinero o votara a favor de alguno de ellos, como tampoco escuchó comentario alguno en el sentido de que quienes no apoyaran la candidatura del hermano del Gobernador serían despedidos.

Y. B. (fls. 285 y ss-1 Fiscalía), sostuvo que con anterioridad a las elecciones M.A., Director de Relaciones Laborales de la Gobernación del ..., la llamó y le dijo: “Señora ... con usted tenemos problemas”, esto es, que con ella había dificultades “por ser de la corriente del señoro sea del Gobernador M. ”, luego de lo cual, a los pocos días, fue declarada insubsistente.

P.M. (fls. 121 y ss-2 Fiscalía), dijo: “A mí nunca me botaron, yo hablé personalmente con el señor M.A. y le manifesté que yo iba a dejar de trabajar en el Departamento porque me iba a atender mi finca por las razones que expuse anteriormente, si él lo hizo por resolución no se con qué fin”, y, agrega: “No, ninguna persona ni funcionario me hizo ninguna propuesta política” y tampoco se le solicitó que apoyara a alguno de los candidatos a la Gobernación.

N.M. (fls. 128 y ss-2 Fiscalía), dijo que si bien no recibió ninguna comunicación extraoficial de que se adhiriera a la candidatura de A.J., como tampoco que el Gobernador A.A. le hubiere mandado la razón de que si no apoyaba a su hermano sería destituido, las razones para su desvinculación radicaron en tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, y por apoyar al candidato M., según le comentó su amigo M.S., quien escuchó una conversación sostenida entre A.J. y A. C., cuando dialogaban sobre su posición política. Por eso, prosigue, “A.C. pidió la cabeza mía a A.A. de que si no estaba que me botaran”. Y luego de afirmar no constarle que el Gobernador hubiere mandado decir que quien no apoyara la candidatura de su hermano sería destituido, agrega: “Yo pienso que como él (A.C.) era mi jefe político y él tenía sus pretensiones a la Alcaldía de Valledupar al ver que yo no apoyaba a A.J. sino a M. él tenía que cuidar sus intereses que era el apoyo de Lucas Gnecco para la alcaldía de él”.

I. C. sostuvo que la razón de su desvinculación “sinceramente fue por problemas con el jefe de la oficina, él pretendía cosas indebidas y al no lograr nada buscó una excusa bastante baja”. Y al ser interrogada sobre si alguien le pidió que votara por alguno de los candidatos a la Gobernación, dijo: “no que me hayan pedido que votara por uno de ellos nadie me pidió” y, agrega: “pues yo salí de la Gobernación más que todo porque yo no era cuota del Gobernador A.A., porque no pertenecía al grupo político de él, porque yo entré por recomendación

particular no por política, yo no veía que fuese necesario hablar con el Gobernador pues él no sabía quién era yo. Sí escuché eso, pues era el pan de cada día, los que están con él pues continúan trabajando y los que no se van”.

V.Q. (fls. 136 y ss-2) dijo que su puesto es de reestructuración, el candidato de sus preferencias era A.J., y sin embargo ningún funcionario de la gobernación o persona particular le solicitó que votara por alguno de los aspirantes al cargo de Gobernador.

E. O. (fls. 139 y ss.-2 Fiscalía) dijo: “El motivo por el cual fui declarado insubsistente fue que el día 19 o 20 de septiembre me encontraba en el puesto que tenía el Resguardo en Curumaní (Cesar) aproximadamente a las cuatro de la tarde cuando llegó el candidato que en ese momento estaba lanzado aspirando al cargo de Gobernador, doctor M., al verme detuvo el vehículo en el cual se movilizaba y me saludó en compañía del doctor, inmediatamente unos compañeros que estaban apoyando la candidatura del hermano del señor A.A., llamaron al jefe de personal de la Gobernación y le manifestaron que el doctor M. se había saludado con mi persona y ese ha sido uno de los motivos por el cual fui desvinculado de la nómina de la gobernación del Cesar”.

Y aunque no señala en concreto alguna persona que le hubiera solicitado que votara por A.J., debido a que durante los cuatro meses que ejerció el cargo se hacían llamar por sus apodos y no por sus nombres, precisa “esta clase de solicitud se la hacían a uno en forma verbal diciéndole que el jefe mayor había ordenado que todos los que estábamos laborando en ese entonces en dicho puesto de control, teníamos que votar por el señor A.J.” aclarando “que el jefe mayor era el actual gobernador de ese entonces”.

Finalmente agrega que el Diputado, quien lo había recomendado para el cargo, le confirmó que lo habían desvinculado por ser simpatizante del doctor M..

Y, A. D. (84-1), Contador Público vinculado mediante contrato de prestación de servicios con la Gobernación del Cesar en el cargo de Auxiliar de Contabilidad, manifestó que el 4 de octubre de 1994 fue llamado a la Oficina de Personal para indagar sobre su posición política, y “al darse ellos cuenta que mi persona estaba de acuerdo con los planteamientos del doctor M. y habiéndose enterado además que poseía vínculos familiares con la esposa del antes mencionado (primo hermano) dedujeron por tal situación que mi presencia y continuidad en el cargo no estaba de acuerdo con las políticas trazadas por ellos y

en forma verbal me expresaron que desde ese momento no podía desempeñarme en la administración del Gobernador A.A. ”.

Del contenido de los citados testimonios, establece la Corte que a pesar de no señalarse directamente al Gobernador A.A. como quien hubiere proferido amenazas de despido para quienes no apoyaran la candidatura de su hermano A.J. , y algunos de los declarantes niegan que su desvinculación hubiere obedecido a razones políticas, es lo cierto que en el ambiente de los funcionarios al servicio de la Gobernación del Cesar que laboraban en su sede, como de las unidades adscritas a ella, se cernía la amenaza cierta de despido para el evento de que se decidiera apoyar al candidato M. y no a A.J. .

Esto es lo que se entiende de la referencia hecha por I. C. en el sentido de que en el lugar de su trabajo era comentario diario que quienes apoyaran al gobernador continuarían trabajando, y quienes no, serían despedidos. Amenaza cierta e indiscutible que no pierde su contextura por el hecho de que la citada declarante relacione su desvinculación con una situación derivada de las pretensiones reprochables de G. M., su jefe inmediato, a las cuales se opuso, pues esta circunstancia pierde entidad cuando se relaciona el despido con el hecho de no pertenecer al grupo político del Gobernador de turno, y con la intervención que en su desvinculación tuvo el señor M.A., Director de Relaciones Laborales de la Gobernación del Cesar, quien también figura vinculado con los actos de destitución por motivos políticos de Y. B., A.F. y de E. O., lo que indica que el acto de desvinculación de la señora tuvo móviles políticos y que el conflicto personal de que se da cuenta apenas constituyó una excusa para prescindir de los servicios de quien no adhería a la candidatura de A.J. .

Es de destacarse igualmente que en el mismo sentido E. O., no solamente precisa que la razón de su despido obedeció al apoyo político brindado al candidato M., sino que en la sede de su trabajo ubicada en el municipio de Curumaní, sus compañeros le indicaban verbalmente que “el jefe mayor había ordenado que todos los que estábamos laborando en ese entonces en dicho puesto de control, teníamos que votar por el señor Pepe Gnecco”. Estas amenazas, emanadas del mandatario seccional A.A. (jefe mayor), no podían ser transmitidas por persona distinta del Jefe de Personal de la administración departamental señor M.A., quien no sólo vivía en permanente contacto con el Gobernador como éste lo adujo en la audiencia pública, sino con los trabajadores adherentes a la candidatura del hermano del Gobernador: “a nosotros los que estábamos de acuerdo con el programa de gobierno que en ese

momento estaba anunciando el doctor M. constantemente se nos decía que votáramos por el señor A.J. e inclusive en dicha labor no podíamos saludar cualquier amigo que perteneciera a la campaña del doctor M. porque lo hacíamos con temor y el personal que estaba laborando en ese entonces llamaban a la jefatura de personal al doctor M.A. para comentarle lo sucedido”. Y el hecho de que el declarante en comento no logre identificar por sus nombres los compañeros de trabajo encargados por M.A. del control sobre las afinidades políticas de sus subalternos, no significa en manera alguna que tales actos de constreñimiento no hubieren sucedido, pues al efecto aclara que debido al poco tiempo de permanencia en el cargo (cuatro meses), y a la costumbre del lugar, era común que se hicieran llamar por sus respectivos apodos y no por sus nombres.

Y si a ello se agrega la advertencia hecha por M.A. a la empleada Y. B., en el sentido de tener inconvenientes con ella “por ser de la corriente del señor E. Q. o sea del Gobernador M.”, refuerza aún más la hipótesis de que se viene hablando, en el sentido de que los funcionarios no adherentes a la candidatura de A.J., serían desvinculados de sus cargos, como en efecto así ocurrió.

Además, si luego de indagar por las preferencias políticas de N.M., el Ex secretario de la Gobernación A.C., aspirante a la Alcaldía de Valledupar y amigo personal del candidato A.J. y del Gobernador A.A., solicitó a éste la destitución de aquél, lo que se produjo días después, no cabe duda sobre la seriedad de la amenaza de despido que recaía en los funcionarios que no apoyaran las aspiraciones políticas del hermano del Gobernador cuya conducta se juzga en este proceso.

Por ello, acreditada como se observa la realización de actos típicamente antijurídicos de constreñimiento al elector, llevados a cabo en desarrollo de actividades electorales con la finalidad de obtener apoyo por el candidato A.J., los graves indicios de responsabilidad penal que como determinador de tales conductas estructuró el Fiscal General de la Nación en contra del procesado, se mantienen indemnes en la etapa de juzgamiento, pues no resultan demeritados con el hecho de que A.R. y V.Q. manifiesten desconocer las razones de su desvinculación, o refieran que en su contra no se hubieren producido actos de constreñimiento, puesto que si bien no se sintieron víctimas de las amenazas de despido proferidas, ello no significa que éstas no hubieren sido proferidas y materializadas respecto de los empleados sobre quienes se tiene certeza que por razones políticas fueron constreñidos y finalmente desvinculados o desmejorados en sus condiciones laborales.

Otro tanto ocurre en relación con los actos de constreñimiento al elector llevados a cabo respecto de empleados o contratistas de la Electrificadora del Cesar, puesto que de los testimonios de B.M. (fls. 70 y ss-1 Fiscalía), L.A. (fls. 102-1 Fiscalía), E.S. (fls. 108 y ss.-1), R.P. (fls. 109 y ss.-1 Fiscalía) S.S. (127-1), M. M. (fl. 75-1), E.R. (112-1) y E.D. (119-1), no solamente se establece la realización de una reunión política convocada por el gerente de la entidad, doctor A.M., en la que se solicitó a los empleados apoyar electoralmente las candidaturas de A.J. y L.H., para la Gobernación Departamental y el Concejo Municipal, respectivamente, lo que de suyo constituye verdadero acto de compulsió por razón de la desventajosa condición de los subalternos frente al jefe de la entidad, sino la materialización de la amenaza mediante la desvinculación o desmejora en las condiciones laborales de quienes se inclinaron a favorecer con su voto a candidatos distintos de los mencionados.

Es así como B.M. (fls. 70 y ss-1 Fiscalía), Trabajadora Social de la Electrificadora, vinculada mediante contrato de prestación de servicios, relató que si bien de parte del Gobernador no fue objeto de ninguna presión directa por razón de su adhesión a la candidatura de M., en el mes de septiembre el Gerente de la entidad le indicó que su situación en la empresa era muy crítica debido a que no estaba apoyando a Pepe Gnecco, pues éste había acudido a la sede de la entidad haciendo acusaciones en contra suya en el sentido de estar haciendo política a favor de Mauricio Pimiento. Agregó que en una ocasión la señora M.A. le dijo: “que mandaba a decir el señor P.C. mi suegro que tenía que estar con A.J. o de lo contrario me iban a botar, porque A.A. iba a botar a todas las personas que no estaban apoyando al hermano del doctor A.M. o sea el Gerente”.

En otra reunión, sostenida el 21 de octubre de 1994, en la que el Gerente luego de hacer alarde de sus logros y que debía obtener el agradecimiento de aquellas personas a quienes había vinculado a la entidad, le pidió su renuncia por carecer de respaldo político, enterándose posteriormente que su despido estaría listo para el lunes siguiente.

Días más tarde, el 27 de octubre, fue citada a una reunión convocada por el gerente quien la presidió en compañía del candidato al Concejo L.F., en la cual se pidió apoyo político y económico para éste y para A.J. .

L.A., Secretaria de Facturación de la Electrificadora del Cesar, (fls. 102-1 Fiscalía), por su parte, confirmó la celebración de la reunión convocada por el Gerente de la entidad en la cual se solicitó la colaboración con voto y dinero a favor de los candidatos A.J. y L.H., y aunque en esa época se produjeron algunos despidos, dice desconocer los motivos.

E.S. (fls. 108 y ss.-1), Secretaria de la Oficina de Reclamos de la Electrificadora, si bien dijo no haber sido objeto de amenaza de despido, refirió también haber asistido a la mencionada reunión de carácter político convocada por el Gerente, “con el objetivo de presionarlo a uno que tenía que votar por el candidato A.J. para la Gobernación y por el señor L.H. para el Concejo, también nos pidió colaboración económica de nuestro salario y que uno le presentara una lista de los votos con los que él podía contar”.

R.P. (fls. 109 y ss.-1 Fiscalía), dijo igualmente haber asistido a la reunión política, en la que se pidió el voto por el candidato L.H.. Además, en la empresa había compañeros de trabajo que hacían proselitismo político: “Ellos hacían comentarios y decían ya sabes tienes que votar por A.J., tienes que votar por A.L y el candidato para nosotros es L.H.”.

S.A. (127-1), aun cuando quiso eludir la respuesta a la pregunta relacionada con la celebración de la reunión de carácter político convocada por el Gerente, finalmente aceptó haber tenido ocurrencia dicho evento. Al efecto expuso: “Estuve en el momento pendiente de otras actividades relacionadas con la empresa, sin embargo, oí los comentarios pero no fue directamente, fue algo que se solicitó, que se expresó pero no fue directamente; se hizo la expresión de que se estaba pendiente de la votación pero algo voluntario”, y, agrega: “respondo por mí en ningún momento se hizo presión”.

M.S. (fl. 75-1), Comunicadora Social Periodista vinculada mediante contrato de prestación de servicios en la Oficina de Trabajo Social de la Electrificadora del Cesar, manifestó que habiéndose enterado de la reunión política celebrada en las instalaciones de la Empresa, y de los abusos que se venían cometiendo contra los simpatizantes de la candidatura del doctor M., redactó un escrito que leyó en un programa radial de la Emisora Guatapurí, con ocasión de lo cual fue objeto de “constante presión y persecución que terminó con la cancelación de mi contrato”, según se lo informó por escrito el doctor E.Z., Jefe de relaciones industriales de la entidad. Agrega que para tratar de definir su situación laboral, dialogó con el Gerente A.M. quien le dijo que

“entendiera que no eran cosas suyas, que al Gobernador le habían ido con chismes y que por lo tanto yo tenía que irme”.

A.R. (112-1), Electricista de redes al servicio de la Electrificadora del Cesar, dijo haber sido objeto de presión política en dicha entidad con ocasión de las elecciones, pues hallándose trabajando en una cuadrilla de turno en la cual tenía derecho a devengar horas extras, dominicales, feriados, y auxilio de alimentación, lo trasladaron a una cuadrilla de construcción de redes en la cual no se goza de tales prerrogativas, todo porque su hermano estaba haciendo política a favor de un candidato diferente “al que supuestamente era de la cuerda de la electrificadora”. Se enteró de ello, por cuanto un día antes de las elecciones un compañero de trabajo muy allegado al Gerente de la empresa le dijo al Jefe de cuadrilla que “me iban a mandar para el palo de mango porque le estaba manejando un Trooper a M.”.

