

Proceso No 29221

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobada Acta N°.277

Bogotá, D. C., septiembre dos (2) de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Paula Andrea Calle Piedrahita, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad y en su lugar la condenó como coautora de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo, a su vez en concurso con el de hurto calificado y agravado.

HECHOS:

Fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente manera:

El 22 de junio de 2002, en momentos en que familiares y amigos en cantidad de diez y siete personas departían en la finca “La Querencia” de propiedad del señor Gabriel Arrubla García ubicada en la zona rural del Municipio de Caldas, irrumpieron varios sujetos que intimidaron a los presentes con armas de fuego, habiéndoles anunciado que se

trataba de un secuestro extorsivo dirigido al señor Arrubla, tras lo cual los despojaron de sus tarjetas débito y de crédito, celulares, las llaves de sus carros y los confinaron en tres habitaciones en donde les advirtieron que debían permanecer bajo la amenaza de que se activarían unas cargas explosivas que harían detonación al momento de abrir las puertas.

Como entre los presentes no se hallaba el propietario del inmueble, los miembros del grupo delincencial obligaron a su hijo a que llamara a su padre para que viniera al predio, lo cual aconteció. Una vez allí, el señor Arrubla García quien llegó con su esposa y un sobrino, fue compelido a entregar la suma de mil millones de pesos y ante su protesta por carecer de tan exorbitante suma, sus captores se transaron por tomar como rescate los valores existentes en una prendería de su propiedad ubicada en el Municipio de Caldas, para lo cual hicieron que el señor Óscar Alonso Arrubla Cano, hijo de don Gabriel desactivara mediante llamadas telefónicas el monitoreo de la empresa Alarmar sobre la referida prendería, cuyo saqueo se inició entonces a eso de las tres de la mañana del día siguiente, para lo cual se trasladaron en un vehículo de uno de los secuestrados en compañía del dueño y de su hijo, habiendo procedido a apoderarse de un arma de fuego y una gran cantidad de alhajas de oro de valor aproximado a los cien millones de pesos.

Dejaron encerrados a los señores Arrubla y huyeron del lugar. Una alerta fue dada a la Policía al parecer por un celador del lugar, lo cual generó una persecución que rindió resultados positivos, pues poco a poco fueron capturados los sujetos Gustavo Adolfo Ospina Quintero, Norberto Monsalve Monsalve y Paula Andrea Calle Piedrahita, quienes se desplazaban en un automotor conducido por el primero, en el cual lograron burlar un primer retén policivo del cual se apearon para procurar huir a pie, maniobra que fue impedida por sus persecutores quienes lograron recuperar una bolsa con el botín que había sido abandonada en la fuga a unos treinta metros del automotor, lo mismo que decomisar entre otros elementos dos proveedores con 22 cartuchos calibre 7.62 y una tarjeta

inteligente CONAVI a nombre de Gabriel Arrubla la cual hallaron en poder del señor Monsalve, así como dos teléfonos celulares que hallaron en poder de la dama retenida a uno de los cuales en ese momento le entró una llamada que fue realizada desde otro similar que había sido hurtado a una de las personas retenidas en la Finca.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. Abierta la correspondiente investigación y vinculados al proceso mediante indagatoria Norberto Monsalve Monsalve, Gustavo Adolfo Ospina Quintero y Paula Andrea Calle Piedrahita, el 9 de julio de 2002 la Fiscalía Sexta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Medellín profirió contra ellos medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presuntos coautores de los delitos de secuestro extorsivo, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y hurto calificado y agravado, la cual fue apelada y confirmada el 6 de abril de esa anualidad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esa ciudad.

2.- Cerrada la investigación, la misma fiscalía el 18 de junio de 2003 profirió resolución de acusación contra Gustavo Adolfo Ospina Quintero, Paula Andrea Calle Piedrahita y otro, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo, hurto calificado y agravado, tráfico, fabricación y porte de armas de fuego de uso personal, contra la que el Ministerio Público interpuso recurso de reposición el cual se resolvió favorablemente aclarando que las circunstancias de agravación imputadas al delito de secuestro fueron las del artículo 3º, numerales 1, 6 y 8 de la Ley 733 de 2002 que modificó el artículo 170 del C. Penal, a su vez apelada fue objeto de confirmación el 1 de septiembre de 2003 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín.

3.- Correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín

adelantar el juicio y en la vista pública del 20 de octubre de 2004, a petición de la Fiscalía, ese despacho declaró una nulidad parcial de lo actuado a partir inclusive del cierre de investigación en relación exclusiva con el procesado Norberto Monsalve Monsalve quien se fugó del centro de reclusión en el que estaba, y por existir serias dudas acerca de su verdadera individualización.

4.- Celebrada la audiencia pública, el 10 de noviembre de 2006 absolvió a Paula Andrea Calle Piedrahita y Gustavo Adolfo Ospina Quintero de todos los delitos que habían sido objeto de acusación.

5.- La providencia anterior fue recurrida por la Fiscalía y el representante de la parte civil, y el 18 de julio de 2007 el Tribunal Superior de Medellín revocó la absolución y en su lugar condenó a Gustavo Adolfo Ospina Quintero y Paula Andrea Calle Piedrahita como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado consumados en concurso homogéneo adecuado a los artículos 169 y 170 modificado el último por los numerales 1, 6, y 8 del artículo 3º de la Ley 733 de 2002, en concurso a su vez con el delito de hurto calificado y agravado de los artículos 239 y 240 numerales 2º y 3º, inciso 2º y 241, numerales 6 y 10 del C. Penal, a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión, a la accesoria de veinte años de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales, al pago de perjuicios materiales y les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

6.- Los defensores de Paula Andrea Calle Piedrahita y Gustavo Adolfo Ospina Quintero interpusieron censura extraordinaria, y la Corte mediante auto del 24 de abril de 2008 inadmitió la impugnación de éste último y admitió la de la primera.

7.- A partir del 28 de ese mes y año se corrió traslado al Ministerio Público para los fines del artículo 213 de la Ley 600 de 2000. El concepto de la Procuraduría Tercera Delegada

llegó a la Secretaría de la Sala Penal de la Corte el 21 de julio de 2009.

LA DEMANDA:

1.- En el cargo primero al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor de Calle Piedrahita acusó a la sentencia de segundo grado de incurrir en violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 29 inciso 2º, 169, 170 numerales 6º y 8º, 239, 240 numeral 2º y 241 numeral 10º, y falta de aplicación de los artículos 9, 10, 11 y 25 de la ley 599 de 2000.

Adujo que el Tribunal efectuó una falsa adecuación a los hechos probados al supuesto de la coautoría impropia y de esa manera incurrió en un error de selección porque aplicó dicha norma sin corresponder al fáctum y por esa vía dedujo responsabilidad por los delitos de secuestro extorsivo en concurso homogéneo y hurto calificado y agravado en contra de Calle Piedrahita.

Transcribió apartes de sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 21 de agosto de 2003, diciembre 15 de 2000, agosto 21 de 2003, julio 11 de 2002, con los radicados No 19.213. 11.471 y 11.862, en las que se ha desarrollado el tema de la coautoría impropia.

Hizo mención de motivaciones del ad quem en donde aceptó que “no hay ningún elemento lo suficientemente claro y directo que permita predicar que también Paula Andrea Calle y Gustavo Adolfo Ospina intervinieron en el secuestro múltiple perpetrado en la finca La Querencia”.

De igual manera transcribió apartes referidos al momento en que ella fue aprehendida portando dos celulares, a uno de los cuales entró una llamada que fue realizada desde un teléfono celular hurtado a una de las personas retenidas en la finca, y capturadas otras dos personas quienes resultaron implicadas en el hurto a la joyería pues en el intento de

fuga abandonaron una bolsa con el botín, lo cual ocurrió a las 4:00 de la mañana del día de los hechos, espacios temporales de donde se dedujo la atribuida coautoría impropia respecto de todos los delitos.

Afirmó que la segunda instancia hizo una errónea adecuación típica de lo que constituyó el real aporte de la procesada en la empresa criminal, pues se le atribuyó esa forma de intervención, no obstante admitir como demostrado que ella fue capturada después de la consumación del secuestro extorsivo y el hurto calificado.

Frente a lo narrado por el Tribunal respecto de lo que constituye el desenvolvimiento de una actividad criminal como la objeto de estudio, formuló la pregunta acerca de ¿cuál fue el aporte de Paula Andrea Calle Piedrahita? y si el llevar consigo esos dos elementos uno de ellos producto de un ilícito e ir en compañía de uno de los coacusados en tiempos posteriores al de la materialización de los reatos ¿podría entenderse como aporte de importancia funcional en la coautoría de los mismos?, en los términos regulados en el artículo 29.2 del Código Penal.

De acuerdo con los contenidos de la sentencia de la Sala Penal de la Corte del 21 de agosto de 2003, recordó que en ésta decisión a efectos del co-dominio de la forma de intervención en cita se requiere del despliegue de una “conducta esencial, esto es, que sin ella es imposible cometer el hecho, o que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, puede hacer fracasar el plan o variarlo, y eso sólo lo puede generar quien tiene un aporte significativo durante la ejecución del hecho” y que el prestado en la fase “subsiguiente a la consumación o al último acto, no constituye coautoría”.

Consideró que para el momento en que se produjo la aprehensión de Calle Piedrahita portando esos móviles, no era posible para ella conducir con su aporte el curso típico de

los delitos pues éstos ya se habían consumado, y que en esa medida el Tribunal sobrevaloró esa evidencia e incurrió en un yerro de selección.

De otra parte, adujo que la circunstancia de que Calle Piedrahita acompañara al ejecutor material del ilícito cuando aquél fue aprehendido en el tiempo referido es un aporte que no tiene relevancia para el resultado de los punibles pues éstos ya se habían materializado y en esa medida no le era posible a ella “determinar tácticamente el curso causal de los mismos”.

Afirmó que el Tribunal omitió preguntarse y responder ¿si con el aporte atribuido a la procesada ella facilitó, intensificó o aceleró la ejecución de los delitos?

Adujo que Piedrahita Calle “no ejecutó” las acciones descritas en los artículos 169, 170, 239, 240.2.2 y 241.10 de la ley 599 de 2000 y por ende, no incurrió en dolo y se inaplicó el artículo 25 ejusdem.

Consideró que el llevar consigo esos celulares, uno de ellos elemento del hurto, es constitutivo de un encubrimiento, comportamiento que se caracteriza por prestar ayuda una vez se ha consumado el hecho punible, pues resulta osado “o por lo menos aventurado” sostener que ella prestó a los autores del plagio y luego del despojo a la joyería una ayuda sin la cual esas acciones no habrían podido cometerse, pues lo que aparece claro es que la misma colaboró sí pero en fases menos importantes.

2.- En el cargo segundo (subsidiario) acusó a la sentencia de segunda instancia de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falso juicio de existencia, identidad y raciocinio que condujeron a la indebida aplicación de los artículos 29, 169, 170 numerales 1, 6 y 8, 239, 240 numerales 2 y 3 y 241 de la ley 599 de 2000, y la falta de aplicación del artículo 7º inciso 2º contentivo del in dubio pro reo de la Ley 600 de 2000.

2.1.- Manifestó que el Tribunal se ocupó de mostrar las contradicciones en las que incurrió la procesada en las tres versiones que rindió y a partir de ellas para atribuir la coautoría impropia construyó el indicio de “falsa justificación” el cual no posee el poder suasorio de inferir la forma de intervención en cita, porque cuando se falta a la verdad ello “necesariamente no es fruto de su compromiso con el delito” sino que obedece al interés de sustraerse a la “falsa incriminación”. En esa medida tanto el culpable como el inocente pueden mentir.

Argumentó que una adecuada confección de la inferencia parte de correlacionar el hecho dado con el que se averigua, y si el fallador hubiese seguido esa labor habría concluido de que las explicaciones de Paula Andrea Calle Piedrahita no conducen en grado de certeza a deducir su participación en el episodio delictivo dada la fragilidad de las contradicciones pues cualquier persona en esas condiciones bien habría podido faltar a la verdad.

En esa proyección, adujo que entre el hecho indicador de falsas explicaciones y el consiguiente desconocido y deducido de coautoría no existe una relación necesaria y el vínculo que los une es “dramáticamente tenue” y no permite que surja la convicción en el juzgador sobre la responsabilidad en los cargos por los que resultó condenada.

2.2.- Afirmó que a partir de la aprehensión de Calle Piedrahita en las condiciones reseñadas se construyó el indicio de “captura en flagrancia”, el cual no tiene el poder suasorio de evidenciar la forma de intervención atribuida, porque la actitud de ella de acompañar en un vehículo a quien huía del escenario de los punibles no señala una “contribución evidente en la producción del resultado y esa deducción traduce caer en el campo de la conjetura”.

Planteó que esa evidencia tendría eficacia demostrativa si a ella se la hubiese observado

en compañía de alguno de los autores materiales o de quien dirigió la operación criminal cuando éste gestionaba con los plagiados Arrubla lo relativo al pago de las elevadas sumas de dinero exigidas o cuando Norberto Monsalve Monsalve ingresó o salió de la prisión emprendiendo la huida. Recordó que el Tribunal reconoció que “no se pudo establecer por prueba directa la intervención de Paula Andrea Calle Piedrahita en ninguna de esas fases del desarrollo criminal”.

Argumentó que entre el hecho indicador de la captura y el deducido de coautoría impropia no existe un nexo de determinación racional, lógico ni de inmediatez, pues su presencia se debió a la relación afectiva que ella sostenía con Monsalve Monsalve. Afirmó que incluso, en el evento de conocer lo que realizaba su ex novio, esa circunstancia tampoco la convierte en coautora, y que hacer esos vínculos entre el indicante y el indicado referidos sólo es posible a partir de lo que imaginaron los jueces.

Adujo que el efecto de encontrarse con su compañero sentimental como así ocurrió puede obedecer a variedad de razones tales como “celebrar el éxito de la operación, tenerla como apoyo espiritual, presumir ante la misma y ostentar por la acción ejecutada”, pero que de ese encuentro no se la puede mostrar como coautora por la sola circunstancia de llevar un celular hurtado, luego el poder suasorio de ese indicio resulta tenue frente a lo deducido.

2.3.- Acusó al ad quem de incurrir en error de hecho derivado de falso juicio de existencia por omitir valorar la respuesta de la empresa Comcel fechada el 24 de octubre de 2002 al oficio 582, librado por la Fiscalía y visible en el cuaderno No 1 folio 248.

Recordó que uno de los celulares que portaba Calle Piedrahita, esto es, el asignado a la línea 4623041, era de propiedad de Carlos Mauricio Roldán Muñoz el cual le fue hurtado en la finca “La Querencia” y que según “Comcel” para el día 23 de junio de 2002 fecha en la que ella fue capturada no entraron llamadas y que las salientes se efectuaron el

día anterior 22 de ese mes a eso de las 9:18:03, 10:01:11, 10:53:27 y 12:38:39, es decir, mucho antes de que se realizara el secuestro masivo.

Adujo que a partir de una “supuesta llamada” el Tribunal dedujo que ella tenía la labor de controlar las comunicaciones y que esa era su contribución en la empresa delictiva, pero omitió valorar que a ese número no llegaron comunicaciones en la madrugada del 23 de junio de 2002, luego no era dable atribuirle esa condición a partir de un hecho indicador inexistente.

Llamó la atención acerca de la carencia de poder suasorio de los indicios para construir el compromiso penal atribuido y denotó que sobre los mismos se cierne un inocultable estado de incertidumbre de dudas probatorias que deben resolverse a favor de su defendida.

Por lo anterior, de acuerdo con el cargo principal solicitó a la Sala casar la sentencia y en su reemplazo dictar “el que en derecho corresponda” bajo el entendido que el comportamiento de la procesada es atípico de una coautoría y, de manera subsidiaria, elevó la petición de absolverla de todos los delitos atribuidos aplicando el in dubio pro reo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal es del criterio que al demandante no le asiste razón por lo siguiente:

1.- En lo que corresponde al primer cargo de manera lánguida conceptuó que el “litigante” no se quedó en la mera “disputa de derecho”, se dedicó a controvertir la valoración que el Tribunal dio a las pruebas allegadas con lo cual “desfiguró la causal aducida” e hizo “incoherente” el cargo que pretendió demostrar.

Hizo un abreviado recuento de las motivaciones plasmadas por el ad quem y concluyó afirmando que la segunda instancia no desacertó en la comprensión de la “norma jurídica” ni en la adecuación que hizo de ella respecto de la conducta asumida por la condenada.

2.- Respecto de lo formulado en el cargo subsidiario como falso raciocinio sobre los indicios de mala justificación y la captura en flagrancia, conceptuó de manera por demás escasa que el Tribunal no llegó a ellos en forma aislada sino tras el análisis de diversos acontecimientos concatenados entre sí, tales como las contradicciones en “los dichos de Calle”, la falsa ubicación del sitio donde sería recogida, la diferencia horaria, el estar en posesión de “varios” de los elementos hurtados y el intento de escaparse al momento de la captura.

