

Proceso N° 11925

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 62

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil (2000).

V I S T O S

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 1° de febrero de 1996, en la que al confirmar la del Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 31 de agosto de 1995, condenó a FAIFER ALAY FLÓREZ AVILA a la pena principal de 45 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los daños y perjuicios, como coautor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

H E C H O S

El Juzgador de segundo grado los sintetizó en los siguientes términos:

“Tuvieron ocurrencia la madrugada del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en el sitio denominado ‘La Balastreira’, zona aledaña al barrio Boquerón, a un lado de la carretera que de esta ciudad (Ibagué) conduce a Cajamarca,

donde fue muerto violentamente JESÚS EDUARDO NARVAEZ, conductor del taxi distinguido con las placas WTF 604, por parte de SILVINO TOLEDO PABÓN y FAIFER ALAY FLOREZ AVILA, quienes requirieron del servicio público, para seguidamente, en el lugar indicado, ultimarle de un disparo de arma de fuego -pistola-, apoderándose del automotor con el fin de trasladarse a la ciudad de Santafé de Bogotá, con tan mala fortuna que en el lugar conocido como 'La Curva de las Gemelas' chocaron el vehículo, abandonándolo inmediatamente, siendo capturados por agentes de la Policía Nacional adscritos a carreteras cuando huían por la vía central Gualanday -Chicoral-".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el acta de levantamiento y en los informes rendidos por un investigador del C.T. I. y por el Comandante de la Patrulla N° 41-009 de la Policía de Carreteras, la Fiscalía 21 Permanente del Tolima, mediante resolución del 14 de diciembre de 1994, dispuso la apertura de la instrucción.

Escuchados en diligencia de indagatoria Silvino Toledo Pabón y Faifer Alay Flórez Avila y allegados varios testimonios, la Fiscalía 49 de la Unidad Primera de Vida, a donde fue asignado el proceso, les resolvió la situación jurídica, el 20 de diciembre siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Practicadas varias pruebas, el 8 de marzo de 1995, se cerró la investigación y, el 21 de abril siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los sindicados, por los citados delitos, decisión que cobró ejecutoria el 25 de abril del mencionado año.

La etapa del juzgamiento le correspondió al Juzgado Once Penal del Circuito de Ibagué que, luego de dictar sentencia anticipada respecto del procesado Silvino Toledo Pabón

y practicada la diligencia de audiencia pública con relación al otro procesado, profirió sentencia de primera instancia, el 31 de agosto de 1995, condenando al acusado Faifer Alay Flórez Avila a la pena principal de 45 años de prisión y a la accesoria de rigor, como coautor de los delitos por los cuales se le profirió resolución de acusación.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de la misma ciudad, al desatar el recurso, concluyó con su confirmación, el 1° de febrero de 1996.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado, al amparo de las causales tercera y primera de casación, formula dos cargos, principal y subsidiario, contra la sentencia del Tribunal, sintetizándose así sus argumentos:

Causal tercera

Cargo único

Asevera que demostrará cómo la omisión “del decreto y práctica de una prueba esencial en el proceso”, el testimonio de la cuñada del sindicado Silvino Toledo, “afectó sensiblemente el grado de responsabilidad que le fuera imputado” a su defendido, violándose su derecho a la defensa, por cuanto dicha declaración “llevaría a demostrar su justificación en la escena del crimen y, por esa vía, a un grado de participación diferente al que se le increpó”, lo que conllevó a la violación de los artículos 249 y 304 del Código de Procedimiento Penal y 250, inciso final, de la Constitución Política.

Dice que la demostración de la censura la centrará en dos aspectos fundamentales: lo que el proceso arrojó sin la prueba echada de menos y la “imprescindibilidad, necesidad y efectos de dicha prueba en la decisión finalmente adoptable”.