E.D. (119-1), empleada de la Electrificadora, dijo que en dicha empresa se ejerció presión de carácter político sobre todos los empleados, pues allí “se podía decir abiertamente que uno iba a votar por A.J., mientras que las personas que acompañamos al doctor M. fueron víctimas de maltratos. A mí personalmente se me desubicó del cargo que venía ocupando, el Gerente de la empresa nombró al esposo de una sobrina suya y la colocó en mi puesto y el Jefe de Relaciones Industriales tomó la decisión, el doctor E.Z., de sentar esa persona dejándome a mí sin funciones”. Agrega que “en la empresa se vivió una presión psicológica que afectaba a la mayoría de los empleados, y se hizo campaña política abierta a favor del candidato A.J. ”.

R.U. (fl. 117- 1 Fiscalía), luego de referir que el tema tratado en la reunión política convocada por el Gerente de la Electrificadora era de contenido político sobre las elecciones próximas a realizarse en la que se pidió el voto por un Concejal, y que su candidato a la Gobernación era A.J., sostiene que si bien directamente el Gerente no la presionó, ello si lo hizo “el Poly Montero” quien le manifestó a la familia de su esposo que por razón de apoyar al candidato Pimiento, después de desvincular a M. S. seguiría ella.

De estos testimonios, todos ellos congruentes y convergentes en cuanto refieren el difícil clima laboral vivido en la Empresa Electrificadora del Cesar durante la época preelectoral de 1994 por razón de las preferencias políticas de algunos empleados, ofrecen serios motivos de credibilidad pues percibieron directamente la campaña política pública, abierta y manifiesta, del Gerente de la entidad a favor del

candidato a la Gobernación A.J. y el aspirante al Concejo Municipal de Valledupar L.H..

También dan cuenta de la efectiva realización de actos de constreñimiento para que adhirieran a dichos candidatos, en unos casos de manera sutil solicitando apoyo político y de contenido económico, y en otros de modo expreso, pero siempre con el riesgo de perder sus puestos de trabajo si llegaren a exteriorizar preferencias por un candidato distinto de los mencionados, y más específicamente por el contrincante del hermano del Gobernador de turno.

De otra parte, la declaración de D.Z. (fl. 159-1 Fiscalía), esposa del señor A.A., en lugar de favorecerlo lo que se concluye de ella es que confirma el interés que existía en el procesado porque su hermano resultara elegido Gobernador del Departamento del Cesar, pues contrariando la realidad procesal dicha testigo, de una parte niega que se hubieren producido insubsistencias en la época preelectoral, pero a renglón seguido denota que tenían conocimiento previo sobre las personas que los apoyaban respaldando dicha candidatura y cuales no: **“además eso no es el estilo mío ni el de A.A. tampoco porque yo pienso que tenemos cantidades de testigos que nosotros no perseguimos a nadie porque dentro de la administración fueron cuatro campañas electorales y todavía en la última campaña que fue una campaña del hermano de A.A. y sabíamos quienes nos acompañaron y quienes no, no hubo despidos de nadie, ni perseguimos a nadie, hay muchos testigos de que las personas que nos acompañaron y no nos acompañaron quedaron ahí en sus puestos”** (se destaca).

La expresión “nos acompañaron”, debe ser entendida en el contexto de la campaña política adelantada en esos momentos a favor del candidato A.J., e involucra no sólo el interés particular de la declarante en que su cuñado resultara elegido, sino el de su esposo A.A., pues de lo contrario no tendría sentido que refiriera que a pesar de no contar con el respaldo político de algunos empleados, permanecieron en sus puestos.

Tampoco desaparece el hecho delictivo objeto del proceso, porque el Gerente de la empresa electrificadora A.M. (FLS. 164-1 Fiscalía), el gerente encargado de la misma J.C. (fls. 160-1 Fiscalía), el Ex secretario de Gobierno A.C., y el Jefe de Personal de la Gobernación M.A. (fls. 44 y 267-1 Fiscalía), nieguen en los dos primeros casos la realización de actos de constreñimiento electoral y la inducción a ellos por el Gobernador A.A., y en el segundo se pretenda justificar las

desvinculaciones de trabajadores con el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción para cumplir compromisos de carácter político con los Diputados a la Asamblea Departamental, pues una tal postura no obedece a nada distinto del derecho que tienen de no autoincriminarse.

Menos desaparece el injusto típico materia de investigación y juzgamiento, por el hecho de que procesalmente no hubiere podido establecerse si J.E. en verdad presentó o no renuncia a su cargo y de no haberlo hecho si el Gobernador tuvo conciencia y voluntad de aceptarla no obstante no haberla presentado, pues, así se pretenda atribuirle contenido político a la imputación formulada por J.E., de la cual posteriormente se retractó, ello nada tiene que ver con los actos de determinación y constreñimiento electoral de que se ha dado amplia cuenta en el curso de este proveído.

Se tiene de lo expuesto que en el proceso no solo obra prueba sobre el constreñimiento electoral de que fueron objeto empleados de la Gobernación del Cesar y de la Empresa Electrificadora de ese Departamento, sino de la determinación que de dichos actos ilícitos hizo el Gobernador A.A. .

Ha de observarse que los funcionarios del Resguardo de Rentas, mediante los mensajes del Gobernador transmitidos por M.A., fueron constreñidos a respaldar la candidatura de A.J.; funcionarios de la Gobernación, a través de M.A. y A.C., fueron notificados de su obligación de apoyar al hermano del Gobernador; y los empleados de la Empresa Electrificadora, a través de su Gerente J.M., se vieron compelidos a votar por el aspirante a la gobernación que gozaba de los afectos del mandatario seccional. Todos ellos, bajo la amenaza de ser desvinculados de sus cargos.

La comunicación entre el inductor cuya conducta juzga la Corte y los autores materiales de los actos de constreñimiento electoral tanto en la Gobernación como en la Electrificadora, que echan de menos la Representación del Ministerio Público y la defensa, no solo se establece a partir de la prueba indiciaria estructurada por el Fiscal General de la Nación, sino de medios de convicción directos tales como los testimonios de I.C.: “Sí escuché eso, pues era el pan de cada día, los que están con él pues continúan trabajando y los que no, se van”; E.O. : “esta clase de solicitud se la hacían a uno en forma verbal diciéndole que el jefe mayor había ordenado que todos los que estábamos laborando en ese entonces en dicho puesto de control, teníamos que votar por el señor P.G.”; B.M.: “que mandaba a decir el señor A.C. mi

suegro que tenía que estar con A.J. o de lo contrario me iban a botar, porque A.A. iba a botar a todas las personas que no estaban apoyando al hermano del doctor A.M. o sea el Gerente”; M.S., cuando dialogó con el Gerente de la electrificadora A.M. este le dijo que “entendiera que no eran cosas suyas, que al Gobernador le habían ido con chismes y que por lo tanto yo tenía que irme”.

Y si a ello se agrega, que en el caso de los empleados de la Gobernación objeto de amenaza de despido por no adherir a la candidatura de A.J., efectivamente fueron, en unos casos, desvinculados en sus cargos mediante resolución expedida por el Gobernador A.A., y en otros desmejorados en sus condiciones laborales, sin que para ello existiera razón atendible distinta de la materialización de la amenaza previamente proferida, se concluye demostrada la orden impartida por el procesado para que los jefes de las respectivas unidades de la Gobernación y de la Empresa Electrificadora advirtieran a los empleados de su obligación de acceder a las pretensiones electorales de su hermano, a riesgo de ser despedidos para el caso de que decidieran no apoyarlo.

Las explicaciones que pretende suministrar el procesado A.A. para haber procedido a desvincular los empleados al servicio de la Gobernación, precisamente en época preelectoral, y su negativa a reconocer el interés que le asistía en que su hermano A.J. resultara favorecido en la elección al cargo de Gobernador, como de igual manera haber realizado actos de inducción para que el Gerente de la Electrificadora, el Jefe de Personal de la Administración Departamental y el Ex Secretario de Gobierno ejecutaran el delito de constreñimiento al elector, carecen de total fundamento.

No puede desconocerse que A.A. manifestó formalmente a la Presidencia de la República su motivo de inhibición para intervenir como autoridad electoral en los comicios del Departamento a su cargo, pero tampoco que ello constituyó sólo un procedimiento meramente formal para tratar de acallar las voces de protesta de los contrincantes políticos de su hermano por falta de garantías en el debate político, formuladas incluso desde el 3 de agosto anterior a las elecciones (fls. 3 y ss.-1 Fiscalía) cuando ya era un hecho la aspiración del hermano del Gobernador, pues el proceso enseña que la inscripción de la candidatura de A.J. se verificó el 26 de agosto de 1994 (fl. 164 cno. 1 Corte), y que a partir del día seis del mes siguiente el procesado dio comienzo a la materialización de las amenazas proferidas por los autores de ellas, mediante las desvinculaciones de personal en la Gobernación del Cesar y la Electrificadora de ese Departamento, y que

no empee haber surgido el aludido motivo de impedimento desde el mismo momento de la inscripción de las candidaturas, sólo hasta el 18 de octubre el Gobernador manifestó formalmente su intención de separarse de sus funciones electorales, “mas no para las demás funciones y competencias ajenas al ejercicio de las funciones eleccionarias” (fl. 294 y ss.), esto es, cuando ya los actos de inducción y constreñimiento electoral habían logrado materialización, y cuando ya se habían cumplido las amenazas de despido proferidas por los autores materiales del delito contra la libertad del sufragio.

Ha aducido también la defensa y la Delegada de la Procuraduría, que como A.M. no fue elegido por la Gobernación, sino que ello obedeció a la postulación que de su nombre hizo el socio mayoritario de la Electrificadora, entidad no dependiente de la Gobernación, y que por haber sido recomendado por sus contradictores políticos, todo a una desvirtúa la existencia de interés alguno en determinar los actos de constreñimiento electoral que se le atribuyen. Al respecto, es de decirse, en primer lugar, que el nombramiento y la posesión de A.M., ocurrieron los días 11 y 14 de septiembre de 1992, respectivamente, esto es, cuando aún no se había dado inicio a la campaña política de 1994, lo cual descarta que para entonces existieran los aludidos sentimientos de enemistad por razones de política; en segundo lugar, no debe pasarse por alto que el Gobernador del Cesar tenía asiento en la Asamblea General de Accionistas de la Electrificadora, llegando incluso a ser su Presidente, condición en la cual emitió la resolución de nombramiento del Gerente y le dio posesión, lo que naturalmente indica la autoridad de ascendiente que el Gobernador tenía sobre el Gerente de la Empresa Electrificadora, con capacidad de hacerle nacer y llevar a cabo actos delictivos como los que éste cometió; en tercer término, la presunta enemistad política queda desvirtuada precisamente por la intención hecha manifiesta públicamente por el Doctor A.M. de apoyar la candidatura de A.J.; y, por último, por la exteriorización de cumplir la voluntad del Gobernador de destituir a M.S. por apoyar a M. y no al hermano de aquél.

Ha aducido también el procesado que sus relaciones con el entonces candidato A.J. no eran las mejores por aquella época, y que por tanto no tenía interés en favorecerlo. Esto no sólo se desvirtúa por las amenazas expresas hechas llegar a los empleados a través de los autores materiales del injusto de constreñimiento electoral, y la materialización de ellas con los actos administrativos de desvinculación de funcionarios no adherentes a la candidatura de aquél, sino por su propia esposa D.Z. (fl. 159-1 Fiscalía), quien señaló

que se tenía conocimiento previo sobre quienes los apoyaban y quienes no, haciendo clara referencia, a la candidatura de su cuñado.

Del mismo modo, también el procesado ha expuesto en aras de su defensa, que el Presidente de la República le envió una nota de reconocimiento por brindar participación en su Gobierno a todos los sectores, partidos y movimientos políticos. Esto, sin embargo de la importancia que tiene atendiendo su procedencia, no se refiere a la primera oportunidad en que el señor A.A. ejerció el cargo de Gobernador, sino a la actual, y, por tanto, dicho argumento nada puede aportar a la definición de la presente actuación.

Expuso también en la vista pública, que desvinculó a los Guardas de Rentas por cometer irregularidades y que las otras personas que fueron separadas de la administración incurrieron en actos irregulares que no precisa. Es de decirse, al respecto, y con ello responder igual preocupación de la defensa y la Representación del Ministerio Público, que al señor A.A. no se le procesa por haber expedido actos administrativos en uno o en otro sentido, pues si así fuera, la imputación delictiva habría sido distinta de la contenida en la acusación, tampoco por ejercer el poder discrecional de disponer de cargos de libre nombramiento y remoción, menos aún por haber ejercido lícitamente la facultad de remover de sus cargos a aquellos funcionarios sobre los cuales existían claros indicios de haber incurrido en actos de corrupción.

El desconocimiento de dicha realidad procesal, es lo que lleva a las partes que pregonan la absolucón del procesado, a referirse puntualmente a los actos de desvinculación o desmejora de servidores oficiales, para denotar que no todos ellos eran adherentes a la candidatura del hermano del Gobernador, los cuales, sin embargo, fueron separados de la administración departamental o de la Empresa de Energía Eléctrica, y que en otros casos tal decisión obedeció a razones de depuración por evidenciar corrupción pretendiendo así desviar la atención del juzgador hacia un objeto distinto, pues una cosa es el ejercicio lícito del poder público, lo cual no puede ser objeto de reproche penal, y otra totalmente distinta el uso desviado de la autoridad para determinar en otros la realización de injustos típicos agotados luego mediante el proferimiento de actos administrativos revestidos de aparente justificación, pues estos corresponden a fases distintas del proyecto criminal por el que se introdujo la acusación por la Fiscalía.

Nótese, al efecto, que así el Gobernador no hubiera materializado mediante actos administrativos la amenaza de despido a los empleados no adherentes a la candidatura de su hermano, se mantiene incólume la consumación delictiva por parte de los autores del injusto típico, máxime si se toma en consideración que el tipo de constreñimiento al elector en la modalidad en que se imputa realizado, es de mera conducta y no de resultado, y se configura cuando en desarrollo de actividades electorales se amenaza por cualquier medio para obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos.

Debido a ello, frente a la realización típica objeto de acusación, resulta inocuo pretender la formulación de cuestionamientos relacionados con el agotamiento delictivo, incluso con el argumento de corresponder a conraindicios que favorecen al procesado, y dejar de hacerlo respecto de los actos consumativos y de la inducción delictiva, los cuales en este caso constituyen el objeto mismo del proceso.

La Corte no desconoce que los señores A.V., V.R., J.C., G.C., B.P., L.Q. y A.O. fueron desvinculados por realizar conductas reprochables y punibles; tampoco que algunos de los funcionarios de la Gobernación fueron removidos con ocasión de haber presentado renuncia protocolaria a sus cargos, y otros por razones del servicio. Pero lo que no puede dejar de destacar, es que al interior de la Gobernación y de la Electrificadora del Departamento del Cesar, a instancias del señor A.A. se presentaron actos de constreñimiento electoral, debidamente establecidos, por medio de amenazas posteriormente materializadas por el Gobernador y el Gerente de la Electrificadora, como ha sido visto, lo cual, por supuesto, delimita el marco fáctico y jurídico del proceso.