Adujo que el libelista se opuso a la apreciación realizada por los juzgadores y presentó las posibles interpretaciones de los hechos que favorecen a su cliente, olvidando que en ésta sede “se pretende un juicio de legalidad a la sentencia” y no una nueva valoración del material probatorio allegado como si se tratara de una nueva instancia.

Afirmó que la calidad de coautora “atribuida a Piedrahita” deviene de “múltiples indicios” valorados por el fallador y no únicamente de lo dicho u omitido respecto del reporte de un agente de la policía referido a la entrada de una llamada al celular de Carlos Roldán, y que incluso si se declarara fundada la existencia de ese error las demás pruebas subsistirían y darían fundamento a la imputación.

Por todo lo anterior, solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- Mediante Sentencia del 10 de noviembre de 2006 el Juzgado Tercero Penal del

Circuito Especializado de Medellín absolvió a Paula Andrea Calle Piedrahita de los delitos de secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado y tráfico de armas.

2.- La providencia anterior fue recurrida por la Fiscalía y el representante de la parte civil, y el 18 de julio de 2007 el Tribunal Superior de Medellín revocó la absolución y, en su lugar, la condenó como coautora de los delitos de secuestro extorsivo agravado consumados en concurso homogéneo adecuado a los artículos 169 y 170 modificado el último por los numerales 1, 6, y 8 del artículo 3º de la Ley 733 de 2002, en concurso a su vez con el delito de hurto calificado y agravado de los artículos 239 y 240 numerales 2º y 3º, inciso 2º, y 241, numerales 6 y 10 del C. Penal. Debe advertirse que sobre el delito de tráfico de armas el ad quem no dijo nada.

3.- Desde la ejecutoria de la resolución de la acusación, esto es, desde el 1º de septiembre de 2003, a la fecha han transcurrido más de cinco (5) años, de lo cual se infiere que la conducta punible de porte de armas del artículo 365 de la ley 599 de 2000 que comporta una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, se halla prescrita.

4.- No obstante, se advierte que Paula Andrea Calle Piedrahita viene absuelta en primera instancia de ese punible, razón por la que la Sala no adoptará la decisión de decretar la cesación de todo procedimiento, por cuanto existen dos derechos enfrentados y debe hacerse prevalecer aquel que reporte una solución benéfica para el sujeto pasivo de la acción penal.

La Corte al respecto ha dicho¹:

En efecto, el acusado tiene derecho a que se extinga el trámite por haber expirado el tiempo máximo con que contaba el Estado para investigarlo y sancionarlo, pero, a la vez, se hace acreedor a que se reconozca la absolución decretada en las instancias y que no se vio resquebrajada en virtud de la decisión que la Corte debe adoptar al despachar la

vía extraordinaria de la casación.

De tal manera que si, al resolver la casación, la exoneración de responsabilidad declarada en las instancias permanece incólume, debe hacerse prevalecer ésta sobre la prescripción, pues aquella determinación es benéfica frente a la última que simplemente declara la extinción por el paso del tiempo. Solamente cuando al resolver la impugnación se concluya que ella es perjudicial debe operar la prescripción.

Ese ha sido el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia².

5.- El casacionista formuló dos cargos, uno principal y otro subsidiario, orientados a derruir la atribución de coautoría impropia que se derivó a Paula Andrea Calle Piedrahita a causa de las conductas punibles por las que resultó condenada.

Las censuras en su orden dicen relación con la violación directa e indirecta por indebida aplicación del artículo 29 inciso 2º del C. Penal como demás normas señaladas en la demanda. No obstante que en ellas se elevaron solicitudes separadas, la inicial en el sentido de que se dicte el fallo “que en derecho corresponda” y la residual de absolución de todos los delitos por aplicación del in dubio pro reo, a ellas se dará respuesta conjunta.

Previo paso a plasmar respuestas sobre lo así acusado, y teniendo en cuenta que el fallo de segundo grado se soportó en inferencias deductivas, se hace necesario efectuar algunas acotaciones referidas a la prueba circunstancial de autoría o participación responsable, así:

El indicio en materia penal, entendido como un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, no posee existencia autónoma sino derivada y emana de los elementos materiales probatorios,

evidencia física e información, esto es, de los contenidos de las manifestaciones reales y personales que digan relación con el comportamiento humano objeto de investigación y que desde luego hubiesen sido aducidos, producidos e incorporados con respeto al principio de licitud y legalidad de la prueba.

Aquel medio cognoscitivo de proyecciones sustanciales se identifica en el plano de lo general con la estructura del silogismo deductivo en el cual es dable identificar: (i).- La premisa menor o hecho indicador, (ii).- La premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio, y (iii).- La conclusión o hecho indicado.

El indicante que de manera superlativa interesa al derecho penal, no es una fenomenología vacía ni es cualquier clase de indicación, incluso ni siquiera se trata de un simple señalamiento de autoría o de participación factual o de meros resultados, en tanto que aquellas atribuciones no resuelven la conducta punible en su integridad pues de acuerdo con el artículo 12 de la ley 599 de 20003, está erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

En la anterior perspectiva puede afirmarse que la verdadera revelación que al debido proceso penal interesa es aquella que indica, muestra, refleja o da a conocer contenidos de intervención en el comportamiento delictuoso en sus aspectos tanto subjetivos como materiales.

Desde la teoría del conocimiento, desde una visión epistemológica, puede llegar a concebirse a aquél medio probatorio como un fenómeno que ha sido aducido, producido e incorporado de manera legal y lícita, es decir, que tiene existencia jurídica, y con el cual se puede construir una hipótesis de responsabilidad (de autoría o de participación) la que desde luego deberá verificarse y tener como mira los contenidos normativos,

doctrinarios y jurisprudenciales de esos institutos vistos en sus generalidades como en sus expresiones singulares.

El instrumento a que se hace referencia se constituye en una categoría cognoscitiva y probatoria de carácter complejo y proyecta efectos, incidencias sustanciales, que recaen en la adecuación típica y en la forma de intervención que de manera singular se atribuye.

Lo dicho significa que el indicio en materia penal no puede concebirse ni aprehenderse en el exclusivo plano de los procesos lógicos inductivos y deductivos, ni al margen del comportamiento humano objeto de juzgamiento, ni por fuera de la teoría de la imputación fáctica y subjetiva, ni de los principios de necesidad, legalidad y licitud de la prueba.

En otras palabras, de manera precisa lo que se quiere significar es que el medio de convicción de la referencia no se agota ni se explica al interior de una actuación penal con el simple ejercicio discursivo de repetir como frase gastada que aquél es “un hecho debidamente probado que por medio de la reflexión y el raciocinio nos lleva de un hecho conocido a uno desconocido”. En su aplicación, es claro, que la estructura del silogismo antes vista, como los procesos lógicos y los postulados de la sana crítica tienen operancia, pero apenas son una parte y no lo abarca su totalidad comprensiva.

De lo anterior se derivan algunas consideraciones, así:

I.- De los fundamentos del indicio y su relación directa con los contenidos de la acción⁴

.-

Desde la perspectiva del artículo 29 constitucional mediante la cual se concibe un

derecho penal de acto, es como se entiende que lo esencial del delito es la conducta humana⁵

pues ésta caracteriza y otorga elementos particulares y singulares al injusto típico.

En esa medida, si los indicios como expresiones o fenómenos lo que en realidad hacen es revelar, mostrar o dar a conocer ya de forma inacabada o acabada (parcial o total) aspectos subjetivos y objetivos del comportamiento delictivo de que se trate, es a partir de lo anterior como se comprende que cualquier aplicación doctrinaria, jurisprudencial y práctica que de ellos se haga no puede efectuarse al margen de la acción⁶, es decir, por fuera de los contenidos materiales tanto objetivos como subjetivos de la misma. Se entiende pues que es sobre un comportamiento determinado sobre el que recaen las atribuciones indiciarias.

La anterior consideración permite verificar que el concepto de indicio en asunto penal no se resuelve de manera exclusiva en los juicios lógicos abstractos de deducción o inducción, sino que por el contrario además de éstos, dicho instituto se proyecta como una categoría del conocimiento probatorio compleja y que por sobre todo tiene incidencias de carácter sustancial.

En nuestra Carta Política en el artículo 29 se halla consagrado el derecho penal de acción, postulado que se recoge en el texto de esa normativa en lo que tiene que ver con el “acto que se imputa”, y que a su vez se proyecta en la ley 599 de 2000 en los conceptos que dicen relación con la conducta punible (típica, antijurídica, culpable, dolosa, culposa, preterintencional) la cual siempre se resuelve en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones.

Es un hecho jurídico cierto e innegable que el presupuesto esencial del injusto típico, antijurídico y culpable es la conducta humana. En igual sentido, se comprende que es a partir de ella y con relación a la misma como se erigen, conciben y construyen todos los

conceptos y categorías dogmáticas penales que se ocupan de su regulación, tratamiento y valoración.

En esa medida, es como se advierte que el indicio de responsabilidad al estar de manera íntima relacionado con todos los institutos que se derivan del derecho de acto se constituye en un medio de conocimiento probatorio que tiene incidencias adjetivas, y que por ende para los fines de su apreciación y aplicación no se puede sustraer de los contenidos que caracterizan el comportamiento singular de que se trate.

II.- De los fundamentos del indicio y su relación directa con la naturaleza jurídica de la autoría y la participación responsable.-

Todos los comportamientos punibles que son objeto de investigación y juzgamiento al interior de un debido proceso se resuelven en la atribución (imputación, acusación, sentencia) positiva o excluyente de las expresiones singulares de la autoría⁷ o de participación responsable⁸.

Las formas de intervención en la conducta punible reguladas en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000 no son frases vacías ni predicados meramente enunciativos. Por el contrario, todas ellas obedecen a una estructura normativa perfectamente identificada y diferenciada que no es dable confundir cuando de la respectiva imputación fáctica y jurídica se trate, y desde luego que para esos fines deben darse los soportes correspondiente en elementos materiales, evidencia física e información pues esas manifestaciones sin excepción obedecen al principio de necesidad, legalidad y licitud de la prueba.

Conforme a la anterior perspectiva puede afirmarse que si los indicios son expresiones acabadas o inacabadas del delito, que si lo esencial del injusto típico es la conducta humana, y si ésta se resuelve en las formas de intervención de los artículos 29 y 30 de la

ley 599 de 2000, se infiere que no puede hablarse de revelaciones de autoría o de participación por fuera de las estructuras normativas que las identifican de manera singular.

Las distintas manifestaciones con las que el hombre se vuelve protagonista, co-protagonista, contribuyente o ayudante en un hecho punible y los indicadores de esos fenómenos tienen que ser una realidad probatoria y objetiva al interior del debido proceso penal y como tales deben dar a conocer exterioridades de acción pues todas ellas obedecen al principio de ejecutividad⁹.

III.- De la estructura normativa de las formas de la autoría y la participación.-

En la doctrina penal en el objetivo de dar explicaciones acerca de las manifestaciones de la autoría y la participación se han elaborado las teorías: formal objetiva, material objetiva, subjetiva, del dominio del hecho y en forma más reciente la del dominio del injusto.

A la jurisprudencia no le corresponde tomar partido por ninguno de esos postulados doctrinarios, lo cual no impide que pueda tener acercamientos o distancias, las que deberán darse pero con fundamento en el principio de estricta legalidad consagrado en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000.

No obstante, se hace necesario hacer una breve reseña de aquellas construcciones dogmáticas, para más adelante arribar a la delimitación de las manifestaciones de la intervención del hombre en la conducta punible dadas en la autoría (material, intelectual, mediata, coautoría, coautoría por cadena de mando) y la participación (complicidad, determinación, interviniente), pues la estructura que las caracteriza y diferencia son de importancia en la finalidad de las correlativas atribuciones indiciarias.

a.- De la teoría formal objetiva, en la que se implica un concepto restrictivo de autor.-

Con relación a esta construcción¹⁰

, Jescheck, dice:

La antigua teoría objetivo-formal se atuvo rigurosamente al tenor literal de las definiciones de la acción contenidas en los tipos y consideraba autor, sin consideración alguna a la importancia de la contribución en el marco del suceso global a quien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo en cambio, cualquier otra aportación causal al hecho solo podía ser necesariamente participación¹¹.

En igual sentido Maurach, escribe:

Esta concepción que se retrotrae a Fierbach, inmersa en la consideración tradicional del delito como un acontecer puramente causal, se encontraba obligada a seguir el espinoso camino de intentar una diferenciación entre autoría y complicidad también en el campo de la causación. La autoría se encontraba en la creación de la causa y la complicidad en la creación de condiciones que solamente favorecieran el hecho. La delimitación entre causación y promoción, entre ejecución y complicidad se realizaba en el ámbito de la tipicidad.

La ejecución del hecho era entendida en un sentido estrictamente técnico-típico. Es autor quien ejecuta personalmente la acción típica" (...) "La disposición interna del autor, especialmente su interés personal en el resultado y el dominio espiritual de su ubicación dentro de una pluralidad de sujetos actuantes, es irrelevante. Lo único decisivo es la tipicidad del actuar inmediato visto en forma puramente objetiva. Por el contrario, nos encontramos ante la complicidad cuando el colaborador, sin ejecutar personalmente la acción típica, actúa en forma meramente preparatoria o en apoyo de esta¹²

b.- De la teoría material objetiva, en la que se implica también un concepto restrictivo de autor.-

Con relación a esta construcción teórica¹³

, Jescheck dice:

El defecto de la teoría objetivo-formal se evidenció en los delitos de resultado puro, pues en ellos la acción consiste sólo en la causación del resultado típico y, en consecuencia, falta una adecuada descripción del injusto de acción para poder diferenciar entre la autoría y la participación. Para estos casos la teoría objetivo-material suministró un complemento a través del punto de vista de la mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal¹⁴.

c.- De la teoría subjetiva.-

Zaffaroni al respecto de ella¹⁵

, escribe:

Doctrinariamente se han ensayado distintos caminos para conceptuar al autor. Un sector sostiene un concepto extensivo que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Este concepto de autor se basa en la causalidad: todo causante es autor, con lo cual la participación sería solo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del autor único (...)

Resulta lógico que el concepto extensivo de autor incline a la doctrina a buscar una delimitación de la autoría por el camino de lo subjetivo (teoría subjetiva de la autoría), toda vez que no dispone de ninguna característica objetiva del tipo para hacerlo. La teoría

subjetiva se basa en la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el autor quiere el hecho como propio (animus auctoris), por oposición al animus soci, que sería característico de los partícipes. La insuficiencia de esta delimitación se demuestra con múltiples casos en los que por más que un sujeto haya querido un resultado como propio y lo haya causado, no puede considerársele autor, pese a que no haya querido el resultado para sí.

De cualquier manera, la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo. Lo mismo ocurre con la teoría objetiva, en la medida en que quiso circunscribir el planteo a la tipicidad y vincularlo a la estructura del tipo, pero se estrelló con la insuficiencia de la teoría del tipo, concebido como puramente objetivo en ese momento. La teoría formal objetiva no tenía otro recurso que atenerse a la relevancia delimitadora del verbo típico: según esta tesis era autor el que realizaba personalmente la acción descrita por el tipo, lo que tenía el claro inconveniente de dejar fuera la autoría mediata y la coautoría¹⁶

.

d.- De la teoría del dominio del hecho.-

Con relación a esta teoría¹⁷

, Roxin, como síntesis escribe:

Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema:

1.- El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.

- 2.- La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.
- 3.- El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.
- 4.- El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.
- 5.- El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.
- 6.- El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.
- 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes.
- 8.- La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado.
- 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto.
- 10.- Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico.
- 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso

ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.

12.- La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancia fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo¹⁸.

e.- De la teoría del dominio del injusto.-

Al respecto se ha escrito:

Si se adopta el dolo de la tradición, que incorpora en el dolo la conciencia del injusto (teoría del dolo), bien puede seguirse la teoría del dominio del hecho, pero involucrando en ella el desvalor del injusto. Luego autor no es quien domina el supuesto del hecho, sino aquel que domina el hecho injusto. Dominar el hecho objetivo sin dominar el injusto que encierra no es dominio completo. El manejo adicional del centro de gravedad de la conducta, que es en efecto su antijuridicidad, ayuda eficazmente, por el contrario, a distinguir al autor del partícipe (...)

Si el dominio del hecho debe predicarse del sujeto que es la figura central del delito, esa figuración central sólo puede sustentarse con acierto del sujeto que domina el injusto, el cual solo puede ser el sujeto culpable en su concreta manifestación.