En el capítulo que denominó “INVESTIGACIÓN, JUZGAMIENTO Y LA PRUEBA RECLAMADA”, sostiene que en las “decisiones más relevantes durante el proceso”, se afirma que en Bogotá existió, por parte de los procesados, un acuerdo previo para desplazarse a Ibagué con el fin de hurtarse un taxi, afirmación que tanto el instructor como los juzgadores la deducen de las contradicciones en que incurrieron los sindicados respecto de su desplazamiento y por la aceptación que de su responsabilidad hizo Silvino Toledo. Sin embargo, dice, tales conclusiones merecen las siguientes precisiones:

La primera, referida a la investigación, si bien admite que la declaración echada de menos no fue solicitada por la defensa, tampoco se decretó de oficio pese a que la carga de la prueba recae en la fiscalía y en el juez. Además, así como el instructor dispuso lo necesario para establecer la identidad de Gloria Serrato, tía de Faifer Alay Flórez, con el fin de oírla en declaración y verificar la versión de su defendido, también debió proceder a constatar lo dicho por el sindicado respecto de su desplazamiento a Ibagué y Payandé, con el objeto de acompañar a Silvino Toledo a cobrar un dinero que le debía una cuñada, a quien era necesario ubicarla para escucharla en declaración.

En segundo lugar, considera que algunas deducciones hechas en la sentencia de primera instancia, “no parecen tener la fuerza suficiente pensada” por dicho juzgador, pues, en su criterio, la ausencia de la citada prueba, la que de oficio pudo realizarse, condujo a que afirmara que los acusados se pusieron de acuerdo para viajar de Bogotá a Ibagué con el propósito de apoderarse de un automotor, conclusión que la hace surgir de las débiles y contradictorias justificaciones por ellos suministradas, las que nunca fueron corroboradas por la justicia, como era su deber.

Agrega que en cuanto a la llegada a Payandé, el único que se mantiene en su versión en su defendido, lo que no sucede con Silvino Toledo, quien sabiéndose autor material del principal ilícito, “pierde interés”, por razón de la solicitada sentencia anticipada. No

obstante, lo cierto es que ambos acusados, con ciertos matices, “coincidían” en el desplazamiento a Payandé.

Del mismo modo, dice que inferir que los sindicatos pretendían apoderarse de un vehículo por el hecho de haberse conocido en Bogotá y hacerse amigos, resulta equivocado, pues su defendido siempre alegó que el viaje planeado tuvo otro fin distinto, lo que se hubiese podido corroborar con la prueba que reclama.

Igualmente, considera que es equivocada la conclusión del fallador cuando sostuvo que la aceptación plena de los cargos por Silvino Toledo, al solicitar la sentencia anticipada, “desvirtúa todo lo dicho por Faifer Alay, en lo relacionado con la planeación de las conductas delictivas”, pues las consecuencias sólo recaen respecto de aquél y no de su procurado.

Por último, refiriéndose a las precisiones que anunció y luego de transcribir algunos apartes de la sentencia del Tribunal, asevera que ni la huida ni la negativa de los procesados en el momento de su captura sobre su participación en los ilícitos, conllevan necesariamente a deducir que existió un acuerdo para la realización de los delitos y que su representado sabía que ellos se iban a cometer. “La huida, captura y negativa inicial de participación delictual no pueden ser la explicación suficiente del acuerdo previo delictual”, reflexiones que permiten concluir que para resolver la cuestión “se debe practicar la prueba que aquí se echa de menos”.

En el acápite que llamó IMPRESCINDIBILIDAD, NECESARIEDAD Y EFECTOS DE LA PRUEBA SOLICITADA”, explica que el referido medio de convicción, es decir, el testimonio de la cuñada de Silvino Toledo, es imprescindible por cuanto que con él se hubiese corroborado lo afirmado por los acusados respecto de las razones de su viaje, elemento de juicio que debió realizarse oficiosamente, lo que garantizaría el derecho de defensa, omisión que transgredió los artículos 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta

Política.

Además, agrega, tiene incidencia en la decisión tomada, toda vez que “al probarse, con el medio que se reclama, que el acuerdo previo no fue criminal, sino strictu sensu para acompañar a Silvino Toledo a la localidad de Payandé (Tolima) a cobrarle una plata a su cuñada, el grado de responsabilidad de mi defendido será distinto al determinado en las sentencias de instancia: será el de cómplice”.