Tanto la defensa como la Delegada del Ministerio Público, sostienen la posibilidad de que los autores materiales del constreñimiento también pudieron haber actuado por cuenta del candidato que podría quedar en el poder, señor A.J.. Para la Corte este planteamiento no se aviene a la realidad procesal, pues si ello fuera cierto, el Ingeniero A.L. no habría tenido necesidad de invocar la orden emitida por el Gobernador para desvincular a M.S., ni M.A., habría comunicado a los trabajadores del Resguardo de Rentas Departamentales la orden del “jefe mayor” sobre su obligación de votar por A.J., como tampoco el señor P.C., habría mandado a decirle a B.M. sobre su obligación de adherirse a la candidatura del hermano del Gobernador pues de lo contrario la desvincularían, “porque A.A. iba a botar a todas las personas que no estaban apoyando al hermano del doctor M. o sea el Gerente”.

Y cuando se acude al argumento del conraindicio, estructurado a partir de aparecer probado que varios de los empleados fueron desvinculados por motivos distintos de sus preferencias políticas, como los casos de corrupción o la voluntad del funcionario de separarse del cargo, ello apenas constituye una manera sesgada de observar el hecho objeto de investigación y juzgamiento, puesto que el indicio de mala justificación no lo estructura la Fiscalía a partir de los motivos que animaron al procesado para prescindir de los servicios de todos los funcionarios que desvinculó en época preelectoral y con posterioridad a ella, sino solamente de aquellos sobre los cuales la pretendida excusa de haber obedecido tal decisión a solicitud de los Diputados a la Asamblea o por detectar que incurrieron en irregularidades, no resultaba acorde con la realidad procesal que da cuenta del móvil político relacionado con la materialización de una amenaza de despido proferida a través de terceros.

De la actuación también resulta claro, que los autores materiales del injusto típico de constreñimiento al elector, M.A. y A.C., llevaron a cabo las amenazas como resultado de la actividad del Gobernador de provocar en ellos la resolución delictiva, pues, como se sostuvo en el pliego enjuiciatorio con apego a la realidad procesal, sólo el señor A.A., en su condición de primer mandatario departamental, tenía la facultad de disponer de los cargos adscritos a su administración, y, en tal medida, la intervención ex-post facto de éste, era importante no solo para denotar la seriedad de las amenazas, sino para lograr que adquirieran materialización y con ello obtener la consumación del delito.

Y si bien en la Electrificadora era el Gerente quien tenía tal facultad, no puede olvidarse su motivación expuesta en el sentido de que debía desvincular a M.S porque ello correspondía a una decisión del Gobernador A.A..

Se tiene entonces, como ya ha sido advertido por la Corte en el curso de este proveído, que los indicios estructurados por el Fiscal General de la Nación sobre la responsabilidad penal, como determinador, del doctor A.A. en el injusto típico de constreñimiento al elector, no solo se soportan en hechos indicadores debidamente comprobados en el proceso, concordantes, convergentes e independientes, sino que toman la categoría de graves en la medida en que entre los hechos indicadores y los indicados, existen nexos de determinación lógicos, probables e inmediatos.

Es así como, dando por descontada la existencia en el proceso de prueba suficiente que da certeza de la realización por terceros del injusto típico de constreñimiento al elector, el indicio de interés del Gobernador del, fundado en el vínculo de parentesco, en el que el candidato A.J. resultara elegido, y no habiendo prueba alguna que de cuenta del pregonado distanciamiento entre ambos sino que la actuación muestra todo lo contrario, resulta lógico inferir que los actos de amenaza de despido llevados a cabo en época preelectoral, posteriormente materializados, en unos casos, con la expedición de actos administrativos que sólo el Gobernador podía emitir y, en otros, por el Gerente de la Electrificadora a iniciativa del mandatario seccional, y en los cuales se declaró la insubsistencia o se desmejoró en sus condiciones laborales a aquellos funcionarios no adherentes a la candidatura de su hermano, obedecieron al cumplimiento del plan criminal trazado por el procesado de llevar a cabo, por interpuestas personas, el tipo penal señalado.

El hecho de que, al parecer, el organismo encargado de la acusación hubiere dispuesto precluir la instrucción a favor de los autores materiales del injusto, como lo sugiere en la vista pública el Fiscal Delegado, o que la Procuraduría se hubiere abstenido de iniciar formal investigación disciplinaria contra el señor A.A., no implica, necesariamente, la exclusión de la punibilidad de éste.

Ello se debe, en primer lugar, a que la responsabilidad penal es individual y personalísima, y que por el carácter limitado de la accesoriedad de la determinación frente a la autoría material del injusto, no puede exigirse como presupuesto para la punición de aquella, la concurrencia de todos los elementos que integran el delito y la responsabilidad del autor; de ahí que para establecer la responsabilidad del determinador no resulte preciso que el comportamiento del autor sea necesariamente punible, sino sólo que aparezca probado en el proceso que a consecuencia de la instigación del partícipe, el autor llevó a cabo una conducta típicamente antijurídica.

En segundo término, de la sola lectura de la resolución proferida el 10 de octubre de 1998 por la Procuraduría departamental del Cesar (fls. 299 y ss. anexo 4 original), se establece que los hechos allí investigados son distintos de los que se ocupa este proceso, y relacionados con el nombramiento de supernumerarios, la negativa de girar recursos con destino al Municipio de Río de Oro, la aceptación de una renuncia no presentada por J.M., haber nombrado y posesionado a M.A. sin cumplir con los requisitos para el desempeño del cargo, y ordenar

gastos de publicidad para atender compromisos de carácter político, ninguna de cuyas conductas son objeto de este pronunciamiento.

Y aún en el evento de que así fuera, por razón de los principios de autonomía e independencia que opera entre las acciones disciplinaria y penal, la definición del juicio penal no se subordina a las resultas del procedimiento disciplinario pudiendo incluso existir una acumulación de responsabilidades penales y disciplinarias respecto del mismo sujeto agente y por los mismos hechos.

Al efecto es de recordarse lo sostenido en torno al tema por la Corte Constitucional:

“Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios”.

“Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la

Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”.

“La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 200 de 1995, parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa" (Corte Constitucional Sentencia C-244/96).

9.- La prueba recaudada durante las etapas del proceso, conduce a afirmar acreditado, en grado de certeza que el Gobernador del Departamento del Cesar, señor A.A., con conocimiento y voluntad de la antijuridicidad de su proceder, a título de determinador, incurrió en el delito de constreñimiento al elector por el cual es acusado. El dolo resulta de la manera ponderada como en cumplimiento del plan delictivo instigó a su subalterno M.A., al Ex empleado de la Gobernación A.C., y al Gerente de la Electrificadora del Cesar, que realizaran actos de constreñimiento electoral sobre funcionarios de menor rango para que adhirieran a la candidatura de su hermano A.J., cuyas amenazas fueron materializadas posteriormente por el enjuiciado mediante la expedición de actos formales de desvinculación.

Entonces, encontrando la Corte reunidos los presupuestos establecidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, por obrar en el proceso prueba válidamente recaudada de la que se establece, en grado de certeza, el hecho definido en la ley como delito y la responsabilidad penal del enjuiciado, proferirá sentencia de condena en contra del señor A.A. por el delito de constreñimiento al elector, de cuya realización, a título de determinador, fue formalmente convocado a responder en juicio que ahora termina.

En el proceso de individualización judicial de la pena que le corresponde al delito realizado, se tendrá en cuenta que si bien el procesado no registra antecedentes penales, debiéndose suponer su buena conducta anterior, la gravedad del hecho, por su honda repercusión social, y la concurrencia de la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista por el artículo 66 ordinal 11o. del Código Penal –“posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio”-, impiden

que se pueda partir de los mínimos establecidos en el artículo 249 ejusdem.

En efecto, destaca la Sala que conductas de esta envergadura, no solamente invalidan uno de los principios más caros de la democracia, sino que niegan su ejercicio, pues si, como acontece con los hechos objeto de juzgamiento, se pervierte la igualdad de oportunidades que la ley otorga a los particulares para acceder a la administración, se menoscaba el derecho de los asociados de elegir libre y voluntariamente a sus gobernantes, y si se viola la autodeterminación popular y la participación ciudadana en la acción política, resultan socavadas las bases mismas del sistema social y político que nos rige, todo lo cual amerita la imposición de una proporcional sanción punitiva para el cumplimiento de las finalidades previstas por el artículo 12 del C.P.

No puede pasarse por alto que el hecho realizado por el señor A.A., fue de tal gravedad que con él no solamente comprometió la dignidad de su alta investidura como Gobernador de Departamento, la que de hecho constituye posición distinguida en la sociedad y exige mayor compromiso frente a ella, como se dejó visto, sino que, además, la conducta encontró realización a consecuencia del desbordamiento del poder que el cargo le otorgaba, pues precisamente con ocasión del torcido ejercicio de las funciones de Gobernador de Departamento, a través de terceros se amenazó a empleados subalternos para que adhirieran a la candidatura de su hermano, y se materializó la amenaza desvinculándolos del empleo o desmejorándolos en sus condiciones laborales.

De otra parte, al hallarse demostrado que el señor A.A. no solamente tenía conciencia de la antijuridicidad de la conducta por la cual fue acusado, sino que dirigió su voluntad a la violación de la ley sin que le importara la posición que su investidura representaba para los gobernados, en criterio de la Sala impiden tomar como base de cuantificación los mínimos punitivos establecidos en el tipo de constreñimiento al elector, los cuales, dentro de los límites legales, serán aumentados en la sexta parte: la mitad de este aumento por razón de la gravedad del hecho, y la otra mitad por motivo de concurrir la circunstancia de agravación prevista por el artículo 66-11 del C. P.

Por lo anterior, acorde con las previsiones de los artículos 61, 66 y 67 del Código Penal, se impondrán al procesado las penas principales de cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa en cuantía de dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de

interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad.

La pena de multa, la deberá cancelar el sentenciado a órdenes de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura, en las oficinas del Banco Agrario, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la cual una vez producida, la Secretaría de la Sala expedirá copias autenticadas de la misma y libraré las comunicaciones correspondientes.

Entonces como no se satisface el requisito objetivo señalado en el artículo 68 del Código Penal, no se concederá el subrogado de la condena de ejecución condicional. En tal virtud, una vez en firme esta sentencia se deberá solicitar al Presidente de la República la suspensión en el ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento del Cesar (art. 399 del C. de P.P.), y producida ésta, se libraré orden de captura en contra del procesado (art. 198 C. de P.P), quien deberá ser puesto a órdenes de esta Corporación en el establecimiento que designe la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a quien se le comunicará esta determinación de conformidad con los lineamientos del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sentencia de Casación, 26/10/00, Acta N° 183, Expediente N° 15610)

N.V.A. Arts. 28, 29, 30 C.P

COMENTARIOS

El artículo 30 de la ley 599 de 2000 proporciona a la determinación su verdadera naturaleza de figura perteneciente a la coparticipación y no a la autoría, a la cual tan solo se asimila para efectos punitivos. En el tema de la complicidad, el cambio relevante estriba en aclarar normativamente que el pacto de “contribución a la realización...” o de “ayuda posterior...” puede ser previo o concomitante a la misma; el Código de 1980 restringía expresamente el pacto en cuanto “promesa anterior al hecho”.

En diversidad nominativa se le llama también autor intelectual, provocador, inductor, instigador, términos que se pueden entender como equivalentes dada la escasa trascendencia práctica que tales diferenciaciones implican. Es quien provoca, eficazmente, en otro sujeto, la idea criminosa; trasmite el propósito de ejecutar un hecho punible o, por medios idóneos, logra que otro realice la conducta. La figura del determinador exige la presencia de un ejecutor material

de la conducta o autor directo, vale decir que la decisión delictual y dominio del hecho deben pertenecer al determinado, pues de lo contrario estaríamos en una hipótesis de autoría mediata.

Los medios utilizados por el determinador pueden ser variados, con tal que sean idóneos y eficaces frente al sujeto determinado, así se pueden utilizar: el mandato, el consejo, la coacción, la orden, el convenio, la promesa de dinero o recompensa, la explotación de sentimientos políticos o religiosos; lo importante es que el determinador aparezca como “causa eficiente del delito”. Para que surja la figura del determinador, es necesario que al ejecutor material se le pueda imputar el hecho por lo menos a título de tentativa, afirmación que confirma aún más que la acción depende del determinado, si éste no inicia por lo menos la ejecución, no puede hablarse de determinación, respecto de quien realiza la actuación inductiva; en tal evento la incriminación procederá por el tipo especial de instigación a delinquir (art. 188 C.P. de 1980 y art. 348 C.P. de 2000).

Pero una vez iniciada la ejecución por parte del determinado, es necesario que su acción pertenezca al determinador, como hecho propio plenamente individualizado, de lo contrario, el provocador realizaría en forma autónoma el tipo de instigación para delinquir, vale decir, sería el autor material de dicho tipo. Así mismo, el sistema debe admitir la posibilidad de la codeterminación, en el evento en que una pluralidad de sujetos realizan acciones idóneas de convencimiento e instigación, que dada su idoneidad y eficacia, aparecen como determinantes para la comisión de un hecho típico y antijurídico, por parte de otro sujeto o pluralidad de sujetos.

La recomendación o consejo quedan al margen de la determinación, solo en hipótesis muy excepcionales puede dar lugar a la complicidad, pues la característica de idoneidad y eficacia quedan desvirtuadas; tales elementos tampoco se presentan en eventos en los que ya hay resolución criminal por parte del inducido y la acción del inductor sólo produce su reforzamiento, casos en los que también será muy difícil derivar simple complicidad.

Las tres acciones determinadas imbrican el constreñimiento del ciudadano en un determinado orden –finalidad- típico. Esta expresión lleva implícita la violencia sea física o moral; significa compeler o determinar a otro a realizar alguno de los

comportamientos planteados hipotéticamente en la norma: apoyo o votación en determinado sentido o imposibilidad absoluta para el ejercicio del derecho al sufragio.

En sentido gramatical, constreñir, es obligar o compeler, precisar con la fuerza a algo. La comprensión jurídico penal del verbo coincide con su significado lato gramatical, y para el presente caso en el uso de las armas o verificación de la amenaza. La intimidación no es una situación psicológica de la víctima o del sujeto pasivo, pues con tal comprensión estaremos confundiendo la acción típica que necesariamente debe desplegar el agente con su efecto; las acciones tipificadas han de presentar simplemente potencialidad para que la víctima actúe, su estado síquico será el miedo o el temor, aspecto efectual y no perteneciente al hecho realizado.

El uso de las armas y la amenaza son actos que incorporan la violencia, con lo cual se ha de admitir su clasificación tradicional en física o moral. La primera es energía muscular o material ejercida contra la persona y que en orden al presente tipo pretende la anulación de su autonomía con efectos corporales relativos frente a su integridad personal. La violencia moral se concretará la presentación de un mal futuro en cuanto posible. Se distingue también la intimidación directa e indirecta, la primera se verifica cuando por ejemplo se amenaza con un arma, bajo la manifestación de utilizarla si no se hace o se omite lo que se exige y será indirecta aquella que anuncia un mal futuro potencialmente real y fundado.

Otro aspecto, desmembrado de los anteriores planteamientos, es la idoneidad del constreñimiento, la cual se concreta en su eficacia para conculcar la voluntad de la víctima, teniendo en cuenta consideraciones medias del comportamiento humano, por lo que debe ser relacionada con sus circunstancias concretas tales como edad, condiciones personales, nivel cultural y hasta la propia situación económica. Adicionalmente el acto realizado ha de ser grave, sin interesar que sea justo o injusto, con lo cual una amenaza corriente, superable o superflua no colma las exigencias típicas.

Hemos de observar que la intimidación es posible mediante la manifestación por parte del agente de realizar ciertos actos, como el de desaprobación ruidosa y públicamente a un candidato; con la amenaza de realizar ese acto se persigue en forma antijurídica un evento hipotético: que la víctima vote en determinado sentido; de acuerdo con la expresión legal vigente, dicho objetivo puede bien no alcanzarse.

