

Proceso nº 36299

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado acta N° 040.

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil doce (2012).

VISTOS

Celebrada la audiencia de sustentación oral, procede la Sala a proferir fallo con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de JEIMY KATHERINE FARFÁN VARGAS contra la sentencia del 30 de noviembre de 2010, mediante la cual el Tribunal Superior de Florencia revocó la sentencia absolutoria proferida el 8 de septiembre anterior por el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma sede y, en su lugar, condenó a la antes mencionada, así como a Duverney Zuleta Núñez, imponiéndoles la pena principal de 110 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico lapso, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS

El 16 ó 17 de marzo de 2008 varios sujetos, aprovechando la ausencia de sus moradores, irrumpieron a la casa de habitación de propiedad del señor José Marcelino Mopán, situada en la calle 12 No. 28 - 57 del barrio El Paraíso de

Florencia (Caquetá), de la cual se sustrajeron dos televisores, un DVD, una cámara de video, un oftalmoscopio, un otoscopio, una plancha, zapatos y otras pertenencias, valuadas todas en la suma de \$8.500.000.

Una vez sacados los bienes de la mencionada residencia, los autores del ilícito, entre quienes se encontraba Duverney Zuleta Núñez, los trasladaron en un vehículo automotor a la residencia de JEIMY CATHERINE FARFÁN VARGAS, donde los ocultaron conforme lo habían acordado previamente a la ejecución del delito.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia preliminar promovida por la Fiscalía se dispuso la captura de, entre otros, JEIMY CATHERINE FARFÁN VARGAS y Duverney Zuleta Núñez.
2. Producida la aprehensión de los antes mencionados, en audiencia realizada el 10 de julio de 2009 por el Juzgado Segundo Penal Municipal se realizó su legalización. Allí mismo el órgano investigador les formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado, pero el titular del despacho judicial se abstuvo de afectarlos con medida de aseguramiento.
3. El 4 de agosto del precitado año la Fiscalía presentó escrito de acusación, con base en el cual el Juez Tercero Penal Municipal de Florencia celebró el 30 de septiembre siguiente la respectiva audiencia, en cuyo desarrollo se atribuyó a los procesados el ilícito considerado en la formulación de imputación, a título de coautores.
4. La audiencia preparatoria la llevó a cabo el juez de conocimiento el 27 de noviembre postrero y el juicio oral lo evacuó el 22 de julio de 2010, a cuyo término anunció el sentido del fallo, precisando que sería de carácter absolutorio.
4. El 8 de septiembre siguiente profirió la sentencia anunciada. La decisión de primera

instancia fue apelada por la Fiscalía, por cuya vía el Tribunal Superior de Florencia la revocó para, en su lugar, condenar a los acusados como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

5. Inconforme con la decisión de segundo grado, la defensora de FARFÁN VARGAS la impugnó a través del recurso extraordinario de casación.

6. Mediante auto del 25 de julio de 2011 la Corte admitió la demanda, ordenando realizar la audiencia de sustentación oral regulada en el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, celebrada la cual es del caso emitir el fallo de rigor.

LA DEMANDA

La impugnante formula un único cargo, por violación directa de la ley sustancial, merced a la aplicación indebida del artículo 29 del Código Penal de 2000, el cual regula la figura de la autoría, y a la consecuencial falta de aplicación del inciso tercero del artículo 30 de la misma codificación, que trata de la complicidad.

Anunciando sujetarse a los hechos declarados probados por el Tribunal, el cual halló acreditado que la procesada FARFÁN VARGAS se limitó a recibir en su residencia los elementos hurtados sin participar en la sustracción de los mismos, la demandante estima errada la postura del juzgador de atribuirle la condición de coautora cuando su intervención se redujo a una ayuda posterior a la consumación del ilícito, situación que la torna en cómplice.

Con cita de jurisprudencia de esta Corporación, hace énfasis en la accesoriedad de su contribución, en cuanto de suprimirse el comportamiento por ella realizado, esto es, el ocultamiento de los bienes producto del latrocinio, previo acuerdo con los autores del mismo, el hurto se mantendría indemne, máxime cuando la consumación ocurrió antes de producirse la intervención de la acusada.

A este respecto, insiste en que la aludida no participó en los actos ejecutivos del hurto, en tanto ni tenía en sus manos el poder de hacer fracasar el propósito criminal o de impulsarlo, ni tampoco de dirigirlo, pues no estuvo en el lugar de los hechos, al punto que en momento alguno se la ha considerado como “autora intelectual” ni como ejecutora material del apoderamiento, mucho menos como campanera o vigilante, y ni siquiera como simple acompañante de los saqueadores.

Para la libelista, tampoco por vía de la empresa criminal que encontró establecida el ad quem, resulta dable imputar a JEIMY CATHERINE FARFÁN la condición de coautora, pues el acuerdo entre varios sujetos para conformar una organización de esa naturaleza con la finalidad de cometer hurtos indeterminados con división de trabajo, no es “razón suficiente para atribuir responsabilidad a uno de esos concertados como autor de uno de los delitos que se cometieron en desarrollo de la empresa...”.

En ese sentido, considera erróneo predicar que un acuerdo de voluntades con tal propósito se adecua en la figura de la coautoría de un hurto determinado, en vez de configurar un concierto a modo de delito autónomo; como equivocado le parece, igualmente, afirmar que una colaboración posterior al delito, no esencial ni necesaria para la consumación del hurto, constituya labor o fragmento del punible que lleve al control compartido del mencionado ilícito.

Lo anterior porque, añade, “si sustraemos del comportamiento total denunciado el hecho de pertenecer al grupo de concertados, simpatizar con ellos e incluso ayudarlos al final de cada empresa, el delito de hurto cometido el 17 de marzo de 2008 en casa de Marcelino Mopán, queda incólume: Aunque JAIMY CATHERINE no formara parte del grupo delictivo el hurto a la casa de Mopán se habría cumplido cabalmente. Sin ella los autores falsean las chapas, penetran al inmueble, sustraen los elementos, los empacan en bolsas, los echan al carro y salen con ellos por las calles de la ciudad. Que no los guarden en casa de Jeimy sino en otra, o que no los guarden sino que los vendan o los

repartan entre ellos sin sacarlos del carro o en el extremo caso de que los boten, los regalen o sean incautados por la policía, no significa en manera alguna que el hurto no se haya cometido”.

Solicitó, de esa forma, casar la sentencia impugnada para proferir la de reemplazo, en la cual se condene a la acusada como cómplice.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

1. La demandante:

Dijo atenerse a los términos de la demanda.

2. Defensor del procesado Duverney Zuleta Núñez:

Expresó no tener nada que señalar, en cuanto la demanda se presentó a favor de la acusada, sin que lo allí pedido cobije de alguna forma a su representado. De todas maneras, solicitó casar la sentencia impugnada.

3. Fiscalía:

Impetra no casar el fallo. Precisa que el motivo de disenso de la libelista se centra en el aspecto objetivo y en el nexo interno o subjetivo del autor. Estima, sin embargo, que dentro de la demanda no se exploró a profundidad la decisión del Tribunal.

En ese orden, en relación con el primero de esos aspectos refiere que la censora se limita a demostrar la accesoriedad de la contribución, otorgándole el carácter de colaboración, sin advertir que la sentencia destaca cómo la labor de ocultamiento recayó sobre electrodomésticos de gran y mediana proporción que necesitaban ser sustraídos y ocultados de la acción de la policía y del alcance de la víctima, por lo cual se requería utilizar un inmueble para ese efecto.

Es así, añade, como la acusada permanecía en su casa para prestar la colaboración necesaria en orden al perfeccionamiento y fin de la conducta delictiva, la cual no era la primera vez que se realizaba, pues los bienes hurtados siempre tenían como destino dicho lugar, por cuya razón la función de la aludida era esencial y no meramente accesoria.