Causal primera

Cargo único

De manera subsidiaria acusa al sentenciador de haber violado directamente la ley sustancial, al aplicar indebidamente el artículo 23 del Código Penal y, consecuentemente, inaplicar el artículo 24, ibidem.

Dice que argumentará cómo los falladores de instancia determinaron mal el grado de participación de su defendido, al aplicar una tesis que es inadecuada, imputándole una responsabilidad que no le corresponde. Considera que la participación del procesado no es la de coautor, sino la de cómplice.

Luego de anunciar cuál será el orden argumentativo que presentará, procede a realizar un análisis conjunto de la coautoría desde los puntos de vista de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, dice que, en esencia, son dos las tesis existentes entorno a la coautoría: la denominada extensiva, que es la predominante en la jurisprudencia colombiana, y la restrictiva. La primera, “gira alrededor del criterio según el cual los intervinientes que prestan contribución causal a la realización del tipo son autores sin que importe la trascendencia de su contribución”. Bajo éste concepto, “resulta preferible ampliar la

cobertura de la participación, para imputar autoría al mayor número de sujetos posibles, que tengan un actuar relevante en la realización del ilícito”.

En la segunda, “el ámbito de responsabilidad del autor debe estrecharse a sus más estrictos límites, para salvaguardar así caros principios del derecho penal, tales como la especificidad de la imputación y el carácter subjetivo de la responsabilidad”. Agrega que a esta tesis se han adherido las siguientes “subtesis”: “la llamada coautoría del exceso, el acuerdo expreso, la importancia material del aporte y el dominio del hecho”, ocupándose en explicar conceptualmente cada una de ellas e indicando que la segunda de las mencionadas abre “las puertas de nuestra propuesta”.

A continuación se dedica a explicar jurídicamente lo que se ha denominado “LA TESIS DÉBIL EXTENSIVA”, advirtiendo que puede considerarse “como una variante de las subtesis acerca de la restricción de la coautoría”, lo que puede servir como solución adecuada y justa de algunos casos concretos.

Luego de resaltar los orígenes filosóficos y doctrinarios del tema planteado, sugiere que, para la evaluación del grado de participación, dicha tesis se debe exponer bajo la consideración de tres factores: la cooperación consciente, el tipo de cooperación y el resultado material, indicando que la primera debe entenderse como el acuerdo previo sobre el resultado querido o probable; el segundo, a sí se trata de una cooperación residual y prescindible o de una necesaria e imprescindible; y, el último, “el resultado material referirá la objetivización, empíricamente observable del tipo de cooperación”.

Reitera que la tesis propuesta cuenta con posibilidades conceptuales y bondades pragmáticas que, bajo un tratamiento conjunto, permiten su aplicación. Por ello, estima que la tesis extensiva debe ceder el paso a la débil extensiva, pues la legalidad, la vocación humanitaria del derecho penal, la igualdad material y la justicia se constituyen en argumentos que propician tal cambio.

En cuanto al argumento de la legalidad, dice que admitir que toda cooperación en el hecho es coautoría impropia, implicaría acabar con la complicidad. La vocación humanitaria coloca al juez como el llamado a propiciar el entendimiento entre el Estado y el individuo, entre el poder y la garantía, siendo claro que el individuo es quien requiere de protección. Respecto a la igualdad, “no distinguir p. e. los grados de cooperación, sino, por el contrario, medir con el mismo rasero ‘toda cooperación’, ‘por insignificante que sea’ ni el peso específico del resultado material con que contribuye el partícipe, es sencillamente torcer el concepto de igualdad que consagra nuestro ordenamiento constitucional”. Por último, respecto al argumento de la justicia señala que “no se ven bien parados los criterios de justicia material cuando so pretexto de aplicaciones doctrinarias de vieja data aceptadas, pero pocas veces puestas en entredicho, se desconocen los criterios que las tesis dialécticas han identificado como ‘lo justo’... Es más justo, entonces, admitir la posibilidad de la existencia de grados, que la abstracción de todos ellos en un solo concepto, pues es claro que este último evento raya en el dogma”.