Si para nuestra perspectiva autor no es apenas quien domina el supuesto de hecho sino el injusto y por eso no es problema a resolver exclusivamente en el tipo, nos parece necesario arribar a la conclusión que sólo el “autor culpable” es un autor de un delito y solo el “partícipe culpable” es partícipe de un delito.

Si al lado de una vertiente importante de la doctrina yo puedo ser autor o partícipe de un

hecho típico del cual se me absuelve, v.gr. por una justificante o una causal excluyente de culpabilidad, no se alcanza a percibir para qué el derecho penal va a declarar autores y partícipes que se absuelven y no tengan nada que ver con las penas. No tiene mayor sentido ni utilidad hablar de un derecho penal sin penas. Como nuestra visión del delito estima que el conocimiento del injusto se incorpora y hace parte de la acción típica e injusta, porque no hay injusto penal sin conocimiento, no hay autores ni partícipes que no sean culpables¹⁹ (negrillas fuera del texto).

Conforme a la teoría que viene de citarse se entiende que lo característico en el autor psico-físico está dado no en el control del hecho, esto es, de lo puramente objetivo²⁰

, sino de dominio completo de la conducta punible, entendiendo por éste el control de los aspectos materiales y subjetivos, es decir, dentro de los contextos de un injusto no solo objetivo sino mixto²¹

.

De acuerdo con los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, es dable identificar las siguientes formas de intervención en el delito:

(i).- Autor.-

“Es quien realice la conducta punible por sí mismo²²”. Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.

Roxin al respecto dice:

Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura

central, de un supuesto en el que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.

La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción (...)

Todas las teorías que llegan a otros resultados parten de presupuestos que ya se consideraron erróneos más arriba. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata –como ya sabemos– en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en la forma de acción, el que ejecuta por completo libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal: Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable²³

(negrillas fuera del texto).

(ii).- Autor mediato.-

Es aquella persona que desde atrás en forma dolosa domina la voluntad de otro al

que determina o utiliza como instrumento²⁴

para que realice el supuesto de hecho, quien en todo evento actúa ciego frente a la conducta punible, efecto que logra aquel a través del error invencible o de la insuperable coacción ajena²⁵.

En esas singulares condiciones quien opera como instrumento puede actuar de manera consciente y voluntaria respecto de la ejecución material del hecho, pero ajeno y desconociendo el carácter de injusto de su comportamiento, lo anterior debido al engaño no discernible en su momento en el que fue inducido, o alternativamente siendo conocedor de la antijuridicidad de su acción, frente a la cual no puede extraerse por efecto de la fuerza insuperable a la que ha sido sometido²⁶. Sobre esa institución jurídica se ha escrito:

Autor mediato es quien se vale de quien actúa atípica o justificadamente y su fundamento también se halla en la figura del determinador, pues el autor mantiene el dominio del hecho en el modo de dominio de la voluntad.

Es frecuente considerar autor mediato a quien determina a otro que actúa sólo o inculpablemente, aunque las opiniones difieren. La consideración como autor mediato pasa por alto que cuando un sujeto para obtener el resultado típico se vale de alguien que comete un injusto inculpablemente, no tiene el dominio del hecho: el que convence a una mujer de que el aborto no es delito para hacerla abortar, el que trata de inducir a un delirante para que mate a un tercero –a quien sindicó como responsable de todos sus males- no domina el hecho. La determinación que se da por medio de la motivación no otorga el dominio del hecho, pues siempre el sujeto puede contramotivarse por otras razones y nada asegura ni hace presumir que cometerá el injusto.

(...) la autoría mediata plantea una serie de problemas. Pareciera que el autor

mediato supone la existencia de un autor inmediato, lo que no es cierto, puesto que hay casos en que el determinado actúa sin dolo, por lo que no puede ser considerado autor de un tipo doloso. El prejuicio de que siempre debe haber un autor detrás del autor, tiene origen en que la autoría mediata se creó como un expediente práctico para resolver huecos de punibilidad que surgían del requerimiento de que el instigado actuase con culpabilidad, puesto que se sostenía la tesis de la accesoriedad extrema, que la llevaba hasta la culpabilidad hoy abandonada²⁷.

(iii).- Autor intelectual.-

Es aquella persona que idea, diseña o programa el itinerario de una conducta punible y se liga en relaciones de acuerdo común, división material del trabajo e importancia de aportes con los denominados autores materiales, resultando todos en proyecciones de coautoría.

Si bien es cierto el autor mediato, entendido como el hombre que desde atrás domina el injusto total a través de la dominación o doblegación de la voluntad de otro, es aquella persona que ha ideado o diseñado el comportamiento ilícito, también lo es que de acuerdo con precisiones dogmáticas, no puede confundirse ni equipararse con el autor intelectual, pues los contenidos materiales de estas modalidades son diferentes.

En efecto, mientras aquél se sirve de un tercero al que utiliza como instrumento, quien a su vez no tiene conciencia de la injusticia o antijuridicidad o despliega su comportamiento de manera inculpable bajo los alcances de una coacción irresistible, éste se liga en relaciones acuerdo común, división material del trabajo e importancia de aportes con los denominados por autores materiales, resultando todos en proyecciones de coautoría.

(iv).- Coautor.-

De conformidad con el artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, son “coautores los que, mediando un acuerdo común²⁸

, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Lo característico de ésta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común²⁹, además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva³⁰ pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible.

En lo que corresponde a la distribución de funciones, se tiene que:

...en la coautoría... el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos. Es decir, que el acuerdo con división del trabajo es para la coautoría lo mismo que la existencia de coacción, error, etc., para la autoría mediata: en ésta esos criterios fundamentaban la posibilidad estructural de realizar una acción a través de otro, en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar una acción entre varios.³¹

Con relación a los límites temporales en los que es dable la materialización de esta forma de intervención, se escribe:

Respecto a la primera cuestión, la doctrina y la jurisprudencia han venido afirmando tradicionalmente la posibilidad de que la intervención del coautor sucesivo se

produjese más allá de la consumación formal durante el periodo temporal existente entre ésta y la terminación o consumación material del delito. Sin embargo, la postura anterior se ha ido paulatinamente abandonando por la doctrina, que hoy en día mantiene mayoritariamente que no es posible que el acuerdo se origine en un momento posterior al de la consumación formal, es decir, a aquel momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman la descripción del supuesto de hecho del tipo penal. La consumación del delito se produce, cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto penal. En el momento de la consumación formal se encuentran, por tanto, presentes todos los requisitos que conducen a la punibilidad. Por su parte, ésta nueva opinión doctrinal, considera que si la autoría (incluida la coautoría) es definida como realización del hecho delictivo descrito en los preceptos de la parte especial del código penal, tal y como se establece en los preceptos reguladores de la misma en la parte general, no puede admitirse que una intervención que se lleva a cabo una vez finalizado el comportamiento típico pueda fundamentar una responsabilidad a título de autoría, lo contrario, es decir aceptar la posibilidad de autoría tras la consumación formal, conllevaría para ésta corriente doctrinal, una ampliación desmesurada y no permitida de la punibilidad, que infringiría el principio de legalidad penal consagrado por la Constitución³²

.

En igual perspectiva:

Tradicionalmente se ha venido defendiendo por la doctrina mayoritaria que se puede intervenir en un delito más allá de la consumación formal del mismo, es decir, durante el periodo temporal existente entre ésta y la terminación o consumación material del delito.

Pero, aunque existe una línea jurisprudencial que continúa pronunciándose en éste sentido, dicho postulado ha comenzado a ser rechazado por la doctrina. Actualmente se defiende por un sector doctrinal que como regla general, no es posible un acuerdo posterior al momento de la consumación formal, es decir, al momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman la descripción del supuesto de hecho del tipo penal. En mi opinión, habrá que establecer como norma general que no cabe la posibilidad de autoría ni tampoco de participación a partir del momento de la consumación del delito, pero dependiendo de las características del tipo en concreto, habrá que admitir determinadas excepciones³³

.

En este evento, el dominio de la conducta punible no lo ejerce una persona sino todos los que concurren a ese fin o fines delictuosos de que se trate. En esa medida, sus realizaciones son mancomunadas y recíprocas.

Los coautores por virtud del acuerdo ejercen control en parte y en todo, y lo hacen de manera funcional, es decir, instrumental y el aporte de ellos deberá ser una contribución importante, pues si la ayuda resulta secundaria o accesorio, no podrá hablarse de aquella forma de intervención sino de complicidad.

En dicha perspectiva, y a fines de que la valoración y atribución de una u otra de las modalidades vistas no dependan del juicio arbitrario o subjetivista de los jueces, se requiere para el instituto visto que la aportación sea esencial³⁴, valga decir, deberá

entenderse aquella sin la cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarla éste se frustra o al compartirlo se lleva a cabo.

Y se puntualiza:

La propia doctrina critica lógicamente este entendimiento de la esencialidad, diciendo que la mencionada posibilidad de evitar el hecho no tiene por qué tenerla siempre el coautor y que, en ocasiones, también le puede corresponder al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran casualmente en el lugar de los hechos mediante una simple llamada a la policía. En este orden de cosas, se rectifica o depura el criterio anterior y se establece que para que la aportación pueda conceder al interviniente el dominio del hecho no debe suponer una simple facultad de interrumpir el hecho en abstracto, sino una concreta posibilidad de interrupción mediante la retirada de su aportación. En palabras de Roxin, cada uno tiene el dominio en sus manos a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque si rehusara a su propia colaboración haría fracasar el hecho, de tal forma que alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito. En la doctrina española se habla conforme a lo anterior del criterio del desbaratamiento del plan. El dominio que el coautor ostenta es calificado por Roxin como funcional, el coautor es titular del dominio funcional del hecho debido a que el mismo resulta de la función que se le ha atribuido en el marco del plan común. En consecuencia, Roxin define al coautor como aquel interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la consecución del resultado perseguido, aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se derrumba el plan³⁵.

Para que se materialice la forma de intervención del artículo 29 inciso 2º de la ley 599 de 2000, y atendiendo a la descripción que se ha consagrado como reserva legal, no son suficientes el conocimiento dado en el propósito común y el reparto del trabajo, pues como la propia norma lo establece, el apoyo objetivo deberá ser significativo.

La manera más efectiva de realizar el juicio valorativo acerca de si el aporte es de importancia o no en los términos establecidos en el artículo 29 inciso 2º de la ley 599 de 2000, consiste en hacer abstracción de él y se lo suprime mentalmente.

En esa perspectiva teórica y práctica, si al excluirlo del escenario funcional del evento objeto de juzgamiento, éste no se produce, la conclusión a la que se puede llegar sin dificultad es la de la existencia de la coautoría, y si al apartarlo aquél de todas formas se consumaría, la valoración a la que se puede arribar es a la presencia de la conducta de complicidad.

Con relación al tema, se ha escrito:

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos y cada uno de ellos realiza por sí la totalidad de la acción típica, se trata de un supuesto de autoría plural, que se conoce con el nombre de autoría concomitante o paralela, cuyo concepto emerge del autor individual, conforme a cada uno de los tipos en particular (...)

Otra forma de coautoría, con problemas por completo diferentes de la simultánea, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea, que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del pragma, sino que este se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes. Se trata de la coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho (...)

La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles" (...) La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad, pero ello no puede identificarse con cualquier acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice). Así vuelve a aparecer el problema central de la autoría, esto es, determinar si la decisión común es una fórmula hueca que encubre el animus auctoris de la teoría subjetiva, a lo que el criterio subjetivo responderá afirmativamente. Pero como la teoría

final objetiva parte de la contribución al hecho como tal, es decir, de la clase de correlación de la conducta, será determinante averiguar si ha tomado parte en el dominio del acto, por lo que el punto central pasa por el segundo requerimiento, que es la realización común del hecho. Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es menester investigar en cada caso si la contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o se caiga. Esto significa que no puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al plan del hecho: será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor (...)

Con lo dicho, la coautoría funcional registra una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común³⁶

(negritas fuera del texto).

(v).- Coautoría por cadena de mando.-

Este fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.

Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340 inciso 2º de la ley 599 de 2000³⁷

o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos.

Pero la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal³⁸

quien dio la inicial orden. En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores.

Existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, los que en principio aparecen a la luz pública efectuados bajo el aparente mando de la legalidad o como resultado de presuntas acciones legítimas en defensa de la patria, la democracia y sus instituciones. En sus inicios al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultados de voluntades individuales y la responsabilidad penal se orienta y recae en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos plurales de características similares.

Al valorar estos comportamientos vistos en su conjunto se puede llegar a la conclusión que obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado³⁹ diseñada en las esferas más altas de la dirigencia, y que desde la apariencia de las justificaciones lo que en últimas hacen es explosionar el orden constitucional. No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2º ejusdem se relacionan a través de la coautoría por cadena de mando.

La doctrina ha entendido:

Conforme con la teoría del dominio por organización concebida por Roxin y asumida tanto por la opinión dominante como por la jurisprudencia, en estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes. Esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. El hombre de atrás realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. Se convierte en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre de atrás. La decisión libre y responsable del ejecutor no modifica en absoluto la situación

y no representa ningún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás. El dominio por organización, ejercido en virtud del aparato, reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava la del autor de atrás a medida que se asciende en la jerarquía. La fundamentación de esta teoría hace referencia a otros casos de autoría mediata (del instrumento doloso que actúa sin la necesaria intención en un delito doloso), en los cuales un dominio del hecho mucho más débil funda la autoría. La jurisprudencia exige, además, que en tal tipo de casos el hombre de atrás aproveche la disposición incondicional del autor directo para la realización del tipo penal⁴⁰.

Y para el caso colombiano esta teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor tras el autor”, la doctrina más atendida la viabilizó:

En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los

miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos.⁴¹

Conforme a lo anterior se tiene que las modalidades de autoría (material, intelectual, mediata) y coautoría vistas, poseen características propias que las identifican y diferencian. Sus contenidos normativos y materiales específicos resultan necesarios para el caso específico a tenerse en cuenta a fines de las atribuciones indiciarias que se hicieren y en un contexto más general como directriz en materia de “justicia transicional”.

(vi).- Determinador.-

De acuerdo con el artículo 30 de la ley 599 de 2000, “quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

El determinador como forma especial de la participación, es aquella persona que por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elementos a identificar. En efecto:

Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento, están dados en que aquél se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable.

Desde la teoría del delito, bajo la cual se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, se comprende que los actos del determinador no se pueden quedar en la simple cooperación o solidaridad moral ni en sólo hacer surgir en el otro la idea o en reforzar la ya existente al respecto, sino que además, deberá ser incidente en la génesis de la voluntad criminal del inducido, la cual debe tener una materialización consumada o al menos tentada, pues sin ese principio de ejecutividad no puede haber autoría y menos participación en esa modalidad.

La Corte, al respecto, ha dicho:

Lo que sí merece una reflexión separada es el significado jurídico y gramatical de la conducta determinadora. En efecto, “determinar a otro”, en el sentido transitivo que lo utiliza el artículo 23 del Código Penal, es hacer que alguien tome cierta decisión. No es simplemente hacer nacer a otro la idea criminal sino llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución. Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como lo sostiene la doctrina jurisprudencial y lo acepta el impugnante, puede lograrse por distintos modos de relación intersubjetiva: el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado⁴².

A su vez, entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, debe

existir un nexo de correspondencia, porque si la resultante difiere de los objetos de incidencias subjetivas realizadas por el inductor, no se le podrá atribuir responsabilidad penal alguna.

La Corte, entre otros pronunciamientos, ha dicho que el determinador

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.

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación⁴³.

En otra oportunidad dijo:

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 tornan 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 *ovni modo facturatus*); 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, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico⁴⁴

(vii).- Cómplice.-

De acuerdo con el artículo 30 de la ley 599 de 2000 “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma⁴⁵

, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

Desde la teoría del delito no se advierten mayores dificultades para entender que la

forma de participación vista se evidencia cuando se colabora en forma dolosa⁴⁶

y grado secundario en el comportamiento delictuoso ajeno⁴⁷

que otro domina⁴⁸

, pues el control final de la conducta punible lo tiene otro⁴⁹.

Puntualmente sobre esa figura jurídica se ha dicho que:

Complicidad es la cooperación dolosa en un hecho punible cometido dolosamente por otro. Al igual que en la inducción, no existe complicidad culposa en un hecho ajeno, ni tampoco complicidad en un hecho culposo ajeno (...)

La complicidad puede darse tanto por la vía de un consejo como de un hecho. En el primer caso se habla de complicidad intelectual (psíquica), en el segundo de complicidad técnica (física) sin que sea necesario incluso, posible una delimitación exacta de ambas formas, puesto que una prestación de ayuda técnica puede al mismo tiempo, en la medida en que el autor principal tenga conciencia sobre ella, constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y así nuevamente una complicidad intelectual (...)