La amenaza es también acción tipificada como medio de intimidación, es decir como medio capaz de producir los fines perseguidos por el agente, en cuanto presentación o comunicación de la futura, eventual y probable realización de un mal para la persona a quien se dirige. Por estar íntimamente relacionado con la finalidad el anuncio, ha de ser emitido en forma condicional. La amenaza es un acto que comunica, de manera explícita o implícita la causación de un mal futuro al sujeto pasivo; alcanza a significar la simple emisión de indicios sobre la inminencia de un mal o acontecimiento desfavorable.

La amenaza es causa del temor. Atemorizar es producción de recelo por un daño futuro; como sentimiento es el rechazo de un determinado peligro o riesgo. La amenaza se realiza como difusión intimidante del pensamiento, que exige la necesaria presencia de por lo menos un emisor y un receptor reales e identificados. Se trata de comunicar a otro la futura realización de un mal probable y posible, de la misma manera la expresión del pensamiento puede realizarse mediante símbolos tales como el envío de sufragios, coronas fúnebres, etc.

Finalmente, la acción de impedir es conducta de resultado, fruto de los medios utilizados, que hace referencia a la vulneración efectiva de la libertad del votante, elector o sufragante; la concreción de la misma la hemos realizado a propósito del delito de perturbación de certamen democrático, aspectos materiales perfectamente aplicables al presente caso en referencia directa al ejercicio del sufragio o acto de votación en cuanto libre, secreto y personal. Así, esta conducta se ha de concretar en acciones que imposibiliten de manera absoluta el ejercicio del derecho al sufragio por parte de un elector. A este propósito es válida la siguiente conclusión del maestro PÉREZ: “Si el elector consigna su voto, la disposición es inaplicable”, con la aclaración dogmática que en tal evento no nos encontramos en estricto sentido frente a la inaplicación de la norma, sino en una hipótesis de atipicidad por ausencia de acción.

TEMA V. AUTORÍA Y DETERMINACIÓN. Simultaneidad de tales categorías.

“Aunque jurídicamente el planteamiento pareciera contradictorio, en razón a que por determinador solo puede ser tenido quien mediante inducción logra hacer nacer en otro la resolución de cometer el hecho delictivo, sin intervenir en su ejecución, pues si lo

hace adquiere la condición de coautor, desde una perspectiva puramente naturalística, o con referencia al suceder fenoménico del hecho, no lo es, si se da en considerar que lo pretendido por el ente acusador y los juzgadores fue dejar en claro que el procesado, además de haber determinado a sus amigos a atacar y apuñalar a P.B., concurrió con ellos a la realización de la conducta típica, y así lo entendió la defensa al plantear la inexistencia de prueba incriminatoria en uno y otro sentido.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sentencia de Casación, 22-10-01, Acta N°.162, Expediente N°10326)

N.V.A. Arts. 28, 29, 30 C.P

TEMA VI. COAUTORÍA. Concepto.

La Corte, cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de un resultado típico, con distribución de funciones, todos tienen la calidad de coautores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio, en una empresa criminal, y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, o por lo menos aceptado como probable. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación 23-03-99, Magistrado ponente doctor Fernando E. Arboleda Ripoll)

N.V.A. Art. 29 C.P.

COMENTARIOS

El artículo 29 de la ley 599 de 2000 introduce una regulación sistemática de la autoría, incluyendo el tratamiento positivo de la autoría mediata e inmediata, la definición positiva de coautoría y la autoría, en los casos de actuación a nombre de un ente colectivo o de persona jurídica.

En sentido estricto autor es “quien realice la conducta punible por sí mismo, también denominado autor directo; es quien materialmente realiza en forma efectiva los elementos estructurales del tipo, ejecutado el acto consumativo de la infracción, personal e inmediatamente; su acción por sí sola, se conforma al modelo típico. En otras palabras, es quien ejecuta o lleva hasta su

culminación, perfeccionamiento o consumación, la conducta descrita en la especie delictiva que se estudia.

El concepto de autoría mediata se refiere a 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 el autor inmediato, en ambos casos, se afirma que el autor mediato es el ejecutor de la conducta único y real, que actúa “longa manus” (Cfr. CUELLO CALON, Eugenio, Derecho penal, p. 120). El concepto de autoría mediata es elaboración que fundamentalmente determina los casos en los que la realización de la conducta se ha surtido por medio de un inimputable, utilizado simplemente como instrumento de ejecución. Por lo anterior, no se comprenden hipótesis de actuación mediata en justificación o inculpabilidad, pues no es factible, ni lógica ni ontológicamente, la existencia de un medio o instrumento voluntario y consciente. (Posición contraria asume REYES ECHANDIA, en Tipicidad, p. 173).

La coautoría es figura se presenta cuando la ejecución de un hecho típico es realizada, material y directamente por varios sujetos en acuerdo, sea que todos desarrollen íntegra y conjuntamente el verbo rector o que lo realicen con división de trabajo; en el Código de 1980 el concepto se infería de la norma general sobre autoría y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, ha quedado plasmado positivamente en el inciso 2^a del artículo 29 de la nueva normatividad.

Se distingue entre coautoría propia e impropia, según cada uno de los varios actores realice en forma simultánea o sucesiva, aunque conjunta, la conducta incriminada. La figura no puede restringirse exclusivamente a la llamada coejecución material, va mas allá, pues en frecuentes hipótesis la división de trabajo o “reparto de funciones” entre los intervinientes, alguno o algunos de ellos ni siquiera se encuentran presentes en el momento de la consumación y, sin embargo, se debe predicar coautoría, con todos sus efectos en el campo de la punibilidad; el criterio del “dominio del acto” soporta la anterior conclusión, pues en la coautoría dicho dominio lo posee un número plural de sujetos, quienes en forma mancomunada ejercen diversos roles en determinación funcional, asumiendo cada

uno de ellos la responsabilidad de la realización delictual final, vista como un todo.

El acuerdo común de que habla nuestro nuevo Código sustancial, que puede ser antecedente o concomitante con la acción, no es elemento único para que por el simple pacto se predique automáticamente la coautoría, es necesaria además la intervención para la realización del delito, más no necesariamente en su ejecución material, dicho aporte debe mirarse como una parte, más o menos importante, de toda la traza fáctica del actuar codelictivo.

La nueva norma exige la valoración de la intervención, en orden a la determinación de la coautoría, en tal virtud se precisa que la cooperación sea necesaria o esencial; en cuanto sin ella puede concluirse que no se hubiera podido realizar el delito, la índole del aporte debe ser tal intensidad para que pueda inferirse que el sujeto domina plenamente el hecho, aunque bien puede no ejecutarlo materialmente. Bajo el anterior criterio, quedan inmersos en la coautoría los jefes, directivos y organizadores, cuyo actuar se constituye en parte importante de la realización delictiva, a tal punto que pueda predicarse que sin el cabal desempeño de su rol o función, la empresa criminal no hubiera podido tener culminación.

TEMA VII. COATORÍA. Determinación jurisprudencial

No sobra traer a colación la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de abril de 1995, siendo Magistrado Ponente el doctor Nilson Pinilla Pinilla, que a la letra dice: '... armonizando la jurisprudencia y la doctrina y el precepto legal, se puede afirmar que son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división de trabajo para obtener el resultado criminal...'

"No sobra, en este momento procesal para reafirmar lo anterior, y que ya se expresó necesariamente en el párrafo en el cual se fijó la calificación jurídica provisional de los tipos penales investigados, traer a colación fragmentos de la sentencia de febrero 9 de 1980 siendo Magistrado Ponente el doctor Alfonso Reyes Echandía, que a la letra dice: 'SON COAUTORES aquellos autores materiales que conjuntamente realizan el hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata

sucesividad, idéntica conducta típica... ora porque realizan una misma y compleja OPERACIÓN DELICTIVA con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa en la empresa común..."

"En cuanto a la autoría de los hechos punibles por los cuales se adelantó la sumaria, itera la oficina en el hecho de que en el presente, se observó la figura de la COAUTORÍA IMPROPIA, de la cual no podemos desconocer, ni tomar despectivamente la materialización de la 'DIVISIÓN DE TRABAJO' en el delito colectivo si nos atenemos a la doctrina basada en la tesis aceptada por la mayoría de los doctrinantes..." (fls.4, 15 y 16 de la resolución de acusación)."
(...)

Imperioso es precisar que no por la circunstancia de haber el casacionista invocado a un mismo tiempo, como fundamento del ataque, violación del debido proceso y del derecho de defensa, el cargo se torna inestudiable, como lo sugiere la Procuradora Delegada en su concepto. Ciertamente es que ontológica y jurídicamente son conceptos distintos, y que en determinados casos su planteamiento simultáneo pueda resultar incompatible, pero esto no significa que no puedan llegar a ser concurrentes.

La falta de motivación es un vicio que puede llegar a afectar el debido proceso, pero también el derecho de defensa, pues la obligación que se impone a los juzgadores de exponer los argumentos de orden fáctico y jurídico que sirven de sustento a la decisión, y de hacerlo en forma explícita, clara y completa, deriva no solo de la necesidad de acreditar su corrección o razonabilidad, sino también, de permitir que los sujetos procesales puedan ejercer control sobre ella, mediante actos de contradicción e impugnación, situación esta última que guarda relación estrecha con la garantía de defensa. De allí que la Corte no advierta inconsistencia alguna en el planteamiento del cargo, al ser sostenido que la falta de motivación determinó la violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Razón le asiste a la Delegada, sin embargo, cuando sostiene que el vicio alegado no existió. Del examen de la resolución de acusación, se establece que el procesado D.D., fue llamado a responder en juicio por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en calidad de **coautor**, concretamente por haber actuado dentro de los linderos de una coautoría impropia, precisión que deja sin piso el fundamento

fáctico de la censura. Para reafirmar lo dicho, véase, en lo sustancial, lo expuesto por el funcionario instructor sobre el punto:

"No sobra acotar aquí, que para la realización de los tipos penales analizados hubo pluralidad de autores materiales porque los sujetos singularmente ejecutan una acción determinada concertada (sic) con antelación con una finalidad. Cada uno cumple una función para consumir el ilícito propuesto, tomando el riesgo de las consecuencias que emerjan. Cada uno ejecuta su acción coordinadamente. En el presente caso, el cometido fue el hurto de la nómina de unos trabajadores, por medios violentos, y para consumarlo hubo de causarse la muerte de una persona. Como ya se había examinado en providencia anterior, son los ejecutores de la global acción en un designio común, todos dominando la actividad colectiva a que se encaminaban, en una 'división de trabajo' para la realización integral del plan general, que los hace responsables del hecho concertado y de los resultados que caigan en la esfera de la justicia penal. No sobra traer a colación la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de abril de 1995, siendo Magistrado Ponente el doctor Nilson Pinilla Pinilla, que a la letra dice: '... armonizando la jurisprudencia y la doctrina y el precepto legal, se puede afirmar que son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división de trabajo para obtener el resultado criminal..."

"No sobra, en este momento procesal para reafirmar lo anterior, y que ya se expresó necesariamente en el párrafo en el cual se fijó la calificación jurídica provisional de los tipos penales investigados, traer a colación fragmentos de la sentencia de febrero 9 de 1980 siendo Magistrado Ponente el doctor Alfonso Reyes Echandía, que a la letra dice: 'SON COAUTORES aquellos autores materiales que conjuntamente realizan el hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad, idéntica conducta típica... ora porque realizan una misma y compleja OPERACIÓN DELICTIVA con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa en la empresa común..."

"En cuanto a la autoría de los hechos punibles por los cuales se adelantó la sumaria, itera la oficina en el hecho de que en el presente, se observó la figura de la **COAUTORIA IMPROPIA**, de la cual no podemos desconocer, ni tomar despectivamente la materialización de la '**DIVISION DE TRABAJO**' en el delito colectivo si nos atenemos

a la doctrina basada en la tesis aceptada por la mayoría de los doctrinantes..." (fls.4, 15 y 16 de la resolución de acusación).

Como puede verse, todos los procesados, incluido **D.D.**, fueron acusados en condición de **COAUTORES**, precisión que descartaba, de suyo, que lo estuviesen siendo en condición de **DETERMINADORES O COMPLICES**, de donde se sigue que el cargo, lejos de tener un sustento real, se soporta en una confusión conceptual, pues el casacionista equivocadamente entiende que la determinación y la complicidad son categorías propias de la autoría, y ello lo lleva a sostener que la providencia debió expresar con exactitud en qué clase de autoría estaba incurso el procesado, si como "autor material", "determinador", o "cómplice".

En los fallos, tanto de primera como de segunda instancia, los juzgadores hicieron precisiones similares, dejando en claro que respondían a título de coautores. En el primero se precisa, en respuesta a las críticas de la defensa, que cuando varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo, responden en calidad de **COAUTORES** (fls.14 y 15 del fallo). Y en el segundo, se reitera esta apreciación, al ser precisado que el caso encuadra en la denominada **COAUTORIA IMPROPIA**, puesto que es evidente que los procesados unieron sus voluntades con división de trabajo, para lograr el fin ilícito por todos querido, con utilización de armas, no solo para que sirvieran de instrumento de intimidación, sino para usarlas eventualmente, como finalmente ocurrió (fls.13 y 14 del fallo de segundo grado). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sentencia de Casación, 27/02/01, Acta N°.30, Expediente N° 15402)

N.V.A. Art. 29 C.P.

TEMA VIII. COATORÍA. Requisitos

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, porque todos están unidos en el criminal designio y resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptando 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 serán autores del delito de hurto. Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ellos 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 se podían derivar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación 04-02-99, Magistrado ponente: doctor Fernando E. Arboleda Ripoll).

N.V.A. Art. 29 C.P.

COMENTARIOS

La diferenciación dogmática entre los conceptos de autoría y participación es de naturaleza óntica, con necesarias repercusiones sistemáticas; el hecho del partícipe puede ser irrelevante para el derecho penal pues únicamente tiene tal connotación en la medida en que se une a la realización de un determinado tipo penal. Es decir, que la responsabilidad penal del determinador está condicionada a los actos realizados por el sujeto determinado, sin ellos no adquiere vida jurídico-penal; de igual manera, la figura de la complicidad depende de que los actos de contribución o ayuda se puedan predicar respecto de un hecho punible consumado o que por lo menos se pueda incriminar a nivel de tentativa. Es por lo anterior que se afirma la naturaleza principal de la autoría y la condición accesoria de la participación (Cfr. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, Derecho penal, parte general, p. 385.).

La doctrina ha intentado la elaboración de diversos criterios para la delimitación positiva entre autoría y participación; no obstante, en la práctica, manejados los dos fenómenos como realidades ontológicas elevadas a categoría normativa, su identificación y tratamiento revela poca dificultad. En primer término, el criterio formal afirma que autor es aquel que realiza la conducta típica, pero tal concepción no comprende las frecuentes hipótesis de autoría mediata.

En segundo lugar, el criterio subjetivo, en su vertiente radical, soporta la diferenciación entre autoría y participación en el ánimo del agente, en la conciencia de su actuar; de tal forma que si se realiza la acción con conciencia de autor, se asumirá tal calidad, con prescindencia de la valoración de su aporte; de la misma manera si subjetivamente se actúa con la conciencia de ser determinador o cómplice, se asumiría por tal hecho la calidad respectiva; este criterio radical resulta inaceptable frente a una legislación que como la nuestra, incluye el elemento material de contribución al delito y realización de la conducta, además, confunde los elementos subjetivos del delito con la categorización de los intervinientes, pues estos siempre deben presentar conocimiento y voluntad respecto de su participación en la realización delictual.

