

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP422-2019

Radicado n.º 49071

(Acta n.º 46)

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 2 de agosto de 2016, confirmó el fallo condenatorio del 2 de octubre de 2014 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello (Antioquia) en contra de ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA y Juan Camilo Correa Vanegas, mediante el cual se les impuso la pena principal de prisión por quinientos diez (510) meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, como coautores responsables de las conductas punibles de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, todas en la modalidad agravada, negándoseles la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad y la prisión domiciliaria.

Contra esta providencia el abogado del sentenciado PINEDA GARCÍA interpuso recurso extraordinario de casación siendo admitido con auto del 27 de junio de 2018, luego de superarse sus defectos, el cargo cuarto de la demanda. Realizada la audiencia de sustentación de que trata el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, el 9 de octubre siguiente, procede la Sala a resolver de fondo el asunto.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 25 de junio de 2012, en la finca Los Guarapos, sector El Volador, vereda El Salado del municipio de Copacabana (Antioquia), a eso de la media noche, ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA y Juan Camilo Correa Vanegas en compañía de otros jóvenes, uno de ellos menor de edad para ese entonces e identificado como J.P.P., irrumpieron con armas de fuego en la casa del señor Alirio de Jesús Echeverri Arboleda quien se encontraba allí junto con su esposa, hija y yerno. Se produjo un cruce de disparos que culminó con la muerte de Echeverri Arboleda y de Fabián Humberto Pineda García (hermano del procesado), resultando herido Albeiro Arturo Quintero Gómez (yerno del obitado).

2. El 18 de septiembre y el 21 de noviembre de 2013, se legalizó la captura dispuesta en contra de PINEDA GARCÍA y Correa Vanegas ante los Juzgados Segundo y Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Copacabana (Antioquia), respectivamente, formulándoles la Fiscalía General de la Nación imputación por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, todos en la modalidad agravada (artículos 27, 103, 104, numeral 5.º y 365, numerales 1.º y 5.º, del Código Penal), cargos que no aceptaron. Se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva.

3. Asignadas las diligencias al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello y surtidas las etapas procesales correspondientes, fueron emitidos, en las condiciones ya señaladas, los fallos de instancia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La Corte admitió el cargo cuarto de la demanda de casación presentada por el defensor de ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA, en el cual denunció la violación del debido proceso por falta de motivación del fallo tratándose de la imposición de la agravante para el homicidio (artículo 104, numeral 5.º del Código Penal), deducida por la minoría de edad de J.P.P., uno

de los protagonistas de los hechos.

Con ese cometido, refirió que el Tribunal se limitó a expresar que Margarita María Echeverri Pérez (hija del occiso y esposa del herido) le atribuyó ser un atacante más, siendo necesario acudir para encontrar la razón de ser de este juicio de reproche a los alegatos allegados por la Fiscalía como no recurrente durante el traslado del recurso de apelación, donde trajo a colación que su intervención incrementó el número de agresores y el riesgo para las víctimas, minimizándose sus posibilidades de defensa. En consecuencia, opina, no aparecen premisas en el proveído del ad quem que permitiesen controvertir tal parecer.

Aunado a ello, no se aportaron pruebas que evidenciaran el modo en que el adolescente participó en los sucesos, ni la forma en que los implicados se valieron de su edad en los términos de la aludida agravante y que asocia «a aquellos eventos en que unilateralmente la conducta es cometida por el inimputable», beneficiándose personas adultas por el trato indulgente que éstos reciben de ser declarados responsables.

Entonces, si los acusados pretendían usufructuar esa situación, hubiesen enviado solo al joven y no se habrían inmiscuido en los ilícitos, por lo que impetra retirarla y redosificar la pena.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante insistió en que el Tribunal no motivó el fundamento jurídico de la citada causal, al darla por acreditada con la llana constatación de la minoría de edad de J.P.P., absteniéndose de revelar por qué esa circunstancia involucraba mayor afectación al bien jurídico tutelado y por qué fue determinante para la comisión de los injustos.

Indicó que nada se dijo acerca de si esa hipótesis conllevó la instrumentalización del menor para la ejecución de los punibles, teniendo en cuenta que la Fiscalía lo catalogó coautor, ni el modo en que los acusados se valieron de él, asumiendo los juzgadores que se trataba de

una «categoría dogmática estática», en las condiciones del Código Penal de 1936, al abstraerse de considerar un contexto específico que permitiese establecer «por qué esta persona era inimputable». Por ende, pidió casar parcialmente la sentencia impugnada y hacer extensivos sus efectos al condenado no recurrente.

2. El Fiscal Delegado señaló que el a quo sí motivó la procedencia de la causal de agravación en comento, a través de una tesis que después fue acogida por el Tribunal y si bien esta Colegiatura pudo presentar la correspondiente explicación con mayor riqueza argumentativa, ambas decisiones forman una unidad jurídica inescindible. Por lo tanto, desde esa perspectiva, no advierte irregularidad.

No obstante, el precepto que la consagra se aplicó indebidamente -lo que condujo a la violación directa de la ley sustancial-, al deducirse solo por la minoría de edad de J.P.P., toda vez que la hermenéutica apropiada del vocablo «valiéndose de la actividad de inimputable» del artículo 104, numeral 5.º del Código Penal, exige, en los términos del artículo 33 ibídem, que esa condición se capitalice en la comisión de un ilícito. Ahora, valerse, según el diccionario, es «usar algo con tiempo y ocasión o servirse últimamente de ello, valerse de una herramienta», lo que explica a su juicio por qué el legislador incrementa el reproche cuando quien comete el delito utiliza un inimputable para evadir su responsabilidad directa, al servirse de la incapacidad de autodeterminación y comprensión de la conducta de «quien es tomado como medio de ejecución del reato».

Por consiguiente, entender que todo menor de edad es inimputable significa retornar al régimen previsto en el Código Penal de 1980, siendo superada con las Leyes 599 de 2000 y 1098 de 2006 esa visión genérica en favor de un tratamiento diferenciado de aplicación de la ley penal. En consecuencia, no basta con que un adolescente participe con adultos en la comisión de delitos para deducir que es inimputable, pues esa calificación debe derivarse de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 33 del Estatuto Punitivo.

Como ninguna de esas hipótesis concurrió en este asunto y ya que J.P.P. para la época de los hechos estaba próximo a cumplir los dieciocho años, no aparece que para ese instante no comprendiera la ilicitud de su conducta o que no pudiese orientarse conforme esa comprensión, por lo que solicitó casar la sentencia y «elimin[ar] la agravante deducida para los delitos de homicidio y homicidio en la modalidad de tentativa», con la consecuente redosificación.

3. La Procuradora Delegada ante esta Corporación retomó la respuesta ofrecida por el Tribunal ante el problema jurídico expuesto en la censura para asegurar que, en efecto, se constata la infracción denunciada, al no vislumbrarse en el proveído atacado cuáles fueron las razones que fundamentaron la imposición de la agravante en mención. En ese sentido, manifestó que el ad quem se limitó a avalar lo dicho por la primera instancia sobre el particular de manera general, omitiendo expresar las bases fácticas, probatorias y los juicios lógicos-jurídicos a partir de los cuales convalidó aquella apreciación, «violentándose de manera flagrante el derecho constitucional al debido proceso y a la lealtad procesal».

De esta forma, deprecó casar el fallo y «decreta[r] la nulidad (sic) hasta la sentencia de segunda instancia, para que esta motive adecuadamente su decisión en lo referente a la confirmación de [la de] primera».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La controversia plasmada en el reparo admitido por la Sala se contrae a establecer si la imposición en este asunto de la causal de agravación para el delito de homicidio consagrada en el artículo 104, numeral 5.º del Código Penal, cuando es cometido «valiéndose de la actividad de inimputable», resulta jurídicamente consistente. Se discute: i) la argumentación ofrecida al respecto por los sentenciadores, debido a la eventual ausencia de parámetros mínimos de motivación y ii) su configuración, desde aristas fácticas, probatorias y normativas.

En ese orden, la Corte verificará lo pertinente y después abordará las consecuencias derivadas de cada uno de estos supuestos con independencia de la lógica que regía su postulación por vía del recurso extraordinario, pues tales presupuestos se superaron con miras a dilucidar los problemas jurídicos en cita, de conformidad con los fines que orientan la casación.