Respecto del nexo interno, es del criterio que del contenido de la sentencia y de las pruebas surge demostrado que la acción de la procesada se sitúa en la coautoría, en cuanto quiso el hecho como suyo, apropiándose del mismo, lo cual se deriva de su aceptación dirigida a contribuir “al iter críminis en el ocultamiento de los bienes hurtados”, admitiendo completamente las consecuencias de la conducta delictiva, cuya realización, reitera, ya había ocurrido en otras ocasiones, no teniendo entonces carácter accesorio sino necesario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal en su sentencia halló demostrado que la intervención de JEIMY KATHERINE FARFÁN VARGAS en el hurto cometido a la residencia del señor José Marcelino Mopán consistió en prestar su casa de habitación para ocultar los bienes producto de esa ilicitud, labor realizada dentro del acuerdo común previamente celebrado y dirigido a despojar de dichas pertenencias a su propietario.

El demandante acepta la ocurrencia de tales hechos, pero señala que los mismos no dan lugar a atribuir a la acusada la condición de coautora, conforme lo declaró el ad quem, sino a considerarla solamente como cómplice. Por tal razón, denuncia la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 29 del Código Penal y la falta de aplicación del inciso tercero del artículo 30 ibídem.

La primera de las mencionadas disposiciones señala que “(s)on coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la

importancia del aporte”.

De la definición legal en mención la jurisprudencia y la doctrina han extractado los siguientes elementos de la coautoría: (i) acuerdo común, (ii) división de funciones y (iii) trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.

Como lo ha expresado la Sala, “acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. A su turno, “división quiere decir separación, repartición”. Finalmente, “aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común”¹.

En relación con el tercero de los mencionados presupuestos, tradicionalmente se ha discutido sobre si es necesario que el aporte se preste durante la ejecución del delito, es decir, antes de producirse su consumación o si también resulta dable hablar de coautoría frente a contribuciones posteriores a la realización del punible.

Así, esta Corporación inicialmente sostuvo que si el sujeto activo está ligado finalísticamente a la ejecución de la conducta, en forma que el aporte posterior es producto de un compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, es perfectamente dable predicar la existencia de la coautoría en esos casos. Así lo señaló en la sentencia del 22 de mayo de 2003², donde sobre el particular expuso:

“Si el hecho punible fue consumado por otra persona -se argumenta-, no resulta razonable atribuirle la calidad de autor a quien presta una ayuda posterior al directo realizador de la conducta. Lo sensato -se piensa- es asimilar su actuación, por cuanto no fue esta persona la que realizó el verbo rector del supuesto legal, a la del cómplice.

Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el actor se halla ligado finalísticamente o no a

la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible” (subraya la Sala, en esta ocasión).

La misma línea de pensamiento trazada en la precitada decisión guió la definición del caso juzgado en la sentencia del 17 de agosto de 20053, pues allí con cita de ese precedente se señaló lo siguiente:

“En todo caso, por la forma como ocurrieron los hechos, la sincronizada actividad de los tres grupos que intervinieron en la realización de las conductas ilícitas revela el acuerdo previo de todos los integrantes de la empresa criminal, elementos de la coautoría impropia prevista en el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal a los que se agrega la importancia del aporte, pues es claro que los señores MEJÍA estaban finalísticamente vinculados al acontecer delictivo en desarrollo del cual realizaban un hecho propio aunque limitado al papel que les correspondió cumplir, dada la especial circunstancia de disponer de un lugar apto para guardar la mercancía hurtada” (se subraya nuevamente).

Un giro parcial en relación con el tema dio la Corte en la decisión del 26 de octubre de 20064, en cuanto en esta ocasión se sostuvo que solamente constituía coautoría el aporte prestado durante la ejecución del hecho. Sobre el particular se dijo:

“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 aquél subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito⁵ (se subraya).

Se señaló que el giro tuvo carácter parcial, pues allí de todas maneras se evocó la jurisprudencia de la Sala referida a la posibilidad de configurarse la coautoría con posterioridad a la ejecución del punible. Claro que tal cita se efectuó, según lo precisó la Corte en esa oportunidad, con el objetivo de diferenciar dichos conceptos cuando la actuación ocurre precisamente en el momento consumativo de la conducta punible. En efecto:

“Para diferenciar los conceptos de coautoría y complicidad, particularmente cuando los protagonistas actúan en el momento consumativo de la conducta punible la Sala ha precisado:

“... Basta, sin embargo, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal de la distinción, precisar, en uno y otro caso, si el acto se halla ligado finalísticamente o no a la realización de la conducta. En la primera hipótesis, cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible⁶”.

La postura inicial plasmada respecto del límite temporal del aporte fue abandonada definitivamente por la Corte en el pronunciamiento del 2 de septiembre de 2009⁷, sobre la base de considerar “obvio”, incluso, entender que solamente puede catalogarse como coautores a quienes intervienen durante la ejecución del delito,

excluyéndose, por tanto, de tal calificativo todo aquel que presta una ayuda posterior, así actúe en desarrollo de acuerdo previo. De la siguiente forma se construyó la variación jurisprudencial:

“Lo característico de esta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común⁸, además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva⁹ pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible.

...

La contribución de esa calidad la que implica intervención de la persona, debe darse durante la fase ejecutiva¹⁰ 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” (subrayado adicionado).

La adopción de la nueva postura obedeció a las sobrevinientes tendencias que sobre el tema de la coautoría y participación se han experimentado a nivel doctrinal. Así la Sala, en la sentencia del 2 de septiembre de 2009, tuvo como fundamento para el efecto las siguientes citas doctrinales:

Una:

“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, esta 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 Constitución”¹¹ (subraya la Corte).

Y dos:

“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 este 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 excepciones”¹² (se subraya).

En esta oportunidad, se considera necesario recordar que autores tales como JOCOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, SANTIAGO MIR PUIG y CLAUS ROXIN siguen también esa línea doctrinal. Es así como el primero de ellos comenta lo siguiente:

“Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento en el que se produce la aportación del interviniente: el coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, sólo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca”¹³.

MIR PUIG, a su turno, ha expuesto:

“... La fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil e insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no

sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos “pertenece” el hecho, que es “obra” inmediata de todos, los cuales “comparten” su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar”¹⁴ (las negrillas son del texto original).

Finalmente, ROXIN ha expresado:

“Lo importante es saber si la correalización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el último caso puede existir una coautoría,... mientras que en los restantes casos debe imponerse una pena de cómplice”¹⁵.

“Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer”¹⁶

La Sala, por tanto, ha de reiterar aquí el criterio según el cual solamente es dable reputar como coautores a quienes intervienen en la fase ejecutiva del delito, no así quienes actúan con posterioridad a la consumación del mismo.

En el caso materia de examen, está claro que la actuación de la procesada FARFÁN VARGAS se redujo a ocultar en su vivienda los bienes producto del latrocinio, luego de ser sustraídos de la residencia del señor José Marcelino Mopán.

Como se recuerda, acerca del momento consumativo del hurto se han expuesto diversas teorías, empezando por la del simple contacto físico con la cosa, pasando por la de su remoción y siguiendo por la de su aseguramiento. Empero, modernamente se

tiene por aceptada aquella según la cual la consumación ocurre cuando la cosa es sacada de la esfera de vigilancia u órbita de custodia de su dueño, poseedor o tenedor. Es así como en reciente decisión se condensó esta tesis de la siguiente manera¹⁷:

“Los artículos 349 y 239 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, respectivamente, exigen para la configuración de la conducta punible de hurto el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro. Eso significa que el momento consumativo del delito se produce cuando el sujeto activo de la conducta extrae el bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, con la intención de lucro pues de acuerdo con la norma no se requiere la materialización o logro de la utilidad o ganancia”.¹⁸

“El delito de hurto se consuma cuando el bien es sacado por completo de la esfera de dominio del dueño, tenedor o poseedor, haciendo que pierda cualquier posibilidad de protegerlo”¹⁹ (Resaltado añadido)

Visto lo anterior, no surge hesitación alguna en el sentido de que el atentado contra el patrimonio económico se consumó cuando los asaltantes extrajeron los bienes de la casa del señor Mopán y huyeron de allí en un vehículo automotor, momento a partir del cual su propietario perdió la disponibilidad de los mismos, máxime cuando sus moradores estaban ausentes de dicho lugar.

Es evidente, por tanto, que la intervención de la procesada ocurrió después de la ejecución del punible, luego no es factible considerarla coautora del mismo. En cuanto la contribución la prestó con posterioridad a su consumación, en virtud del concierto previo efectuado con ese fin, no hay duda que su comportamiento se enmarca en la figura prevista en el inciso 3º del artículo 30 del Código Penal, es decir, obró a título de cómplice.

Prospera el cargo. En consecuencia, procederá la Corte a redosificar la

sanción impuesta a la prenombrada para reajustarla a la que realmente corresponde.

El Tribunal condenó a la acusada por el delito de hurto calificado y agravado, cuyos extremos punitivos van de 108 a 294 meses de prisión, seleccionando el cuarto mínimo, que oscila entre 108 y 154,5 meses, ámbito dentro del cual fijó como sanción 110 meses, es decir, aumentó al mínimo 2 meses, de acuerdo con el artículo 61 del Código Penal.

Para corregir el yerro cometido, le será necesario a la Sala aplicar a los extremos inicialmente mencionados (108 a 294 meses) disminución de una sexta parte a la mitad, la primera de esas proporciones a la frontera máxima, mientras la segunda al límite inferior, conforme los dictados del parámetro 5º del artículo 60 de la codificación antes citada.

De esa forma, los extremos quedan en 54 y 245 meses, cuyo cuarto mínimo va 54 a 101,75 meses. Como al extremo inferior el ad quem le adicionó 2 meses, la Sala proporcionalmente incrementará 29 días a los referidos 54 meses, considerando como factor para el efecto el equivalente a 1,85%, resultando como total cincuenta y cuatro (54) meses y veintinueve (29 días de prisión, que será entonces la pena principal a imponer a la sentenciada, en vez de la irrogada por el Tribunal. En dicho guarismo también quedará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, igualmente, aplicada a la aludida.

Como la nueva sanción excede de 36 meses de prisión, no hay lugar a conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tal como lo decidió el ad quem. Si bien la conducta punible, dada la condición de cómplice de la procesada, queda reprimida con una sanción mínima inferior a cinco (5) años, estima la Sala que ésta tampoco se hace acreedora a la sustitución de la prisión por domiciliaria, por no concurrir en su favor el presupuesto de carácter subjetivo contemplado en el numeral 2º del

artículo 38 del estatuto punitivo.

En concreto, el desempeño personal de FÁRFAN VARGAS no permite deducir que no colocará en peligro a la comunidad, pues intervino en la comisión del punible para facilitar su agotamiento y propender con ello por la impunidad del mismo, lo cual hace que su conducta se torne de singular gravedad, en cuanto de esa forma contribuyó de manera decisiva a fomentar la repetición de tan reprochables actos delictivos.

En síntesis, la Sala casará la sentencia objeto de impugnación para condenar a JEIMY KATHERINE FARFÁN VARGAS a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses y veintinueve (29) días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como cómplice del delito de hurto calificado y agravado.

En 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

Primero-. CASAR la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a JEIMY KATHERINE FARFÁN VARGAS a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses y veintinueve (29) días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como cómplice del delito de hurto calificado y agravado.

Segundo-. DECLARAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicación 19213.

2 Radicación 17457.

3 Radicación 21382

4 Radicación 22733.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent.- Cas. Agosto 21 de 2003, rad. 19213.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sent. Cas. Mayo 22 de 2003, rad. 17.457.

7 Radicación 29221.

8 Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, 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 65.

9 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.

10 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 de ejecución del delito. Autoría y Participación, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, página 46.

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

12 Victoria García del Blanco. La coautoría en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 458.

13 Autoría y participación. Ediciones Akal S.A. 1996. Madrid, España, págs. 66 y 67.

14 Derecho penal, parte general. 5ª edición, Barcelona, 2002, pág. 389.

15 Sobre la autoría y participación en derecho penal. Problemas actuales de la ciencias penales y la filosofía del derecho (Homenaje al profesor Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, pág. 68.

16 Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2000, págs. 310 y 311.

17 Auto del 14 de marzo de 2011, radicación 36019.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 20 de septiembre de 2005, Radicado: 21558

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 15 de septiembre de 2005, Radicado: 15225