Un tercer criterio diferenciador que tiene como fuente la escuela finalista, es el denominado “dominio del acto”, concepción cada vez más aceptada, como uno de los aportes válidos de dicha escuela. De acuerdo con esta concepción, será catalogado como autor quien posea el dominio de la realización delictual, es decir la capacidad de decisión respecto de la ejecución o inejecución material del delito. El criterio del dominio del hecho es herramienta útil para el manejo de la autoría mediata y para alcanzar una acertada distinción conceptual entre la coautoría y la complicidad. No obstante también, por sí mismo, resulta insuficiente frente a los delitos culposos y de comisión por omisión, en los cuales la determinación de la autoría recurre a elementos complementarios tales como la infracción al deber de cuidado y las posiciones de garantía; en especial frente al delito imprudente, que como es sabido solo admite la autoría, el dominio del hecho se deriva de los criterios de causalidad, entre ellos la imputación objetiva, como determinantes de la producción del resultado.

TEMA IX. COAUTORÍA IMPROPIA. Presupuestos

(...)

El demandante no demostró que el Tribunal hubiere errado al colegir la coautoría impropia, en donde es sabido que las fases preparatoria, ejecutiva y de aseguramiento del producto del ilícito y de la impunidad, están repartidas entre los integrantes del grupo delictivo y es posible que algunos de ellos no realicen actos ejecutivos, ni consumativos, coautoría que implica un pacto ilícito, en donde hubo asignación de tareas.

Se evidencia así que su responsabilidad en el delito contra la vida surge del convenio para cometer los ilícitos, conexos sustancialmente de medio a fin, donde hubo distribución de funciones de preparación, ejecución y aseguramiento de la mercancía hurtada, por ese previo acuerdo.

Recuérdese lo que sobre el punto ha reiterado esta corporación, por ejemplo el 23 de marzo de 1999, radicación N° 14.617, con ponencia del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll:

“Cuando los miembros de una banda criminal resuelven utilizar armas para la realización de sus propósitos delictivos, están admitiendo la posibilidad de su uso. Su entrega o decisión de llevarlas consigo, es consecuencia de esa previsión, y si aceptan una tal posibilidad, es apenas obvio que deban responder de los delitos contra la vida y la integridad personal que de su uso se deriven, y que deban hacerlo en calidad de coautores, pues habiéndose representado anticipadamente como probable el resultado, nada hicieron en procura de evitarlo, en nítida manifestación de voluntad hacia su producción.”

(...)

2.1.- No obstante que el censor en la formulación del primer cargo aduce falso juicio de identidad por tergiversación de los hechos indicadores, a la postre ataca la inferencia realizada por el juzgador, porque sirve para deducir la coparticipación en el hurto pero no en el homicidio, ya que el Tribunal reconoció que su representado no intervino materialmente en los sucesos del 14 de septiembre de 1993.

Al igual que aconteció con el reproche de la demanda que se acaba de examinar, este recurrente se queda en la enunciación y exposición genérica de lo que es el error de hecho, el falso juicio de identidad, el ataque al hecho indicador o a la inferencia lógica, sin descender al caso concreto, ni precisar en qué consistió el yerro del juzgador al efectuar la deducción, ni los fundamentos por los cuales no podía hacer esa inferencia, ni las reglas de la experiencia, la lógica o la ciencia que desconoció o no siguió en su razonamiento, falencias técnicas que impiden un análisis de fondo de este cargo, al no proporcionar las herramientas necesarias que permitan a la Corte adentrarse en el asunto enunciado, pero no desarrollado.

2.2.- La segunda censura la hace consistir en un falso juicio de existencia, al no tener en cuenta el fallador que M. S. y F.F. imputaron a E.E. únicamente su intervención en el hurto y, por lo tanto, debió deducir que no incurrieron en el homicidio, que además habría sido cometido por fuera de lo pactado.

No obstante, de las diversas citas de esos testimonios que hizo el fallador, así como al referirse a la versión inicial, a la retractación y a la posterior reafirmación de lo aseverado en un comienzo por F.F. aparece que el Tribunal analizó en su integridad tales manifestaciones; es decir, no incurrió en el yerro aducido, pues ponderadamente descartó la posibilidad de no haber participado E.E. en el homicidio, concluyendo que fue coautor de los dos delitos.

Este impugnante tampoco señala los fundamentos que permitan concluir que alguno de quienes perpetraron el delito contra el patrimonio económico excedió lo pactado al dar muerte al celador del parqueadero de "OFA", ni cuáles las razones para que el fallador tuviera que llegar a esa conclusión y no a la que arribó, para reconocer únicamente que hubo un acuerdo previo a la realización del hurto, lo cual es obvio, mientras la ajenidad en el homicidio es una mera aseveración, sin base probatoria alguna, que ni siquiera invoca.

Estos reproches también deben ser descartados.

3.- Demanda formulada en representación de D.D.

Cargo Principal: Este reproche, al igual que en buena parte de los anteriores, se caracteriza por no precisar en qué consistió el falso juicio de identidad que atribuye al juzgador en la apreciación de los indicios, limitándose a señalar que la condena se basó en una sola prueba indirecta, que no es indicio necesario, pero se observa que en el fallo impugnado no aparece que el juzgador lo haya considerado o manejado en la forma que aduce el libelista.

Además, éste abandona lo enunciado, al indicar que el vigilante M.M. no reconoció a su representado como una de las personas que ingresaron al parqueadero la noche de los sucesos, imputando al juzgador haber inferido algo que no podía deducirse del hecho indicador e insiste en que se trata de un solo indicio, que apenas es grave. Sin embargo, en la sentencia fueron analizados dos indicios: uno relacionado con la tenencia de la mercancía hurtada y otro referente a la mala justificación de la conducta, sin observarse yerro alguno al respecto.

Tampoco logra precisar el demandante cuáles fueron los errores del fallador en la apreciación de las pruebas, ni en el raciocinio efectuado para llegar a las conclusiones a que arribó, ni explica los fundamentos que le impedían efectuar las inferencias realizadas en la sentencia, por lo cual el cargo no prospera.

4.- Demanda a favor de F.F. y análisis de los restantes cargos comunes, contenidos en los otros tres libelos.

4.1.- La censura principal consiste en atribuir al juzgador haber dado al “único indicio” el valor de “plena prueba”, y la crítica subsidiaria en que “no se logró demostrar la plena e indiscutible responsabilidad de mi defendido sobre los hechos que se le imputan”, aduciendo que se trata de dos aspectos de un mismo asunto que pueden ser examinados conjuntamente, pero al concluirse que el fallador no erró al asumir con certeza la demostración de los hechos y la responsabilidad de los acusados, en ambos delitos, se descarta a la vez el *in dubio pro reo*, que también alegan los demás casacionistas.

El reproche se centra en que la posesión de la mercancía hurtada o su transporte no permite inferir que los sindicados incurrieron en el hurto, menos en el homicidio, porque tal indicio no es necesario al existir diversas explicaciones, como ser tenedor inocente o legítimo, o receptor, explicaciones alegadas como carencia de plena prueba y, subsidiariamente, como duda.

No obstante, se observa que el fallador no se basó exclusivamente en esa prueba, sino que con relación a todos los acusados tomó en consideración otras, como la mala justificación de la conducta y a F.F. le agregó la capacidad moral para delinquir, deducida de las diversas investigaciones adelantadas en su contra, por diferentes delitos y contravenciones.

El Tribunal, en la sentencia impugnada, con relación a B.B. y C.C., analizó:

“Entonces, pensar que fueron sin saber de qué se trataba y menos sin conocer cuál la procedencia de la mercancía, es una explicación que no se encuentra como lógica y razonable, sin que el conocimiento de la ilicitud que surge como contrapartida, pueda admitirse para predicar su adecuación en otro ilícito distinto a la coparticipación en el hurto y el homicidio, porque como se comentaba con ocasión del procesado A.A., la prueba que los involucra por haber llevado hasta el inmueble la mercancía, sirve para inferir su activa participación delictiva en la apropiación violenta del camión cargado de productos Yodora y aunque no necesariamente pudieron haber sido los ejecutores de los mismos, sí hicieron parte del engranaje humano que debía finiquitar esa actividad de aseguramiento del producto para su efectivo aprovechamiento que se lograría con la distribución ilícita de lo hurtado, sin que ellos fueran los incautos comisionistas que cayeron en la trampa de ir a ver una mercancía que resultó hurtada, justificación que no es creíble, sino que como se dijera antes, fueron artífices de los hechos como quiera que fueron los responsables de una actividad que así lo indica como es la de llevar hasta ese lugar un camión cargado con lo hurtado, tal como lo sostienen F.F. y M.S.

No es entonces, la sola presencia en el lugar del allanamiento la que conduce a su vinculación delictiva como para que pueda afirmarse

como lo sugiere la defensa, que se está responsabilizando en forma objetiva, sino que como se advirtiera antes, es su presencia en el día anterior llevando la mercancía la prueba que sustenta y demuestra que no son ciertas sus explicaciones de ajenidad.” (Fs. 82 y 83 cd. Trib.).

De ahí que frente a todos los acusados, no hubo un solo indicio aislado, sino varias probanzas que, concatenadas, llevaron al juzgador a concluir que intervinieron en el hurto.

No puede eludirse ese indicio de la mala justificación y así el censor eliminar la inferencia realizada por el Tribunal, con el fin de que se acoja su planteamiento acerca de que los tenedores y transportadores de los bienes hurtados eran terceros ajenos a los hechos y legítimamente efectuaron esas actividades.

Más aún, las pruebas deben ser analizadas en conjunto, como hizo el ad quem, y se observa que F.F. afirmó que esa tarde del 15 de septiembre de 1993, quienes transportaban la mercancía hurtada la depositaron en su habitación y le entregaron las facturas respectivas, las cuales no exhibió a los miembros de la Policía que realizaron el allanamiento, ni las allegó al proceso. Es decir, tácitamente aceptó que, en razón de la cantidad de bienes y su valor, lo normal era exigir los documentos que demostraran su procedencia lícita, que le servirían para establecer su corrección en el evento de requerimientos de las autoridades, sin haberlo hecho.

El Tribunal descartó que pudiera considerarse a Ernesto Gómez Piedrahita como el inocente visitante que ocasionalmente estaba en la casa en donde fue hallada la mayor parte de lo hurtado, pues como señaló el juzgador, no era un extraño para los transportadores de esos elementos, ya que A.A. le dio a guardar un revólver el 15 de septiembre de 1993, que “por olvido” dejó en la residencia de M.S., donde fue hallado por los detectives al día siguiente, lo que aunado a otras pruebas revelan que formaba parte de la empresa delictiva, como analizó el ad quem.

Claramente se va observando que no fue la simple presencia en el momento del allanamiento en el cual fue detectada la mayor parte de las cosas hurtadas, la única prueba incriminatoria, como alegan los casacionistas, sino que pocas horas después del apoderamiento fueron trasladadas a la casa arrendada por M.S., en donde era visitada por su compañero permanente F.F. y residía E.E.

Esa proximidad temporal fue tomada en cuenta por el ad quem, para hacer ver que tanto los recién mencionados como los transportadores integraban el grupo delincuencial, precisamente por el breve lapso transcurrido, insuficiente para conseguir a terceros inocentes que se encargaran del traslado y ocultamiento de los bienes, en lo cual se

arriesgaban, además, a ser descubiertos, disminuir las ganancias ilícitas y dejar en poder de extraños una cuantiosa mercancía.

Los demandantes se circunscribieron a ese indicio, que denominan de presencia con el fin de minimizarlo y no atacaron otras apreciaciones del fallador, el cual, de acuerdo con la realidad probatoria, no consideró a los acusados como simples espectadores de los sucesos delictivos, sino que se dividieron el trabajo, unos para apoderarse y transportar y otros para almacenar los bienes, pero todos habían acordado tomar violentamente, ocultar y asegurar el botín, explicándose así que los no residentes en el inmueble en mención acudieran repetidamente a éste.

El demandante no demostró que el Tribunal hubiere errado al colegir la coautoría impropia, en donde es sabido que las fases preparatoria, ejecutiva y de aseguramiento del producto del ilícito y de la impunidad, están repartidas entre los integrantes del grupo delictivo y es posible que algunos de ellos no realicen actos ejecutivos, ni consumativos, coautoría que implica un pacto ilícito, en donde hubo asignación de tareas. En la ideación y programación del hurto, se sabía que el camión con la mercancía era custodiado por un celador, quien era el principal obstáculo a superar, si se quería tener éxito en la operación delictiva.

De tal manera, como observó el ad quem, quienes formaban parte del grupo e intervendrían en el hurto, en cualquiera de sus fases, tenían conocimiento de cómo debía actuarse para, por los medios que se requiriere, doblegar al vigilante, quien se hallaba armado. Se infirió que así fue planeado y aceptado por quienes se asociaron para vulnerar el patrimonio económico de "OFA" y no se ha demostrado que el ad quem erró, en forma alguna, al deducir que los coautores del delito fin, lo fueron también del que sirvió de medio (homicidio) para alcanzar el objetivo propuesto.

Se evidencia así que su responsabilidad en el delito contra la vida surge del convenio para cometer los ilícitos, conexos sustancialmente de medio a fin, donde hubo distribución de funciones de preparación, ejecución y aseguramiento de la mercancía hurtada, por ese previo acuerdo.

Recuérdese lo que sobre el punto ha reiterado esta corporación, por ejemplo el 23 de marzo de 1999, radicación N° 14.617, con ponencia del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll:

“Cuando los miembros de una banda criminal resuelven utilizar armas para la realización de sus propósitos delictivos, están admitiendo la posibilidad de su uso. Su entrega o decisión de llevarlas consigo, es consecuencia de esa previsión, y si aceptan una tal posibilidad, es apenas obvio que deban responder de los delitos

contra la vida y la integridad personal que de su uso se deriven, y que deban hacerlo en calidad de coautores, pues habiéndose representado anticipadamente como probable el resultado, nada hicieron en procura de evitarlo, en nítida manifestación de voluntad hacia su producción.”

De ahí que no existió error del Tribunal al concluir que los sindicatos debían también responder como coautores del homicidio, quedando sin base los cargos de ese enfoque.

En cuanto a la duda, cuya alegación igualmente se ensaya como subsistente al no acopiarse prueba directa, que por lo mismo habría de conducir a la absolución de los acusados en cuyo favor se aduce, está visto que los juzgadores la consideraron disipada con la prueba indiciaria, la cual apreciaron y sustentaron en forma que no se ha demostrado que devenga contraria a las reglas de la sana crítica, como bien lo consideró, de igual manera, el agente del Ministerio Público. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia de Casación, 16-05-02, Acta N° .53, Expediente N° 11798)

N.V.A. Art. 29 C.P.

TEMA X. COAUTORÍA IMPROPIA. Características

Lo que la doctrina denomina coautoría impropia, el participe realiza comunitariamente, con varias personas, una misma conducta típica, respondiendo a un reparto funcional de la acción delictiva, en el que se distribuyen entre los criminales las tareas de ideación, dirección y coordinación de las diversas conductas encaminadas a conseguir el fin ilícito o, guardando la unidad de designio criminoso”.

Un fallo judicial ha de responder a criterios de equidad, justeza y ponderación. Y más de un examen atento de la verdad procesal, e instructor debe mirar todo lo susceptible de investigación. Cargos y descargos, con igual, celo, deben ser objeto de los desvelos de los investigadores, pues no es el castigo de los imputados el objeto del derecho penal, sino el encuentro de la verdad, que puede ocasionar las sanciones correspondientes en el evento de que se demuestre, de acuerdo con lo probado, la responsabilidad de quien fue procesado.