Frente al caso concreto, sostiene que admitiendo los medios de convicción obrantes en el proceso, tal como fueron aducidos y valorados por las instancias, considera que se aplicó la tesis extensiva, para de allí deducir “la coautoría como grado de responsabilidad de mi defendido”, cuando, en su criterio, según la terminología usada, “se reduce a la ‘cooperación consciente’ y al tipo de cooperación”.

Después de transcribir un aparte de la sentencia impugnada, advierte que la forma como el Tribunal aplicó la tesis extensiva “ha debido ser distinta si se hubiesen tomado en consideración las reglas de la interpretación que impone la nueva Constitución. Su tesis extensiva no se aviene a los derroteros de la nueva Constitución...”.

Afirma que teniendo en cuenta la tesis débil extensiva, se impone colegir que el grado de participación de su defendido fue la complicidad y no la coautoría, ya que los factores

que sirvieron al fallador como sustento para llegar a dicha conclusión se redujeron a la cooperación consciente y el tipo de cooperación, dejándose por fuera el resultado material, el que, de acuerdo a la tesis propuesta, “es imprescindible de incluir, habida consideración de la naturaleza del mismo y de la posibilidad de ser realizado en ‘empresa criminal’”.

Reitera que de aplicarse la tesis débil extensiva se debe concluir que el procesado debe responder como cómplice y no como coautor.

Dicha tesis impone examinar las variables acerca del “tipo de cooperación, para evitar abstracciones como las hechas en la instancia”, es decir, “el fallo sustituto que deberá proferir la Corte, tendrá que tener en cuenta entre otros los siguientes interrogantes ¿era colaboración imprescindible el hacer el pare al taxi?; era esencial dirigirse a Boquerón?; era necesaria la presencia de Faifer Alay a la hora de la muerte del taxista? o en términos distintos, ¿incidió Faifer Alay en la muerte del taxista, o fue su determinador?”. Agrega que si de la escena fáctica se suprime la presencia de su representado, en nada se afecta la condición de autor de Silvino Toledo, mientras que “si de la misma escena se suprime a Silvino Toledo, la condición de autor de Faifer Alay no encuentra eco alguno”, lo que le permite inferir que no tuvo dominio material del hecho.

Del mismo modo, la tesis débil extensiva exige la verificación del resultado material del partícipe, así como su sopesamiento, toda vez que es factible que exista un determinado grado de cooperación pero que sea inocuo, por cuanto que el resultado material no corresponde a ese grado de cooperación, “como sería el caso de una acción fallida, o simplemente aparezca equis grado de cooperación, el cual no tenga como causa ningún grado de cooperación -ni mucho menos acuerdo previo-, como podría ocurrir en el caso del prevaricato atribuido a la sala de un tribunal”.

Asevera que la Corte podrá darse cuenta “que la prueba definitiva del papel poco y

nada decisivo de mi poderdante, nos la da justamente el último elemento de la tesis débil extensiva: el resultado material. Hay una mera presencia –quizá atónita, miedosa y, en todo caso, reprochable moralmente- de Faifer Alay en el momento de la comisión del homicidio, pero es eso y nada más...”.

Concluye diciendo que no se trata de dejar impune la conducta de su defendido, la que es reprochable penalmente, sino de imponerle la pena justa merecida. Por ello, agrega, considerando los argumentos de la tesis expuesta, se debe admitir que Faifer Alay Flórez fue un partícipe prescindible no necesario en la comisión del homicidio.

Si se aplican los argumentos de justicia e igualdad –agrega- no se puede tratar en la misma forma al que materialmente porta armas a sabiendas de su potencial dañoso y al mero acompañante; al que tiene el “valor” de disparar y causar la muerte y al que mira simplemente.