Los medios de estas dos formas de complicidad no son, en sí, restringidos. En todo caso, ellos requieren de una delimitación en cuanto al límite superior. Si el apoyo es prestado en el marco de la participación que se tenga del dominio colectivo del hecho y respecto del acontecer delictivo global, existirá una coautoría. Hay asimismo inducción y no complicidad cuando la acción de colaboración (como dar un consejo) no tiene lugar en el marco del ejercicio del dominio del hecho, mas provoca en el autor principal la resolución a la comisión de la lesión típica al bien jurídico⁵⁰

(viii).- El interviniente.-

De acuerdo con el artículo 30 inciso 4º de la ley 599 de 2000 aquel que “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

En la comisión de conductas punibles con sujeto activo cualificado como los que se han tipificado contra la administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian.

En efecto se advierte que en los eventos en los que un particular concurra a la realización de una conducta punible de aquellas que requieren de autor cualificado, se lo considera interviniente⁵¹

, justamente por no tener la especialidad exigida en el tipo penal, sin que esa calidad pueda ser concurrente con la de cómplice.

Frente al tema, la Corte ha dicho:

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor del delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna dicha condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la

realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase⁵²

.

IV.- Del indicio de responsabilidad penal.- Se puede afirmar que la responsabilidad penal⁵³

es una valoración compleja, esto es, integrativa, en la que se implican los también juicios de tipicidad o adecuación típica (sujeto activo, conducta, en sus aspectos subjetivo-objetivos y normativos, previsión de causalidad y resultado), antijuridicidad (no en su concepción formal, sino material con la consecuencia de la lesividad o peligro de menoscabo al bien jurídico tutelado sin justa causa) y culpabilidad (imputabilidad, dolo, culpa, preterintención), reprochabilidad, exigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho⁵⁴

.

Es pues, la responsabilidad penal (afirmativa o excluyente) el objeto de máxima consideración del debido proceso, y es con referencia a la misma como al interior de la investigación y el juzgamiento se concretan los actos de formulación de la imputación, decreto e imposición de la medida de aseguramiento, acusación, preclusión de la investigación y la sentencia absolutoria o condenatoria.

Si lo anterior es cierto, como en efecto lo es, puede afirmarse que el indicio o la clase de

revelación que por sobre todo interesa en la actuación penal en singular de que se trate, no es una fenomenología vacía, ni es cualquier clase de indicación, incluso ni siquiera se trata de un simple señalamiento de la autoría o participación objetiva pues las expresiones solo fácticas de ellas en los términos del artículo 12 de la ley 599 de 2000⁵⁵

por sí solas no resuelven la conducta punible.

La proscripción o erradicación de toda forma de responsabilidad objetiva⁵⁶

como derecho, principio y garantía fundamental de incidencias sustanciales, permite captar que incluso en tratándose de imputaciones indiciarias, éstas no pueden efectuarse conforme a puros criterios de responsabilidad factual.

En efecto: cuando las atribuciones se realizan como simples señalamientos de autoría objetiva o de participación objetiva, y cuando conforme a las mismas se sustentan actos de formulación de la imputación, imposición de medida de aseguramiento o acusación, con la correlativa consecuencia de la privación de la libertad, lo que en últimas se hace es contrariar lo establecido en los artículos 95⁷

y 12⁵⁸

de nuestro Código Penal.

Si conforme a los principios en cita se regula que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, y se consagra el postulado en sentido de que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, bien se puede comprender que los contenidos de dichos principios se tornan en todo aplicables al indicio. En ese sentido y a fines de su atribución, no es suficiente el mero resultado por sí solo para su atribución jurídica, pues los artículos 9 y 12 ejusdem lo impiden.

El postulado apunta como debe ser a que los señalamientos no pueden quedarse como simples revelaciones de autoría o de participación factual, sino que por el contrario deben tratarse y resolverse es como indicantes de responsabilidad penal, pues a nuestro sistema le interesan son los intervinientes culpables. Este predicado probatorio posee efectos sustanciales y encuentra asidero en la teoría de la conducta punible y recibe su total respaldo en las normas antes citadas. Por tanto, si en los artículos 28759

, 30860

y 33661

del Código de Procedimiento Penal se establece como requerimiento para formular la imputación, decretar la medida de aseguramiento y para enrostrar la acusación, que ha lugar a ello “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Bien se puede entender que los indicios resultantes de los materiales probatorios, de las evidencias físicas (aducidos, producidos e incorporados legalmente) o de la información legalmente obtenida, no deberán ser unos fenómenos que den a conocer de manera simple la autoría o participación objetiva, sino que además deberá tratarse de señalamientos de dominio del hecho (de la acción, funcional, o de la voluntad de otro) o de ayuda en un comportamiento ajeno, responsables al menos en vía de hipótesis o probabilidad.

La doctrina respecto al tema escribe:

Ahora, en cuanto a que ese indicio grave que exige la ley para proferir una medida de aseguramiento tenga que ser de la responsabilidad del procesado, contiene que nos

detengamos en el verdadero alcance de esta expresión y en el requisito exigido, ya que no siempre se la ha entendido en su exacto significado jurídico. Para nosotros dicha expresión es comprensiva de todos los elementos del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (...)

Es que, si al juez le estuviese vedado avanzar provisionalmente juicios valorativos sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, ello querría decir que la detención preventiva podría justificarse sobre bases de exclusiva responsabilidad objetiva, como sería el tener en cuenta exclusivamente para la medida cautelar, la conducta típica del sindicado, esto es la simple realización del hecho material, lo que sí equivaldría a la ostensible violación del principio sobre presunción de inocencia (...)

Igualmente, se caería en el mismo error si solo se pudiera detener preventivamente con fundamento en solo dos elementos del delito, la tipicidad y la antijuridicidad, siendo a nuestro parecer también necesaria la culpabilidad, como garantía de seguridad jurídica en favor del procesado⁶²

.

En consecuencia, al regularse de manera imperativa en nuestro Código Penal en su art. 9º que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, y al consagrarse como principio en su artículo 12 que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, lo que en efecto se estipula en esas normas rectoras son unos postulados de aplicación sustanciales con incidencias hacia lo jurídico-probatorio, los que deben tenerse en cuenta a fines de la valoración y atribución de indicios de responsabilidad penal, y que como se dijera desde una visión epistemológica, se constituyen en verdaderas hipótesis de la misma.

Las discusiones de aquella en sus proyecciones afirmativas o excluyentes (para el caso entiéndase juicios de tipicidad-atipicidad, antijuridicidad material- causales de

justificación o ausencia de lesividad, y culpabilidad-inculpabilidad), se constituyen en unos juicios que se cumplen y realizan a todo lo ancho y largo del decurso del debido proceso penal, y se efectúan incluso a partir de la formulación de la imputación.

Y así, la más significativa demostración normativa en sentido de que la valoración de la responsabilidad penal en sus aspectos subjetivos no es del ámbito exclusivo de la etapa de juzgamiento, ni se restringe a las motivaciones y dictados de la sentencia, está dada en las regulaciones del artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se establece que:

En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusación.

Debe tenerse en cuenta que la solicitud de preclusión se puede invocar a partir del momento procesal en cita, integra como causales, las reguladas en el artículo 332⁶³

, en el cual se incluyen: la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal⁶⁴

.

V.- Del indicio y el principio de necesidad de la prueba.-

El principio de necesidad de la prueba, como su propio nombre lo expresa, implica que de manera insalvable los actos y providencias que se profieran al interior del debido proceso penal en sus etapas de investigación y juzgamiento, necesariamente deben estar fundados en soportes que obedezcan a existencia material y desde luego jurídica, y en esa medida no pueden llegar a ser objeto de suposiciones ni de omisiones, ni suplirse a través de conjeturas, ni por el conocimiento privado del juez⁶⁵

. Lo anterior significa que los ejercicios de motivación no se efectúan en el vacío, sino que por el contrario deben tener respaldo fáctico.

El principio de necesidad de la prueba se constituye en el fundamento del denominado error de hecho derivado de falso juicio de existencia, motivo de censura en casación penal regulado en el art. 181.3 de la ley 906 de 2004 el cual se consolida en los siguientes eventos:

a.- Cuando frente a los hechos o conductas acaecidas, de los cuales se tiene historia fáctica, se omiten, desconocen o ignoran medios de convicción allegados a la actuación, y en su defecto se falla en la sentencia, sin que hubiesen sido objeto de valoración.

b.- Cuando el juzgador a manera de conjetura supone instrumentos probatorios sin existencia material y los integra a la sentencia y con fundamento en ellos falla.

VI.- Del indicio de responsabilidad penal y el principio de necesidad de la prueba.-

Aquel no es un instrumento de prueba en especial. No obstante, en lo que corresponde a su existencia, ésta no depende de la circunstancia que se lo reconozca o identifique formalmente dentro de las clasificaciones de medios de convicción dadas al interior de un estatuto procesal.

El indicio en materia penal, entendido como un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, no posee existencia autónoma sino derivada y surge⁶⁶

de las manifestaciones reales, periciales, testimoniales, de confesión, documentales y de inspección judicial, esto es, emana de los elementos materiales probatorios⁶⁷

, evidencia física e información, es decir, de los contenidos de las expresiones reales

y personales que digan relación con el comportamiento humano objeto de investigación y que desde luego hubiesen sido aducidos, producidos e incorporados con respeto al principio de necesidad, licitud y legalidad de la prueba.

Si como es un hecho cierto que el indicio de responsabilidad penal no posee existencia autónoma, sino derivada o dependiente, ello significa que el mismo no puede abordarse por fuera del principio de necesidad de la prueba, de lo que se traduce que los medios de convicción personales o reales de los que surge el hecho indicador⁶⁸

como fenómeno, deberán obedecer a existencias materiales y desde luego a existencias jurídicas.

VII.- Del indicio y los principios de legalidad y licitud de la prueba.-

Es de la esencia de un Estado constitucional, social y democrático de derecho que en el proceso penal, todos los pasos de definición del mismo, incluidos los actos de investigación⁶⁹

y los de pruebas⁷⁰

a los que se deben aquellos, estén de manera rigurosa ajustados conforme al principio de estricta legalidad⁷¹

.

El postulado en cita en lo que corresponde a lo debido probatorio dice estrecha relación con los requerimientos de licitud y de legalidad de los actos de investigación⁷²

y los probatorios entre los que se incluyen los de descubrimiento de la prueba⁷³

(art. 337.574

, 34475

, 34676

), proposición o solicitud (art. 35777

), admisión⁷⁸

y decreto de la prueba (art. 359), práctica y valoración de la prueba en el juicio oral, esto es, actos de aducción, producción e incorporación⁷⁹

de las mismas al proceso penal en singular, como quiera que en un Estado constitucional, social y democrático de derecho⁸⁰

, jamás podrá tener ni legalidad, ni legitimidad una sentencia que se hubiese soportado pruebas, ilícitas o ilegales⁸¹

, en tanto, en cuanto no existe el derecho constitucional a la obtención de la verdad a cualquier precio⁸²

, y a su vez, los medios de convicción así viciados tampoco tendrían la potencialidad para infirmar la presunción de inocencia, en el entendido que la licitud y la legalidad de la prueba, en un sentido amplio forman parte del contenido nuclear de la misma”⁸³

de la que se ocupa nuestra Carta Política en su artículo 29, de lo que se colige que ese postulado como garantía especial⁸⁴

a su vez, hace parte inescindible del derecho, principio y garantía de la presunción de inocencia.

El Principio de Legalidad de la Prueba es el fundamento de los errores de derecho por falsos juicios de legalidad. En la norma constitucional citada se establece que son “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso”, predicado que se reproduce en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 360 ejusdem en lo que corresponde a las ilegales, lo cual traduce y proyecta es un efecto-sanción de inexistencia jurídica de la prueba que conduce a la exclusión de las mismas.

6.- De la precisión de un precedente jurisprudencial.-

La Corte en el fallo del 21 de agosto de 2003, identificado con la Radicación 19.213 sobre el cual se ha trazado la línea jurisprudencial acerca de la coautoría impropia, dijo:

De la lectura del artículo 29.2, como quedó finalmente, se desprenden, es obvio, los mismos requisitos: para afirmar coautoría se necesitan acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte.

Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

División quiere decir separación, repartición.

Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

d.- Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas antes y ahora, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural, sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común, comportamiento signado por esa directriz, o co-dominio del hecho, y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente.

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva.

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que:

Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.

Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.

La fase objetiva comprende:

Uno. El co-dominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno u otros de ellos a otro u otros de ellos se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.

Por conducta esencial se debe entender, primero que sin ella es imposible cometer el hecho, o segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo, o tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.

Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esta contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral – espiritual, por ejemplo cuando en ésta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, v.gr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrantamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación.

De esta manera el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o a los actos preparatorios no constituye coautoría, como tampoco aquel subsiguiente a la consumación o al último acto materia de tentativa de delito.

De acuerdo con las consideraciones de la doctrina penal vistas en forma previa las cuales son criterios auxiliadores de la actividad judicial (artículo 23085

[Constitución Política](#)), la Sala considera que se hace necesario precisar la línea jurisprudencial plasmada en la sentencia del 21 de agosto de 2003, Radicación 19.213:

(i).- De conformidad con los principio de “estricta reserva” y “tipicidad” (artículos 686

y 1087

de la ley 599 de 2000) aplicados a la coautoría, se observa de manera inequívoca en el artículo 29.2 ejusdem, que para la configuración de esta forma de intervención en la conducta punible se requieren tres elementos: acuerdo común, división del trabajo

criminal e importancia de los aportes.

(ii).- Acuerdo común⁸⁸

significa conexión subjetiva entre los intervinientes, la cual puede ser tácita o expresa. A través de aquel se genera una comunidad de ánimo dolosa entre los mismos. Dicho nexo se da alrededor de un plan común (no necesariamente detallado) y una resolución colectiva⁸⁹

en el objetivo de lograr la materialización de una o varias conductas punibles determinadas.

Cuando la concurrencia de voluntades se orienta en la finalidad de cometer plurales (no singulares) delitos indeterminados o los específicos de que trata el artículo 340 inciso 1º y 2º de la ley 599 de 2000, la adecuación típica se traslada al comportamiento de concierto para delinquir.

(ii).- La división funcional del trabajo⁹⁰

criminal se consolida a través del acuerdo de voluntades. Por virtud de éste se reparte el todo en partes, en parcelas de esfuerzos que valorados ex ante y ex post permiten hablar de una acción compleja o conjunta formada por segmentos articulados que vistos en singular y por separado no se advierten suficientes para determinar la conducta punible de que se trate, pero que unidos la explican como pluralidad de causas o condiciones.

(iii).- La fragmentación de labores convergentes conduce a que el control del comportamiento delictivo no lo ejerce una persona sino todos los que concurren al designio delictivo de que se trate. Por ello los co-autores ejercen un co-dominio funcional. En esa medida sus realizaciones parciales son mancomunadas y recíprocas.

(iv).- Importancia del aporte.- Para la configuración del instituto se requiere en los términos inequívocos del artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, que el aporte objetivo o material (pues no se puede hablar de coautoría por contribución moral o meramente espiritual) sea esencial, valga decir, necesario para la realización del hecho.

Se entiende por tal, aquel sin el cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarlo se frustra o reduce de manera significativa el riesgo de su materialización, o al compartirlo se lleva a cabo.

Por oposición al apoyo funcional así considerado, suelen darse los accidentales, secundarios o subsidiarios en cuyo evento no puede hablarse de coautoría sino de complicidad.

La sola posibilidad de evitar la conducta punible no se erige como presupuesto fundamental de la forma de intervención tratada, pues ésta circunstancia al igual se le puede presentar al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran en el escenario a través de una voz de alerta a los vecinos o a la policía. De aceptarse el criterio en cita se corre el peligroso riesgo por demás contrario a la estricta legalidad de hacer extensiva la figura de la autoría compartida hacia personas que no cumplen con esa calidad.

(v).- Una de las maneras de hacer efectivo y concreto el juicio de valor acerca de si el aporte es importante o no en los términos establecidos en el artículo 29.2 ejusdem, consiste en hacer un ejercicio de abstracción y excluirlo del escenario funcional del evento objeto de juzgamiento.

Si el comportamiento delictuoso no se produce o bien reduce de manera significativa el riesgo de su logro, se puede llegar sin dificultad a la existencia de la coautoría, y si al apartarlo aquel de todas formas se consumaría, la valoración a la que se puede arribar es que se está ante la presencia de una complicidad.

(vi).- La contribución de esa calidad la que implica intervención de la persona, debe darse durante la fase ejecutiva⁹¹ del delito, valga decir, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que caracteriza la conducta punible de que se trate, esto es, la fase tentada y el instante de su consumación.

Desde la teoría del delito, se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles, porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, por ello, un apoyo en esta etapa no constituye coautoría, tampoco cuando se evidencia en actos preparatorios.