Si el fallador se le presenta, en cambio, una verdad incompleta por causa de las falencias del instructor y no por las limitaciones propias de los hechos y las circunstancias que los rodearon- y todo esto se corresponde con una desfiguración del debido proceso- no puede cumplir a cabalidad su tarea, pues ante sí solo tiene la distorsión,

producto de una realidad parcial, lo que jamás puede dar origen a una sentencia justa. Debe, entonces, echar marcha atrás, mediante la declaratoria de nulidad, hasta el momento procesal en el que se abran las posibilidades de remediar el encuentro, a fin de que se practiquen las pruebas restantes, completando con ellas el horizonte procesal. El objeto de la actividad judicial –como recientemente adoctrinó la Corte- tiene como razón de ser el esclarecimiento de la verdad.

Sin embargo, como es lógico entender, los vacíos susceptibles de ser llenados por una profundización de la investigación, no debe ser nimios, entendiéndose por tales, aquellos que sólo contemplan cuestiones accesorias al tema principal. Por el contrario, su presencia ha de tener la capacidad de cambiar de rumbo el resultado de la instrucción y, con ella, la posible decisión del sentenciador, en el caso de que sea de igual o mayor entidad que las probanzas que se le oponen.

2. Tiénese entendido que es deber del censor demostrar la importancia de las probanzas dejadas de practicar; no basta, pues, su simple enunciación. Además, debe enseñarle a la Sala porqué, de acuerdo con las pruebas existentes en los folios, aquellas que echa de menos tenían la virtud de transformar el resultado del proceso. De otra parte y como su presencia es de tal magnitud, ha de examinar prolijamente la determinación del fallador mostrando cuáles fueron las que tuvo en cuenta para emitir su proveído, de qué manera influyeron en él y cómo la presencia de las que destaca pueden hacerle cambiar de parecer.

3. En el reproche presente, la actora exterioriza la versión de su representado en la que solicitó la recepción de tres declaraciones con el fin de demostrar el engaño al que fue sometido por David Cano, al entregarle tres mil dólares (US \$ 3.000.000) a cambio de los cheques que luego se incautaron a Ospina Ospina cuando trataba de consignarlos en un establecimiento crediticio. Do otra parte, pone de relieve la cita que hizo en la misma diligencia, de Javier Rivera, “...como una de las personas...que les consta que estuvo en Ibagué para el día de los hechos...”.

Luego señala que en inmemorial posterior, reiteró su petición con resultados negativos, aclarando que quienes presenciaron la transacción “...se localizaban en el restaurante “Carne Asada” o restaurante “La brasa” ...cuya dirección suministró en la misma indagatoria ...Tampoco se verificó, añade, la existencia de la oficina

320 de David Cano... “A continuación, se advierte que “ ...no es lícito...catalogar como inconducente una prueba testimonial...mediante el uso de una libertad omnímoda de prevaloración...” y asegura que si hubieran practicado “...de encontrar reunidos los presupuestos exigidos por el artículo 247 del C. de P.P.. Seguidamente explica que la alusión a Cano como empleado de “Comapán”, hecha por el procesado en un escrito y que destaca el Tribunal, obedeció a “...un error de redacción en que incurrió el asesor jurídico que hizo el memorial...”, culminando su intervención con la sorpresa que le causa el que pese a la fácil localización de Cano “...no se hubiera insistido en su captura...”. Hasta aquí sus palabras.

4. Como claramente se observa, no hay en todo esto un examen pormenorizado del pensamiento del fallador, y menos aún, una disección de los diferentes elementos que tuvo en cuenta éste para proferir su fallo, lo que le hubiera permitido establecer la importancia cardinal de las probanzas dejadas de practicar, capaces de desmentir las que comprometían al acusado.

Así, no mostró la demandante cómo las aseveraciones en referencia tenían la fortaleza suficiente para desmoronar el cambio de identidad de Durán Ramírez, quien, con el nombre de Aldemar Libreros, “...llevó a cabo otras conductas delictivas... distribuyó parte de los cheques hurtados, cancelando deudas de poco monto con el objetivo de que le fueran cambiados y así obtener el dinero efectivo...”, como lo reseña el ad quem en el fallo cuestionado. En el proveído también se rechaza la pretendida ingenuidad de Durán Ramírez, explicando que el trueno de nombre obedeció a que “ ...estaba requerido por la justicia en razón a los fallos que le hacían sido dictados...”. Igualmente explica que la solicitud de indagatoria obedeció no a su afán de aclarar las cosas sino a la “...delación que hace Ospina Ospina al observarlo en la cárcel...”. A continuación, el fallador recuerda la retracción de Ospina en la que aclaró que Cano y Durán se encontraban juntos cuando le dieron los efectos de comercio prometiéndole que por su consignación recibiría una retribución económica, lo que significa, y así lo dice el Tribunal, “...que los sujetos sabían de la procedencia de los cheques...”

Apenas se refiere la demandante a una cuestión accesoria tratada por la Corporación acerca del lapsus en que incurrió Durán, y que ya quedó reseñado, sobre la condición de empleado de “Comapán” que le asistía a Cano, lo que no es “...utópico y si en cambio tiene bastante

sentido...” debido al conocimiento que tenían los asaltantes de los movimientos de la empresa.

De otra parte, tampoco alude la impugnante acerca de la coautoría impropia que le endilga la Colegiatura en la que aclara que no necesariamente se requiere para la declaración de responsabilidad de Durán Ramírez como coautor “...si estuvo o no en el asalto a Comapán, sino en extenso, cuál la actividad desarrollada y su relación directa o indirecta con el hurto...”, mostrándose en un todo de acuerdo con lo expresado sobre el particular en el fallo de primera instancia, al que también debió haberse referido la casacionista, merced a la unidad que les asiste en todo lo que el de segunda instancia acepte.

Así, en este primer proveído, se habló sobre la prueba de incidencia que obra en contra de Durán, como su aparición en Briceño con un nombre ficticio, los antecedentes penales que demuestra “...que cumplió la tarea de conseguir la persona que realizara la consignación de los 20 cheques ...para evitar cualquier riesgo en la empresa delictiva...”, amén de los que entregara a Barato y Ojeda, configurándose aquí otro indicio al no regresar por el excedente de los títulos valores que le habían quedado debiendo “...porque su conocimiento de antemano del origen de estos y la privación de la libertad de... Ospina... lo pusieron sobre aviso de las consecuencias que estaban por venir...”. Fue por esto que abandonó su hogar de inmediato por lo que su disculpa de no haberse presentado a las autoridades con el fin de “...conservar su hogar...” se cae de su peso.

5. Como bien se ve, plural fue la prueba de cargo tenida en cuenta para condenar a Durán, desde su aparición en la vereda “Venganza” de Briceño (Cundinamarca), pasando por el engaño a que sometió a varios de sus moradores con los cheques materia del ilícito, sin olvidar el ocultamiento de su identidad, hasta la consecución del individuo, José Daniel Ospina Ospina, para que consignara veinte (20) cheques, producto del hurto, además, de los antecedentes por similares conductas, que lo muestran como un personaje proclive al delito, que por tal motivo ha recibido varias condenas.

6. Este panorama procesal lo tenía ante sí el fallador de primera instancia cuando le fue solicitada la práctica de algunas pruebas en la apertura del juicio para tal motivo. Era claro, por consiguiente, que la simple enunciación de unas diligencias no bastaba para decretar su realización, no solo por imperativo legal, sino por el propio decurso procesal que ya indicaba, por aquél entonces, meridianamente, la

responsabilidad del encausado. Si el memorial hubiera mostrado como ellas tenían la virtud de cambiar la situación jurídica a favor del acriminado, desvertebrando, además, la coautoría impropia, el juzgador estaba obligado a ordenar su evacuación, pues estaría contribuyendo a enriquecer su pensamiento.

7. Qué tan graves sean las consecuencias de la omisión, lo demuestran las mismas pruebas impetradas y su capacidad de oponerse con éxito a las recaudadas en el expediente. Si su carácter es secundario se estará frente a una irregularidad. Si, por el contrario, contienen la posibilidad de generar un viraje sustancial a la investigación, el vicio es estructural y se impone la nulidad como única manera de reparar la afrenta infringida al petente.

En el caso de la especie, el demuestra que Durán Ramírez se hallaba en Ibagué cuando se cometió el ilícito contra el patrimonio económico de “Comapán”, no esclarece su situación. El Tribunal fue claro en advertir que en el juicio de reproche que se elevará no entrañaba su directa participación en el asalto y dio por sentado que, en virtud de la especialización de funciones de los codelincuentes, su participación pudo haber sido de otra índole recordando al respecto lo que la doctrina denomina coautoría impropia, donde el partícipe realiza comunitariamente, con varias personas, una misma conducta típica, respondiendo a un reparto funcional de la acción delictiva, en el que se distribuyen entre los criminales las tareas de ideación, dirección y coordinación de las diversas conductas encaminadas a conseguir el fin ilícito o, lo que es igual, guardando la unidad de designio criminoso.

A Durán Ramírez, dijo claramente el Tribunal, le correspondió por lo menos en lo que cuenta el expediente, la etapa posterior del suceso criminal que no era otra a la de hacer efectiva parte de los cheques hurtados a “Comapán”, mediante la apertura de una cuenta de ahorros en “Corpavi”, a nombre de David Cano, lo que se hizo al siguiente día hábil de cometido del delito, pretendiendo a través de ella hacerse pagar veinte (20) cheques mediante el concurso de Ospina Ospina. Por ello, el que el día del asalto armado a “Comapán” hubiese estado en Ibagué, en nada contribuye a cambiar el panorama de su situación jurídica.

Ahora bien, en lo se refiere a la presunta transacción entre Durán y Cano, de la que fueron testigos las personas a las que el procesado quiso que citaran para corroborar su acierto, es de ver que tampoco poseen la fuerza necesaria que permita destacar la responsabilidad

que se le de achaca a Durán Ramírez. El que hubieran presenciado la supuesta compra de los cheques por una suma crediticia de dólares, en efectivo, no explica la actitud posterior del acusado quien, en compañía de Cano, llevó a Ospina a la entidad crediticia para depositar dichos títulos valores.

Si fue asaltado en su buena fe, no se explica el porqué de sus prevenciones, llegando incluso a contratar un intermediario para conseguir cambiar los cheques mediante una cuenta de ahorros espuria. Tampoco se explica la razón de su huida regresando a su hogar para de inmediato partir, llevándose las fotos que poseía su esposa, con el evidente fin de cubrir todas las huellas y eludir con eficacia la acción de las autoridades, presentándose a este proceso únicamente cuando estando detenido por cuenta de otro caso judicial, fue reconocido por Ospina en el centro carcelario, viéndose obligado a hacer acto de presencia, ante el temor de una delación.

Las pruebas impetradas, por tanto, no tenían la fortaleza necesaria para desvirtuar los cargos formulados en su contra. No hubo, por consiguiente, una violación a su derecho de defensa, pues dados estaban todos los elementos de juicio necesarios y rigurosos para predicar la certeza de su responsabilidad.

De otra parte, no es cierto que no se comprobó la existencia de la oficina 320 donde, al decir de Durán, Cano despachaba sus asuntos. Recuérdese el informe suscrito por el investigador especial, Otoniel Tangarife, en el que anota haber hecho una completa pesquisa al edificio, descubriendo como propietario de la referida oficina a César Augusto Plazas, desconociéndose si la tiene para su uso personal o se la dio en arriendo a un tercero.

El lugar existe, indudablemente, pero esto tampoco descarta la participación de Durán Ramírez en el ilícito, ni desvirtúa el acopio indiciario de que se dio cuenta, apenas confirma la existencia de un sitio en que, presuntamente, podía encontrarse a quien dijo llamarse David Cano, nombre ficticio, por supuesto, pues la cédula que presentó quien se hacía llamar de esa forma corresponde a otra persona. El encuentro del lugar, por tanto, llevaría, en el mejor de los casos, a dilucidar la identidad de este personaje, miembro, como, Durán, de la banda de asaltantes que lesionó el patrimonio económico de “Comapán”. Nadie más.

De otra parte, el que no se hubiera vinculado al sumario a David Cano, es una crítica que se cae de su peso ya que, como se ha visto, este es apenas un nombre falso, destinado a ocultar la verdadera identidad de su usuario. Sin ahondar la investigación en este

aspecto, incluso sin saberse a ciencia cierta si es real su existencia, mal podría habersele llamado a comparecer en este proceso. A parte de esto, su presencia, como se extrae de lo dicho en presencia, en nada altera la situación jurídica de Durán Ramírez, cuyo protagonismo en el hecho punible es indudable.

Así las cosas, estas carencias probatorias son secundarias, constituyéndose en simple irregularidades que no afectan el derecho de defensa.

No prospera el reproche.

Segundo cargo.

En esta censura, la casacionista se refiere a una apreciación errónea de la prueba indiciaria, para configurar un error de hecho por falso juicio de identidad. No obstante, temprano, cuando apenas han transcurrido los primeros renglones, se aparta de la senda escogida, virando hacia el error de derecho por falso juicio de convicción. Su queja, en ese momento, no de distorsión sino de justiprecio, pues a unas "...definiciones de autoría..." elevó a la categoría de indicio vehemente, mientras que a unas presunciones les dio el rango de plena prueba de responsabilidad y culpabilidad del procesado.

La dilogía es evidente al entremezclar estos dos sentido, diferentes tanto en su naturaleza como en sus efectos, como que el error de hecho tiene que ver con la expresión de la prueba, mientras que el derecho se refiere a los tropiezos cometidos en su evaluación. La confusión del planteamiento no solo desborda la lógica del recurso, también conspira contra el principio de no contracción, regente de la impugnación y, además, oscurece de tal manera el pensamiento de las casacionista, que convierte sus palabras en simples divagaciones alrededor de un tema determinado, lucubraciones aceptables en las instancias, pero que merecen el rechazo en sede de casación, donde se procura demostrar si la sentencia impugnada se ajusta a derecho y no si una tesis cualquiera tenía posibilidades de salir avante.

Aunque esta bastaría para inadmitir el ataque, otras falencias más le indican a la Corte que su tarea no ha terminado. La insistencia sobre la inocencia de su defendido, hacen que la impugnante cometa otros yerros contra la técnica del recurso, Aducir, como lo asegura, que Durán Ramírez se encuentra en la misma situación de Ospina Ospina, por lo que su suerte debió ser la misma de éste, es decir, culpable de favorecimiento, implica advenir que el fallador calificó

erradamente la actuación en la resolución de acusación, lo que de por sí vicia de nulidad todo lo actuado de ahí en adelante. La causa tercera, es la indicada, si tales eran las intenciones de su razonamiento.

De otro lado, sus afirmaciones sobre parcialidad manifiesta de los juzgadores en contra de Durán Ramírez, tampoco aportan luces jurídicas al debate que está promoviendo. Frases así conforman opiniones, modos personales de pensar e interpretaciones propias, ajenas al recurso, como ya se observó, pues si considera que fue una actuación torcera la que motivó a los sentenciadores para emitir sus providencias condenatorias, tiene el derecho de poner tales situaciones en conocimiento de las autoridades competentes para que adelante la investigación de rigor. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M, Acta No. 137, 18-11-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p. 350).

N.V.A. Art. 29 C.P.

TEMA XI. COAUTORÍA IMPROPIA. Concepto genérico

Coautoría impropia quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero todos colaborando con los demás en el propósito común, razón por la cual se refiere la doctrina a una "división de trabajo".

(...)

De manera alguna acierta la casacionista cuando afirma que para clausurar investigación deben haberse practicado todas las pruebas posibles. No: Tratando de cumplir razonablemente los términos, la investigación ha de cerrarse cuando al menos ya se hayan aportado las pruebas especiales. Así, el funcionario debe tratar de evacuar rápidamente los principales elementos de juicio que en su momento le sirvan para calificar de una u otra manera el sumario.

Ahora bien: También yerra al aseverar que, igualmente, no se puede proferir el fallo si en la etapa del juicio no se han practicado las pruebas que –a juicio de alguna de las partes- falten. Como se dijo en el punto precedente, lo importante es que no falten las pruebas cruciales, de cara al proferimiento del respectivo fallo. Al respecto, el funcionario debe tener en cuenta que unos son los requisitos que a esa ley exige para acusar, y otros los necesarios debe ser cuidadoso en la etapa del juicio.

Pero en este caso concreto (las alegaciones de cualquier índole no deben ser generales y abstractas, sino referidas al específico caso que se debate), las aludidas pruebas especiales fueron practicadas en la etapa investigativa, como son los testimonios de las personas protagonistas de los hechos, y los de los policiales que conocieron del caso. Si bien el Tribunal, como atrás se anotó, determinó que debía practicarse la inspección judicial pedida por la defensa, dejó sentado muy claro que ello únicamente obedecía a que el juez pudiera tener más o mayores elementos de juicio al proferir el fallo, es decir que esa prueba no sobraba. Pero tal cosa de modo alguno significa que esa inspección judicial en el lugar de los hechos hubiera cambiado la situación procesal; o por lo menos el casacionista se abstuvo de demostrarlo.

Además, debe repetirse que el Juzgado Segundo Superior de Santafé de Bogotá hizo todo lo posible, todo lo posible, todo lo que estuvo a su alcance para cumplir con la práctica de esa prueba, pero la misma no pudo llevarse a cabo porque ninguno de los testigos compareció, como se dejó expresa y repetida constancia (cuaderno número 4). Entonces, se aleja de la verdad el censor al sostener que el Juzgado no quiso practicar la inspección judicial.

De otro lado, sin sustento alguno, el casacionista dice que el tampoco se evacuaron otras citas o probanzas que podrían favorecer al procesado Villegas Jara. Por parte alguna el censor dice cuáles las pruebas que han debido practicarse, y obviamente que tampoco precisa la incidencia de cada una de esas pruebas.

Aquí es imperioso anotar que los testigos de los hechos e intervinientes en los mismos –en su mayoría las víctimas- fueron claros al decir que todos los cuatro sujetos que arribaron a los billares (3 de los cuales son los procesados) tomaron parte en los delitos, sin excluir el delito de homicidio. “LE DABAN” A R.J., dijeron los testigos.

Pero es más: La víctima de homicidio tentado, R.M., declaró firmemente que “el más viejo” es justamente el procesado R.V. (tío del resto de acusados), y también es caro que “el chino” es R.J., el aquí occiso. Igualmente la testigo M.M. sostuvo que “el más viejo” fue el que apuñaló a R.M.. (fl. 160-1).

Y es que evidentemente el occiso y los sujetos pasivos de los homicidios tentados no recibieron un solo golpe, sino varios con

armas cortopunzantes, de donde la “individualización” de cada golpe se torne innecesaria frente al reproche penal. No se olvide que, en esos términos, la sentencia de primer grado habló expresamente de “coautoría impropia” (fl. 166-4), lo cual quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero los demás en el propósito común (aquí el de matar), razón por la cual se refiere la doctrina a una “división de trabajo”. En esas condiciones, en este caso no es imprescindible que todos y cada uno de los tres procesados hayan propinado a R.J. una herida mortal. No: Para imputarles a todos los tres el homicidio consumado en cuestión (tal como se hace en el fallo impugnado) lo que debe estar probado es que los tres con el mismo designio común, colaboraron en esa muerte, poniendo cada uno su parte para producir la misma, tal como aconteció en el caso sub judice.

De otra parte, este cargo adolece de un grave defecto en su formulación, ya que en vez de dedicarse a demostrar que la inspección judicial y las otras pruebas que echa de menos, de haberse practicado cambiarían el sentido del fallo impugnado, realiza, en cambio, una crítica probatoria a las pruebas practicadas, saliéndose entonces de la causal de nulidad que propuso para penetrar en la violación indirecta de la ley (causal primera), como lo afirma su aseveración de que la sentencia “acomoda la prueba testimonial” (fl. 140-5).

Por todo lo anterior, se desprende nítidamente que el cargo lo prospera.

Cargo segundo:

Todo hace ver que el casacionista se confunde al afirmar que existe nulidad por “imputación de cargos con violación al principio de no contradicción” (fl. 142-5), pues este principio lo que implica es que vulnere la lógica alegando al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto, cosas excluyentes u opuestas. Precisamente es a este principio a que alude el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuando dentro de los requisitos formales de la demanda impide que se hagan dentro de un mismo cargo, reproches excluyentes.

Se anotó arriba que parece que el casacionista se confunde, porque en el desarrollo des reparo lo que deja ver es que alude al principio procesal de la contradicción probatoria, que tiene que ver estrechamente con la publicidad de la prueba, y que en términos generales consiste en que al respectivo sujeto procesal se le conceda

la oportunidad de rebatir las imputaciones en su contra: Por parte alguna el censor demuestra que al procesado Villegas Jara se le aya impedido u obstaculizado tal derecho a defenderse.

Desborda al actor los argumentos iniciales del cargo, para retomar la alegación atiende a que “jamás se delimitaron los grados de responsabilidad”, olvidando que, como se dijo en el punto precedente, tal cosa no resulta aquí necesaria, entiendo por cada “grado de responsabilidad” la acción que ejecutó cada uno de los acusados. Además, ya también se vio que al menor por lo que toca al procesado Villegas Jara (a nombre de quien se hace la imputación que se está examinado), sí existen esas imputaciones concretas que dice omitidas el casacionista.

(...)

El error de hecho por falso juicio de identidad consiste, en resumen, en hacer decir a la prueba algo que materialmente no dice, siempre que tal desfiguración resulte manifiesta.

El casacionista se limita a proponer ese error, pero sin demostrarlo en mínimo grado. En cambio, contrariando lo que afirma el actor, y al ratificar el inicial informe de la Policía (fl. 3-1), los policiales que dieron captura a los procesados declararon (fls. 151 y 153-2) que Villegas Jara tenía las manos ensangrentadas, que los machetes los botaron cuando corrían y que en ese momento de la aprehensión, los testigos reconocieron a los capturados y dijeron “que ellos habían sido” participantes en los hechos. Ahora bien: Que en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, no haya ocurrido lo propio, se explica porque –como ellos mismos lo declaran después- a los testigos les dio temor reafirmar que sí eran los mismos agresores, cuya ferocidad ya naturalmente conocían a raíz de la delincuencia recién ocurrida.

En la relación con la queja del casacionista porque no se enviaron los dichos machetes al Instituto de Medicina Legal, el Tribunal acertó al precisar: “En cuanto al envío de las armas a Medicina Legal para su examen, considera la Sala que aquella prueba no arrojará luz al proceso y no ayudará al juzgador para el esclarecimiento de los hechos, ya que el proceso cuenta con prueba diferente que al ser analizada de manera correcta servirá para determinar la clase de herida, con l cuál arma debió causarse, etc., y por esta razón se estima improcedente o inconducente...” (fl. 40-2).

En cuanto a las consideraciones que el casacionista hace con respecto a la participación de personas en el delito, y concretamente a la coautoría, de nuevo se insiste en que la acusación y en el fallo expresamente se anotó que los procesados actuaron conjuntamente y con división de trabajo, lo cual torna impertinentes los insistentes reclamos del censor en relación a que no se sabe o no se dijo qué había hecho en concreto cada uno de los justamente, objeción esta del casacionista que, e el fondo, copa todo su escrito impugnatorio.

(...)

El yerro de derecho por falso juicio de legalidad que propone el casacionista con base en la aseveración de que la prueba no se apreció en conjunto (casi baste decir que no sustenta ese mero enunciado), es un error equivocadamente identificado, pues sábase que este consiste en que determinada prueba se practique o allegue con pretermisión de los requisitos legales esenciales, cosa que la hace inexistente y por lo tanto no analizable desde ningún ángulo. Ni de lejos el censor demuestra que esa pretermisión se haya dado en el presente caso.

El no evaluar la prueba sistemáticamente o en conjunto, viene a conformar un yerro de hecho, como cree la Delegada, en cuyo caso es menester que el casacionista establezca y pruebe a la Corte los errores cometidos en el análisis de cada prueba por causa de no haber tenido en cuenta otros datos probatorios, omisión esta que, se insiste, tiene que ser esencial para que afecte el cuadro probatorio. Desde luego que el censor no demostró estar en presencia de esta hipótesis, sino que se dedicó a disentir de la valoración probatoria general que hace el sentenciador, penetrando entonces en los terrenos de un falso juicio de convicción, error de derecho no admitible en la actualidad ante la ausencia de tarifa legal.

De todas modos, veáse un aparte del fallo, en el que se hace referencia a la responsabilidad de los procesados: “Así, pues, fueron señalados de manera equivocada los acusados como los mismos que en la noche del 8 de abril de 1990, con armas cortocontudentes causaron la muerte a Luis Adelfo e intentaron matar a otras dos, tal como con claridad ha quedado demostrado en el plenario” (fl. 74-5)

N.V.A. A. 29 C.P.

TEMA XI. COMPLICIDAD. Punibilidad

(...)

“Por ejemplo, en la sentencia del 14 de febrero de 1995 (radicación ..., M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz), la Corte indicó:

La pena máxima privativa de la libertad para los cómplices del delito de estafa, agravado por la cuantía, es ciertamente, como lo consigna el Procurador Delegado, de 12 años y seis (6) meses, que resultan de la siguiente operación aritmética: 10 años correspondientes al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para la estafa por el artículo 356 del Código Penal, mas 5 años (la mitad de 10) por razón de la cuantía (art.372.1), para un parcial de 15 años, menos 2 años y 6 meses (1/6 parte) por virtud de la complicidad (art.24 ibidem).”

Se observa, pues, sin dificultad, que la sexta parte en la que disminuye la sanción para los cómplices fue aplicada al máximo de la pena prevista para el delito de estafa agravada.

7. Claro que en el marco del Código Penal, Decreto 100 de 1980, el legislador no señaló en forma expresa la manera de aplicar la disminución de la pena a los cómplices, en el sentido que no indicó cuál de las dos cantidades se debería restar del mínimo y cual se sustraería del máximo.

No obstante, la única hermenéutica posible del derecho penal, aceptable en el ámbito de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, es aquella según la cual todo precepto que comporte la privación de la libertad de locomoción de las personas, debe interpretarse y aplicarse en modo restringido, no ampliado, como lo hizo el Tribunal Superior de Cali.

Lo anterior se enraíza en la esencia del modelo de Estado social, democrático y de derecho, fundado en la dignidad humana y en el reconocimiento de que el derecho de sancionar penalmente (*ius puniendi*), será legítimo sólo como última medida (*última ratio*) y en la menor cantidad posible, compatible ésta con los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la pena.

En la misma esencia del Estado y en la raigambre constitucional de los principios del derecho penal contemporáneo se cimientan otras instituciones, que en todo caso tienden a morigerar la situación del sindicado, siendo ellas también reflejo de que la intervención en los derechos fundamentales que confieren dignidad a las personas, para recortarlos o perturbar su pleno disfrute, sólo es legítima cuando se hace en mínima parte; entre ellas, la presunción de inocencia, el

principio *in dubio pro reo*, el principio de favorabilidad ante la sucesión de leyes penales en el tiempo, el principio de prohibición de la analogía en mala parte y el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

8. En el régimen penal vigente, Ley 599 de 2000, ya no subsiste la discusión que el caso examinado comporta, puesto que el artículo 60, que establece los *parámetros para la determinación de los máximos y mínimos aplicables*, en su numeral 5° estipula:

“Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica”

Como para la complicidad el artículo 30 *ibídem* reserva la pena prevista para la correspondiente infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad, no cabe duda que la rebaja de la mitad se predica del mínimo y que la merma de la sexta parte se efectúa del máximo.

Aunque, se insiste, la misma solución era la jurídicamente válida para la complicidad en el artículo 24 del Código Penal anterior, de cualquier manera, si alguien opinara diferente, en la actualidad la pena para el cómplice debe ser calculada con arreglo a las nuevas normas, por resultar los preceptos sustanciales vigentes más favorables.

Se observa, pues, sin dificultad, que la sexta parte en la que disminuye la sanción para los cómplices fue aplicada al máximo de la pena prevista para el delito de estafa agravada.

7. Claro que en el marco del Código Penal, Decreto 100 de 1980, el legislador no señaló en forma expresa la manera de aplicar la disminución de la pena a los cómplices, en el sentido que no indicó cuál de las dos cantidades se debería restar del mínimo y cual se sustraería del máximo.

No obstante, la única hermenéutica posible del derecho penal, aceptable en el ámbito de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, es aquella según la cual todo precepto que comporte la privación de la libertad de locomoción de las personas, debe interpretarse y aplicarse en modo restringido, no ampliado, como lo hizo el Tribunal Superior de Cali.

Lo anterior se enraíza en la esencia del modelo de Estado social, democrático y de derecho, fundado en la dignidad humana y en el reconocimiento de que el derecho de sancionar penalmente (*ius puniendi*), será legítimo sólo como última medida (*última ratio*) y en

la menor cantidad posible, compatible ésta con los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la pena.

En la misma esencia del Estado y en la raigambre constitucional de los principios del derecho penal contemporáneo se cimientan otras instituciones, que en todo caso tienden a morigerar la situación del sindicado, siendo ellas también reflejo de que la intervención en los derechos fundamentales que confieren dignidad a las personas, para recortarlos o perturbar su pleno disfrute, sólo es legítima cuando se hace en mínima parte; entre ellas, la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, el principio de favorabilidad ante la sucesión de leyes penales en el tiempo, el principio de prohibición de la analogía en mala parte y el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

8. En el régimen penal vigente, Ley 599 de 2000, ya no subsiste la discusión que el caso examinado comporta, puesto que el artículo 60, que establece los *parámetros para la determinación de los máximos y mínimos aplicables*, en su numeral 5° estipula:

“Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica”

Como para la complicidad el artículo 30 *ibídem* reserva la pena prevista para la correspondiente infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad, no cabe duda que la rebaja de la mitad se predica del mínimo y que la merma del la sexta parte se efectúa del máximo.

Aunque, se insiste, la misma solución era la jurídicamente válida para la complicidad en el artículo 24 del Código Penal anterior, de cualquier manera, si alguien opinara diferente, en la actualidad la pena para el cómplice debe ser calculada con arreglo a las nuevas normas, por resultar los preceptos sustanciales vigentes más favorables”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 20-02-03, Magistrado ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL)

N.V.A. Art. 30 C.P.

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. Tradicionalmente se ha dividido la complicidad en necesaria -la colaboración se presta conscientemente y es de tal magnitud, que sin ella no se habría podido cometer el delito- y accesoria -colaboración de escasa importancia, sin la cual se hubiera podido consumar el delito, pero que de todas formas ha favorecido su comisión-. Se diferencian complicidad y coautoría, en el orden subjetivo: el cómplice actúa con el conocimiento de que ayuda a otro en un delito al cual es ajeno, mientras el coautor realiza la conducta con la conciencia de que ejecuta un hecho punible propio.

La institución comprende la contribución a la realización del delito tanto antecedente como concomitante, la ayuda ha de ser siempre posterior, aunque fundamentada en el acuerdo previo o concomitante; de la misma manera la complicidad necesaria siempre adquiere las dos primeras categorías -ella se traduce en tomar parte de manera fundamental en el hecho-, mientras que la complicidad accesoria puede surgir con posterioridad al perfeccionamiento del hecho, asumiendo características de simple colaboración, protección o ayuda.