En consecuencia, pide a la Corte Casar la sentencia recurrida y, consecuencialmente, declarar la nulidad por la violación del derecho de defensa, “a partir del momento en que la Sala considere necesario, a fin de poder decretar y recepcionar el testimonio omitido”.

Subsidiariamente, solicita que se case el fallo impugnado y, por ende, que se condene al procesado en calidad de cómplice del delito de homicidio, haciéndose los ajustes punitivos pertinentes.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO

DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Comienza por advertir que es el propio libelista quien admite que la prueba echada de menos y sobre la cual acusa una violación al derecho de defensa, no fue solicitada por las partes ni se decretó en forma oficiosa, lo que, de entrada, le resta fuerza a sus argumentaciones, pues pone de presente que no existió en los funcionarios judiciales un “ánimo de perturbar las facultades de la defensa, ni se consideró que el testimonio fuera un elemento fundamental para la toma de las decisiones”.

Recuerda que dentro de la investigación penal surgen múltiples referencias a testigos y otros medios de convicción que no tienen relación con los hechos, o que aunque la tengan, no interesan a la investigación, toda vez que se constituyen “en circunstancias tangenciales a lo principal que no afectan el contenido de la decisión”.

Por ello, las reglas probatorias no imponen al funcionario judicial la obligación de recaudar todos los medios que resulten de las diversas actuaciones procesales, sino que le otorgan una amplia discrecionalidad “a partir de los criterios de pertinencia y conducencia”, a través de los cuales puede abstenerse de decretar o negar los que han sido solicitados.

Agrega que pese a que el principio de oficiosidad rige en materia probatoria, no ordenar una prueba no cierra a los sujetos procesales las posibilidades de pedir su realización, siendo claro que la vulneración de sus derechos se debe analizar a partir de la actividad del funcionario judicial respecto de ella.

En el presente caso, dice, el testimonio que extraña el libelista no fue solicitado ni decretado oficiosamente, es decir, no fue advertido en el curso del proceso o no se consideró pertinente o conducente para los fines de la investigación. Distinto hubiese sido si el funcionario judicial hubiera negado, sin argumentos válidos, la petición de un sujeto procesal para adelantar la diligencia.

Asevera que la no práctica de una prueba solicitada no determina, por sí sola, la

vulneración del derecho de defensa, pues en este supuesto se requiere la demostración de la incidencia frente a tal omisión, hipótesis que tampoco en este asunto tiene eco, por cuanto que “aun reconociéndose que Silvino Toledo acudió a Ibagué para cobrar una antigua deuda, tal propósito no obsta para que con ocasión del viaje, se realizara mancomunadamente por los acusados la actividad ilícita”.

Igualmente, critica los planteamiento del recurrente por cuanto que si bien funda la censura en los postulados de la nulidad, involucra al mismo tiempo apreciaciones de valoración probatoria ajenas a la hipótesis seleccionada, reflejando su oposición al criterio del juzgador, quien, al contrario de lo manifestado por el censor, no edifica el fallo en la aceptación de los cargos que hiciera Toledo, sino en las contradicciones en que incurrieron los procesados.

De otra parte, dice, entendiendo que el casacionista reclama el precepto que ordena investigar lo favorable y desfavorable al procesado, principio que encuentra aval en la jurisprudencia de la Corte, de todos modos no puede olvidarse que la misma jurisprudencia insiste en que la infracción a la norma no genera nulidad “cuando la omisión en la práctica de pruebas no tiene relación con hechos fundamentales que se refieren a la imputación, a la culpabilidad y a otros motivos esenciales”.

A continuación dice:

“Es del caso advertir que aquí no hubo petición de la prueba y ella, tal como se presenta, no es de aquellas que aporte información capaz de derribar o por lo menos dar vuelco a la realidad procesal, máxime si uno de los procesados -Silvino Toledo- no mencionó haber llegado hasta donde su cuñada y cobrado el dinero, circunstancia ésta que precisamente se contrapone a la versión de Flórez Avila, razones suficientes para no tomar en cuenta esta referencia y abstenerse de ordenar la práctica del testimonio, sin que ello signifique la omisión de la investigación en lo favorable y menos aun, que con

ello se transgredió el derecho a la defensa”.