En igual sentido, por su obviedad no puede hablarse de autoría compartida más allá de la consumación o del último acto constitutivo de tentativa de la conducta punible.

7.- Del caso concreto.-

El casacionista orientó los cargos principal y subsidiario a derruir la atribución de coautoría impropia que se derivó a Paula Andrea Calle Piedrahita en los delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado agravado. En esa proyección argumentó por la vía directa que no era posible acomodar el comportamiento de la aquí procesada al artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, en especial, porque su intervención se dio después de la consumación de los delitos y porque su aporte consistente en llevar dos celulares, uno producto del hurto, no podía catalogarse como “importante”.

Dadas las consideraciones previas, dígame que la Corte advierte que en la sentencia de segundo grado objeto de impugnación extraordinaria se incurrió en una aplicación indebida del artículo 29.2 ejusdem.

En efecto, el Tribunal de manera errónea adecuó la conducta de Paula Andrea Calle Piedrahita al instituto impugnado, pues de acuerdo con lo fáctico allegado a la investigación y reconocido por el ad quem se observa que ella entró en escena en

tiempos posteriores a los de la consumación de los delitos de secuestro extorsivo y hurto agravado calificado.

Se advierte que esa sola circunstancia, sin entrar al análisis acerca de si el aporte de ella fue de importancia o no, la pone fuera de los alcances del co-dominio funcional de esas conductas punibles y la ubica en una actitud de complicidad, razón por la que se casará parcialmente la sentencia como adelante se verá.

7.1.- Elementos fácticos con los que se evidencia que Paula Andrea Calle Piedrahita apareció en la escena después de la consumación de los delitos por los que resultó condenada.-

(i).- El Tribunal en la sentencia impugnada (f.277) de manera expresa dijo:

Y bien, en pro del referido objetivo, digamos, de entrada, que distinto a lo que ocurre con el procesado que se venía identificando como Norberto Monsalve Monsalve, capturado la noche de los hechos, de quien múltiples elementos de juicio pregonan su presencia y rol directivo en el complejo delito investigado, tal cual lo reseña en forma clara la Fiscalía (f.566), no hay en cambio ningún elemento lo suficientemente claro y directo que permita predicar que también Paula Andrea Calle y Gustavo Adolfo Ospina intervinieron en el secuestro múltiple perpetrado en la finca “La Querencia” de propiedad del señor Gabriel Arrubla García, esto es en lo que metodológicamente la Fiscalía denomina como el primer momento del delito, caracterizado por la irrupción de los maleantes en la finca, por la selección y encierro de grupos familiares en piezas distintas bajo amenaza de detonar explosivos ante cualquier intento de fuga, por la sustracción de tarjetas débito, utilizadas por algunos miembros del grupo para extraer dinero y por la exteriorización del propósito extorsivo contra el dueño de la Finca, a la sazón ausente de la misma y a quien sin embargo, bajo presión contra algunos de sus parientes hicieron comparecer para concretar el monto del rescate por los rehenes (negrillas fuera del texto).

(ii).- Óscar Alonso Arrubla Cano, hijo de Gabriel Arrubla García, hizo una detallada narración acerca de la forma como fueron conducidos desde la finca “La Querencia” hasta la prendería de propiedad de su padre. De los pormenores se desprende que la procesada no intervino en la fase ejecutiva ni consumativa del hurto. En efecto al respecto entre otros aspectos dijo:

... a las 3:30 de la mañana aproximadamente volví a llamar a Alarmar a decirles que íbamos a ir a la prendería, que yo iba acompañado por si la alarma sonaba y supieran que era el hijo quien estaba allá. Luego salimos en una camioneta doble cabina, vinotinto con el supuesto comandante Camilo, quien se quitó el trapo que lo cubría y el vestido de ciclista hacia la prendería.

En la parte de adelante viajaba mi papá, yo atrás con el vestido de ciclista quien ya portaba un pantalón que le quitó a mi hermano, una bolsa y el arma con silenciador, el supuesto comandante Camilo quien iba adelante con mi papá, también le preguntó si llevaba los explosivos a lo cual éste le contestó que sí, bajábamos hacia Caldas y el conductor que se identificó como comandante Camilo, habló por celular dando órdenes de escolta, de que estuvieran por el parque de Caldas que ya bajábamos. A la altura de Primavera vereda de Caldas, saludó a unas personas en un taxi, no le vi las placas a éste taxi ni reconocí a las personas, eran personas conocidas de él, supongo. Al llegar al parque de Caldas vi un taxi en la esquina de Foto Japón con dos hombres fuera de él mirando hacia la prendería, pero no los alcancé a reparar físicamente ni vi placas del vehículo.

Llegamos a la prendería, me entregaron las llaves de la casa de mis padres que es encima de ésta y subí con el hombre que estaba en la silla de atrás conmigo, sacamos las llaves de la prendería y comencé a abrirla. Mi papá permanecía en el vehículo con el comandante

Camilo, luego de abrir a mi papá le ordenar (sic) desactivar la alarma, presumo que por el susto de mi papá la alarma empezó a sonar muy fuerte, los tipos actuaron tranquilos, entró una llamada de Alarmar, contesté y me ordenaron decir que toda estaba bien, luego nos dirigimos a la caja fuerte, obligando a mi papá a que la abriera.

Empezaron a vaciar todos los cajones donde se encontraba el oro en bolsas, me mandaron hacia la puerta por si llegaba la policía les dijera que todo estaba bien, veía en la esquina aún a los dos tipos en el taxi, después de salir con dos bolsas llenas de oro, le pidieron el revólver del negocio a mi papá y quien lo sacó del cajón fue el comandante Camilo, entró una llamada a la prendería, yo contesté y una voz de mujer me preguntó “¿ya les robaron?” y colgó, nos mandaron hacia atrás del negocio y cerraron la puerta y le pusieron un candado y huyeron en la camioneta vinotinto doble cabina que era de uno de los amigos que estaba en la finca de paseo con nosotros. (...)

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿si las personas que hurtaron en la prendería fueron capturadas en su totalidad por la policía? Contestó: No, sólo una, el supuesto comandante Camilo, el que venía de ciclista no.

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿cuántos secuestradores y asaltantes usted vio en total desde el inicio del secuestro hasta que se comete el hurto en la prendería? Contestó: vi seis hombres en la finca, el vestido de ciclista, el de bombacho verde, el comandante Camilo, el viejito que lo acompañaba a éste último, el señor de bozo y pantaloneta y el más joven de todos quien tenía pantaloneta anaranjada y en el mentón y en el pie una cicatriz, todos armados, también vi a los del taxi que saludó Camilo y los dos del otro taxi frente a Foto Japón (negrillas fuera del texto).

(iii).- Gabriel Arrubla García hizo la siguiente narración:

El hijo mío habrió (sic) la puerta principal del negocio, luego yo habrí (sic) la puerta que sigue y quite la alarma pero la hice sonar un poquito con el fin de haber si llegaba

la Policía, pero después me dijo un Policía de que el hoyó (sic) la alarma, pero que el no podía moverse de su sitio porque de pronto le pasaba algo. Yo fue les habrí (sic) la caja y el ciclista me decía no me vas hacer trampa, cuando yo llegue me hicieron habrir (sic) la caja fuerte y sacaron lo que era oro. Luego ya para salir que haber (sic) el arma de mi propiedad un revólver 32 largo Smin hueso (sic), de 6 tiros y la capucha. El revólver no apareció en la captura de los tres secuestradores. Luego cuando salieron me bajaron la crotina (sic) y le pusieron candado, cuando llegó el celador le digeron (sic) vallase (sic) hifueputa (sic) de aquí o lo matamos y el corrió y le cogió las placas al carro, pero el carro lo cambiaron mas abajo, por un toyota, en (sic) carro mío de la finca le robaron el panel y el control de la finca, a todos los carros de la finca los voltieron (sic) al revés y se robaron 2 carros los dos fueron recuperados en la variante de caldas ese se lo entregó la Policía al hijo mío el otro lo tienen en la Fiscalía. Los secuestradores eran por hay 8.

Y en la ampliación de denuncia agregó:

En la finca no vi ninguna mujer, pero los vecinos nos contaron que vieron una mujer andando en el mazda que le quitaron al médico, pues que en éste carro estuvieron dando varias vueltas en el pueblo, pasando por el negocio mió, pero la gente no se imaginaba nada. A las cuatro de la mañana cuando mi hijo y yo estábamos encerrados en el negocio, luego de que los asaltantes se volaron con el botín, llamamos al 123, cuando estaba hablando el hijo mío con la Policía entró una llamada en espera, entonces mi hijo le dijo a la policía con quien hablando (sic) que esperaran un momento para contestar la llamada que entraba, entonces la persona que habló era voz de mujer y preguntó "si les robaron el oro" y colgó, a las cinco de la mañana llamaron a la finca, también voz de mujer quien preguntó "ya los liberaron" ésta llamada la contestó la señora mía (negrillas fuera del texto).

María Cecilia Guarín Alzate, entre otros aspectos dijo:

Antes de las cuatro de la mañana salieron para la prendería con el dueño de la finca, Gabriel Arrubla, no sé en que se fueron. Se fueron Óscar el hijo de don Gabriel, don Gabriel, el comandante Camilo y no sé quien más, porque nosotros seguíamos viendo a los tres tipos que se quedaron cuidándonos y nos dijeron que una vez sonara el teléfono a las 4:15 a eme (sic) nos teníamos que quedar todos nosotros en la pieza durante una hora porque afuera se iba a quedar otro de ellos con un explosivo cuidándonos, entonces fue así y sonó el teléfono y nosotros nos quedamos todos callados, sin tratar de salir. Cuando a eso de las 5 de la mañana llegó Óscar, el hijo del dueño y dijo desde afuera que estuviéramos tranquilos que iba con la policía. Ya esperamos a que nos abrieran la puerta de la pieza porque estaba amarrada con otra puerta y salimos. A mi me hurtaron el celular marca nokia, avaluado en unos doscientos mil pesos, número telefónico 5556862, figura a mi nombre, unas gafas sport avaluadas en unos ochenta mil pesos, un lapicero y portaminas lammy, avaluados en ciento cincuenta mil pesos, una chaqueta de mi hijo de cuatro años, unos tenis nuevos de mi hijo, todo esto recuperado por la policía y ya nos lo devolvieron, menos la plata que no fue recuperada ni la tarjeta debito.

Preguntada: Sírvase manifestar al despacho ¿cuántos secuestradores vio usted en total ese día? Contestó: cinco con Camilo. Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿si entre éstos plagiarios había alguna mujer o si escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas? Contestó: No había mujeres y ellos sí se comunicaban con otros a través de celulares (negrillas fuera del texto).

Carlos Mauricio Roldán, entre otros aspectos dijo:

... el teléfono sonó como a las 4:10 de la mañana y nos encerraron nuevamente a todos en un solo cuarto y lo dejaron como descolgado y luego todo en silencio que parecía que se

habían ido, pero ninguno nos atrevíamos a salir, luego Óscar apareció con tres policías y nos abrieron la puerta, luego Óscar contó que parecía que habían cogido al comandante Camilo con el oro, porque habían acordado el pago con el oro de la prendería del dueño de la finca y que lo habían cogido con una mujer y otro señor. Luego la policía llegó y a las 2 de la tarde nos pudimos ir para la casa y primero se fue mi esposa con mis hijos que estaban allí (...)

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿cuántos secuestradores vio usted en total ese día? Contestó: Eran el moreno de nariz aguileña, el alto fornido, el calvo que se puso la pava que tenía sudadera, el ciclista y el comandante Camilo, no vi a nadie más.

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿si entre estos plagiarios había alguna mujer o si escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas. Contestó: Pues uno si los veía que se comunicaban, nunca se dijeron nombres entre ellos, por lo menos yo no los escuché y no vi mujeres (negrillas fuera del texto).

Mónica María Uribe Lotero, de igual dijo:

Preguntada: Sírvase manifestar al despacho cuántos secuestradores vio usted en total ese día? Contestó: seis. Preguntada: Sírvase manifestar al despacho si entre estos plagiarios había alguna mujer o si escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas. Contestó: sí se comunicaron con otros, pero no yo vi ninguna mujer (negrillas fuera del texto).

Nora Cecilia Palacio Vélez:

Preguntada: Sírvase manifestar al despacho ¿si entre éstos plagiarios había alguna mujer o si se escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas? Contestó: No había mujeres, pero después de que ya estábamos liberados y eran como las 6 o 7 de la mañana recibimos una llamada de una

mujer al teléfono de la finca y contestó doña Myriam mi suegra y le habló una mujer que no se había identificado y le preguntó que si ya nos habían liberado y luego colgó (negrillas fuera del texto).

.

José Aldemar de Jesús Palacio Palacio:

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿si entre éstos plagiarios había alguna mujer o si se escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas? Contestó: No habían mujeres entre ellos y si se comunicaban a través de celulares y del teléfono de la finca también (...) Preguntado: Sírvase manifestar al despacho, si usted se percató qué personas habían sido capturadas por la policía y si entre ellos usted vio a los secuestradores citados por usted? Contestó: yo me enteré que habían capturado a tres la policía y en la prensa salió un escrito donde está plenamente comprobado que el comandante Camilo era uno de los capturados y el otro señor que aparece en la foto, también capturaron a una mujer pero a esa yo no la vi en la finca (negrillas fuera del texto).

Maria Orfilia Ciro Ciro:

Preguntado: Sírvase manifestar al despacho ¿si entre éstos plagiarios había alguna mujer o si se escuchó hablar que mencionaran a otros compañeros de delito o si se comunicaban con otras personas? Contestó: No, sólo eran hombres y no escuché que se comunicaran en mi presencia con alguien más.

Desde la prevalencia del derecho sustancial se advierte que Paula Andrea Calle Piedrahita no intervino en la fase ejecutiva de los delitos de secuestro extorsivo ni del comportamiento de hurto calificado y agravado.

En efecto, como lo relató Óscar Alonso Arrubla Cano, él y su padre se trasladaron desde la finca “La Querencia” hasta la prendería acompañados del denominado comandante Camilo y de quien se encontraba vestido de ciclista.

En esa medida, se advierte que la aquí procesada apareció en la escena y fue aprehendida en compañía de Camilo y de Gustavo Adolfo Ospina en un tiempo posterior al de la consumación de los delitos.

Su comportamiento por fuera de la fase consumativa de las conductas punibles por las que resultó condenada no la pone en su totalidad ajena a los mismos, pero no es dable adecuarlo al de la coautoría sino al de la complicidad.

En efecto, fue capturada en compañía de Gustavo Adolfo Ospina y del comandante Camilo quien se identificó como Norberto Monsalve Monsalve y en los intentos de huida dejó abandonada una bolsa con el botín.

Su presencia acompañada de aquellos en momentos en que desarrollaban huida, además de las malas justificaciones y cambios de versión en la pretensión de confundir a los investigadores acerca del por qué ella iba con ellos, como sus intentos de camuflarse entre otras personas para pasar desapercibida y ajena, son actitudes que la ubican dentro de los ámbitos de conocimiento de lo que había sucedido.

Ella al momento de su aprehensión llevaba dos celulares, uno de propiedad de Carlos Roldán. A partir de esos elementos de juicio, se puede afirmar que estaba prestando una contribución posterior a la fase ejecutiva de las conductas punibles, consistente en ayudarles con concierto previo a eludir la acción de la autoridad y colaborarles en el aseguramiento de la bolsa con el oro.

Sin dificultades se observa que el co-dominio del hecho de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado desde sus inicios hasta la consumación, la tuvieron

otros y que ella estaba colaborando de manera dolosa en forma posterior a esquivar la acción de la autoridad.

Se otorga razón al casacionista en el sentido de que los elementos probatorios que relacionan el comportamiento de la procesada no se adecúan de manera inequívoca a la estructura de la coautoría del artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, pero como evidencias en sí no tienen la solidez para generar el in dubio pro reo y lograr una absolución total como fue una de sus peticiones.

Sin mayores amplitudes se puede afirmar que la duda probatoria no hace presencia en orden a dejar incólume la presunción de inocencia de Paula Andrea Calle Piedrahita. Todo lo contrario, con los soportes fácticos que han sido objeto de mención se puede llegar a la conclusión en grado de certeza que su compromiso con las conductas punibles materia de juzgamiento se dio en la modalidad de la complicidad, motivo de prevalencia del derecho sustancial por el que de manera parcial se casará la sentencia impugnada adecuando su actuación a esa forma de intervención lo cual conduce a que se redosifique las penas a ella derivadas.

El Tribunal le imputó el delito de secuestro extorsivo en concurso homogéneo de los artículos 169 y 170 modificados por la ley 733 de 2002, que para el momento de su consumación tenía una pena de veintiocho (28) a cuarenta (40) años de prisión, en concurso con el hurto calificado y agravado descrito en los artículos 239, 240 numeral 2º y 3º inciso segundo y 241 numerales 6º y 10.

En esa medida, al aplicar el artículo 31 consideró que la pena del delito más grave se debía aumentar hasta en otro tanto dada la pluralidad de personas que fueron víctimas de secuestro extorsivo. Por tanto, sin superar la suma aritmética de las conductas punibles y ante la concurrencia de agravantes le impuso la máxima de cuarenta (40) años.

El artículo 30 de la ley 599 de 2000 consagra que:

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Dado que la norma en cita permite al juez moverse entre esos dos extremos, se disminuirá la pena en la mitad y de esa manera se redosifica en veinte (20) años de prisión como cómplice de las conductas punibles por las que Paula Andrea Calle Piedrahita resultó condenada.

De otra parte, en esa proporción se reduce la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas a la mitad, valga decir, de veinte (20) años se redosifica en diez (10). Y, la multa de diez mil salarios mínimos legales mensuales se fija en cinco mil (5.000). En todo lo demás se confirma.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

1.- Casar de manera parcial la sentencia impugnada en el sentido de declarar responsable a Paula Andrea Calle Piedrahita como cómplice de los delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado y agravado.

2.- Al redosificar se impone a Paula Andrea Calle Piedrahita las penas de veinte (20) años de prisión, multa de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas por diez (10) años.

3.- Declarar que en todo lo demás rige el fallo recurrido.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Permiso

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS
QUINTERO MILANÉS

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de mayo de 2009. Radicación 27.494.

2 Con ese alcance se pronunció en autos del 4 de marzo y 29 de julio de 1947. El criterio ha sido reiterado el 16 de mayo de 2007 (radicado 24.374) y el 9 de abril de 2008 (radicado 29.452).

3 Ley 599 de 2000.- Culpabilidad.- Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva (negrillas fuera del texto).

4 Si la acción que interesa al derecho penal es la acción final, necesariamente su noción es relativa porque importa un juicio de valor que está determinado por la finalidad o propósito de quien la ejecuta, comprendiendo en ella todos los actos que están dirigidos al objetivo que constituye su fin. (...) Acción, en el ámbito jurídico, es un concepto normativo que se refiere a esa parte de la actividad del hombre que la ley describe y limita en cuanto a su contenido y extensión, que si bien respeta la noción sicofísica, es independiente de ella. Se ha señalado que todo delito importa una acción o una omisión, aunque hay diversas figuras penales que no aparecen descritas como tales, sino por el resultado producido. (...) El hecho es algo diverso a la acción, es un concepto amplio y comprende en él además de la acción el resultado. El hecho alude a la situación global nueva que provoca la acción, en que se comprenden sus consecuencias, sean o no conocidas por el sujeto, las haya o no esperado. Mario Garrido Montt, Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, páginas 37 y 38.

5 Quien quiera defender la vigencia de un derecho penal que reconozca un mínimo de respeto a la dignidad humana, no puede menos que reafirmar que la base del delito -como ineludible carácter genérico- es la conducta reconocida en su estructura óptico-ontológica, pues si se desconoce ésta estructura, se corre el riesgo de salvar la fórmula para esquivar el contenido, porque en lugar de una conducta humana, se pondrá otra. Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de derecho penal, Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1986, páginas 338 y 339.

6 En nuestra opinión acción es la conducta del ser humano que se comunica con los demás. Es lo que el sujeto piensa y quiere y lo hace trascender a la sociedad y lo que la

sociedad asume como interacción entre sujetos. La acción es acción y comunicación (...)

La ciencia del derecho penal no puede seguir polarizando el debate llevando el desvalor de acto o el desvalor del resultado hasta sus últimas consecuencias y cayendo en la confusión, dado que ambos discursos tienen consecuencias que no desembocan en el ejercicio democrático del poder punitivo. Tildar de autoritarismo al ontologismo por fundar el injusto en el mero desvalor de acto y violación al deber y también de autoritario al funcionalismo por fundarlo en el mero desvalor de resultado y violación a la norma o al valor, implica caer en una aporía sin encontrar la solución. La dialéctica tal vez nos brinda la respuesta por la vía de la categoría de la unidad, que al amalgamar acto y resultado y unir los extremos objetivo, subjetivo, formal y material posibilita encontrar la verdadera naturaleza del injusto penal.

Como conclusión provisional, en materia de conducta humana hay dos extremos o factores que no pueden ser ignorados por el derecho penal: el psicológico-antropológico que, recoge toda la motivación individual del sujeto y se refiere a la parte interna del comportamiento, caracterizando su aporte voluntario y final: es la imputación subjetiva. Y el extremo externo, constituido por la manifestación de esa voluntad en el mundo exterior, caracterizando el aspecto comunicacional de la conducta, pues la acción (u omisión) en el ámbito social está destinada a interactuar con otros sujetos: es la imputación objetiva. Mario Salazar Marín, Teoría del delito, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2007, páginas 166 y 180.

7 Ley 599 de 2000.- Artículo 29.- Autores.- Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de

hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero si en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

8 Ley 599 de 2000.- Artículo 30.- Partícipes.- Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

9 No habrá autoría y menos participación, si el autor no inicia la ejecución del delito. No hay delito de participación sino participación en el delito cuya existencia jurídica requiere como mínimo la fase de la tentativa. Sin embargo en los delitos en que no cabe la tentativa como los de pura conducta que se consuman de inmediato o anticipadamente como se suele decir, cabe la participación estricta. (...) El principio de ejecutividad se llama por algunos “de exterioridad” dado el requerimiento de la manifestación en el mundo exterior de la conducta del autor mediante actos de ejecución y la exigencia de que el comportamiento del partícipe se haya revelado con carácter objetivo. (...) Pero es preferible que el principio se llame “de ejecutividad” a fin de dejar clara la necesidad de la tentativa como mínimo, en orden a asegurar el injusto, pues los actos preparatorios

pueden constituir exterioridad mas no ejecutividad. Mario Salazar Marín, Teoría..., ob. cit., página 549.

10 “En un principio ejerció enorme influencia. Entiende por autor a quien realiza “por si solo, total o parcialmente, la acción típica de ejecución”. De tal suerte que su punto de partida es el tipo, teniendo en cuenta los elementos objetivos y subjetivos de éste y por tanto su sentido. Es objetiva porque el sujeto tiene que realizar directamente la conducta o parte de ella. Y es formal porque sólo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como tal y porque delimita el comportamiento del autor a la descripción, prescripción y sentido amplio del tipo, lo cual garantiza seguridad jurídica. Pero por apuntar precisamente al tipo, este planteamiento de la doctrina de caracterizarla como una teoría formal falla un poco en su denominación, por referirse tanto a lo objetivo como a lo subjetivo, a lo causal y valorativo de los tipos penales, comprendiendo entonces sus elementos descriptivos, normativos y subjetivos” (...)

¿Qué críticas se le hacen a esta teoría?

“Su mayor descrédito consiste en que deja por fuera tanto al autor mediato como al intelectual. El grueso de la doctrina mantiene como principal defecto su no explicación plausible de la “autoría mediata”, dentro del cual los europeos comprenden al “autor intelectual” dada la exigencia de que el sujeto ejecute en persona la acción típica. De ahí el concepto restrictivo de autor” (...)

“También esta teoría tiene problemas al definir como autor a quien realiza de manera “total o parcial” la acción ejecutiva del tipo, razón por la cual considera suficiente la tentativa. Ello implica una punición igual para quien consuma el ilícito que produce un daño efectivo al bien jurídico y para quien solo comete tentativa que sólo lo pone en peligro. Pero no explica por qué se pune por igual al acto tentado y el consumado. Este es un punto débil de esta teoría formal objetiva en su versión clásica, que incluso sus

defensores admiten" (...)

"Tampoco ofrece la teoría formal-objetiva un criterio apropiado para diferenciar al autor del partícipe, lo que simplemente hace precisando la mayor o menor intensidad de la contribución causal de uno y otro. Esta deficiencia es patente en los delitos de resultado, dada la dificultad para distinguir entre la acción del autor que debía producir el resultado típico y la acción del partícipe que aportaba solo "cualquiera otra contribución causal al hecho" por fuera del tipo" Mario Salazar Marín, Teoría..., ob. cit., páginas 417 a 421.

11 H.H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, página 698.

12 Reinhart Maurach, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Vol. II, Editorial Astrea, 1995, V. II, página 311.

13 Ante estas deficiencias de la versión formal objetiva surgió entonces la teoría material objetiva, que permite apreciar "la perspectiva de la mayor peligrosidad que debe caracterizar la contribución del autor al hecho, en comparación con la del cómplice, como también se atendió a la diferencia que apareciese en la especie o intensidad de la relación causal (...)

Pero tampoco la solución se ha considerado plausible. De una parte, porque no basta la mayor o menor eficacia causal o la peligrosidad de la conducta para distinguir entre autoría y participación" (...) "En todo caso la causalidad y la peligrosidad, con los limitados efectos de la primera y la promoción de un derecho penal de autor de la segunda, con los defectos que encarna, no pueden ser los únicos instrumentos para hacer la diferencia. Mario Salazar Marín, Teoría..., ob. cit., página 424.

14 H.H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol.I, Barcelona, Editorial

Bosch, 1978, página 68.

15 En vista de que la distinción entre autor y partícipe no se logra con la sola visión objetiva, la cual trabaja con la teoría causal de la equivalencia de las causas (conceptos restrictivo y unitario de autor) y aún con lo teleológico y valorativo (concepto extensivo de autor), pues todo aquel que contribuya, en cualquier grado o dimensión, a la realización de una conducta típica es considerado autor, la doctrina, sin renunciar paradójicamente a la distinción entre autores y partícipes, vio la necesidad de acudir a baremos subjetivos y valoraciones jurídicas, como puntualiza Mezger. Autor, entonces, según eso, es el que actúa con dolo de tal o que lo hace por su interés (“animus auctoris”), mientras partícipe (instigador o cómplice) es quien actúa con dolo de tal o lo hace en interés ajeno (“animus soci”) como apuntan muchos autores” (...)

“Estas versiones de la “teoría subjetiva” han sido objeto igualmente de críticas, entre las cuales cabe destacar y resumir la siguientes”:

“No basta querer el hecho como propio o ajeno (dolo e interés) para determinar la condición de autor o partícipe. Por una parte, porque hay muchos tipos de conducta en los que la ley contempla como autor a quien ejecuta el comportamiento en interés propio o de un tercero, y hay autores que quiere el hecho como ajeno y partícipes que quieren el hecho como propio” Mario Salazar Marín, Teoría..., ob. cit., páginas 425 a 427.

16 Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho..., ob, cit, páginas 739 y 740.

17 La renuncia a la vieja dicotomía -que parecía dar en un callejón sin salida- fue promovida por el finalismo, que ensayó su teoría final objetiva, sobre la base del dominio del hecho, y que puede considerarse seguida por la doctrina mayoritaria, siendo hasta hoy la más fructífera en cuanto a soluciones razonables. Conforme a ella, autor es quien domina el hecho, que retiene en sus manos el curso

causal, que puede decidir sobre el sí y el cómo o -más brevemente dicho- quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual. Con todo, corresponde recordar el recorte de orden objetivo derivado de la función conglobante de la tipicidad mediante la posibilidad de que una obra sea imputada al agente como propia, a través de la hipótesis de la dominabilidad. En efecto, autor y hecho son términos de un juicio analítico y no sintético, pues sin dominio del hecho no hay autoría dolosa, pero toda vez que sin la de dominio del hecho es sobreabundante interrogarse acerca de la existencia real y efectiva del dominio, resulta que la dominabilidad es el presupuesto objetivo del dominio.

El dominio del hecho no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, lo que obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en forma concreta, que puede ser la de dominio de la acción, de dominio funcional del hecho o de dominio de la voluntad. A.- el dominio de la acción es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano; b.- el dominio funcional del hecho es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva; y c.- el dominio de la voluntad es la idea decisiva de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, o es por necesidad o por error” Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho..., ob., cit, páginas 741 y 742.

18 Claus Roxin, Autoría y dominio del hecho, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, páginas 567 y 568.

19 Mario Salazar Marín, Teoría ..., ob. cit., páginas 438 y 448.

20 Sólo quien domine el hecho, aquel que “tenga las riendas del acontecimiento típico”, el sujeto que “se encuentre en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”, -como precisa Maurach— puede ser tenido

como autor, mientras partícipe es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo de injusto.

En tanto “autor es quien, como “figura central” (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo, partícipe es quien sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como “figura marginal” del suceso real, la comisión del hecho”, agrega Wessels (...)

En síntesis, autor es, según este enfoque, quien ejerce el dominio sobre el hecho material, conduciéndolo mediante una contribución objetiva -y aún valorativa- de sensible importancia (...)

Se dice que esta teoría está directamente vinculada a la teoría final de acción, lo que indudablemente es cierto porque fue admitida y sistematizada por Welzel en 1939, pues “ante el fracaso de las posiciones extremas (objetiva y subjetiva) surge la teoría final objetiva (a propósito de la material objetiva). O para decirlo mejor, la teoría final objetiva es la misma del “dominio del hecho”, en tanto hay por parte del sujeto preordenación al fin objetivo (negrillas fuera del texto).

Pero mientras este proceso doctrinario sucedió en efecto, no se puede en cambio compartir que el dominio del hecho vaya nada más que hasta el “supuesto del hecho” como lo precisa Stratenwerth, discípulo de Welzel, porque esa limitación a la parte objetiva del comportamiento, con algunas excepciones que exigen complementos (ánimos especiales y calificaciones del sujeto), conduce a innumerables dificultades sistemáticas que hasta ahora no han podido resolver armónicamente la doctrina, dado que no hay aún una corriente de opinión vigorosa en torno a las propuestas planteadas” (...)

La teoría del “dominio del hecho”, pues, alude al dominio del supuesto de hecho típico, sin tocar lo atinente al injusto y su conocimiento. Mario Salazar Marín,

Teoría..., ob. cit., páginas 429, 430, 434 y 435.

21 “A pesar de que un concepto jurídico se considera “más preciso y más apropiado para la subsunción judicial cuanto más descriptivo, esto es, cuanto más se refiere a objetos perceptibles sensorialmente, computables y mensurables, susceptibles de ser averiguados mediante un sencillo juicio de verificación y en esa medida “exentos de valoración”, nuestro punto de vista es diferente. Pues en lugar de resolver en esta obra lo de autor y partícipe en el tipo con el supuesto de hecho y con una visión objetivo-descriptiva con un descolorido contenido subjetivo (dolo sin conciencia del injusto), lo decidimos dentro del contexto de un injusto mixto en que el autor domina sus frentes objetivo y subjetivo, precisamente porque “los elementos conceptuales descriptivos por sí solos no pueden captar el contenido de significado” Mario Salazar Marín, Teoría..., ob. cit., página 437.

22 El dominio de la acción comprende la realización directa de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. Roxin precisando su planteamiento afirma: “quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede determinar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace, no se puede tener las manos nada de una forma más libre que a través de la actuación de propia mano. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de ésta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y lo es sin excepciones cuando los realiza”. Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, página 128.

23 Claus Roxin, Autoría..., ob. cit., página 150.

24 En definitiva y utilizando el criterio de dominio del hecho, a la fundamentación de la autoría mediata no pertenece solamente que el hombre de adelante tenga la cualidad de instrumento, sino también que el hombre de atrás le utilice como instrumento. Todo ello conduce a que la instrumentalización se debe fundamentar en la ausencia o déficit de la libertad resolutoria o ejecutiva del que obra por delante. Esta característica diferencia la autoría mediata de la inducción. Álvaro Enrique Márquez Cárdenas., La autoría... ob. cit., página 151.

25 Existen dos formas de forzar a una persona a cometer un hecho, independientemente de la naturaleza del medio empleado al efecto, que puede ser moral o material. Estas dos formas son las denominadas vis absoluta y vis compulsiva.

Vis absoluta es aquella violencia física que, ejercida sobre una persona, anula su voluntad y la convierte en un simple instrumento del que emplea la fuerza. El violentado no acciona en realidad, pues se transforma en un cuerpo físico como sucede cuando un individuo sujeta con firmeza la mano de un anciano que se afirma en un bastón y, con su mayor energía y musculatura, lo obliga a vapulear a un tercero (...) Vis compulsiva es la fuerza física o moral empleada en contra de otra persona con el objeto de obligarla a adoptar una decisión. Si bien puede tratarse de violencia psíquica, como amenazar la voluntad con un castigo reiterado tendente a ese objetivo, la vis compulsiva va dirigida siempre a la voluntad del forzado. Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, La autoría...ob. cit., página 155.

26 Por su parte en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a persona objetivada o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto que el ejecutor instrumental obra -salvo cuando se trata

de inimputables- bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de febrero de 2009, Rad. 29.418.

27 Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho... ob. cit., páginas 745, 745 y 748

28 El mutuo acuerdo para la práctica unanimitad de la doctrina es la conexión subjetiva entre los diferentes intervinientes en una conducta y que persigue como fin último, como objetivo común, la realización del hecho. Para la consecución conjunta de este objetivo, resulta evidente que los diferentes intervinientes deberán coordinar, en mayor o menor medida, sus aportaciones al hecho. Victoria García del Blanco. La coautoría en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. página 381.

29 Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo. Miguel Díaz y García Conlledo, La autoría en derecho penal, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653.

30 En segundo lugar, debe mediar una contribución, un aporte objetivo y esencial al hecho, de tal manera que éste sea producto de la división del trabajo entre todos los intervinientes, por ello se requiere un dominio funcional del hecho, pues cada uno debe ser una pieza fundamental para llevar a cabo el plan general. Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudarlo que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo

contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto. Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902.

31 Miguel Díaz y García Conlledo, La autoría..., ob., cit. página 656.

32 Maria Gutiérrez Rodríguez. La responsabilidad penal del coautor, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, páginas 167 y 168.

33 Victoria García del Blanco, La coautoría..., ob. cit., página 458.

34 Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho. La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario. El problema es delimitar concretamente lo que se entiende por necesaria o esencial en la realización del hecho. Para el efecto se deberá tener en cuenta como indica Gómez Benítez, que una aportación esencial o necesaria no equivale a una aportación causal del resultado, sino, por el contrario, debe entenderse por necesario o esencial aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización. Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, La autoría..., ob. cit., página 134.

35 María Gutiérrez Rodríguez, La responsabilidad ..., ob. cit., páginas 394 y 395.

36 Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho..., ob. cit., páginas 752 y 753.

37 Ley 599 de 2000.- Artículo 340, inciso 2º, modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006.- Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de ocho (9) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

38 El dirigente que ocupa dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango y da órdenes a un miembro de la organización que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, puede contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida, lo que le convierte en autor mediato del hecho realizado por el ejecutor material. El subordinado es penalmente responsable, pero quien da la orden también es responsable con base en su poder de mando y en la absorción envolvente del subordinado en la organización que asegura su obediencia (...) El dominio por organización se da cuando el aparato de poder organizado jerárquicamente que asegura la obediencia y es utilizado por el que está detrás, se opone, según el convencimiento general con sus atrocidades basadas en su actitud ideológico-criminal de carácter civil a las concepciones valorativas de las naciones civilizadas y el que utiliza semejante aparato de poder se ha colocado mediante la comisión de atrocidades fuera del amparo civil del principio nulla poena. Patricia Faraldo Cabana, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, página 98.

39 La ejecución sistemática de delitos (torturas, desaparición forzada, apropiación de menores, etc.) contra la sociedad civil ha sido calificada por la jurisprudencia argentina

como “terrorismo de Estado”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho que la condena a los máximos responsables del terrorismo de Estado tiene un valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos (Véase la sentencia en la caso Simón), S. 1767 XXXVIII, 14 de junio de 2005, Radicación 17.768

40 Kai Ambos, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Bogotá, Editorial Temis, 2009, página 29.

41 Claudia López Díaz, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, el caso colombiano, Bogotá, Editorial Temis, 2009, página 173.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

45 Pero el injusto exige para fundamentar responsabilidad penal tanto desvalor de acción como desvalor de resultado: la mera peligrosidad de la acción o de la omisión no basta por sí sola para afirmar la complicidad en el delito. Para ello, será preciso que el riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor se haya realizado en una efectiva cooperación a la ejecución (...) En resumen constituirá complicidad la conducta que ex ante crea un riesgo no permitido de favorecimiento de la comisión de un delito, si ex post se muestra de tal manera causal que efectivamente acelera, asegura o facilita la ejecución o intensifica el resultado del delito en la forma en que era previsible. María del Carmen López Peregrin, La complicidad en el delito, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 358.

46 Otra de las consecuencias que se deducen del principio de accesoriedad es que la única participación punible es la participación dolosa en el hecho doloso del autor. Ello significa, en primer lugar, que no cabe la participación imprudente en un hecho imprudente. Sin embargo, esta afirmación puede tener distinto alcance, dependiendo del propio concepto de delito imprudente del que se parta. Así, para un sector de la doctrina éste se configura como un delito de infracción del deber, por lo que habría que admitir un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes: en ellos cualquier infracción de la diligencia debida que haya condicionado causalmente el resultado sería constitutivo de autoría. No habría, por tanto, participación imprudente porque existirían tantas autorías imprudentes como personas hayan dado lugar al resultado infringiendo normas de cuidado. María del Carmen López Peregrin, *La complicidad...*, ob. cit., página 80.

47 El cómplice pone una condición para la realización de un delito ajeno. Hace un aporte que le servirá de apoyo al autor para cumplir su obra, el cual no necesariamente ha de ser causal-material, pero requiriéndose sí que la contribución haya influido en la actuación o en la omisión, favoreciéndolas, sin que sea válido invocar la teoría de la elevación del riesgo, según la cual basta un acrecentamiento de las posibilidades de producción del resultado del hecho principal. Lo decisivo no es que el cómplice ofrezca al autor mejores posibilidades para la ejecución del hecho, que es posible que éste no utilice, sino que le siga auxiliando efectivamente. (...) Esto significa que en los casos en los que el cómplice ha proporcionado un instrumento no utilizado en el hecho, sólo puede estimarse complicidad bajo el punto de vista del apoyo psíquico del autor principal. Alberto Sánchez Suárez. *Autoría y participación*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1992, página 427.

48 La participación es la colaboración en un hecho ajeno o la motivación de éste. Ella se caracteriza por la ausencia del dominio final del hecho que es propia de las formas de autoría dolosa o, expresado en forma diferenciada, por la no dominación del acontecer causal también buscado en forma final por el partícipe. Reinhart Maurach, *Derecho...*, ob,

cit., página 411.

49 Para que se configure esta modalidad de concurrencia en el hecho punible es necesario que el dominio del hecho final-social lo tenga el autor y no el cómplice, si acontece lo contrario debe descartarse esta forma de participación criminal y pensarse en la coautoría. Fernando Velásquez Velásquez. Derecho..., ob. cit., página 925.

50 Reinhart Maurach, Derecho..., ob. cit., páginas 452 y 453.

51 El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29) o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de abril de 2002. Rad. 12.191.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2003, reiterada, entre otras, el 26 de abril de 2006. Rad. 22146.

53 La consagración de un régimen de responsabilidad subjetiva o de exclusión de la responsabilidad objetiva, al que siempre es correlativa la culpabilidad como fundamento a fin de que el hombre no responda criminalmente por todo lo que hace o por todas las

consecuencias de sus acciones, sino solamente por los actos y por los resultados que ha podido dominar o controlar por su voluntad (dolo y culpa). El hombre responde por lo que hace, pero solamente dentro de los límites de su propia culpabilidad (culpabilidad por el hecho), culpabilidad según la ley (C.P.. arts 21 y ss) puede corresponder a conductas realizadas con dolo, culpa o preterintención que también son las modalidades legalmente posibles de la responsabilidad subjetiva al tenor del artículo 12 del C.P. vigente (...)

En sentido jurídico, responsabilidad es la carga que la ley impone a una persona determinada para soportar las consecuencias jurídicas de su comportamiento. En sentido moral es la imputación de una reacción sancionatoria contra la persona que ha cometido libremente una falta. A ella se la llama objetiva cuando requiere la ejecución material o la causación física como único fundamento (“autoría físico-causal”) y subjetiva, cuando requiere además que el acto haya respondido al control de las instancias psíquicas superiores (inteligencia y voluntad) y los resultados se hayan producido dentro de lo que es ordinariamente previsible o normalmente controlable y evitable para el hombre. Según esta última forma, pues, se excluye la imposición de penas por resultados accidentales o fortuitos, por movimientos reflejos, por fuerzas insuperables, etc. Fortuito o accidental en este contexto es el comportamiento o los efectos del mismo que el sujeto no pudo prever o evitar en la situación concreta y que generalmente no hubiera podido prever y evitar un hombre normal y esforzado en la misma situación (...)

En sentido legal y dogmático, culpabilidad es básicamente lo mismo que responsabilidad subjetiva, esto es, el conjunto de actitudes y relaciones mentales que el Derecho exige para imputar o atribuir un hecho típico y antijurídico a su autor e imponer a éste una sanción criminal (pena o medida de seguridad), de conformidad, básicamente, con el art. 12 del C.P. Al menos en la expresión “principio de culpabilidad” que dicha norma establece, “culpabilidad” alude, como antes indicamos, al “grado de participación interna” o subjetiva del agente en el hecho, o sea su dolo, culpa o, excepcionalmente

preterintención” Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental 3ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, páginas 100, 102 y 207.

54 “La culpabilidad se entiende mejor como un juicio de exigibilidad de la conducta ordenada por el Derecho que se hace al autor de un injusto penal en consideración a que el Estado y la sociedad le suministraron el mínimo irreductible de condiciones para poder comprender la prohibición de auto-determinarse por la misma, por no encontrarse sometido por fuerzas determinantes o que anularon su personalidad como ser digno y libre; es culpable aquel a quien se le podía exigir atendidas las condiciones personales y sociales en que obró, que se decidiera por la conducta adecuada a Derecho. La culpabilidad como juicio de exigibilidad del actuar correcto se formula cuando el autor estando en condiciones individuales y sociales para auto-determinarse conforme a derecho se decidió por el injusto (arts. 7 y 32 C.P.). Un juicio de culpabilidad como reproche al autor por el injusto sin valorar y tomar en cuenta si la sociedad y el Estado facilitaron al autor condiciones reales para que pudiese cumplir humanamente las exigencias del Derecho, viola y desconoce preceptos constitucionales como el valor de la dignidad, el concepto de persona y el derecho de igualdad niveladora a que se refiere el artículo 13 incisos 2 y 3 de la Carta Política. Así las cosas el juicio de culpabilidad se sustenta sobre dos soportes que surgen a partir de la capacidad de auto-determinación y la responsabilidad social” Jesús Orlando Gómez López, Teoría del Delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, página 833. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2009, Radicación 31.531.

55 Ley 599 de 2000.- Artículo 12.- Culpabilidad.- Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

56 La culpabilidad como condición de pena, exige que la pena se fundamente en la culpabilidad, en el mayor o menor grado de la misma; la responsabilidad objetiva

queda prohibida, el simple nexo causal no es suficiente para determinar una pena; contrario al sistema de culpabilidad resultan los llamados “delitos calificados por el resultado”, es decir, situaciones en que la simple causación de un resultado, o de un resultado adicional agrava la sanción, es claro que en tales eventos, la posibilidad del resultado adicional o más grave, debe estar vinculado a la culpabilidad, y por lo mismo debió ser atribuible a dolo o culpa del autor.

“El principio de culpabilidad conlleva la exigencia de que la acción sea dolosa o culposa –pues está prohibida la simple responsabilidad objetiva-, de suerte que la atribución del resultado debe poder formularse a título de dolo o culpa (art. 21 proyecto C.P.). De lo anterior se infiere que, según el art. 5 del Cód. Penal de 1980, y 12 del proyecto del Nuevo Código, y en desarrollo de postulados constitucionales, no son admisibles los llamados delitos agravados por el resultado, siempre y cuando por ellos se entienda cargar una circunstancia que no ha sido ocasionada ni con dolo o culpa del autor; todo resultado típico adicional al querido puede cargarse a la responsabilidad del autor cuando tal resultado ha sido producido con dolo o con culpa, afirmación que también se apoya en el art. 21 del nuevo texto penal, y en la misma norma del Código de 1989.” Jesús Orlando Gómez López, Aproximaciones a un Concepto Democrático de Culpabilidad, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, páginas 268 y 269.

57 Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000).- Art.- 9.- Conducta Punible.- “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”

58 Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), Art.- 12.- Culpabilidad.- “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

59 Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); Art. 287.- Situaciones que determinan la formulación de la imputación: “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de éste Código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”

60 Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); Art.- 308.- Requisitos.- “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1.- Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2.- Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; 3.- Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”

61 Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); Art.- 336.- Presentación de la acusación.- “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”

62 Hernando Londoño Jiménez, “El indicio grave de responsabilidad”, en Nuevo Foro Penal, Bogotá, Editorial Temis, No 49, 1990, página 332.

63 Ley 906 de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), artículo 332.- Preclusión.- Causales: “El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1.- Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; 2.- Existencia de una causal que excluya la responsabilidad penal, de acuerdo con el Código Penal; 3.- Inexistencia del hecho investigado; 4.- Atipicidad del hecho investigado; 5.- Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; 6.- Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; 7.- Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código. Parágrafo.- Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión” (negritas fuera del texto).

64 Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), Artículo 32.- Ausencia de responsabilidad.- “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1.- En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor; 2.- Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo; 3.- Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal; 4.- Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura; 5.- Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; 6.- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediatas; 7.- Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7

precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible; 8.- Se obre bajo insuperable coacción ajena; 9.- Se obre impulsado por miedo insuperable; 10.- Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado; 11.- Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta; 12.- El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de su conducta”

65 “Consagración legal.- Este principio se encuentra establecido en el código de procedimiento penal en las disposiciones que a continuación se relacionan:

-. El artículo 372 cuando estipula que son fines de las pruebas “llevar al conocimiento del juez, mas allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. Esta norma manda al juez en el desarrollo de la actuación imponerse a través de las pruebas de los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad, prohibiéndole de manera implícita usar su propio conocimiento para dar por probados esos tópicos que constituyen la esencia de la controversia en el proceso penal”

-. En el inciso 2º.- Del artículo 435 cuando sentencia: “En ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar”. La prohibición en esta disposición de (no) utilizar el conocimiento privado para

fallar es expresa. Al mismo tiempo, muy clara la exigencia de fundamentar la sentencia en las pruebas que se alleguen a la actuación procesal”

..- En el artículo 344 que se refiere al descubrimiento de la prueba, porque esta figura implica también la necesidad de probar la acusación. En los artículos 353 y 356 nral. 5º. Que tratan sobre la aceptación total o parcial de cargos, ya que esas admisiones tienen como efecto sustraer los hechos admitidos a la regla general de la necesidad de la prueba. En el artículo 357 en cuanto prevé que las solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria se admiten sobre los hechos de la acusación o de la defensa que requieren prueba. En el artículo 356 nral. 4º que consagra las estipulaciones probatorias como otra excepción a la necesidad de la prueba, en cuanto a los hechos a que ellas se refieren no van a ser objeto de la actividad probatoria en el juicio oral. Hay que aclarar que no es que los hechos materia de las estipulaciones probatorias escapen a la necesidad de la prueba. Es decir que no deban ser probados. Lo que ocurre es que no van a ser controvertidos en el juicio oral porque al ser aceptados por ambas partes se dan por probados”

“Consecuencias.- La aplicación de este principio conlleva las siguientes:

..- El conocimiento privado del juez o de los demás sujetos procesales no tiene efectos probatorios. El juez no puede ostentar simultáneamente con su labor juzgadora la calidad de testigo. La decisión judicial sólo puede pronunciarse sobre lo probado en el curso de la actuación. La evaluación de pruebas inexistentes vulnera este principio y constituye una irregularidad sustancial generadora de nulidad (artículo 457 inciso 1º.). El falso juicio de existencia al valorar la prueba viola este principio y da lugar a casación (art. 181 numeral. 3º). Este principio está íntimamente ligado al de legalidad. Cumple con la necesidad, la prueba practicada legalmente o de manera regular, esto es, por el sujeto competente, cuando su objeto es pertinente, el procedimiento o rito de su aducción es el previsto en la ley y la valoración se produce libremente”. Jesús Ignacio García Valencia, Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio, Bogotá, Ediciones Jurídicas

Gustavo Ibáñez, 2005, páginas 165 a 167.

66 “Su origen es muy variado. Los indicios pueden derivar de una inspección ocular policial o judicial, ordinariamente realizada tras la perpetración del hecho delictivo o durante la fase de investigación sumarial, pero también pueden proceder de cualquier declaración testifical o de la confesión del acusado, y asimismo de cualquier documento aportado al proceso” Carlos Climent Durán, La prueba penal, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999, página 623.

67 “Nótese cómo cualquier medio, instrumento u objeto que sirva a la búsqueda de la verdad, como meta del proceso penal, antes de que entre en escena el “juez”, se denomina “elemento material probatorio” o simplemente “elemento probatorio” (tales como armas, instrumentos, objetos, dinero, bienes, huellas o manchas y otros) también pueden constituir “informaciones” (entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigaciones de campo o de laboratorio). Así lo desarrolla el Código de Procedimiento Penal en el Libro II, títulos I y II (particularmente en el artículo 275 los enuncia) Ramiro Marín Vázquez, Sistema Acusatorio y Prueba, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2004, página 33.

68 “Los indicios han de estar plenamente probados. Si no lo estuviesen, y los indicios fuesen dudosos o inciertos, también sería dudoso o incierto el hecho presunto. En consecuencia, ha de obtenerse una prueba plena y completa de cada indicio, sin el menor asomo para la duda razonable. La prueba de indicios puede realizarse por cualquier medio probatorio, incluida otra presunción (con rechazo por tanto, del viejo aforismo *parasumptio de praesumptione non praesumitur*)”.

“La prueba de inspección ocular es la que, de ordinario, suele facilitar el hallazgo de indicios, al menos de los indicios iniciales con los que comenzar la instrucción de una causa, y que ulteriormente tendrán una gran eficacia probatoria durante el juicio oral.

Pero los demás medios probatorios también aportan hechos indiciarios de relieve. Así puede ocurrir con una declaración o con un documento, una parte o aspecto de los cuales puede hacer alusión a un hecho indiciario que es relevante para el enjuiciamiento de la causa” Carlos Climent Durán, La Prueba..., ob. cit., página 638.

69 “Así pues, de acuerdo con la reforma constitucional y el Código de Procedimiento Penal, en el sistema probatorio colombiano son categorías discernibles los actos de investigación, los elementos materiales probatorios y las pruebas. Los actos de investigación son procedimientos reglados para descubrir y asegurar los objetos, huellas, documentos, armas y otros similares (denominados elementos materiales probatorios) e informaciones en la búsqueda de la verdad sobre el delito y los presuntos responsables. De modo que los elementos materiales probatorios e informaciones pueden ser el resultado de los actos de investigación, mientras que la prueba es el método legalmente diseñado para hacer afirmaciones probables, a partir de elementos e informes regularmente evidenciados, y en verificar que tales asertos corresponden a la realidad de un hecho pasado. Así, entonces, los actos de investigación y los elementos materiales probatorios se hallan en una relación de causa a efecto y sólo dan lugar a una descripción, mientras que la prueba es un procedimiento sintético y prescriptivo, que tiene como antecedentes los actos de investigación y sus hallazgos (los elementos materiales probatorios o evidencias físicas) Ramiro Marín Vásquez, Sistema..., ob. cit., página 38.

70 “Prueba en sentido formal.- En cambio, las pruebas ya requieren la intervención del juez del conocimiento y de las partes, en el curso del juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada, cuyo debido proceso se cumple excepcionalmente ante el juez que ejerce la función de control de garantías y previamente al juicio oral. De modo que, de acuerdo con el principio de inmediación, sólo constituyen pruebas los elementos de convicción que se practican ante el juez de conocimiento, mediante la exposición oral, pública y contradictoria de las partes. Así lo propone el Código de Procedimiento

Penal en el Libro III, título III, y en el Título IV, capítulo III, partes, I, II, III, IV, V y VI”
Ramiro Marín Vázquez, Sistema..., ob. cit., página 36.

71 “En definitiva, el descubrimiento de la verdad como pretensión del proceso penal tiene indudables límites. Dicha verdad ha de alcanzarse a través de unos procedimientos legalmente establecidos, con el máximo respeto a la dignidad de la persona, a su libertad y a su personalidad. Y si para la obtención de esa verdad hay que atropellar esos derechos inherentes al individuo, <el Derecho prefiere prescindir de la verdad alcanzada a tan subido precio y opta por la absolución>. Los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno, o simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que tienen como sentido la defensa de los principios básicos y la propia estructura de una sociedad democrática, porque si los principios inderogables <los dejamos en suspenso cuando, se considera oportuno, podemos encontrarnos un día con que tales principios ya no valen nada porque su mal uso los ha destruido socialmente>. La búsqueda de la verdad material no es un valor tan absoluto que hay de sobreponerse incluso a la tutela efectiva de derechos y libertades fundamentales” María Lourdes Noya Ferreiro, La Intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, página 282.

72 “En la indagación y en la investigación es donde se obtienen las fuentes de prueba que, luego el ente acusador allegará al juicio público oral a través de los medios de prueba. La captación de las fuentes de prueba se debe realizar a través de los diferentes procedimientos legalmente previstos para obtenerlas, procedimientos que tienen lugar en la indagación, y en la investigación y en cuyo desarrollo actúan, bien la policía judicial o la fiscalía”.

“Esos medios de indagación o de investigación en la medida en que vulneren garantías fundamentales para obtener la fuente de prueba, serán causa de ilicitud, lo

cual evitará que estas puedan ser incorporadas al Juicio oral y público a través de los medios de prueba” Jesús Ignacio García Valencia, Conferencias..., ob. cit., página 259.

“Este marco garantista inobjetable, cobra su mayor vigencia para exigir la exclusión de evidencia y de material probatorio que se haya recaudado y recogido en la etapa investigativa con violación de las garantías constitucionales, especialmente las referidas al derecho a la libertad y a la intimidad, con ocasión a diligencias de registros y allanamientos arbitrarios, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, recuperación de información dejada al internet u otros medios tecnológicos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, búsqueda selectiva en base de datos, entre otra, al igual que para capturar a un presunto implicado, acusado o condenado” Pedro David Berdugo Saucedo, Reglas de exclusión de la prueba, en el proceso penal acusatorio colombiano, T.I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, página 318.

73 “Noción.- Es el acto por medio de la cual las partes revelan los medios de conocimiento o fuentes de prueba que han encontrado en el curso de la investigación y que pretendan hacer valer como pruebas en el juicio oral”. “Oportunidad.- El descubrimiento se inicia desde la presentación del escrito de acusación y continúa en la audiencia de formulación de acusación”. “Forma.- El fiscal debe presentar un anexo al escrito de acusación y relacionar en él los elementos de conocimiento que ha encontrado en la investigación y que pretende hacer valer en el juicio público y oral. La defensa igualmente debe descubrir en la audiencia de formulación de acusación las pruebas que va a ser valer en el juicio oral y público. La actuación en la audiencia es oral”

“Valga anotar que la defensa no está obligada a desarrollar actividad probatoria alguna. Ella dentro de su estrategia puede acogerse a la prueba que presente la fiscalía y dedicarse a contradecirla porque para sacar adelante su pretensión defensiva debe crear

al menos duda sobre la responsabilidad” Jesús Ignacio García Valencia, Conferencias..., ob. cit., página 196.

74 Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Artículo 337.5.- El escrito de acusación deberá contener: (...) 5.- El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a.- Los hechos que no requieren prueba; b.- La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c.- El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d.- Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e.- La indicación de los testigos o peritos de descargo, indicando su nombre, dirección y datos personales; f.- Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía; g.- Las declaraciones o deposiciones. La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información”

75 Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Artículo 344.- Inicio del descubrimiento.- Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres días para su cumplimiento”

“La Fiscalía a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado”. “El juez velará porque el

descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación”.

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativo que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez, quien oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

76 Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Artículo 346.-

Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento.- “Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”.

77 Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Artículo 357.-

Solicitudes probatorias.- Durante la audiencia (preparatoria) el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión”. “El juez decretará la práctica de las pruebas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código”.

“Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso”.

“Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que

podiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

78 “Para realizar el juicio sobre admisión o admisibilidad de las pruebas, el juez tendrá en cuenta los siguientes criterios de orden general: 1.- La manifestación de las partes sobre las observaciones que tengan en relación con el descubrimiento de las pruebas. Las pruebas no descubiertas deben ser rechazadas; 2.- La delimitación del tema de la prueba, que constituye el objeto específico del proceso. En otros términos los hechos que se deben probar en un proceso penal determinado. Esta precisión la hará a partir del escrito de acusación donde debe estar reflejada la naturaleza del delito y la probable responsabilidad del acusado, pero además, teniendo en consideración: a.- Los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa sobre los hechos y la pena imponible; este acuerdo puede llevar a prescindir del juicio oral y de la actividad probatoria. Si es parcial influye en la delimitación del tema probandum; b.- La aceptación total o parcial de cargos por parte del acusado; la aceptación total trae como consecuencia que se prescinda del juicio oral y de la actividad probatoria. Si es parcial delimita el tema de la prueba en la medida que lo no aceptado será materia de la controversia probatoria; c.- Las estipulaciones probatorias a que hubieren llegado las partes para sustraer algunos hechos a la actividad probatoria. Los hechos materia de estipulaciones probatorias se dan por probados y se sustraen a la actividad probatoria del juicio oral” Jesús Ignacio García Valencia, Conferencias... ob. cit., página 205.

79 Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Artículo 378.- Publicidad.- “Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este Código”.

80 “Hay que partir pues, en este tema de una realidad cual es que el Estado de Derecho implica la regulación de la vida social por un conjunto de normas a las que todos, y el

propio Estado, estamos vinculados. En ese sentido, el proceso penal, en esencia, viene constituido por una amalgama de reglamentaciones jurídicas que establecen la forma en que ha de desarrollarse la investigación criminal sancionando, a su propia vez, las garantías que han de asignarse a las personas sujetas al mismo; la propia existencia, pues, de un proceso penal ya nos indica que no es la represión el único interés que mueve al Estado; si así fuera estaría de más incluso dicho proceso. Por tanto, el Estado se auto limita en su obligación de obtener la verdad a la filosofía que inspira una sociedad democrática y a las normas que, ordenadas jerárquicamente, rigen la vida en la colectividad. En este sentido, los medios utilizados a los fines de la represión penal han de acomodarse a los principios jurídicos que predominan en un momento determinado y a los valores fundamentales de nuestra civilización. Si a nadie hoy en día en nuestro sistema político se le ocurre legitimar la tortura como medio de obtener la confesión por su falta de acomodabilidad a los antes valores esenciales de la civilización, igualmente habrá de rechazar métodos modernos que de forma mas o menos sofisticada conllevan infracción a los tales valores y que encuentran su fundamento en las mismas razones que se argumentan para erradicar la tortura” José María Asencio Mellado, Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid, Editorial Trivium, 1989, página 76.

81 “Si la prueba es ilegal, no puede servir de fundamento a decisiones judiciales en ningún caso y bajo ningún pretexto; hacerlo es introducir corrupción al proceso, es dar al traste con el caro Principio de Legalidad del proceso y de la prueba” Jorge Arenas Salazar, Pruebas Penales, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, pagina 597.

82 José María Asencio Mellado, Prueba..., ob. cit., página 76.

“No existe el derecho constitucional a la obtención de la verdad a cualquier precio. Por ello no parece existir conflicto alguno, sino únicamente el derecho del acusado a que se respete el derecho al debido procedimiento, y éste sí es un derecho de carácter absoluto e inquebrantable si se pretende conformar un Estado social y democrático de Derecho. Este

derecho es, sin duda, un derecho subjetivo del acusado, pero al mismo tiempo su respeto, el respeto a la legalidad del procedimiento, es un pilar básico de cualquier Estado de Derecho, y en la defensa de éste, se encuentra comprometida la sociedad en su conjunto, de manera que al defenderlo se defienden siempre intereses públicos” Jacobo López Barja de Quiroga, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid, Editorial Akal, 1990, página 111.

83 “La Conexión que existe entre la presunción de inocencia y la prueba ilícita permite abordar el análisis de esta última desde un enfoque diferente. Desde esta perspectiva, podemos afirmar que la licitud de la prueba, en un sentido amplio, forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 C.E. La presunción <iuris tantum> de inocencia como verdad interina de inculpabilidad exige para `poder ser destruida, según una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la concurrencia de prueba suficiente que pueda razonablemente ser calificada de cargo y que haya sido practicada con todas las garantías constitucionales y procesales. La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva, por tanto, de la consagración constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Si el órgano judicial tomara en cuenta para la formación de su convicción alguna prueba o pruebas practicadas sin las necesarias garantías infringiría, de no existir otros elementos probatorios independientes de signo incriminatorio, el derecho a la presunción de inocencia. En otras palabras, el juzgador no puede apreciar para formar su convicción aquellos elementos probatorios obtenidos con infracción de tales garantías, en cuanto que constituyen un supuesto de prohibición de valoración probatoria. El juicio de licitud de las pruebas, así como el juicio de su suficiencia forman parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, pero antes de que el órgano sentenciador proceda a valorar la suficiencia de las pruebas practicadas es necesario que examine su licitud” Manuel Miranda Estrampes, El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, página 85

(negrillas fuera del texto).

84 “El proceso penal de nuestro Estado Social y Democrático de derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud. Un proceso con todas las garantías -el derecho al proceso debido- exige que no se permita la violación de lo dispuesto en las normas que conforman tales garantías y, en definitiva, debe considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales normas”.

“Las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional. G. Gonso, considera que las normas que disciplinan la prueba son normas de garantía del acusado, es decir, que todas ellas van dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado. Afirmado esto, con toda lógica y radicalidad, mantiene que como la prueba penal es regulada por unas normas que son normas de garantía, éstas han de ser reguladas por ley (y solo por ley), de donde concluye que no caben mas medios de prueba que los previstos en la ley, de manera que no pueden admitirse medios de prueba atípicos ya que carecen de una disciplina de garantía” Jacobo López Barja de Quiroga, Las Escuchas Telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Editorial Akal Iure, Madrid, 1989, página 83.

85 Constitución Política.- Artículo 230.- Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

86 Ley 599 de 2000.- Artículo 60.- Legalidad.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. (...)

87 Ley 599 de 2000.- Artículo 10.- Tipicidad. La ley penal definirá de manera

inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

88 En su elaboración, además de la fase interna individual de los correalizadores, se da otra etapa constituida por el concierto previo, que involucra una discusión, de una confrontación y armonización de las opiniones y criterios particulares de los que intervienen. Esta parte de la acción colectiva es una de las diferencias que presenta con la acción unipersonal, donde la fase interna y externa están claramente delimitadas y coinciden exactamente con la parte objetiva y subjetiva de la acción. En el quehacer de sujeto múltiple la voluntad de la acción viene a cuajar mediante una exteriorización del pensamiento u opinión de los participantes, que es una fase de objetivación que la ley castiga a veces como conspiración o proposición, situaciones que no se dan en la acción individual. Mario Garrido Montt, *Etapas...*, ob. cit., página 25.

89 Lo esencial en la acción de sujeto múltiple (sic) es la existencia de una meta a alcanzar que se sabe común a todos los que intervienen, de la voluntad de realizar una actividad en conjunto tendiente a lograrla mediante la distribución del trabajo que han estimado como necesario. En el plano normativo se requiere también tener en cuenta el tipo penal de que se trate, pues no todos ellos aceptan la posibilidad de la acción colectiva (...)

No es lo mismo que dos o más personas tengan propósitos iguales a que tengan una meta común. Es frecuente que, independientemente, varias personas pueden pretender un objetivo ilícito idéntico sin que estén conectadas por vinculación alguna y desarrollen separadamente, aun ignorando la existencia del otro, un plan tendiente a lograrlo. Pero aquí no hay un objetivo común, pues el objetivo aparece como particular de cada uno de los sujetos a los cuales puede serles indiferente el de los otros. (...)

El objetivo común de la acción colectiva puede no coincidir exactamente con el que alguno de los correalizadores individualmente puede preferir, a pesar de ello, todos lo acatan y lo hacen suyo. Esta circunstancia da peculiaridades propias a la acción colectiva. Así, la voluntad que impulsa la actividad a desarrollar es diferente de la de los sujetos que la realizan, porque es resultado de una confabulación, en cuya formación se ha participado o a la cual se ha adherido después de formada, y domina y supedita la voluntad de cada uno de los que intervienen. Mario Garrido Montt, *Etapas...*, ob. cit., página 24.

90 La ejecución colectiva es otra característica en esta clase de acción, en ella hay una distribución de la actividad, determinada por los mismos actores. Unos pueden quedar a nivel de dirección del plan, otros en el de preparación de los medios y condiciones de ejecución y otros hacerse cargo de su ejecución material. Pueden desarrollar unos una labor exclusivamente intelectual y tener más importancia en el plano de la realización que el hechor (sic) directo. Estas modalidades hacen que el iter criminis en el comportamiento de sujeto plural sea más complejo y corresponda tratarlo con criterio diverso que al del hacer individual. Mario Garrido Montt, *Etapas...*, ob. cit., página 25.

91 El proceso de desarrollo constituye lo que los prácticos denominaban iter criminis y corresponde al proceso psicofísico del delito, que tiene su iniciación en la mente del hombre y que acaba con la concreción de lo que aquel se había propuesto. Las diversas etapas pueden estar conformadas por el planeamiento, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento. Las figuras descritas por la ley se presentan normalmente como consumadas, salvo excepciones en que acciones de preparación o de principio de ejecución son descritas en sí mismas como delitos. Los delitos se reprimen desde que el legislador lo señala, esto es desde que se comienza la ejecución -tentativa- de manera que cada tipo del C.P. debe entenderse constituido conforme al art. 7º por su consumación y por las etapas anteriores de ejecución referidas en el artículo citado. Mario Garrido Montt, *Etapas...*, ob. cit., página 46.