El cómplice no tiene el dominio del hecho, no obstante que su contribución puede ser importante o fundamental, vista en concreto, pero participa en un punible ajeno, no tiene el poder o las "riendas" de su efectiva realización; el anterior criterio objetivo, permite fundamentar la atenuación punitiva para el cómplice: se trata de simple contribución o colaboración, pero nunca de realización, lo cual genera una menor necesidad de pena. No obstante, la aplicación de este parámetro, de menor gravedad frente a la autoría, no puede caer en deducir complicidad en el favorecimiento interior, el consejo, el apoyo moral o la aprobación del acto delictual; la contribución siempre ha de adquirir un cierto grado de eficacia causal frente al acto realizado.

La estructura adoptada mantiene las diferencias dogmáticas entre el género delictual del encubrimiento y la figura general de la complicidad. El encubridor -sentido lato- debe obrar sin previo acuerdo con el agente del delito inicial, el cual adicionalmente, debe encontrarse plenamente agotado.

El anterior es el elemento diferenciador de este punible con la regulación estructural de la complicidad establecida en los artículos 24 (C.P. de 1980) y 30 inciso 2^a (C.P. de 2000): si existe convenio, concierto o acuerdo previo o concomitante, surgirá ésta y nunca el punible de encubrimiento, pues “el cómplice posterior” es un concepto lógicamente contradictorio que nos llevaría a afirmar que “la causa es posterior al 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; de la misma manera 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 de lo antijurídico 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.

El proceso de determinación cuantitativa no solo ofrece la variación de mínimos y máximos en relación con los topes establecidos en la ley, sino que ellos pueden presentar una segunda diversificación y consiguiente concreción, en relación con las proporcionalidades con que la legislación suele modificarlos y con la forma como se presentan normalmente tales variaciones. Las reglas de modificación de los topes mínimos y máximos constituyen un segundo límite, que con el nuevo Código adquiere carácter normativo, para el funcionario jurisdiccional, pues como se verá, se trata de operaciones de proporcionalidad que no pueden ser evadidas en el fallo.

Los límites mínimo y máximo pueden ser modificados tanto para atenuación o disminución cuantitativa de la pena como para su agravación. Por ambos aspectos la variación se puede presentar en las siguientes modalidades: a) forma simple: modificación punitiva en una determinada proporción; b) forma mixta: modificación variable cuyo límite es una proporción determinada y, c) modificación en dos proporciones determinadas.

Así, la forma simple es utilizada en el nuevo Código en el artículo 401 al estatuir las circunstancias de atenuación punitiva del delito de peculado; en los tres incisos de la norma la pena se disminuye en “la mitad”, “en una tercera parte” y “en una cuarta parte” respectivamente. Esta forma de modificación a los límites afecta tanto al mínimo como al máximo de la pena en la proporción indicada por la norma . Si en el ejemplo se trata de un peculado por apropiación, que tiene establecida prisión de seis a quince años (art. 397 Idem.), y se encuentra presente la atenuación específica del artículo 401 inc. 1ª por reintegro de lo apropiado antes de iniciarse la investigación, el límite máximo y mínimo se disminuirá en la mitad, es decir que la pena a imponer oscilará entre 36 meses (mitad de seis años) y 90 meses (mitad de quince años) de prisión. Aquí hemos aplicado la hipótesis de modificación consagrada en el Nª 1ª del artículo 60 del Código de 2000. Consideramos que en esta regla de variación no se restringe el ámbito judicial de individualización, pues en ella el juez sigue teniendo un margen mas o menos amplio en el que se ha de mover para llegar a la definición concreta. (opinión contraria Cfr. SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Pena privativa de la libertad, p. 43).

La segunda forma de modificación que denominamos mixta, comprende el aumento o disminución hasta en una proporción; es mixta en cuanto la norma modificadora establece una proporción, pero no en forma absoluta como en el primer caso, sino como un máximo de modificación, ya sea para atenuar o para agravar. Si se trata de aumento de la pena hasta en una proporción determinada, ella se debe aplicar a la máxima de la establecida en el tipo que se agrava, en aplicación del numeral 2ª del nuevo artículo 60. Así por ejemplo, el artículo 116 (Idem.) tipifica las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, si la pérdida es de la función, la pena oscila entre seis y diez años de prisión -de 72 meses a 120 meses-; si nos encontramos prestos a individualizar la pena y se encuentra demostrado el segundo evento, la pena de prisión oscilará entre 72 meses -mínimo que no se modifica- y ciento sesenta meses -10 años, más la tercera parte-, límite máximo modificado.

En resumen si la norma establece que la pena aumentará hasta en una determinada proporción, ello significa que el margen para el funcionario judicial oscilará entre el tope mínimo establecido y el tope máximo aumentado en la proporción señalada en la norma. Si se trata de disminución de la pena hasta en una proporción, ésta se

debe aplicar al mínimo establecido en el respectivo penal que se atenúa, con el mismo procedimiento reseñado para el caso anterior -aumento hasta en una determinada proporción-, con lo cual, el espacio para el juzgador estará entre la pena mínima prevista en la norma básica, reducida en la referida proporción, e irá hasta la pena máxima consagrada en la misma (art. 60 N^a 3 Código de 2000).

La tercera forma de modificación que denominamos compuesta, considera el aumento o disminución de la pena en dos proporciones, a esta hipótesis de variación corresponde la formulación normativa de la pena prevista para el homicidio preterintencional (art. 105 C.P. de 2000) al expresar: "... incurrirá en la pena imponible de acuerdo a los dos artículos anteriores (forma simple y agravada de homicidio) "disminuida de una tercera parte a la mitad"; y al evento de agravación corresponde la prescripción contenida en el nuevo artículo 110 que describe las circunstancias de agravación del homicidio culposo estableciendo su modificación punitiva respecto del tipo básico: "... la pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad."

En el ejemplo atenuante del homicidio preterintencional tenemos que la pena del tipo básico (homicidio simple) está entre trece y veinticinco años de prisión -156 a 300 meses- (art. 103 C.P. de 2000), pero si nos encontramos tasando la pena para un caso concreto de homicidio preterintencional, la variación de la pena mínima será la mayor de las dos proporciones y la variación de la pena máxima será la menor de las dos proporciones; para el ejemplo, la mitad es mayor que la tercera parte, con lo cual aquella se aplicará al mínimo y ésta al máximo, de donde la pena del homicidio preterintencional oscilará entre 78 meses de prisión (156 meses menos su mitad) y 225 meses de prisión (300 meses, menos sus tres cuartas partes); con lo anterior hemos dado aplicación al N^a 5^a del nuevo artículo 60.

Para el ejemplo agravante del homicidio culposo, el tipo básico establece prisión de dos a seis años -24 meses a 72 meses-, como se trata de aumento en dos proporciones, la variación de la pena mínima será la menor de las dos proporciones, para el caso la mitad es mayor que la sexta parte, con lo que aquella se aplicará al máximo y ésta al mínimo, de donde la pena agravada del homicidio culposo (art. 110 C.P. de 2000) estará entre 28 meses (24 meses, más su sexta parte) y 108 meses (72 meses, más su mitad) dando aplicación al N^a 4^a del nuevo artículo 60).

TEMA XII. COPARTICIPACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL TRABAJO CRIMINAL. Responsabilidad.

La Sala Penal de la Corte, ocupándose del fenómeno de la coparticipación criminal en el delito, ha dicho:

“Es 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 del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista aisladamente no permita una directa subsunción en el tipo, porque 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...Así mismo, si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidios, todos serán coautores de hurto y de la totalidad de los atentados contra la vida y la integridad personal, aún 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 se podían derivar.”

La Sala también ha dicho que “Resulta ilógico e injurídico pretender que se responsabilice a cada interviniente en una empresa criminal únicamente por la tarea parcial que le correspondió cumplir, pues ello haría imposible la configuración de la coautoría impropia, ya que ésta emerge de un plan común, del dominio colectivo del suceso, de la distribución de funciones, cada una de las cuales es una pieza de la realización del resultado comúnmente querido, la que, como tal, no puede ser considerada aisladamente, pues podría aparecer como despreciable o ineficaz y, por ende, impune, y que solo adquiere relevancia en el conjunto y con relación al plan criminal propuesto”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Sentencia de Casación, 16-07-01, Acta N^o.98, Expediente N^o 10600)

N.V.A. Art. 29 C.P.

COMENTARIOS

¹ Sentencia del 28 de febrero de 1985. M. P. Luis Enrique Aldana Rozo.

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. Tiene su fundamento en la necesidad de represión de la codelincuencia, 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.

La incriminación de tales conductas se justifica de manera genérica en que la acción delictiva realizada por varios agentes es más eficaz y por ende más reprochable. La codelincuencia presenta estadísticamente enorme frecuencia en los delitos más graves y demuestra temibilidad y profesionalidad en los delincuentes. La figura se estructura dogmáticamente como un dispositivo amplificador del tipo, pues extiende la tipicidad a conductas que por si solas no se subsumen en ninguna descripción.

Por lo anterior, dogmáticamente la participación se ubica en el tema de la tipicidad y no en la antijuridicidad o culpabilidad, ni como mecanismo de extensión de la punibilidad.

TEMA XIII. DETERMINACIÓN Y AUTORÍA. Tipos con sujeto activo cualificado.

Aunque los anteriores desaciertos son suficientes para rechazar el cargo, no sobra advertir que es cierto que B fue condenado no como servidor público sino como particular, pero en la modalidad de determinador y, como tal, debía responder por el hecho punible realizado por quien si poseía tal calificación, pues a quien se exige que reúna en su comportamiento todos los elementos del tipo penal es el autor material y no aquél , que no es autor bastándole que haga nacer en otro la intención de delinquir para que responda como partícipe, en iguales condiciones punitivas a las del autor (art. 23 del C. Penal.)

Como lo ha hecho la dicho la Sala:

La calificación 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 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” .(sentencia junio 3/1983).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA, Sentencia de Casación. 03/04/00, Acta N°.51,Expediente N° 12012)

N.V.A. Arts. 29, 30 C.P.

COMENTARIOS

Estos hechos punibles, como quedó estudiado, son de sujeto activo cualificado jurídicamente con lo cual solo una determinadas personas en quienes concurren las calidades exigidas, pueden intervenir en ellos como autores.

Solamente 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. 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 contra la administración pública, 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..

De esta forma es incuestionable que a la luz de nuestro sistema penal vigente que un particular o un servidor público que no tenga funciones de custodia, administración o tenencia de bienes del

Estado, provoque en otro sujeto que si las reúne la realización del peculado por apropiación.

La figura de la complicidad también es perfectamente aplicable con el fin de incriminar la conducta del particular copartícipe, cuando este 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 habrá por lo menos doctrinalmente la puerta a la arbitrariedad en la determinación y valoración de los elementos del comportamiento punible.

TEMA XIV. DETERMINADOR. Particular (extraneus). Punibilidad. Hipótesis.

C.C., quien actuó en condición de particular, fue condenado por el delito previsto en el artículo 223 del Código Penal de 1980 en calidad de determinador y por esta razón se le cuantificó la pena con sustento en los límites allí previstos para los servidores públicos, vale decir entre 3 y 10 años. Se trataba de la posición jurisprudencialmente admisible en vigencia de dicho estatuto e igual lo era, en casos así, la de extenderle al determinador (o al cómplice) el término de prescripción de la acción penal en la tercera parte prevista para los servidores públicos. Esta situación cambió con la vigencia de la ley 599 de 2000.

(...)

“El determinador, entonces, responde por la pena prevista en la respectiva disposición. Pero si se trata de persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo penal (en este caso la de servidor público) los extremos de la sanción varían en la cuarta parte.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Sentencia de Casación, 25-04-02, Acta N° 38, Expediente N° 12191)

N.V.A. Art. 30 C.P.

TEMA XV. DETERMINADOR. Concepto y caracterización

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.

Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se toman como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado omni modo facturus); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización

típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global, ya no sería determinante sino verdadero coautor material del injusto típico.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sentencia de Casación, 26/10/00, Acta N°.183, Expediente N° 15610)

N.V.A. Art. 30 C.P.

TEMA XVI. COPARTICIPACIÓN. Concepto y naturaleza

“El fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de autores, coautores y cómplices ... Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (P.J. y D. hacen sendos disparos de revólver sobre J. y lo matan), ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común”.

“...serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos- que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya” (M. P. Alfonso Reyes Echandía) (resalta la Sala, ahora).

“Esta posición de la Corporación, expresada cuando comenzaba la vigencia del Código Penal de 1980, ha sido mantenida y repetida en forma unánime. Con el tiempo, al primer supuesto (P.J. y D. hacen sendos disparos de revólver sobre un tercero y lo matan), se le denominó “coautoría propia”, en tanto que al segundo (los agentes activos realizan una misma actividad ilícita con reparto de tareas) se le llamó “coautoría impropia”, en atención a que cada cual actúa por su lado, pero todos aportan para el propósito común. Por esta circunstancia, se hacía, y se hace, referencia a la “división funcional de trabajo” (Confrontar, por ejemplo, la sentencia del 11 de mayo de 1994, radicado ..., M. P. Guillermo Duque Ruiz).

“El criterio no varió. Por el contrario, se insistió en que el mismo, a pesar de la redacción del artículo 23 del Decreto 100 de 1980, estaba incluido dentro de la definición de autor. Y la descripción expresa que de coautores introdujo el inciso segundo del artículo 29 del actual Estatuto represor (Ley 599 de 2000) no permite la interpretación que intentan los defensores, pues si la acepción de coejecutores parte y se apoya en una pluralidad de autores, el concepto ya quedaba contenido en la primera disposición.

“Y precisamente con recientes palabras de la Corte se puede responder a la principal preocupación de los casacionistas.

Dijo la Sala el 11 de julio del 2002, dentro del proceso radicado con el número ...:

“No se puede “dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido” (M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

“El concepto “impropio” se utiliza con el alcance de lograr la diferenciación anotada, razón por la cual no son admisibles los estudios filosófico-gramaticales por los que discurre el apoderado del señor E.E. El problema, como con acierto anota el Ministerio Público, y quedó demostrado en los anteriores apartes, no es de nombre sino

de fenómeno”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación 24-04-03, Magistrado ponente: Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

N.V.A Arts. 28, 30 C.P.

TEMA XVII. COPARTICIPACIÓN. Dispositivo amplificador del tipo.

“Desde la expedición del Decreto 100 de 1980, la jurisprudencia de la Sala, de manera pacífica, dejó sentado que cuando en la ejecución de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal intervenía más de una persona, era necesario acudir a los “amplificadores” establecidos en su parte general.

“Lo anterior, porque para imputar al sindicado la condición de autor o cómplice, no resultaba indispensable que tomara parte en la totalidad de las fases de preparación o ejecución del delito, pues que era suficiente que, existiendo unidad de propósito, participara en cualquiera de las etapas del recorrido criminal, de lo cual surgiría si se trataba de un colaborador o de un autor, condición última que, a la vez, podía ser cargada no sólo al que cumpliera el acto material, sino a quien por tener tanta responsabilidad como éste, resultaba siendo coautor.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación 24-04-03, Magistrado ponente: Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

N.V.A. Arts. 28, 30 C.P.

TEMA XVIII. COMPLICE NECESARIO.

“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 conscientemente 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 XIX. COMPLICIDAD CODIGO DE 1936: PREVIAMENTE CONCERTADA. OBRAR CON LA 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 coincidental 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: 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 (tipo subjetivo). 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 XX. SUJETO ACTIVO CUALIFICADO. COMPLICES 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 calificado. 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 esta 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 pasa 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 Roza, 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 sino 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 colma 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 copartícipe, 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.

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 "nullo 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 XXI. PARTICIPACION. TRANSITO DE LEGISLACION. 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 entratándose 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.

TEMA XXII. 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, centrando 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 el 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 delincuencia, 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 mancomunada 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 XXIII. 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 sindicado 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).