En consecuencia, pide que el cargo no sea atendido.

Segundo cargo

Considera que con la tesis débil extensiva propuesta por el actor, la que recoge algunos supuestos filosóficos diversos a los que ha venido reconociendo la jurisprudencia, desconoce “tanto la situación procesal específica como las elaboraciones teóricas y valoraciones probatorias que sirvieron de apoyo al juzgador para fundamentar la sentencia de condena, más allá de su compromiso intelectual con una u otra teoría sobre los problemas de la autoría en derecho penal”.

Dice que es cierto que la figura del autor ha de estar ligada a la acción de un sujeto que realiza la conducta punible, noción que revela la figura de lo que se ha denominado autor inmediato, primario, material o verdadero autor, como también es verdad que para solucionar algunos problemas relacionados con la coautoría, como es la participación de varios sujetos en la realización del delito, se ha acudido a varias tesis, extensivas y restrictivas del criterio de autor, edificadas sobre fundamentos no siempre garantistas, ni siempre ajustadas a las normas constitucionales.

Sin embargo, resalta cómo el fundamento central de la teoría extensiva débil que propone el libelista da una importancia inusitada a la “verificación del resultado material del partícipe, concepto que se traduce en la necesidad de establecer si el coautor aportó a la obtención del resultado ilícito una colaboración material eficiente para la realización del delito, con lo que, en últimas, se regresa a una noción restrictiva de autor, en tanto que en ella se exige un aporte material del hecho, dejando de lado cualquier otra colaboración para la obtención del resultado (por ello el censor exceptúa los casos de la determinación y algunos otros que considera problemáticos)”, tesis que restringe el concepto de autor, respondiendo a una interpretación muy cerrada

de la primera parte del artículo 23 del Código Penal, dejando a un lado numerosos comportamientos que contribuyendo eficazmente en la realización de la conducta punible, quedarían en la impunidad.

Asevera que la participación del coautor “no puede estar ligada a la presencia de los elementos de cooperación y resultado material en los términos en que los plantea el recurrente, pues una tal concepción deja de lado absolutamente los eventos en los cuales la participación de quien actúa en coautoría impropia, cumple la fundamental misión de elevar el riesgo para el bien jurídico atacado y garantizar, de alguna manera efectiva, el sometimiento de la víctima a las acciones de quienes mancomunadamente deciden realizar el hecho punible”.

En otras palabras, agrega, no en todos los casos de coautoría impropia cada uno de los partícipes ejecuta acciones materiales tendientes a la obtención del resultado punible, pues a partir de un previo acuerdo que implica aceptación del resultado delictual, la distribución del trabajo criminal puede exigir a uno de ellos una presencia aparentemente “despreciable” al momento de evaluar su colaboración en el hecho que a todos pertenece.

Estima que la tesis vigente es más coherente con los principios de justicia e igualdad, ya que permite sancionar “ese tipo de participación incidente en el resultado ilícito”, toda vez que a “igual propósito delictivo y en tanto exista participación, se asigna una similar sanción”.

“Es verdad que en la comisión de un ilícito cada cual realiza lo que cree hacer mejor. Absurdo sería pretender que la acción de cada uno de los coautores se adecuara típicamente a la descripción normativa (bajo el entendido de realizar por si mismo la acción descrita en el tipo penal), como que todos disparasen a un mismo tiempo contra la víctima en el homicidio o que todos se apropiasen del bien en el hurto, pues entonces se

propiciaría la desigualdad y la impunidad para quien, por ejemplo, sólo cumple la misión de asegurar la vulneración del bien jurídico a través del riesgo que para ese propósito se eleva con su presencia y concurso, aun cuando no realice una acción material propia del núcleo rector de la conducta delictiva”.