1. Así, en primer lugar, debe recordarse que la debida motivación de las decisiones judiciales constituye una garantía democrática que permite no solo a quienes participan en el proceso penal, sino a la sociedad en general, controlar las actuaciones de la judicatura. La legitimidad de la función pública a su cargo se apoya en las razones que mediante un ejercicio lógico-conceptual conducen a proferir proveídos vinculantes en uno u otro sentido, las cuales, como es palmario, han de ser claras, ponderadas, sustentadas en pruebas válidas y compatibles con el ordenamiento jurídico aplicable.

Por ello, la presentación de los argumentos de rigor hace parte del debido proceso y faculta el ejercicio del derecho de defensa al permitir su debate a través de los recursos, habilitándose a instancias superiores para el respectivo examen que deviene con ocasión de su interposición. De ahí que el artículo 162, numeral 4.º, de la Ley 906 de 2004, señale como las sentencias y los autos dictados en la actuación han de contener la «fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral».

2. Como punto de partida, se tiene que lo concerniente al rol del menor J.P.P. en los sucesos objeto de investigación y juzgamiento fue descrito en el relato fáctico de la acusación, en los siguientes términos:

«De acuerdo con la información suministrada a la Fiscalía por Margarita María Echeverri Pérez (una de las víctimas) reconoció entre los atacantes a ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA (hermano de Fabián Humberto) y a Juan Camilo Correa Vanegas (a quien identificó después

a través de reconocimiento por medio de fotografías, art. 252 C.P.P), se refirió igualmente a dos atacantes más, pero a uno no lo pudo reconocer, y el otro era un menor de edad (J.P.P, primo de los hermanos Fabián Humberto y ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA).

Momentos antes del ataque a su vivienda, Alirio de Jesús, su hija Margarita María y su yerno Albeiro Arturo, escucharon la alarma de una panadería que tenían cerca a sus casas [...] panadería que ya había sido robada dos veces ese mes en la noche (los días 13 y 23 de junio de 2012), según Margarita y su esposo Albeiro, por los hermanos Fabián y FELIPE PINEDA GARCÍA y su “grupo”.

Cuando Alirio, su hija y su yerno salieron a ver qué pasaba en su panadería, Alirio sacó con él dos armas de fuego que guardaba en su casa, pues era madrugada, el sector estaba solo y los hermanos Pineda García y sus amigos se mantenían armados; cerca al galpón de pollos de Alirio y su familia, una de sus armas de disparó al suelo (Alirio -con 70 años- y su yerno Albeiro -con 45 años-, ambos panaderos, no estaban habituados al uso de armas), momento en el cual los hermanos Fabián y FELIPE PINEDA GARCÍA, su primo J. (con 17 años en ese momento), Juan Camilo Correa Vanegas y otro sujeto no identificado, les empezaron a disparar.

Alirio de Jesús, su hija Margarita y su yerno Albeiro Arturo corrieron hacia la casa del primero para protegerse de los disparos, pero los cinco sujetos los siguieron hasta allí y a patadas abrieron la puerta que Alirio de Jesús había logrado cerrar, disparando sobre sus moradores, momento en el cual fue herido de muerte Alirio de Jesús en la sala de su propia casa, resultó herido su yerno Albeiro Arturo (fue impactado en cuello y rostro, también en la sala de la casa de su suegro) y muerto también Fabián Humberto Pineda García, que fue el primero de los atacantes en ingresar disparando a la vivienda de las víctimas [...]».²

Acerca de la imputación jurídica, se precisó:

«En el término legal, la Fiscalía presenta escrito de acusación contra ANDRÉS FELIPE

PINEDA GARCÍA y Juan Camilo Correa Vanegas por los cargos imputados en las audiencias preliminares llevadas a cabo los días 18 de septiembre y 21 de noviembre de 2013: homicidio agravado por la utilización de un menor de edad en el hecho -J.P.P., con 17 años en ese momento (arts 103 y 104 num. 5 C.P y 14 de la ley 890/04), tentativa de homicidio agravado en las personas de Albeiro Arturo Quintero Gómez, Margarita María Echeverri Pérez y Blanca Rubiela Pérez Restrepo (arts 27, 103 y 104 num. 5 C.P. (por la utilización de un menor de edad en el hecho -J.P.P. y art. 14 de la ley 890/04) [...]».³

Celebrado el juicio oral, en el que se practicaron las pruebas que corroboraron la comisión de los hechos jurídicamente relevantes transcritos con antelación relativos al ataque perpetrado, el cual, se estableció, fue una represalia por la información que el señor Alirio de Jesús Echeverri Arboleda suministró a la fuerza pública acerca de actividades de tráfico de estupefacientes desplegadas por integrantes de la familia Pineda García, lo que condujo, entre otros, a que fuera allanada su residencia, judicializada su progenitora y de lo cual responsabilizaban los agresores al obitado; el sentenciador de primer grado anotó:

«[...] Además se agravan el homicidio y la tentativa de homicidio, por cuanto efectivamente los procesados usaron a un menor de edad en la comisión de tales punibles. Uso que consistió en el acompañamiento efectivo y concreto en la comisión de tales delitos. Era uno de los que acrecentaba el grupo de los enardecidos jóvenes que atacaron a las víctimas. Lo requerían para generar mayoría o superioridad numérica en tal ataque, pues no se olvide que ellos (sic) ya sabían estaban armados, pues a don Albeiro se le había soltado un tiro. Así las cosas, dicho joven no era un integrante más, sino un atacante más. El cual, incluso, es señalado por la señora Margarita María como familiar de los hermanos Pineda García, y partícipe activo de dichos actos violentos.

Minoría de edad que está demostrada con el registro civil de nacimiento que da cuenta que para la época de los actos violentos contaba con menos de 18 años de edad. Edad y documento que no fueron impugnados en forma legal alguna. Y los menores de edad son

impunes dentro del sistema acusatorio penal, regido por la Ley 906 de 2004, precisamente el que rige este proceso».4

En la apelación, la defensa de Juan Camilo Correa Vanegas cuestionó que se dedujera la agravante con base en lo que denominó una precaria aducción probatoria en cuanto a las circunstancias en las que se cometió la arremetida, aunado a que J.P.P. no tenía ninguna relación con él sino con el otro acusado, por lo que no podría pregonarse que lo utilizó y mucho menos con soporte exclusivo en su registro civil (aspecto que replicó en su impugnación el apoderado de ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA). Frente a ello, el Tribunal expresó:

«Por supuesto que el solo registro civil de nacimiento no prueba alguna relación con el delito de homicidio.

La prueba es que el menor de edad [...] fue un atacante más, tal como lo adviera en su declaración la señora Margarita María Echeverry. Ese conocimiento previo es deducible para los autores del reato, además, sabían de su participación activa en el delito.

La Sala avala en su integridad la argumentación que al respecto presenta el iudex a quo (f. 182, vt, co-1).

No prospera entonces la censura»5.

3. Se avizora entonces que no es cierto, como lo alega el casacionista, que en la actuación no se hubiese expuesto un discernimiento valorativo acerca de la materialización de la causal de agravación de los delitos contra la vida y la integridad personal, al punto que los argumentos que lo componen, expresados por el juez de primera instancia, fueron retomados por la Fiscalía como no recurrente durante el traslado del recurso de apelación y a ellos aludió luego el Tribunal cuando ratificó esa apreciación. Sin embargo, según lo señaló la representante de la sociedad, el estudio al respecto del ad quem tan solo es

aparente por limitarse a replicar, de forma por demás lacónica, lo anotado por el juzgador de primer grado.

Aunque para los efectos de la casación las decisiones de primera y segunda instancia conforman una unidad jurídica inescindible en aquello que no se contradigan, de manera tal que eventuales falencias podrían ser suplidas por cuenta del análisis global y conjunto de su texto e inclusive subsanadas con las precisiones que esté llamado a realizar en esos supuestos el superior jerárquico (cfr. CSJ SP 14205-2016, CSJ AP 4146-2018), en este caso ese ejercicio de ponderación global no permite advertir si lo dicho por el a quo es acertado o no de cara a las críticas esbozadas en las apelaciones frente a la imposición de la agravante -inquietudes remozadas en el recurso extraordinario-, desquiciándose así la estructura del proceso, pues el proveído que resuelve la apelación implica la presencia de una dinámica jurídico-intelectiva por parte de la instancia superior que materialice en la práctica el ejercicio del derecho de defensa, la garantía de contradicción y sobre todo que haga posible el acceso real y efectivo a la administración de justicia, lo cual no se cumple parafraseando ni repitiendo las variables propositivas que justamente las partes y/o intervinientes debaten a través de su prerrogativa a la impugnación.