Por lo anterior, agrega, en la posición del Tribunal no existe vulneración alguna al principio de justicia cuando resolvió el asunto dentro de los lineamientos de la coautoría, pues, conforme a las pruebas aportadas, no cabe duda del propósito delictivo de Flórez Avila desde su traslado de Bogotá para actuar mancomunadamente con el otro sentenciado, “elevando con su concurso el riesgo para el bien jurídico, ni surge tampoco duda de que sus frecuentes contradicciones obedecen a su pretensión de evadir su verdadera responsabilidad, con el argumento que su actuar no fue el de matar o hurtar, sino que se convirtió en un acompañante inerte de la acción que desplegaba Silvino Toledo”.

Por lo tanto, pide no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal tercera

Único cargo

1. Considera el libelista que se transgredió el derecho de defensa de su representado, al desconocerse el principio de investigación integral, toda vez que los funcionarios judiciales, en el sumario y en la causa, omitieron decretar y recibir el testimonio de la cuñada del condenado Silvino Toledo, persona que fue citada por su defendido en la indagatoria y quien hubiese corroborado que el desplazamiento de Faifer Alay Flórez a Ibagué y Payandé tuvo como objeto acompañar a Silvino Toledo a cobrar un dinero que le debía la citada señora.

Agrega que si bien la defensa no solicitó la práctica de dicha prueba, de todos modos los funcionarios judiciales, de acuerdo con el principio de oficiosidad, tenían la obligación de ubicarla para escucharla en declaración, cumpliendo con el deber de verificar las citas del sindicado. Tal omisión, en su criterio, afectó sensiblemente el grado de responsabilidad que le fuera imputado a su prohijado, por cuanto dicho medio de convicción llevaría a demostrar “su justificación en la escena del crimen y, por esa vía, a un grado de participación diferente al que se le increpó”.

2. Este reproche no tiene ninguna posibilidad de éxito, por las siguientes razones:

2.1. En primer lugar, ninguna irregularidad se cometió por los funcionarios judiciales al no decretarse la recepción del testimonio extrañado por el demandante, pues si se considera que no fue solicitado por los sujetos procesales ni decretado de oficio, fue porque no se consideró necesario para la determinación de la verdad real ni, por lo tanto, para la decisión a tomar.

En efecto, conforme a la estructura lógica del proceso y a los principios de economía y celeridad que lo rigen, la propia ley ha facultado al funcionario judicial para decretar, bien sea de oficio o a petición de los sujetos procesales, solo la práctica de aquellas pruebas conducentes, pertinentes y útiles para los fines de la investigación y formación de su convencimiento, por lo que la omisión de diligencias dilatorias o inútiles no constituyen ninguna afrenta al derecho de defensa o al debido proceso.

2.2. Como lo recuerda el agente del Ministerio Público, aunque es un imperativo para los funcionarios judiciales realizar la investigación integral, ello no significa que ante cualquier coartada del procesado deba disponer de todo el aparato investigativo del Estado para demostrar o intentar demostrar situaciones que ninguna incidencia tienen en el establecimiento de la verdad de los hechos.

2.3. Además, en el caso que ocupa la atención de la Sala, el casacionista tampoco

demuestra la incidencia de la pretendida irregularidad en el fallo, esto es, cómo al haberse aducido tal testimonio y considerando los elementos de convicción que sustentaron la condena de FLOREZ AVILA como coautor, tenía la virtualidad de variarla, en forma tal que su comportamiento sólo se le hubiese podido reprochar a título de cómplice, esto es, cómo tal declaración podía derrumbar las conclusiones del fallo, en el sentido de que los procesados mediante un acuerdo previo (que según tal proveído, amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, tuvo lugar en Bogotá, pero que habría podido darse con ocasión del viaje, sin que ello desnaturalizara la figura de la coautoría), realizaron mancomunadamente los hechos, cuyo dominio ambos compartieron.

2.4. Finalmente, el censor, quebrantando el principio de autonomía, se desvía a la causal primera, al atacar la credibilidad otorgada a la versión de Silvino Toledo y al oponerse a las conclusiones probatorias del sentenciador, como si se tratara de un alegato de instancia.

Por tales razones, el cargo se desestima.