Con la presentación de los recursos, se suscitó una tensión conceptual con relación a la postura acogida en primera instancia que debía ser resuelta por el Tribunal, al haber sido estos sustentados en debida forma. Empero, en su proveído tan solo aparecen premisas abstractas, escuetas, ofrecidas a la expectativa de dejar sentadas conclusiones que el lector desprevenido debe forzosamente asumir tácitas, por no decir obvias y a la manera de un discutible comodín argumentativo esa Corporación se remite al pleno acierto que le confiere a la decisión confutada, sin vislumbrarse, se recalca, alguna reflexión que apoye tal diagnóstico que, en la coyuntura descrita, se compaginaría a una determinación dictada al amparo del principio de verdad sabida y buena fe guardada, conforme al cual sus motivos se «remiten a la esfera interna del fallador [...] quien no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones».6

Como resultado, se dejó de resolver un asunto fundamental expuesto en las alzas interpuestas a nombre de los acusados PINEDA GARCÍA y Correa Vanegas, lo que más allá de ser solventado en sede extraordinaria mediante la facultad que le asiste a la Corte de pronunciarse de fondo acerca de la controversia sustancial planteada en la demanda, repercutió en la imposibilidad de decidirse por conducto de la etapa procesal prevista para ello, es decir, la apelación.

4. Ahora, colegir que el homicidio de Alirio de Jesús Echeverri Arboleda y la tentativa de homicidio de Albeiro Arturo Quintero Gómez se cometieron «valiéndose de la actividad de inimputable», no se compadece con el ordenamiento jurídico, según se constata a continuación:

4.1. En el Código Penal de 1936, la inimputabilidad y la causal de agravación a la que se ha hecho referencia aparecía regulada en estos términos:

«Artículo 29.- Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro.

Artículo 30.- A los menores de diez y ocho años que incurran en alguna de las infracciones previstas en la ley penal, se aplicarán las medidas de seguridad de que trata el capítulo II del título II de este libro.

Artículo 363.- El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere [...]

6.º) Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido».

El legislador de 1936 disponía la aplicación de medidas de seguridad para dos categorías de

infractores, los inimputables y los menores de edad pero éstos no se asimilan, al tratarse de medidas distintas para unos y otros:

«Título II [...] Sanciones [...] Capítulo II [...] Medidas de seguridad [...] Art. 61.- Son medidas de seguridad:

a) Para los delincuentes a que se refiere el artículo 29:

La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial.

La libertad vigilada.

El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

b) Para los delincuentes a que se refiere el artículo 30:

La libertad vigilada.

La reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio».

En esa tónica, el Decreto-Ley 100 de 1980 avanzó hacia la creación de un estatuto penal de menores y de forma explícita no incluyó a éstos en la definición de inimputabilidad:

«Artículo 31.- Concepto. Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Artículo 34.- Menores. Los menores de 16 años estarán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales.

Artículo 324.- La pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere [...] 5. Valiéndose de la actividad de inimputable».

Esta normatividad se modificó con el Decreto Ley 2737 de 1989 (Código del Menor) que en su artículo 165, indicaba como «para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años», no obstante, ello hace referencia a los efectos punitivos. Es decir, según se ha visto, a los menores de dieciocho años se les da un trato similar al de los inimputables solo en lo que respecta a las consecuencias sancionatorias de su actuar delictivo, pero se hace distinción de cada situación.

La Ley 599 de 2000, actual Código Penal, demarca la materia en estas condiciones:

«Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere [...] 5. Valiéndose de la actividad de inimputable».

La legislación vigente supera el Decreto Ley 2737 de 1989 que era un Código del paradigma de corrección -ver las sanciones, artículos 204 y siguientes- y crea un sistema de responsabilidad penal orientado al respeto de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra:

«Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema [...].

Artículo 142. Exclusión de la responsabilidad penal para adolescentes. Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible.

Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones

penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad.

Artículo 143. Niños y niñas menores de catorce (14) años. Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa [...].

[...] Artículo 148. Carácter especializado. La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de derechos de los menores de 14 años y ejecución de sanciones impuestas a los adolescentes de 14 a 16 años y de 16 a 18 años que cometan delitos, el ICBF diseñará los lineamientos de los programas especializados en los que tendrán prevalencia los principios de política pública de fortalecimiento a la familia de conformidad con la [Constitución Política](#) y los Tratados, Convenios y Reglas Internacionales que rigen la materia».

4.2. La Corte ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de esta evolución jurídica. Por ejemplo, en CSJ SP, 24 Feb. 2010, Rad. 32889, y en CSJ SP, 29 Jun. 2011, Rad. 35681, donde anotó:

«3.1. En un principio, la capacidad para responder por las infracciones a la ley penal en las que los menores eran autores o partícipes se asumía desde una perspectiva paternalista, pues el Estado los ubicaba en la categoría de inimputables inmersos en una situación

irregular y, debido a ello, buscaba brindarles un tratamiento especial con fines de protección.

Actualmente, la opinión dominante en el derecho contemporáneo considera que, a partir de cierta edad (que en nuestro país es a los catorce años), los menores no sólo son titulares de derechos con capacidad para ejercerlos por sí mismos, sino que a la vez deben responder ante el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, por lo que podrían estar sometidos al poder punitivo del Estado en los eventos en que cometan violaciones a la ley penal, pero siempre bajo el criterio de imputabilidad diferenciada, es decir, de aquella en la que se tiene en cuenta tanto sus condiciones personales como el grado de evolución de sus facultades, en aras de imponerles una medida, no asimilable al tradicional concepto de pena, que pretenderá reintegrarlos a la sociedad.

3.2. Las razones de esta evolución son variadas. Históricamente, los niños se hallaban subordinados a la absoluta potestad de los padres o adultos de quienes en un momento dado dependían, circunstancia que era suficiente para que, ante cualquier conducta inadecuada cometida por aquéllos (como por ejemplo la vagancia o la rebeldía) se les aplicasen sanciones en función de rediseñar su destino, sin consideración alguna hacia los derechos fundamentales, o hacia la dignidad inherente a su condición de personas.

Con el advenimiento de la sociedad industrial, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, tuvo pleno asentamiento el llamado sistema tutelar de las situaciones irregulares, orientado a regular, casi siempre mediante el internamiento o el confinamiento en centros cerrados, circunstancias tan disímiles como las atinentes a los niños abandonados o en situación de peligro, y las de aquellos incursos en violaciones de la ley penal, también conocidos como “menores delincuentes”.

El común denominador en estos casos era considerar que todos los niños serían tan incapaces para comprender o disponer de sus derechos como inimputables a la hora de

responder ante la sociedad por sus comportamientos delictivos. Por ello, eran institucionalizados con fines altruistas de protección, pero mediante un flagrante desconocimiento de sus derechos y garantías judiciales, de manera que el funcionario encargado de adoptar la correspondiente medida se convertía en un intérprete omnímodo del proceso que calificaba de apropiado.

Desde el plano teórico normativo, el modelo de la situación irregular comenzó a ser dejado de lado en el siglo XX con la aparición de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959 y tuvo su punto final con la promulgación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] en esta última normatividad fueron acogidos en toda su dimensión los planteamientos de la psicología del desarrollo, o psicología evolutiva, como sustento de una nueva perspectiva de las relaciones adulto-niño, la cual parte de aceptar que los menores de edad, desde su nacimiento, son personas dotadas de inteligencia y voluntad, con capacidad de comunicarse mediante un lenguaje propio, en un principio corporal y activado por las sensaciones, y, en la adolescencia, constitutivo de un lenguaje conceptual articulado, con niveles de abstracción según el grado de madurez que cada sujeto alcance de acuerdo con sus particulares condiciones de vida.

3.3. En Colombia, la doctrina tutelar de las situaciones irregulares tuvo un marcado asentamiento a lo largo del siglo pasado, e incluso con posterioridad al apogeo de los instrumentos internacionales que la desestimaron. En la Ley 83 de 1946, o Ley Orgánica de la Defensa del Niño, se estableció la creación de un juez para conocer en única instancia de las infracciones de la ley penal cometidas por menores, así como de las circunstancias de abandono o riesgo en las que podían hallarse éstos.

A dicha legislación, le sucedió el Decreto 1816 de 1964, en el cual fue introducida una diferencia de tratamiento respecto de los menores de doce años en cuanto al funcionario para conocer de las situaciones irregulares, quedando dicha competencia radicada en el Defensor de Familia.

Luego sobrevino la reforma de la Ley 75 de 1968, también conocida como Ley Cecilia o de la Paternidad Responsable, con la que se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuya misión era la de promover y proveer la protección de niños y adolescentes. De esta forma, quedó separada de manera definitiva la competencia administrativa de la jurisdiccional, propia de los jueces de menores, que siguieron conociendo de las infracciones a la ley penal en las que eran autores o partícipes mayores de doce años y menores de dieciocho.

En el Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor, se preservó la filosofía de la doctrina tutelar, a pesar de que fue expedida en el mismo año de la Convención sobre los Derechos del Niño, como se deriva de lo dispuesto en el artículo 30, en el que el legislador previó nueve circunstancias totalmente incompatibles por las cuales se consideraba al joven en situación irregular; entre ellas, la de haber realizado una conducta punible o la de contribuir a su ejecución [...]. Así mismo, dicha normatividad contemplaba en su artículo 165 que, para tales efectos, los menores de edad debían ser tenidos como inimputables [...].

3.4. Con la entrada en rigor (gradual y sucesiva) de la Ley 1098 de 2006 (o Código de la Infancia y Adolescencia) se asimilaron los conceptos que acerca de la responsabilidad penal de los menores y de su imputabilidad diferenciada habían desarrollado los tratados e instrumentos internacionales [...]. Debido a lo anterior, el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia comprende un conjunto sistematizado de normas, reglas y procedimientos ajustados a los parámetros referidos en precedencia, y que en todo caso serían de obligatorio cumplimiento por expresa disposición del régimen, pues de acuerdo con este último “[l]os principios y definiciones consagrados en la [Constitución Política](#), en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la [...] ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes”.

De esta forma, el modelo adoptado por el sistema penal para adolescentes de Colombia es uno de los que en la doctrina se han denominado de responsabilidad, es decir, que

corresponde a un procedimiento independiente, especializado y autónomo, revestido con la garantías básicas del debido proceso, a la vez que reforzado con otras de índole especial, en el que el adolescente es susceptible de ser declarado responsable por la realización de una conducta punible de graves connotaciones, pero con la particularidad de que la consecuencia jurídica adoptada por el funcionario no puede ser catalogada como pena en un sentido tradicional del término, sino como una medida que tan sólo pretende ser educativa y busca su reintegro a la sociedad [...]».

4.3. Por contera, en este asunto se dedujo la inimputabilidad de J.P.P. exclusivamente por su edad, para la época de los hechos inferior a los dieciocho (18) años,⁷ pretermitiéndose que ambas son categorías jurídicas sustanciales diversas.

Se dejó de lado que el derecho penal prevé circunstancias distintas frente a su actuar delictivo, pues mientras los inimputables están sujetos a la verificación de que al momento de comisión del punible hubiese concurrido en su psiquis un estado de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o similar que le hubiese impedido comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, aplicándoseles de ser necesarias medidas de seguridad, los menores de edad son sujetos de un procedimiento especial y autónomo con el que se aspira en esta clase de eventos lograr su protección por vía de medidas educativas, pedagógicas y reintegradoras.

Se consagra en la Ley 1098 de 2006, a favor de los niños y niñas menores de catorce (14) años, un régimen de protección y restablecimiento de derechos (artículos 142, inc. 1.º y 143) ajeno a la órbita del ius puniendi. Y para los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, los ilícitos por ellos cometidos «dan lugar a responsabilidad penal» (artículo 169), por lo que se ven sometidos a sanciones restrictivas (artículo 177) incluso privativas de la libertad (artículos 160 y 161), aunque con unos fines distintos a los de la pena, sin descartarse que puedan ser excluidos de aquella de padecer alguna «discapacidad psíquico o mental», lo cual ha de estar «proba[do] debidamente en el

proceso [y] siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad» (artículo 142, inc. 2.º).

4.4. Entonces, a la par con la ausencia de motivación en torno a la procedencia de la agravante para el homicidio, se avizora que no fue acreditada de manera alguna, porque la minoría de edad de J.P.P., por sí misma, no lo hace inimputable. En la actuación no se aportaron elementos de juicio tendientes a evidenciar si ese estado cronológico le acarreaba inmadurez psicológica y en ese sentido también se hizo caso omiso de la doctrina que, de antaño, incluso en vigencia del Código Penal de 1936, enseñaba:

«La personalidad humana no es algo rígido o inmodificable; al contrario, ella es el producto de una lenta y progresiva evolución que comienza desde el momento mismo de la gestación y solo culmina con la muerte; tanto en lo morfológico como en lo psicológico [...], infancia, juventud, adultez, madurez y senilidad [...] superada la etapa inicial de exploración e individualismo, el adolescente ya es capaz de emitir juicios que le permiten diferenciar elementalmente lo real de lo ideal, el juego del estudio, el deseo de la acción, lo simplemente material de lo intelectual; comienza a sentirse ser social y a amoldar sus reacciones a esa nueva realidad [...] es una transición hacia la adultez, [...] aun cuando no haya cimentado sólida y definitivamente los planos intelectual, afectivo y volitivo de su personalidad [...], solo a partir del periodo de la adolescencia, la conducta del joven comienza a tener importancia jurídico-penal porque es cuando empieza a emitir juicios de valor en el ámbito de lo social».⁸

De igual modo, no basta en materia penal para concluir que se está ante el fenómeno de la inimputabilidad con que se demuestre la concurrencia de un trastorno mental, inmadurez psicológica o similar en el sujeto activo de la conducta punible, porque «lo que importa en estos casos [...] no es el origen mismo de la alteración [...] sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada»

(CSJ SP, 13 Oct. 1982, G.J: CLXX, n.º 2408, pág. 635). Es decir, dicho estado debe incidir en la comisión del injusto, explicar la lesión o el peligro generado a un interés jurídicamente tutelado y de ahí que se haya expresado como paradigma que es inimputable el cleptómano que hurta, más no lo será el que mata:

«[...] para que exista inimputabilidad debe el hecho ser producto del trastorno o la inmadurez, o, lo que es lo mismo, el hecho debe ser un reflejo de la perturbación o la inmadurez. Si no hay relación entre el hecho y el trastorno o inmadurez no hay que hablar de inimputabilidad. Así las cosas, si un sujeto obra dentro de una causal de justificación (estado de necesidad o legítima defensa, por ejemplo), o dentro de una causal de inculpabilidad (coacción o error, por ejemplo), en circunstancias tales que un sujeto “normal” hubiese obrado de igual manera, ese sujeto no debe ser tratado como inimputable. La inimputabilidad nada tendría que hacer aquí, y el caso hay que resolverlo independientemente de esta problemática [...].

[...] La inmadurez psicológica y el trastorno mental pueden hacer que el sujeto sea inimputable pero no son estos fenómenos por sí solos la inimputabilidad [...] el juez debe examinar si se dan o no los requisitos de acción, tipicidad y antijuridicidad. Luego debe indagar si existe alguna de las causales de inculpabilidad: si una de estas causales existiere, la debe conceder sin que haya intromisión del tema de la inimputabilidad. En caso de que no exista una causal de inculpabilidad, debe averiguar si el sujeto es imputable, o inimputable, en tanto que hubiese intervenido como decisivo en el hecho una inmadurez psicológica o un trastorno que hubiese perturbado la capacidad de comprender y determinarse.

De ser ello así, se predicaría la inimputabilidad del sujeto y se aplicaría una medida de seguridad, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en este evento no habría lugar ni a penas ni a medidas de seguridad».⁹

Desde la vigencia del Código Penal de 1980, la problemática de la inimputabilidad generó

debate en el ambiente jurídico nacional en torno a la necesidad de ser construida a partir de una perspectiva jurídica, trascendiendo a lo netamente objetivo. Esta controversia se zanjó en el Código Penal de 2000, con su artículo 33, donde se adoptó esa postura, haciéndola extensiva a fenómenos culturales y similares en los que una percepción distinta de la realidad frente a las relaciones intersubjetivas convenidas en la sociedad repercute en la categoría dogmática de la culpabilidad, no en la tipicidad ni en la antijuridicidad, contemplándose la posibilidad de reconocer a una persona incurso en estas circunstancias, por ejemplo, el error de tipo o la legítima defensa, supuestos en los que en lugar de la imposición de una medida de seguridad que se estima necesaria para el manejo de ese estado, procede la emisión de fallo absolutorio en concordancia con la política criminal que rige la figura.¹⁰

4.5. Por ende, en asuntos como el que ocupa a la Sala en los que el ilícito es cometido de manera conjunta, no puede afirmarse, como lo hicieron los jueces de instancia, que por hacer parte un menor de edad de un conglomerado de esta clase se convierte en un inimputable del que se aprovechan sus compañeros de ilicitud. Así, debe destacarse que el incremento del reproche por ejecutarse el delito en coparticipación criminal, desde la óptica aludida por los sentenciadores, se sanciona por vía de una causal diferente, la del artículo 58, numeral 10, del Código Penal, prevista en ese precepto de manera genérica y de forma específica para diversos reatos, verbi gratia, para la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365, numeral 5.º), causal irrogada en el sub examine para el punible contra la seguridad pública al contrario de la consagrada en aquella disposición, conforme con la prohibición de non bis in ídem, según lo acotó la Corte en el auto que calificó la demanda de casación (CSJ AP 2650-2018).

5. Esta aproximación dispersa de la teleología de la agravante cuando la conducta punible se desarrolla «valiéndose de un inimputable» (también prevista en dicha codificación de forma genérica -artículo 58, numeral 11- y específica -artículos 104, numeral 5.º y 241, numeral 3.º-), devela a la Sala la necesidad de exponer su postura frente a la misma, al

advertir disímiles discernimientos en cuanto a cómo opera:

5.1. El recurrente planteó en el libelo -asumiendo que los menores de edad son inimputables- que su fundamento radica en el beneficio que obtienen los adultos ante el trato benévolo otorgado a aquellos de incurrir en la comisión de delitos, descartando la coautoría y participación al considerar que en estos casos (los inimputables) solo son instrumentos que actúan individualmente. De manera afín, para la Fiscalía ante la Corte la razón de ser de la causal se encuentra en la utilidad que le reporta a un tercero evadir su responsabilidad al valerse de una persona sin capacidad de comprensión y de autodeterminación, con lo que da a entender que únicamente se configura si la conducta punible se ejecuta mediante la modalidad de autoría mediata.

5.2. La agravante tiene sus orígenes en la escuela positiva del derecho penal italiano, la cual prohíja por cuenta de criterios de defensa social la proscripción del individuo que denote ser un peligro para la comunidad, a partir de ciertas condiciones personales en concordancia con una óptica propia del derecho penal de autor. En esa tónica, el valerse de inimputables para cometer delitos supone una mayor bajeza del agente, temible corrupción moral, quien al acudir a ellos revela una deplorable maquinación, vil aprovechamiento de las circunstancias. Recuérdese como en el Código Penal de 1936, el valerse de la actividad de «menores, deficientes o enfermos de la mente», se equipara a «abusa[r] de las condiciones de inferioridad personal del ofendido». La doctrina nacional, en su momento, hizo mención de la temática de la siguiente forma:

«Esta circunstancia de agravación tiene como fundamento jurídico el mayor grado de reproche que merece quien ocasiona un daño más intenso, desde el punto de vista social; en efecto, quien para cometer el homicidio se sirve de un “instrumento” que carece de conocimiento o voluntad plena, no solo revela su mayor capacidad ofensiva en contra de la sociedad, sino que coloca a la víctima en condición de menor posibilidad de defensa, por cuanto ante un ataque de esa naturaleza se encuentra desprevenida. Al utilizar la actividad

de un inimputable [...] el homicida está demostrando un mayor grado de perversidad y bajeza de espíritu, e, igualmente, enseña una habilidad pasmosa para eludir la acción de la justicia, puesto que recurre a instrumentos que ocultan el verdadero criminal; además este tipo de procedimiento provoca mayor alarma e indignación social, puesto que los miembros del grupo social inmediato se sienten más inseguros ante la facilidad con que se comete el crimen y la corrupción moral que el criminal deja en el inimputable. En el fondo estamos ante una desvalorización del medio o modo utilizado para el homicidio, pues por lo general esta forma de utilización implica insidia, perversión, relajamiento moral y cobardía¹¹ [...]. La mecánica del homicidio se torna más odiosa a la sociedad, dado que el sujeto utiliza como instrumento a un incapaz de autodeterminarse, y del cual no fácilmente podía esperar la víctima una agresión [...]. No solo se abusa de la debilidad del inimputable, sino que este ofrece menor resistencia a la determinación y resulta presa fácil del sujeto, que de tal suerte encuentra el terreno abonado para una instigación, a fin de cometer el crimen en condiciones para él de mayor seguridad e impunidad. Es un hecho cierto que quien está en condiciones de incapacidad de comprender y de querer normalmente, ofrece menores posibilidades de rechazar la coacción, pues precisamente por la debilidad de su carácter es fácilmente sugestionable [...]».

Anotándose con relación a la autoría y participación:

«El autor del homicidio puede servirse del inimputable, bien determinándolo mediante instigación -la clásica inducción-, mediante violencia física o amenaza de un mal, pero también utilizándolo ya como autor o como simple cómplice del hecho. El Código no contempla en sentido estricto que la utilización del inimputable por parte del homicida, sea solo para hacerlo ejecutar físicamente el homicidio; el numeral que comentamos se refiere simplemente al hecho de valerse de la “actividad de inimputable”, es decir servirse, utilizar o aprovechar la conducta del incapaz, situación que ocurre tanto en el caso en que se lo induce o coacciona para que cometa el hecho delictivo, como cuando se utiliza su cooperación o concurso; al respecto anota Rendón Gaviria, comentando la norma similar en

el Código derogado, que la disposición no establece el alcance que deba tener la actividad cumplida por el menor, deficiente o enfermo mental.¹² Desde luego que este motivo de agravación obra en contra del autor del homicidio, pero la autoría puede ser a título de autor intelectual mediato, o de autor material, eventos en los cuales se puede utilizar la actividad de un inimputable.

La actividad del inimputable debe entenderse como una conducta, en el sentido natural de la expresión, pero como comportamiento que de alguna manera incide o contribuye en la producción del delito; la actividad del inimputable ha de ser una conducta voluntariamente utilizada por el autor, lo que equivale a decir que el instigador o autor mediato debió conocer la inimputabilidad del instrumento, y además querer utilizar y servirse de la acción del mismo; no se refiere el numeral a la ocasional o involuntaria concurrencia de un inimputable en el homicidio de otro, sino a la deliberada y maligna utilización del inimputable, lo que revela cobardía, bajeza y mezquindad [...]».¹³

De manera más reciente, se ha dicho:

»[...] En este caso el tipo penal de homicidio se agrava como consecuencia de un mayor desvalor de acción objetivo, esto es, por la especial forma de ejecución del delito (incluso insidiosa) que consiste en valerse (aprovecharse) de la actividad de un sujeto inimputable (o que pueda ser declarado inimputable conforme al C.P./art.33).¹⁴ Como es evidente, se trata de un modo que pueda facilitar la ejecución del delito de homicidio y dificultar la defensa de la víctima. P. Ej.: cuando A se vale de la actividad homicida de B, con una grave psicosis, para matar a C de una puñalada.

De hecho, algún sector de la doctrina nacional considera que la agravante también castiga al sujeto por buscar la impunidad del comportamiento delictivo al valerse de un sujeto activo “inimputable”, lo que supondría, según se afirma, un mayor desvalor de resultado que lesiona la recta y eficaz impartición de justicia.¹⁵ Lo cierto es que el comportamiento

realizado por el sujeto inimputable solo sería impune si realmente se trata de un instrumento subordinado,¹⁶ porque de lo contrario el sujeto sería declarado responsable y se le impondría una medida de seguridad (C.P./art. 69 y s.s.) [...].

[...] Esta causal supone dos posibles modalidades delictivas que conviene distinguir:

En la primera modalidad, la ejecución modal del sujeto activo provoca dolosamente un comportamiento homicida realizado por una persona que pueda ser declarado penalmente como inimputable por el juez de conocimiento (penal o de menores), en la correspondiente sentencia condenatoria. Cabe agregar que esta variante admite dos hipótesis dogmáticas: a) que el sujeto “inimputable” actúe como instrumento subordinado¹⁷ o b) que el sujeto inimputable actúe en calidad de coautor.

a) En la primera posibilidad, el verdadero autor del delito de homicidio es el hombre de atrás a título de autor mediato con dominio de la voluntad del inimputable y dominio del suceso delictivo (C.P./art. 29, inc. 1.º) [...]. Incluso, es posible afirmar que el instrumento, además de padecer una causa de “inimputabilidad”, puede actuar bajo error de tipo o de prohibición invencibles [...], mediante insuperable coacción ajena [...] u otra causa que demuestre la incapacidad de determinación o motivación del sujeto, e incluso ser impulsado a causar la muerte de otro de manera imprudente o culposa [...].

b) En la segunda posibilidad teórica, algún sector de la doctrina nacional considera que el sujeto inimputable actúa con codominio funcional del hecho junto a un sujeto imputable, de tal suerte que ambos responden penalmente como coautores del delito de homicidio,¹⁸ aunque solo a uno de ellos se les agrava el delito. Naturalmente, el solo hecho de valerse de la división funcional del trabajo del inimputable, quien probablemente sería sancionado con una medida de seguridad, daría lugar a que se agrave el comportamiento en el caso concreto.¹⁹ Sin embargo, aunque la hipótesis es teóricamente posible, resulta marginal y muy dudosa en dos puntos concretos: Primero, porque es factible que el sujeto inimputable

realmente sea un instrumento que no ha entendido su actuar delictivo y que no ha acordado libremente el reparto funcional que le corresponde en la actuación homicida. Sin un acuerdo común válido, es imposible hablar de coautoría en los términos del C.P./art. 29, inc. 2º.

Segundo, porque el hecho de sancionar a quien se vale de la actividad de otro indica que, tras el espíritu de la norma penal debe existir necesariamente un desequilibrio o subordinación entre los sujetos co-ejecutores. Se trata de un desequilibrio que realmente pone en entredicho la figura de la coautoría, pues en ella los sujetos actúan usualmente como pares con codominio positivo funcional del hecho. Un codominio positivo que es muy discutible -aunque no se pueda descartar por completo- tratándose de un sujeto que no puede comprender lo fáctico y lo jurídico de la ilicitud del injusto que realiza. Naturalmente, si el “inimputable” comprende perfectamente el hecho, su participación y sus funciones, se estará en sede de una coautoría o coautoría y se desdibuja toda posibilidad de una autoría mediata²⁰ [...].

Y, en la segunda modalidad, parte de la doctrina nacional sostiene que la actividad del inimputable puede ser también de colaboración o de ayuda (complicidad) con concierto previo o concomitante, esto es, una actividad idónea realizada por un sujeto idóneo sin dominio material del hecho en la ejecución de la muerte de la víctima.²¹ Como se ve, el autor directo sigue siendo el sujeto “imputable”, por lo cual, en estos casos se deberá acreditar que el “inimputable” haya ejecutado en su calidad de colaborador, cuando menos, un hecho típico y antijurídico doloso (un injusto penal), lo que descartaría aquellas ayudas que consistan en acciones neutrales o en actos absolutamente irrelevantes para el derecho penal [...]».²²

5.3. Esta reseña permite afirmar que la instrumentalización de inimputables en eventos de autoría mediata es tan solo una de las hipótesis que pueden dar lugar a la configuración de la causal, siendo posible en la casuística, en el plano fenomenológico, que se presenten

otras alternativas de comisión considerando que si éstos obran con dolo, de llegar a incurrir en un comportamiento catalogado típico y antijurídico, ya bien sea a título de autor directo, coautor o cómplice; ello tendría injerencia en la culpabilidad, categoría dogmática donde cobra importancia su especial situación. Aclarándose que la referencia al dolo está asociada al dolo natural o avalorado, por cuanto en estos casos el inimputable no tendría conciencia de la antijuridicidad.

La Sala en un asunto que involucraba una polémica de esta raigambre, reflexionó:

«[...] El Tribunal agravó la pena de C.M. por considerar que “se valió de la actividad de menores en la ejecución de la infracción” (Fl. 305 Cdo. N.º 1).

La censura de que se violó indirectamente la ley porque no se comprobó procesalmente la existencia del menor apodado “Chapola” ni se estableció que el procesado M. había determinado a la menor G.E.V. a obrar, propuesta por el actor y aceptada por la Procuraduría, no la comparte la Sala.

En efecto, aun cuando no se establecieron el nombre ni la edad precisa de la persona apodada “Chapola” no hay la menor duda sobre su existencia ni sobre su minoridad. Basta para establecer éstas las referencias que a él hacen tanto la V. como los agentes M. y R. [...]. No hay, pues, ninguna duda [...].

[...] Esta norma no exige que se determine a obrar a dichos menores, esto es, que se haga nacer en ellos el propósito de colaborar o que se impulse en forma especial su decisión de actuar delictuosamente sino que en alguna forma se aproveche su actividad para llevar adelante los fines del culpable, que es lo que ha ocurrido en el presente caso [...]» (CSJ SP, 03 Mar. 1977, G.J: CLV, n.º 2398 (Bis) pág. 67).

En efecto, la descripción legal contenida en el precepto no excluye distintas posibilidades de ejecución del injusto y permite distinguir las consecuencias derivadas en estos supuestos

para el imputable que de manera consciente y en diverso grado se apoya del inimputable en pos de la obtención del resultado -o por lo menos para el despliegue de actos ejecutivos dirigidos a su consecución-, del tratamiento penal que cobija a éste último, sin descartarse, incluso, que con ese cometido un inimputable pueda valerse de otro inimputable ya sea a través de la determinación, instrumentalización, coautoría o complicidad.

Así, si el sujeto activo de la conducta comete la ilicitud valiéndose de un inimputable que obra dolosamente (y que no actúa incurso en error, violencia insuperable o como instrumento material), independientemente de la modalidad de autoría o participación que se le endilgue, le será deducible la causal de agravación en comento, mientras que aquel estará sometido a la imposición de una medida de seguridad. En contrapartida, si el inimputable obra como instrumento se desvanece esta última posibilidad, al igual que si llega a concurrir a su favor alguna de las causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del Código Penal, teniendo cabida para él en esa coyuntura la emisión de fallo absolutorio, lo que, no obstante, según se anotó, no desdibuja la configuración de la agravante en cita para el autor mediato que se sirve de su actuar.

5.4. De otro lado, son insostenibles las referencias asociadas a visiones peligrosistas que justifican la agravante por la falta de escrúpulos del agente al usufructuar esa particular condición psicológica o cultural, no solo porque tal concepción ha sido superada a la luz del derecho penal contemporáneo, sino que además esa aproximación se vincula a una suerte de desprevenición en la víctima al no poder anticipar que va a ser atacada por un inimputable. Este escenario, para el homicidio, se sanciona mediante una causal distinta, la de artículo 104, numeral 7.º, del Código Penal,²³ lo que excluiría en supuestos de esta clase endilgar el numeral 5.º ibídem, en virtud del principio de especialidad.

Como corolario, es insuficiente asumir que el fundamento de la causal se encuentra en sancionar la búsqueda de impunidad del autor mediato, porque ello tiene tan solo en cuenta una de las alternativas de ejecución previstas en el artículo 29 del Código Penal y pasa por

alto las formas de accesoriedad, consagradas en el artículo 30 ibídem.

5.5. En ese orden de ideas, el fundamento de recriminación hay que encontrarlo en el desconocimiento de la minusvalía que aqueja a una persona a la que le asiste especial protección constitucional,²⁴ por su estado de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o similares, de modo tal que el valerse de ellas para conculcar el ordenamiento jurídico y en particular los intereses custodiados por el derecho penal, afecta en grado sumo la dignidad humana y el principio de solidaridad, axiomas que sustentan la existencia del Estado Social de Derecho.

6. Ahora, las consecuencias de la injerencia de menores de edad en la ejecución de delitos junto con adultos ha sido considerada de manera específica por el legislador, siendo indiferente en estos eventos por expresa disposición legal catalogar su rol como de instrumento, autor o partícipe, ya que el mayor reproche punitivo proveniente de su utilización, al margen de cualquier modalidad, constituye un atentado contra la libertad individual y otras garantías tipificado en el artículo 188D del Código Penal (adicionado por la Ley 1453 de 2011, artículo 7.º), bajo la denominación de uso de menores de edad para la comisión de delitos:

«El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de diez (10) a (sic) diez y veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal [...]».

Al respecto, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse a través de un estudio criminológico y empírico sobre este fenómeno delictivo, abarcando el contexto en que los grupos armados al margen de la ley y la criminalidad organizada utilizan a los menores de

edad en la consecución de sus acciones, para señalar acerca de esta ilicitud y en punto de autoría y participación, lo siguiente:

«Aun cuando la Corte Constitucional, en la sentencia C-121 de 2012, consideró que este delito gira en torno a la instrumentalización, en realidad el mismo contempla una gama de comportamientos en donde la manipulación del menor representa solamente una parte del tipo penal.

En efecto, allí se describen tres grupos de conductas alternativas, a saber: (i) inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar de manera directa a un menor de 18 años a cometer delitos; (ii) promover el que otros utilicen, constriñan o induzcan al menor con tal propósito; y (iii) participar de cualquier modo en alguna de esas acciones.

Como se observa, en el primero de los mencionados grupos se reprime a quien materialmente realiza uno o varios de los verbos rectores allí previstos. En el segundo a quien hace que terceras personas sean las que despliegan sobre el menor alguno de los concretos comportamientos en él referidos, esto es, utilizar, constreñir o inducir. Y en el tercero a quien determina a otros a inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar al menor de edad o les presta alguna contribución en su realización.

En relación con el primero de esos grupos, cabe anotar que allí la norma establece una especie del ilícito de constreñimiento para delinquir previsto en el artículo 184 del Código Penal, en cuanto la acción recae no sobre cualquier persona sino sobre un sujeto calificado (menor de 18 años). Claro que el tipo penal del artículo 188 D contiene una mayor riqueza descriptiva, pues su configuración se presenta no sólo por constreñir sino también por inducir, facilitar, utilizar, promover o instrumentalizar.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre con el constreñimiento para delinquir, que es un tipo penal subsidiario, pues se comete siempre que la conducta “no constituya delito sancionado con pena mayor”, el punible de uso de menores de edad es de carácter

autónomo, de manera que puede concurrir perfectamente con el delito fin, es decir, que si alguien ejecuta sobre el infante o adolescente los actos de inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar, pero además interviene en el ilícito realizado por éste incurrirá en las dos infracciones penales [...].

Y frente al tercero de los grupos en mención, caben dos precisiones. En primer lugar, en la medida en que en él se reprimen todos los casos de determinación posibles, el precepto acusa falta de técnica legislativa, pues el segundo de los grupos de conductas allí previstos -indiscutibles casos de instigación- queda comprendido perfectamente en el tercero, luego resultaba innecesaria su consagración.

La disposición, adicionalmente, termina dando a los cómplices el mismo tratamiento punitivo que se dispensa a los autores.

Ahora bien, los tres grupos de conductas a que se viene haciendo alusión, como se deriva del anterior análisis, giran en torno a seis verbos rectores (inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar) y la realización de cualquiera de ellos conduce a la consumación del punible. Sin embargo, no todos comportan el mismo contenido estructural, pues cuatro de ellos (inducir, facilitar, constreñir y promover) representan tipos de mera conducta, es decir, no requieren la concreción del resultado (la comisión del delito por parte del menor) para su consumación; basta con que se induzca, facilite, constriña o promueva al infante o adolescente a la realización de un comportamiento punible, sin importar si el propósito perseguido se obtiene.

Esos cuatro casos, sin duda, corresponden a la figura de la participación criminal a título de determinación. Sin embargo, por voluntad del legislador que los erigió en tipos de mera conducta, en ellos no opera el principio de accesoriedad, conforme al cual para que se presente la participación es necesaria la autoría. Por tanto, el punible contemplado en el artículo 188 D del Código Penal se consuma así el menor de edad objeto de la inducción,

facilitación, constreñimiento o promoción, por cualquier circunstancia, no concurra a la realización de la conducta delictiva [...].

[...] En cambio, los verbos utilizar e instrumentalizar suponen tipos de resultado. Ciertamente, no se concibe el uso o manipulación si el menor no da inicio, al menos, a la ejecución del delito fin, es decir que, en esos eventos, la consumación de la conducta prevista en el artículo 188 D del estatuto punitivo depende de que la ilicitud que constituye el propósito al cual se refiere esa disposición (como sería, en el presente caso, el hurto) alcance, al menos, el grado de tentativa.

Ahora bien, aun cuando la mayoría de los verbos rectores contemplados en el pluricitado artículo 188 D suponen que el menor actúa contra su voluntad, así no ocurre en todos ellos y, particularmente, en relación con la acción de facilitar. Su significado, conforme al diccionario Enciclopédico Larousse, es “hacer fácil o posible una cosa”. Sobre esa expresión, incluida en el tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años contemplado en el artículo 219 A del Código Penal, modificado por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009, la Sala en CSJ SP. 14 agos. 2012, rad. 39160 entendió que se refiere a quienes actúan como intermediarios de las personas que buscan obtener favores sexuales con menores de edad.

Si, por tanto, facilitar implica posibilitar a otro cumplir la tarea que se propone, es claro que el facilitador o intermediario, para desarrollar su función, no tiene por qué estar sometido a la voluntad del beneficiario de su acción. Por esa razón, es perfectamente factible que se configure el tipo penal de uso de menores de edad para la comisión de delitos aun cuando el niño sea quien haya convencido al adulto a perpetrar la ilicitud, porque en ese caso este último simplemente habrá facilitado a aquél el cumplimiento de su cometido, no otro que vulnerar la ley penal.

Recuérdese, al respecto, que todos los menores de dieciocho (18) años de edad gozan, sin

excepción, de protección especial, entre otras razones, en virtud de su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que les impide, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-240 de 2009, tener capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos. Por tanto, así como la voluntad expresada por ellos para incorporarse a organizaciones armadas ilegales no puede ser considerada un motivo de atipicidad en favor de quienes realizan la labor de reclutamiento, conforme también lo expresó el fallo de constitucionalidad citado, de la misma manera tampoco reviste ese efecto el consentimiento que presten los menores para cometer un delito [...].

[...] Lo anterior implica que así el niño obre voluntariamente, quien intervenga con él en la comisión de un delito se hace acreedor a la sanción prevista en el precepto penal, con un aumento sensible en caso de que el menor tenga una edad inferior a catorce (14) años». (CSJ SP 15870-2016)

En estas condiciones, se observa que el propósito normativo, en uno u otro caso, es sancionar con mayor rigor a quienes hacen uso de la actividad de un sujeto de especial protección constitucional para la comisión de ilicitudes, con independencia de que éstos hayan optado o no de manera “voluntaria” por involucrarse en su ejecución, al punto que es inane que sean, incluso, los artífices de la conducta punible.

Desde esa perspectiva, en gracia a discusión, la participación de J.P.P. en los delitos objeto de investigación y juzgamiento en vez de ajustarse a la causal de agravación punitiva a la que se ha hecho referencia, se compaginaría con la infracción prevista en el artículo 188 D del Código Penal. Sin embargo, en acatamiento del principio de congruencia, dicha ilicitud no puede colegirse en el sub examine al no haber sido materia de acusación por parte de la Fiscalía. Tampoco podría retrotraerse la actuación para remediarse el yerro, ni compulsarse copias, pues se estaría conculcando la prohibición de doble juzgamiento por los mismos hechos.

7. De esta forma, con estas salvedades y ante la manifiesta improcedencia de la causal de agravación endilgada en este asunto para el homicidio, la Corte casará el fallo impugnado de manera parcial. En consecuencia, procede redosificar la pena irrogada.

Más allá de que en la actuación se hubiese transgredido el debido proceso por la ausencia de motivación del Tribunal al respecto, consultando los principios que rigen la nulidad, y por economía procesal, no tiene sentido retrotraer las diligencias para que el ad quem subsane el particular, ya que, como quedó visto, no hay lugar a su imposición en este trámite. De ahí que sea viable remediar el vicio por conducto del recurso extraordinario, en tanto corresponde a la Sala de oficio hacer efectiva la prevalencia del derecho material frente a un error relevante (artículos 228 de la Constitución Nacional y 180 de la Ley 906 de 2004).

Entonces, los extremos punitivos para el homicidio de conformidad con el artículo 103 del Código Penal, oscilan en doscientos (208) meses el mínimo y cuatrocientos cincuenta (450) el máximo. Ahora, de acuerdo con el artículo 61 de la codificación en cita, el ámbito punitivo de movilidad queda así:

Cuarto	mínimo
Segundo	cuarto
Tercer	cuarto
Cuarto	máximo
208	a 268 meses y 15 días

268	meses y 16 días a 329 meses
329	meses y 1 día a 389 meses y 15 días
389	meses y 16 días a 450 meses

Acudiendo a los mismos parámetros sopesados por el juez de primer grado que ubicó la pena imponible en la mitad del primer cuarto,²⁵ al no enrostrarse en este evento ninguna de las causales de agravación punitiva genéricas previstas en el artículo 58 ídem, la sanción equivale a doscientos treinta (230) meses y siete (7) días de prisión.

En cuanto a esta ilicitud en grado de tentativa, al tenor del artículo 27 de esa normatividad, el ámbito de movilidad punitiva arroja:

Cuarto	mínimo
Segundo	cuarto
Tercer	cuarto
Cuarto	máximo
104	a meses a 162.37 meses
162.38	meses a 220.75 meses
220.75	meses a 279.125 meses
279.125	meses a 337 meses y 15 días

Con los mismos presupuestos señalados en precedencia, se fija la pena en ciento treinta y tres (133) meses.

Como quiera que la pena imponible para la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravada permanece incólume (el a quo la tasó en doscientos veinticinco (225) meses de prisión), se tiene que la sanción por el delito contra la vida es la más grave, a la cual, conforme el criterio al que acudió el sentenciador, esto es, incrementar ese guarismo en un veinte por ciento (20%),²⁶ arroja como pena definitiva eliminando decimales, doscientos setenta y seis (276) meses y (1) día de prisión.

8. Esta redosificación se hace extensiva a la sanción fijada para el acusado Juan Camilo Correa Vanegas, ya que su situación sustancial es idéntica a la del recurrente. Valga anotar que las demás determinaciones que no fueron objeto de modificación, quedan incólumes.

Por último, la Sala llama una vez más la atención a la Fiscalía General de la Nación para que sus delegados estén atentos a velar por la adecuada calificación jurídica de las conductas punibles por las que se adelanta la acción penal, a fin de que esta concuerde con los hechos jurídicamente relevantes materia de la actuación.

Lo anterior, con miras a evitar que una ligera construcción de la misma repercuta no solo en eventuales sanciones irrisorias, sino también desproporcionadas, lesivas de las garantías fundamentales.

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 PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Penal- el 2 de agosto de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA y a Juan Camilo Correa Vanegas a la pena principal de doscientos setenta y seis (276) meses y (1) día de prisión, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Aclarar que el fallo impugnado se mantiene incólume en todo lo demás.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Al margen de que a la fecha J.P.P. ya sea un adulto, no se revela su nombre conforme con el principio de protección a la intimidad y reserva de identidad

consagrado en la normatividad relacionada con el tema (véase Ley 1098 de 2006, artículos 33, 47, numeral 8, 153, 193, numeral 7, entre otras disposiciones).

2 Cfr. Folio 2 y siguientes escrito de acusación / Fl. 2 y s.s cuaderno actuación.

3 Cfr. Fl. 5 ibídem.

4 Cfr. anverso Fl. 182 c.a.

5 Cfr. Fl. 17 sentencia del Tribunal / Fl. 305 c.a.

6 Así lo define la Corte Constitucional en la sentencia SU-837 de 2002.

7 Tenía para ese instante diecisiete (17) años, siete (7) meses y veintidós (22) días (Cfr. registro civil de nacimiento, evidencia 1, Fl. 109 c.a). Valga anotar que para esa fecha ANDRÉS FELIPE PINEDA GARCÍA recientemente había adquirido la mayoría de edad -contaba con dieciocho (18) años, cuatro (4) meses y doce (12) días- (cfr. estipulación probatoria 1, Fl. 86 ibídem).

8 Reyes Echandía, Alfonso, La imputabilidad. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá, 1979, página 60 y s.s. En este sentido, un estudio detenido acerca de la capacidad de discernimiento de los niños y niñas, jóvenes y adolescentes puede encontrarse en CSJ SP, 20 Oct. 2010, Rad. 33022.

9 Agudelo Betancur, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5.º del artículo 324 del C.P. Revista Nuevo Foro Penal, N.º 27 pp. 44-61, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

10 Código Penal, artículo 9.º, inciso 2.º: «Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la

inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad».

11 Gutiérrez Anzola, ob. cit. Pág. 87; Luis Gutiérrez Jiménez, ob. cit. Pág. 444; Mesa Velásquez, ob. cit., pág. 33.

12 Rendón Gaviria, ob. cit, pág. 333; así mismo Gómez Méndez, ob. cit., pág 123.

13 Gómez López Orlando, El homicidio, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1993, pp. 419 y s.s.

14 Gutiérrez Anzola, Delitos contra la vida y la integridad personal, p. 87, agrega que “estas personas ofrecen desde luego una menor resistencia ante la incitación del embozado victimario y por cualquier estímulo susceptible de coaccionar su escasa voluntad, obedecen a la sujeción y se precipitan al delito con una increíble irresponsabilidad”; Velásquez, Delitos contra la vida y la integridad personal, p. 13.

15 Por su parte Tocora, DPE, p. 24, traduce ese mayor resultado en la vulneración de la dignidad humana.

16 Velásquez Velásquez, Manual, p. 579.

17 Arenas, Comentarios, p. 427; Velásquez Velásquez, Manual, p. 579.

18 Agudelo Betancur, “Homicidio en las circunstancias del numeral 5º del artículo 324 del C.P”, p. 61.

19 Gómez Pavajeau/Urbano Martínez, “Delitos contra la vida e integridad personal”, p. 997.

20 Velásquez Velásquez, DP, PG, p. 897.

21 Arboleda Vallejo/Ruiz Salazar, Manual, pág. 586; Escobar López, Delitos contra la vida y la integridad personal, p. 169, señala que “El legislador no contempla que la utilización del inimputable deba ser, en sentido estricto, para ejecutar materialmente el homicidio, porque el (sic) original se refiere al hecho de valerse de la actividad de un inimputable, lo que quiere decir servirse de él, utilizar o aprovechar la conducta del incapaz [...]. La actividad del inimputable debe entenderse, entonces, como una conducta en el sentido natural y obvio de la expresión, pero en todo caso como una conducta que de alguna manera contribuye en la producción del resultado delictivo. El ordinal objeto de estudio no se refiere a la ocasional o involuntaria concurrencia del inimputable en el homicidio de un tercero”; Gómez López, El homicidio, p. 843-844; Gómez Méndez, Delitos contra la vida y la integridad personal, p. 143; Pabón Parra, Manual, p. 51; Pacheco Osorio, DPE, p. 303.

22 Posada Maya Ricardo, Delitos contra la vida y la integridad personal. El homicidio, el genocidio y otras infracciones. Tomo I, Grupo Editorial Ibáñez – Universidad de los Andes, Bogotá 2015, pp. 151 y s.s.

23 «7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación».

24 [Constitución Política](#), artículo 13, inciso 3.º: «El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

25 «[...] estas conductas delictivas tuvieron una gravedad superior a la que per se conllevan tales ilícitos; pues sin un motivo legítimo, ni legal irrumpieron en la

propiedad del señor Alirio Echeverri, persona por demás anciana, y en compañía de otros jóvenes violentaron la puerta y lo asesinaron en presencia de su hija. Hecho que, además, se produjo de noche y en zona rural. El daño real causado también es superior; ya que, como se indicó era una persona de la tercera edad, trabajadora y que se encontraba con su familia; provocando además el desplazamiento o salida inesperada de ese sector de los restantes familiares. Todo lo cual, aunado a la hora y lugar de comisión de la conducta y el número de atacantes (5), demuestran, además, una mayor intensidad del dolo; habida cuenta que no les importó siquiera que estuviera dentro de su hogar y en compañía de su anciana esposa y de su hija para asesinarlo. Lo que evidencia, en este caso concreto, que la necesidad de la pena es mayor e impide imponer el mínimo establecido en dicho cuarto dosificador [...]» (Cfr. Fl. 183 c.a).

26 Cfr. anverso Fl. 183 ibídem.