Causal Primera

Único cargo

1. El ataque que el censor dirige a la sentencia con base en la causal primera, cuerpo primero, de casación, consiste en que el sentenciador violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 y, consecuentemente, falta de aplicación del artículo 24 del Código Penal, yerro in iudicando que llevó al Tribunal a imputarle a su defendido la calidad de coautor y no de cómplice.

2. Luego de reseñar las diferentes tesis existentes frente al tema de la coautoría y de asegurar, desde su personal perspectiva, cuál fue la acogida por el Tribunal, considera que

en este caso debió aplicarse la que llamó “débil extensiva”, por advertir que es la más ajustada a los hechos probados y a los postulados de justicia material y de igualdad, al tenor del nuevo marco axiológico de la Constitución Política.

3. El reproche formulado, independientemente de la validez o no de la tesis propuesta, no tiene vocación de prosperidad, pues aunque se afirma que se orienta por la vía directa, presenta hechos distintos a los considerados probados por las instancias.

Es oportuno que la Sala recuerde que cuando la censura se enruta por estos senderos se deben aceptar los hechos tal como fueron presentados y las pruebas tal como fueron apreciadas por el fallador, debiéndose, por ende, centrar las argumentaciones en demostrar que la norma aplicada y que regulaba el caso, fue erróneamente interpretada, o que la seleccionada no era la llamada a gobernarlo, que en el caso que ocupa la atención de la Corte sería, según el demandante, la atinente a la complicidad y no la concerniente a la coautoría.

3.1. En efecto, las instancias partieron de que los procesados, mediante un acuerdo previo que tuvo lugar en Bogotá, realizaron mancomunadamente, con división del trabajo y dominio común, los hechos por los cuales fueron condenados.

El censor, por el contrario, presenta al acusado como persona engañada y prácticamente inocente, cuando asevera que “hay una mera presencia -quizá atónita, miedosa y, en todo caso, reprochable moralmente- de Faifer Alay en el momento de la comisión del homicidio, pero eso y nada más...”.

Por otra parte, cuando se refiere a lo que en la teoría que propugna denomina “tipo de cooperación”, toma parcial y descontextualizadamente los actos de participación en los hechos punibles, cuando asevera que “el fallo sustituto que deberá proferir la Corte, tendrá que tener en cuenta entre otros los siguientes interrogantes ¿era colaboración imprescindible el hacer el pare al taxi?; era esencial dirigirse a Boquerón?; era necesaria la

presencia de Faifer Alay a la hora de la muerte del taxista? o en términos distintos, ¿incidió Faifer Alay en la muerte del taxista, o fue su determinador?”, desechando otras que fundamentaron la sentencia, como haberse planeado el viaje en Bogotá para apoderarse de un vehículo, irse armados, dedicarse a ingerir bebidas embriagantes hasta altas horas de la noche “esperando el momento propicio para actuar”, llevar a la víctima a un lugar despoblado y solitario “conocido perfectamente por Faifer” y no por Toledo, tomar los documentos de identidad del occiso, su billetera, los papeles del carro, etc.

3.2. A más de lo anterior, y aún suponiendo que los hechos que pretende subsumir en la complicidad fueron los mismos que sustentaron la sentencia, resulta ilógico e injurídico responsabilizar a cada interviniente por la parcial tarea por él cumplida, lo que 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.

Como lo sostuvo el Tribunal:

“Existiendo concierto previo no es posible separar las responsabilidades aislando el hecho singular y personalísimo con que cada cual haya concurrido... y porque donde hay concurso de delincuentes a la realización de un delito, debe estimarse autores a todos los que unidos en el pensamiento y resolución punibles realizan actos íntimamente ligados con el delito y conducentes a su más fácil ejecución, estableciéndose entre todos ellos por virtud de la unión de voluntades, en el propósito y desarrollo del plan convenido un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la consecuencia del fin perseguido.” (Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Edit. Jur. De Santiago de Chile 1984, Págs. 354, 264, 314 y

315).

El cargo se rechaza.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON E. PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria