

A propósito de la dificultad de establecer criterios de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos del delito.

Comentario a la Sentencia de la Sala de Casación Penal
de la Corte Suprema de Justicia
de 8 de Agosto de 2007,

M.P. Dra. Ma. del Rosario González de L.

1. Introducción

Como es de sobra conocido, en relación con el fundamento de la punición del delito tentado, existe, desde antaño, toda una discusión de tipo dogmático y jurisprudencial. En efecto, la cuestión, de viejo cuño, ha sido arduamente debatida entre posiciones que procuran una explicación con base en argumentos objetivos, subjetivos o bien de carácter mixto. Así por ejemplo, en el primero de los casos, esto es para las teorías de corte objetivo, la tentativa es materia de sanción penal como quiera que por su intermedio el bien jurídico ha sido puesto en riesgo, efectivo o concreto, por lo que, en dicho orden de ideas, existió seriamente una posibilidad de lesión o daño. En cambio, por regla general, para las posturas subjetivas la explicación vendrá dada por un punto de vista según el cual en el hecho tentado se manifiesta una voluntad que se muestra contraria a la norma, valga decir, al ordenamiento jurídico en cuanto tal.

* Profesor de Derecho penal, U. Remington, U. CES.

Naturalmente, como quiera que se trata de posiciones ciertamente antagónicas o contrapuestas, objetivas las unas y subjetivas las otras, las consecuencias jurídicas que se siguen de aquélla o de ésta, por razones lógicas, vendrán a ser igualmente distintas u opuestas¹. Por citar sólo un ejemplo, así sucede, efectivamente, en materia de *iter criminis*, en especial en la temática relacionada con la diferenciación entre actos de preparación y actos de ejecución de la conducta punible. En efecto: ¿Cuándo comienza la ejecución del delito?; ¿cuándo apenas se está en fase de preparación?; ¿a partir de qué momento estaría legitimada la intervención penal?. Claro está, la respuesta a este tipo de interrogantes, así las cosas, está necesariamente condicionada, entre otros aspectos, por la posición que se asuma al momento de explicar las razones por las cuales se sanciona el delito tentado.

Precisamente, es esta –entre otras- la discusión que se aborda en la decisión objeto del presente comentario. Ciertamente, en ella la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ocupó de la valoración jurídica de los llamados actos de “acechanza”, considerando que en el caso sometido a su consideración ya había comenzado, mediante la realización de dichos actos, la ejecución de la conducta punible cuyo juzgamiento en sede de casación estaba siendo sometido a su consideración –homicidio agravado en grado de tentativa-, motivo por el cual era procedente imponer la sanción legalmente establecida en el artículo 27 del Código Penal para el delito tentado.

En concreto, se trató de un supuesto en el cual los victimarios fueron capturados en un establecimiento público, a tres cuadras del sitio de trabajo de la víctima, a la cual esperaban para atentar contra su vida, portando uno de ellos, para tales efectos, un artefacto explosivo que, según el plan diseñado, debía ser colocado en el vehículo de la víctima con el fin de hacerlo estallar. Estos hechos, según se viene de decir, fueron valorados por la Corte como verdaderos actos de ejecución, como expresión del comienzo de la realización del injusto y, por consiguiente, típicos de tentativa de homicidio.

¹ Así, FARRÉ TREPAT, ELENA, quien señala, refiriéndose a las teorías objetivas y subjetivas, que “ambas posiciones, que se consideraron por parte de sus numerosos representantes como opuestas e irreconciliables, conducían a muy diversas soluciones en relación a cada uno de los problemas de tentativa”, *La tentativa de delito, Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 5.

Así las cosas, la validez de tal conclusión será la que ocupará la atención del presente trabajo, no sin antes advertir que la decisión referida trata igualmente otros temas no menos importantes, caso por ejemplo de la responsabilidad penal dentro de los llamados aparatos organizados de poder. Con todo, como se viene de sostener, en las líneas que siguen solamente se abordará la problemática que dice relación al límite entre actos preparatorios y ejecutivos del delito, con miras a contrastar los argumentos que sirven de fundamento a la determinación final de la Corte. A tales efectos, se hace menester tocar algunos aspectos previos como el fundamento de la sanción en el delito tentado (2), la regulación que de la tentativa se realiza en el artículo 27 del Código Penal de 2000 (3), la diferencia entre tentativa simple y acabada (4) y el estudio propiamente tal de los llamados actos de “acechanza” (5).

2. ¿Por qué se sanciona el delito tentado?

Se ha dicho ya que para establecer el fundamento de la punibilidad en la tentativa, se han ensayado, inicialmente, tesis de corte estrictamente objetivo, para las cuales el punto de partida vendrá a ser el potencial lesivo de la acción, de cara al interés protegido en la respectiva norma penal. De allí que para estas posturas la tentativa debe ser sancionada penalmente habida cuenta que en ella, como ya se indicó, poco faltó para la realización completa de los elementos estructurales del tipo penal objetivo, situación que, como ya también se dijo, evidencia la existencia de un riesgo próximo de lesión efectiva para el respectivo bien jurídico, tratándose por ello de una situación a todas luces objetivamente peligrosa².

Aquí la valoración del peligro para el bien jurídico, se procuró con base en términos exclusivamente causalistas, conforme al auge que en su momento tuvieron los estudios relacionados con el mundo regido por las reglas de la causalidad, y su consiguiente repercusión dentro de

² Así, FEUERBACH, ANSELM V., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 75. Según FARRÉ TREPAT, esta posición surge de las ideas de la ilustración y de la ideología del Estado liberal, por lo que significa un rompimiento con la concepción subjetiva habida hasta ese entonces: “De allí se dedujo que la lesión del Derecho puede consistir únicamente en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo y la intervención del Estado a través de la pena sólo podrá justificarse si se ha producido dicha lesión”; *La tentativa*, p. 5.

la estructura de la teoría del delito. Aunque inicialmente se intentó desde perspectivas de interpretación posteriores a la realización del hecho, es decir *ex post*, luego, en cambio, se quiso hacer desde el punto de vista de un observador imparcial puesto en las mismas condiciones del autor, valga decir, *ex ante*³. Así, para una postura eminentemente objetiva, en la que lo determinante, en este orden de ideas, vendrá a ser el desvalor de resultado, los actos que apenas sirven para la preparación del delito devienen completamente impunes, por lo que todavía no estaría legitimada la intervención punitiva en esta etapa correspondiente por consiguiente a los albores o inicios del recorrido criminal. Esto es así, por la sencilla razón que estas teorías exigen, necesariamente, un comienzo de ejecución de la conducta punible en sí misma considerada, comienzo de ejecución que es el que verdaderamente representa un riesgo de lesión para el bien jurídico. Con razón señala FARRÉ TREPAT que para esta teoría “el comienzo de la tentativa no se hizo depender, lógicamente, de la voluntad del autor, sino de una cierta proximidad con la lesión del bien jurídico, distinguiéndose entre actos preparatorios y ejecutivos y considerando que sólo los últimos conforman la tentativa”⁴. Lo anterior, independientemente de la dificultad que surge a la hora de diferenciar entre dicho tipo de actos y aquellos que cronológicamente apenas sí le han precedido, considerados estos últimos, por lo tanto, como de mera facilitación para la realización posterior del injusto punible. Dicho en otros términos, lo afirmado con anterioridad significa que los actos preparatorios lejos se encuentran de colocar en riesgo el respectivo bien jurídico, razón por la cual, en consecuencia, no deben ser objeto de represión penal.

Cosa completamente contraria sucede en las llamadas teorías subjetivas. Pues para éstas es posible que los actos de preparación del delito, por sí mismos, sean ya susceptibles de sanción penal toda vez que por su intermedio se manifiesta una intención francamente hostil al derecho, contraria a las normas o a los valores ético-sociales. Según FARRÉ TREPAT, “el fundamento de la punición de la tentativa se encuentra, según las teorías subjetivas, en la voluntad del autor objetivamente manifestada de cometer un delito. Es decir, en la voluntad del autor contraria al Derecho”⁵. Por ello,

³ Al respecto, SERRANO-PIEDRASAS, JOSÉ RAMÓN, “Fundamento de la punición en la tentativa”, en *Nuevo Foro Penal* 61, Bogotá, Temis, 1999, pp. 6 y ss.

⁴ FARRÉ, *La tentativa*, p. 6.

⁵ FARRÉ, *La tentativa*, p. 12.

justamente, no es de extrañar que en la antigua jurisprudencia alemana los actos de simple preparación del delito, consistentes en dar rondas sucesivas por el lugar donde finalmente se espera que haga presencia la potencial víctima, es decir los llamados actos de “acechanza”, fueran considerados de por sí como actos punibles, es decir, como verdaderamente constitutivos de una tentativa de delito⁶.

Lo que importa en las teorías subjetivas, en este orden de estimaciones, es la mala conciencia del autor, su mala voluntad, en algunos casos, como evidente y clara manifestación de su peligrosidad social, de su proclividad al delito; de suerte que lo trascendental en estos casos estaría configurado por el mero desvalor de acción, el cual, en consecuencia, constituiría por sí solo una buena razón para la punibilidad del respectivo comportamiento. Dicho en otros términos, la pregunta de si el bien jurídico efectivamente estuvo o no en riesgo, no tiene cabida en este tipo de teorías, por lo que es perfectamente posible anticipar la barrera de protección penal sancionando comportamientos de simple preparación del delito. Para estas teorías, en definitiva, es de suma importancia la valoración del plan individual del autor, es decir, la forma como éste planea llevar a cabo la realización del ilícito de que se trate. O como lo sostiene FARRÉ TREPAT, “el comienzo de la ejecución de la tentativa vendrá determinado por la existencia de una voluntad manifestada de lesionar el bien jurídico, con independencia de lo próxima que la acción se encuentre de la lesión. Ello conduce a ampliar el ámbito de la punición, ya que la voluntad delictiva puede manifestarse en un momento todavía muy lejano a la lesión”⁷.

Ahora, como se anticipó, también existen en relación con el fundamento de la punición del delito imperfecto, las posturas que a la vez tienen en cuenta criterios objetivos y subjetivos a efectos de justificar plenamente dicha cuestión. Aquí, la razón de merecimiento de pena está relacionada con la puesta en riesgo del bien jurídico que se trasunta con ocasión de la exteriorización de una voluntad contraria a derecho. Se mezclan pues en estas teorías ingredientes objetivos y subjetivos para explicar la imposición de la sanción penal en los casos en que el sujeto, por razones ajenas o

⁶ Una relación detallada de estos casos sometidos al *Reichsgericht* y al *BGH*, antes de 1975, y solucionados bajo la insatisfactoria fórmula subjetiva, puede consultarse en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, T. II, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 26 y ss.

⁷ FARRÉ, *La tentativa*, p. 17.

extrañas a su voluntad, no logra la consumación del respectivo injusto penal. Siendo estas las tesis de mayor usanza en la actualidad, a ellas se llega luego de que “la doctrina penal ha advertido que la solución a los problemas que plantea la tentativa no puede surgir de una posición que tenga en cuenta únicamente el aspecto objetivo o subjetivo de la conducta”⁸. Aquí, es necesario, por tanto, configurar el injusto penal teniendo en cuenta, a la vez, el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Dentro de estas teorías mixtas, resaltan, entre otras, las siguientes: (i) la tesis del “plan objetivo”, para la cual habrá ya tentativa cuando la voluntad delictiva se manifiesta o se expresa en la acción que según el plan concreto del autor conduciría a la realización de la descripción típica; (ii) la “teoría del autor”, para la cual la puesta en peligro para el bien jurídico radica en la expresa voluntad del agente de realizar el hecho punible; (iii) la “teoría del comienzo inmediato de la realización típica”, la cual exige que el autor haya dado inicio a los actos descritos en el respectivo tipo penal; (iv) la “teoría de la irrevocabilidad”, según la cual la decisión criminal exteriorizada en el hecho, de por sí es ya irrevocable; y (v) la “teoría de la impresión”, en donde a criterios objetivos y subjetivos se suman otros de necesidad de pena, de suerte que no basta con la puesta en marcha de la voluntad criminal y el subsiguiente peligro para el bien jurídico, pues, además de ello, se requiere que en el resto de los coasociados se haya visto afectada la confianza en la vigencia de las normas, siendo esta de lejos la teoría que hoy por hoy predomina en la doctrina alemana.

3. ¿Por qué se sanciona la tentativa en el código penal colombiano?

Según el inciso primero del artículo 27 del Código Penal, habrá tentativa en aquellos casos en que el sujeto “iniciare la ejecución de la conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad”. En estos casos, según esta misma disposición, procederá una rebaja en la pena “no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”.

⁸ Ídem, p. 24.

Ahora, en el caso colombiano, de vieja data, han predominado, lo mismo en la doctrina que en la jurisprudencia, las posturas de corte mixto o ecléctico que tienen en cuenta criterios objetivos y subjetivos con miras a la fundamentación de la sanción del conato. Esto se sostiene, ya que el artículo 27 del C.P. de 2000, al igual que el artículo 22 de su antecesor, exige en primer lugar la realización de actos de *ejecución*, de donde se sigue que no son objeto de sanción penal los actos meramente preparatorios, es decir aquellos que sólo sirven para la facilitación de la realización futura del injusto; así mismo, y ya en segundo lugar, se tiene que el artículo en cuestión, al igual que el anterior artículo 22, no sanciona la llamada tentativa inidónea, pues por añadidura exige precisamente que los actos, además de ser ejecutivos, deben ser *idóneos* para la adecuada realización del respectivo tipo penal; finalmente, en tercer lugar, es evidente que la disposición en comento establece una atenuación *obligatoria* de la pena en el caso del delito intentado, en relación con la establecida en caso de realización plena o perfecta de la correspondiente descripción típica.

Siendo así lo anterior, fácilmente se puede colegir que en la mencionada disposición existen criterios de tipo objetivo que permiten fundamentar, en principio, la punición del delito tentado. Pues téngase en cuenta, en efecto, que las tesis objetivas, como se dijo con anterioridad, exigen justo un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforme al principio del hecho, así como la realización de actos adecuados para la consumación del ilícito⁹, amén que establecen rebajas de tipo obligatorio en el caso de simple conato¹⁰, todo lo cual, según se viene de ver, se halla ciertamente consagrado en el tenor literal del artículo 27 del Código Penal de 2000, igual a como sucedía en el artículo 22 del Código Penal de 1980.

Pero además de lo anterior, existen también criterios de tipo subjetivo, los cuales, en este orden de ideas, aconsejan optar por una interpretación mixta en materia de fundamento de la sanción de la tentativa. Al efecto, repárese que la norma de que se viene hablando, esto es el artículo 27 del C.P. de 2000, mantuvo incólume el criterio de actos inequívocamente “dirigidos” a la consumación de la conducta punible, lo cual ha sido entendido en el sentido que en el Código sólo se castiga la tentativa que ha sido llevada a cabo con dolo directo de primer grado, pues solo

⁹ FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pág. 6.

¹⁰ Ídem, pág. 7.

esta intensidad del querer, en efecto, estaría inequívocamente dirigida a la consumación de la conducta punible, correspondiendo plenamente la intención con el resultado cuya realización fue interrumpida por factores ajenos a la voluntad del sujeto. Aunque de otro lado, importa decirlo, dicho criterio también puede ser interpretado en el sentido que el legislador colombiano resalta o destaca la importancia del plan individualmente trazado por el autor, como expresamente se exige en algunas legislaciones foráneas, así por ejemplo en el Código Penal alemán (StGB), en donde su parágrafo 22 establece que “*intenta un hecho penal quien, de acuerdo con su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo*”.

Por lo demás, y sumado a lo anterior, repárese así mismo que, de otro lado, el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000, en donde se consagra la figura del desistimiento malogrado o fracasado, resalta evidentemente la importancia del contenido subjetivo dentro de la estructura del tipo de la tentativa, al imponer la obligación al juzgador de atenuar la pena cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, *siempre que voluntariamente – el sujeto- haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo*¹¹.

De allí que los criterios subjetivos, como en efecto se viene de apreciar, no son del todo ajenos a la regulación que de la institución jurídica del delito tentado se hace en el código penal de 2000, de donde se impone, como ya se sostuvo, una posición de contenido mixto a la hora de fundamentar la punición del delito tentado. Así las cosas, no convencen las posiciones exclusivamente subjetivas, pues yerran al estructurar el injusto de la tentativa únicamente en la mala voluntad del agente, en el solo desvalor de acción o en un concepto de injusto personal; a su turno, las direcciones objetivas se equivocan al no otorgar relevancia alguna al componente subjetivo dentro de la estructura del injusto penal. Que el injusto tiene por igual componentes objetivos y subjetivos, es algo que también vale para la conducta típicamente antijurídica que, por factores externos que impiden la realización completa de los elementos del tipo penal objetivo, apenas alcanza la fase de ejecución.

¹¹ Al respecto, véase, ARAQUE MORENO, DIEGO, “El desistimiento fracasado en el Código Penal de 2000”, en *Estudios de Derecho 142*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2006, pp. 13-30.

En consecuencia, razones metodológicas y de derecho positivo, sugieren que lo más apropiado es partir de las denominadas posiciones o posturas eclécticas, esto es aquellas que tienen en cuenta criterios subjetivos y objetivos al momento de hallar un fundamento sólido que explique la punibilidad del delito tentado. Así, en efecto, lo ha entendido la jurisprudencia nacional, a cuyo efecto basta mirar lo dicho por la propia Corte en la decisión objeto del presente comentario, a propósito de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos de la conducta punible: “Finalmente, se ha propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio *ex ante*, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal”. De esta suerte, “Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”.

Desde luego, importa también recordarlo, en similar orden de ideas se ha pronunciado la doctrina colombiana a propósito de esta misma temática. Así por ejemplo, SALAZAR MARÍN señala con acierto que “Todos los esfuerzos del derecho penal por explicar el comportamiento humano con base en un solo frente siempre han fracasado. Los actos humanos no se conforman con un mero aspecto, como el saber humano lo debería tener claro; la acción humana –para resumirla al máximo- no es solo lo interno, ni tampoco apenas lo externo; la conducta humana tiene, como mínimo, estos dos componentes, lo subjetivo y lo objetivo, y el derecho penal debe asumir esa verdad, admitiendo que la naturaleza del injusto penal no se puede perfilar por fuera de la acción del hombre con todos sus ingredientes ónticos y axiológicos. Y la tentativa, como toda conducta humana, debe seguir esos mismos causes... Para saber entonces, cuando se está frente a un acto preparatorio o ante un acto ejecutivo es, necesario establecer, cuál es el ‘plan individual del autor’, determinar, de acuerdo con esa imagen, si

el comportamiento realizado está estrechamente ligado a la realización de la acción típica”¹².

4. Un último aspecto: las modalidades simple y acabada del delito tentado

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se diferencia entre tentativa simple y tentativa acabada, modalidades de delito tentado que, en su momento, como se recordará, fueron reguladas de forma expresa en el Código Penal de 1936. En efecto, el artículo 16 del estatuto en cuestión señalaba que “el que con el fin de cometer un delito diere principio a su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado”. A su turno, el artículo 17 *ibídem* señalaba que “cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, este no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta en una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado”. Pero esta diferencia, como es también sabido, no fue sostenida en los códigos penales de 1980 y 2000.

Ahora bien, para diferenciar entre estas dos clases de tentativa, es menester, cuando menos, acudir al fundamento –ya visto- de la punición del delito tentado, lo cual evidencia que se trata de una situación que, en dicho orden de ideas, también ha sido bastante debatida entre las tesis subjetivas, objetivas y mixtas.

Entre las primeras destaca la teoría de la planificación del hecho, la cual sostiene que habrá tentativa inacabada cuando el sujeto todavía no ha realizado lo que según su propia representación era necesario para la realización plena del delito, de forma que, si según esa misma representación, se han dado ya todas las condiciones del resultado, se tratará en cambio de una tentativa plenamente acabada. “Según esta posición –señala FARRÉ TREPAT- existirá todavía tentativa cuando según la representación del autor

¹² SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del delito*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, pp. 393-394. También siguen una posición mixta, entre otros, VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002, p. 426; y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. II., Bogotá, Temis, 1989, p. 388.

no se hayan realizado todos los actos necesarios para la producción del delito, con independencia de quién deba ejecutarlos. En cambio concurrirá frustración cuando, según la representación del autor, se han dado todos los pasos necesarios para la consumación”¹³.

Lo criticable de esta teoría, sin embargo, es que en ella el punto central lo constituye el plan individual del autor, por lo que no logra explicar qué sucede en aquellos supuestos en los que justamente no ha existido ningún tipo de planificación o representación de parte del sujeto, en relación con el hecho en sí mismo considerado; amén que, de otro lado, termina agravando la situación de aquel que sólo ha estimado como eficaz, para la realización del hecho, una sola o única acción, no así, en cambio, a quien considera la existencia de varias posibilidades para la realización del respectivo injusto. En efecto, la sola realización del único acto planeado será ya una tentativa acabada; pero si, en cambio, el hecho se cumplió mediante la realización de varios estadios, la realización de ese mismo acto apenas vendría a ser valorado como una tentativa simple o inacabada.

Por su parte, en las teorías objetivas de diferenciación se sostiene que la tentativa es simple cuando el autor no ha realizado todos los actos que según las reglas de la experiencia, resultaban necesarios para lograr la consumación o realización plena de la descripción típica; *contrario sensu*, la tentativa estará ya culminada cuando justo se han ejecutado en su totalidad esos mismos actos, valorados conforme a dicho criterio, de manera que, por este camino, no importa mucho la representación que del hecho propiamente dicho realice el mismo autor; lo que importa, se insiste, es que los actos hayan sido adecuados para alcanzar la consumación, según la forma como normalmente se desarrollan los sucesos en el día a día o en el diario vivir; o como lo sostiene la misma FARRÉ TREPAT, “un criterio estrictamente objetivo basa la distinción entre tentativa y frustración en la *realización o no de todos los actos realmente necesarios para la producción del resultado*, con independencia de la representación del autor del hecho”¹⁴.

Por tanto, así las cosas, la diferenciación entre tentativa inacabada y acabada, si se quiere ser consecuente con el tema de la fundamentación de la sanción del delito tentado, como necesariamente tiene que ser, obliga

¹³ FARRÉ, *La tentativa*, p. 258.

¹⁴ *La tentativa*, p. 259.

igualmente a asumir una concepción que considere a la vez razones subjetivas y objetivas para distinguir entre una y otra modalidad de delito intentado. Así, en efecto, lo ha entendido también nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales, incluso, aún en vigencia del extinto Código Penal de 1936¹⁵. En consecuencia, la tentativa será ya acabada si objetiva y subjetivamente el autor ha realizado, desde el punto de vista de un observador imparcial puesto en las mismas condiciones de aquél, todo lo necesario para obtener la consumación y ésta no se produce por factores que le son ajenos; en sentido contrario, se podrá hablar apenas de tentativa inacabada cuando objetiva y subjetivamente todavía no se ha realizado todo lo necesario para la ejecución plena de tipo penal objetivo. Si “la acción idónea –señala FERNÁNDEZ CARRASQUILLA– concreta todo lo que era objetiva y subjetivamente necesario, según la adecuación (experiencia general y ordinaria), para realizar el tipo, se está ante una tentativa *acabada*... Si solo representa un comienzo de ejecución, se está ante una tentativa *inacabada* o tentativa en sentido restringido, que consiste en dar comienzo a la ejecución de un delito determinado, con ánimo de consumarlo, pero sin obtener la consumación formal ni hacer todo lo que según las circunstancias parecía necesario para lograrlo”¹⁶.

5. La decisión que se comenta

En lo que interesa para efectos del presente comentario, cabe decir que la decisión en cuestión comienza justamente por desarrollar las distintas teorías que se han elaborado para diferenciar entre actos de preparación y actos de ejecución del delito, temática en relación con la cual, la Corte concluye a favor de una tesis mixta, al estimar que “es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso

¹⁵ Así, LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, V. II., Bogotá, Temis, 1969, p. 316; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal*, p. 125; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. II., p. 373; ARENAS, ANTONIO VICENTE, *Comentarios al Código Penal colombiano*, T. I., pp. 89 y ss.; VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Manual*, pp. 431 y ss. En la jurisprudencia, entre otras, se pueden ver casaciones de 24 de junio de 1947 y 9 de marzo de 1948.

¹⁶ Op. cit., p. 373.

concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”.

No obstante lo anterior, proyectando ya la discusión al caso específico o concreto, y salvo mejor opinión, se observa que la Corte no es muy clara en su argumentación, quedando en duda, incluso, si la solución, finalmente adoptada, en verdad es consecuente con la afirmación que se viene de apreciar. En efecto, a dicha afirmación es posible llegar luego de analizar con detenimiento los siguientes argumentos consignados en el cuerpo de la decisión.

En primer lugar, al tratar en rigor el tema de la diferenciación entre tentativa simple y acabada, la Corte precisa que “para el asunto objeto de estudio resulta útil señalar que la tentativa acabada se presenta cuando el agente ha realizado todos los actos que de *conformidad con su plan* son suficientes para conseguir la producción del resultado pretendido, pero este no se produce por causas ajenas a su voluntad, como cuando dispara en múltiples ocasiones contra su víctima y consigue herirla, pero una oportuna y adecuada intervención médica logra salvarla”. Como se ve, pareciera que lo principal, para el alto Tribunal, a efectos de establecer si la tentativa ya ha culminado, es determinar si se han realizado todos los actos necesarios para la consumación, conforme al plan individual trazado por el autor, en cuyo caso se estaría asumiendo una posición ciertamente subjetiva con miras a diferenciar entre las distintas modalidades del delito tentado. De hecho, a renglón seguido la misma Corte señala que “la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el *iter criminis* se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar”. Aunque aquí, como se ve, se introduce expresamente el criterio de la idoneidad.

Ahora bien, a la anterior conclusión llega la Corte luego de sostener, infundadamente, que en el Código Penal de 2000 se consagraron estas dos clases de tentativa, valga recordar la inacabada y la acabada, al igual que la desistida, cuando lo cierto es que el artículo 27 no establece ningún tipo de diferenciación expresa, como sí lo hacía, en cambio, el Código Penal de 1936; por lo demás, cabe recordar que en estricto rigor el inciso segundo no consagra la figura del desistimiento tradicional, como parece entenderlo la Corte, sino más bien el llamado desistimiento fracasado o

malogrado, figura por completo novedosa en la legislación vernácula y, en consecuencia, completamente diferente al desistimiento clásicamente entendido¹⁷.

Luego de enfatizar sobre los criterios de diferenciación entre los actos preparatorios y ejecutivos, de un lado, y entre la tentativa simple y acabada, por otra parte, la Corte, de manera discutible, conceptuó que, en el caso concreto, la acechanza de la víctima, según el plan trazado, era ya un acto mediante el cual se había dado comienzo a la ejecución del delito, por lo que su tipificación correcta era la de tentativa –inacabada para el caso– de homicidio. Concretamente señaló que “en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a la víctima y solo esperar el momento en que esta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión”.

En definitiva, según la Corte, se trató de una tentativa inacabada toda vez que lo único que faltó fue que la víctima hiciera su aparición, se subiera al vehículo, y que los victimarios colocaran el artefacto letal en el mismo, para, seguidamente, activar su mecanismo de explosión, lo cual, precisamente, no pudo llevarse a cabo por circunstancias ajenas a la voluntad de los agresores; valga recordar, por la oportuna intervención de los miembros de la fuerza pública. Así las cosas, los victimarios no pudieron realizar todos los actos que, según su planificación del hecho, conducirían finalmente a la producción del resultado. En palabras de la Corte: “Vale aquí preguntar, ¿qué acción debía mediar entre el comportamiento de recibir instrucciones,

¹⁷ ARAQUE MORENO, DIEGO, “El desistimiento fracasado en el Código Penal de 2000”, en *Estudios de Derecho* 142, Medellín, Universidad de Antioquia, 2006, pp. 13-30. Al respecto, importa precisar que la interpretación de la Corte en relación con el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000 no ha sido la más afortunada. Así por ejemplo, en sentencia de 17 de julio de 2003, radicado 18.768, habló de “tentativa atenuada” al referirse a dicho artículo, en tanto que en sentencia de 17 de marzo de 2004, radicado 13.171, aplicó la rebaja de pena allí consagrada, por lo que consideró en el caso concreto un “menor juicio de reproche”, a un supuesto de auténtico desistimiento. Al efecto, véase ARAQUE MORENO, DIEGO, “A propósito del requisito de la evitación del resultado en el desistimiento”, en *Nuevo Foro penal* 68, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 243-257.

recoger y alistar el explosivo, estar en cercanías al sitio de trabajo de la víctima esperando que esta abordara el vehículo para colocar y activar el artefacto, y el resultado muerte del periodista? La respuesta es una sola, lo que faltó fue colocar el explosivo y retirar la espoleta, de manera que la conducta que realizaron los inculcados, como ya se dijo, corresponde al comienzo de ejecución del punible contra la vida agravado”.

Vistas así las cosas, aunque no es muy claro, pareciera que la Corte, en principio, para diferenciar entre actos de preparación y actos de ejecución, siguiera la conocida fórmula de la “concepción natural” de FRANK. Así, con arreglo a esta teoría, serán ejecutivos aquellos actos que, al estar unidos con la acción típica, según la concepción natural, hacen parte integrante de ésta, con lo cual se amplía la descripción de los tipos penales al estimar como típicas acciones que en realidad apenas le preceden. Se trata, en consecuencia, de una teoría objetivo material, por cuyo intermedio se busca establecer la diferenciación entre estos dos tipos de actos, superándose así las críticas dirigidas de forma individual a las teorías subjetivas –para las cuales, en términos generales, el acto será ejecutivo cuando según el propio autor es decisivo dentro de su plan- y objetivo formal –en donde la tentativa comienza con la realización de la acción que precisamente está descrita en el respectivo tipo penal.¹⁸

Con todo, como lo enseña la doctrina, la tesis de FRANK, además de ampliar el ámbito del tipo penal, tuvo como principal defecto su imprecisión, pues también existen actos preparatorios en clara conexión con la respectiva acción típica. Por lo anterior, la mencionada tesis fue objeto de corrección a través de varios criterios. Uno de ellos: el de la inmediatez temporal existente entre el acto respectivo y la plena realización de la descripción típica¹⁹. Pero aún así, si se acudiese por ejemplo a este criterio acabado de referir, la posición de la Corte seguiría siendo discutible, pues, como se señala expresamente en la misma decisión, es claro que entre la acción de esperar a la víctima y el resultado muerte, en el caso concreto, atendiendo justamente a la forma como se había planeado el hecho, todavía faltaba,

¹⁸ Una relación de las distintas teorías que de diferenciación se han diseñado para demarcar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos del delito, puede verse en FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 137 y ss.

¹⁹ Al respecto, sobre este criterio de corrección, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general*, 7ª ed., Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2004, pp. 345 y ss.

por lo menos, que la víctima en primer lugar hiciera su aparición (i) y abordara el vehículo (ii), luego de lo cual debería sobrevenir la colocación del artefacto explosivo (iii) y su consiguiente activación (iv).

Así las cosas, no es muy claro que los actos de acechar a la víctima, en el caso que se viene comentado, sean socialmente adecuados y unívocamente dirigidos para alcanzar la pretensión delictiva -para usar los términos de la propia Corte- de matar a otro. En verdad, el solo hecho de “estar en cercanías al sitio de trabajo de la víctima esperando que esta abordara el vehículo para colocar y activar el artefacto”, conforme al diseño del plan elaborado por el propio autor, lejos se encontraba incluso de constituir un acto inmediatamente anterior a la realización plena del tipo penal de homicidio. Así, en efecto, se destaca en uno de los salvamentos de voto, al manifestarse que “los justiciables no alcanzaron a poner en peligro la vida del periodista, porque para ese efecto debían realizar varias acciones; la primera, esperar a que el vehículo pasara por el lugar donde se encontraban; la segunda, adherir el explosivo a una de las puertas del vehículo en que se movilizaba el personaje y, la tercera, activar el artefacto. Si, para el momento de la captura, se encontraban esperando el paso del automotor, no es posible derivar un grado de aproximación al momento consumativo del homicidio, porque aún les faltaba a los infractores poner en marcha todas las demás actividades que, por la oportuna llegada de los policiales no pudieron realizar”.

De allí que el mero acecho de la víctima, en casos próximos al presente,

apenas podrá ser un acto de preparación²⁰; excepto, claro está -en detrimento de un derecho penal de acto y del principio de legalidad-, para una postura subjetiva que sirva como fundamento de la sanción del delito tentado, pues, ciertamente, ello de por sí, el simple hecho de esperar a la víctima, expresa una intención contraria a las normas, una mala voluntad jurídica, posiblemente reforzada por la firmeza de la resolución criminal.

En este orden de ideas, no parece ser satisfactoria la conclusión de la Corte en el caso objeto del presente comentario. Cierto es que la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos del delito, no es nada fácil. Ello explica la cantidad de teorías que se han diseñado al respecto. Con todo, al momento de establecer dicha distinción, se hace necesario tener como punto de partida, por lo menos en la codificación colombiana, un criterio mixto de fundamentación de la punición del delito imperfecto, en el cual, por supuesto, estén presentes tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, representado este último, conforme al artículo 11 del Código Penal, en el riesgo o peligro efectivo para el respectivo bien jurídico. Así, será este mismo criterio mixto el que, analizando caso por caso, ha de tenerse en cuenta a efectos de establecer la diferencia entre tentativa inacabada

²⁰ "Es preparación el mero acecho, tentativa, en cambio, la cometida por los autores ya preparados que acechan la llegada del tranvía con el cobrador al que se espera asaltar, *poniendo en marcha los medios de ataque y de huida*", JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, p. 559; "La mera *exploración* de la oportunidad para cometer el hecho constituye, por lo general, una acción simplemente preparatoria... no cabe considerar que el solo hecho de *procurarse* o de *disponer* los instrumentos, que habrán de servir para la comisión del delito, constituya una tentativa... la simple *pesquisa* del lugar para el hecho planificado constituirá una acción preparatoria", MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, pp. 32-33; "... aunque, desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, sea ya acto ejecutivo buscar a la víctima para matarla, acecharla, comprar el arma o el veneno, desde el punto de vista del principio de legalidad tales acciones no pueden considerarse por un observador imparcial como 'principio a la ejecución' de la acción 'matar', que es la acción típica del homicidio o del asesinato, y, por lo tanto, no constituyen tentativa (punible) de estos delitos, sino actos preparatorios (en principio, impunes) de los mismos", MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general 3ª*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, pp. 465-466; "... el conato punible de homicidio agravado no aparece con el acecho alevoso, pues siempre hay que tener en cuenta si el bien jurídico ha quedado envuelto en una situación de hecho que implique para él peligro concreto o inminente", FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, pp. 385-386.

y acabada, así como entre actos preparatorios y actos de ejecución. Con razón señala VELÁSQUEZ “que cualquier intento encaminado a separar los momentos de la preparación y de la ejecución debe partir de una postura mixta, en la cual se tenga en cuenta tanto el plan del autor como el comienzo de ejecución del actuar, lo que debe ser determinado desde la perspectiva de un observador objetivo ubicado en la situación concreta del autor, como postula la teoría objetivo-individual al plantear un criterio general de

orientación. En fin, debe postularse una construcción teórica en la cual se verifique tanto el plan concreto del autor como la realización de actos socialmente relevantes que entrañen, según el contenido del tipo penal concreto, amenaza o lesión de bienes jurídicos”²¹.

Proceso No 25974
CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN
PENAL

Bogotá D.C., agosto ocho (8)

²¹ *Manual*, p. 429.

de dos mil siete (2007)

VISTOS

En atención a que la mayoría de la Sala no estuvo de acuerdo con el proyecto de sentencia de casación presentado por el Magistrado Ponente, se procede a decidir de fondo sobre los temas definidos en providencia del 28 de septiembre de 2006, orientados a verificar la eventual vulneración de garantías de los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, con ocasión del fallo de segundo grado proferido por el Tribunal

Superior de Bogotá el 26 de julio de 2004, confirmatorio del dictado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 28 de julio de 2003, que los condenó como coautores del delito de tentativa de homicidio agravado en el periodista *Yamid Amat Ruiz*. Al primero también lo condenó como autor del punible de rebelión. En la misma decisión ordenó compulsar copias para que se investigara el delito de porte de explosivos.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal solicita en su concepto casar parcialmente el fallo atacado, en el sentido de absolver a los procesados por el delito contra la integridad personal, redosificar la pena y revocar la decisión de compulsar copias por el punible de porte de explosivos.

HECHOS

Los hechos que motivaron este diligenciamiento fueron resumidos por el *a quo* en los siguientes términos:

“El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la PIZZERIA D’OMO de la carrera 21 No. 39 – 70 de Bogotá a JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA,

cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro”.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Seccional de Bogotá declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, definiéndoles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional como posibles coautores del concurso de delitos de rebelión y tentativa de homicidio agravado, decisión confirmada en segunda instancia al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa. Posteriormente se ordenó la vinculación de *Henry Castellanos Garzón*, alias “Romaña”.

Clausurada parcialmente la instrucción respecto de los sindicatos *BUITRAGO GONZÁLEZ* y *PUERTAS TRIANA*, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá calificó el mérito del sumario el 26 de abril de 2002 con resolución de acusación en contra de aquellos como

presuntos coautores del concurso de delitos que sustentó la medida de aseguramiento, a la vez que ordenó compulsar copias para investigar a “*los restantes vinculados*”, providencia que al ser impugnada por la defensa, fue objeto de confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá mediante resolución del 15 de agosto del mismo año.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que una vez surtido el rito dispuesto por el legislador profirió fallo el 28 de julio de 2003, a través del cual condenó a *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* a la pena principal de doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión como autor penalmente responsable del concurso de delitos objeto de acusación.

En el mismo proveído condenó *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA* a la pena principal de ciento ochenta (180) meses de prisión como coautor responsable del delito de tentativa de homicidio y lo absolvió por el punible de rebelión.

Los inculcados fueron condenados a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena y les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Interpuesto recurso de apelación contra el fallo de primer grado por parte de los defensores de los procesados,

el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 26 de julio de 2004, pero lo modificó en el sentido de dosificar en diez (10) años la pena accesoria, al tiempo que dispuso compulsar copias para que, por separado, se investigara el delito de porte de explosivos.

Contra la sentencia del *ad quem* el defensor de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* interpuso recurso extraordinario de casación. La Sala mediante auto del pasado 28 de mayo decidió inadmitir el referido libelo casacional, pero dispuso oficiosamente surtir traslado al Ministerio Público en protección de los derechos fundamentales de las partes y el desarrollo de la jurisprudencia, delimitando la siguiente temática:

“a) *En general, la diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución*”.

“b) *La misma diferencia en el caso concreto*”.

“c) *La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización*”.

“d) *La responsabilidad del autor material y el comienzo de la misma cuando se trata de conductas obedientes a órdenes impartidas por quien dirige una organización, sean generales, es decir, trazadas ‘desde arriba’, sean específicas, o sea impartidas ‘cara a cara’*”.

“e) *Como el Tribunal ordenó compulsar copias para que independientemente se investigara ‘el delito*

de porte de explosivos’, instrumento que sería utilizado para cometer el homicidio, se hace necesario determinar su concurrencia como causal de agravación del delito de homicidio en el grado de tentativa”.

En el trámite casacional se recibió concepto del Ministerio Público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, luego de manifestar su desacuerdo con la variación del procedimiento establecido por la Sala, al disponer el traslado al Ministerio Público tras inadmitir la demanda, señala que el fallo del Tribunal desconoció la garantía fundamental de la legalidad de la conducta contenida en el artículo 29 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 6º, 9º, 10 y 27 del Código Penal, porque con fundamento en una equivocada interpretación de los presupuestos del fenómeno de la tentativa, dedujo la existencia de uno de los elementos del hecho punible y predicó de allí la responsabilidad de los procesados.

Además, estima relevante desarrollar y aplicar al caso, el tema del autor material que actúa por otro y la posible concurrencia del delito de porte de sustancia o arma explosiva.

(i) “Tentativa: actos preparatorios,

principio de ejecución e idoneidad de la conducta”.

Luego de abordar el tema de la tentativa, su significado y elementos que la componen y, con respaldo en la doctrina, el momento en que surge la responsabilidad y punibilidad por el delito tentado, así como las teorías existentes acerca de la diferencia entre un comportamiento preparatorio y uno ejecutivo, afirma que al lado de la existencia de actos ejecutivos, para que se pueda configurar la tentativa, es necesario el propósito de cometer una conducta punible (dolo), la idoneidad y univocidad de la conducta y la no consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Señala que si el comportamiento idóneo es aquél que según las reglas de la experiencia es apto para conseguir un cierto efecto y es unívoco cuando sin lugar a dudas está encaminado a un fin específico, en este caso no existe el principio de realización de actos de ejecución del homicidio agravado, en cuanto no concurrieron los elementos objetivos ni subjetivos para ello.

Precisa, que de acuerdo con el plan del autor, aún hacían falta comportamientos intermedios sin los cuales no era posible obtener el resultado y, conforme a las reglas de la experiencia, el bien jurídico no estuvo en peligro concreto.

Considera que los juzgadores dedujeron la tentativa de homicidio

agravado con fundamento en el estado de flagrancia en que fueron capturados los procesados, a quienes les fue hallado en su poder un artefacto explosivo y no justificaron su presencia en el lugar.

Asevera que dicha apreciación es equivocada porque, de un lado, la sentencia confunde la idoneidad del medio para lograr el resultado con la idoneidad del comportamiento para obtener el mismo fin y, de otro, confunde los actos preparatorios que por sí mismos constituyen delito con los actos consumativos del punible pretendido.

Agrega que si bien el procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ* reconoció que su intención al portar un elemento explosivo era atentar contra un periodista y que dicho artefacto era un medio idóneo para obtener el fin pretendido, como lo aseguró el perito, es necesario tener en cuenta que el comportamiento efectivamente desplegado distaba de ser un acto consumativo, porque la mera intención de dar muerte, el porte del explosivo y la posesión de la moto para escapar después del atentado, no alcanzan a configurar el inicio del verbo rector del tipo.

Lo anterior, porque atendiendo a la naturaleza de la acción y al plan preconcebido por el agente, aún faltaba emprender una actividad decisiva para que el bien jurídico fuera puesto en peligro, esto es, la colocación del material explosivo que debía ir

adherido a la puerta delantera derecha del vehículo de la víctima objeto del atentado, como lo aseguró el procesado en su indagatoria. Por tanto, afirma que pese a la clara intención criminal de los acusados y a lo apropiado del medio para obtener el resultado, el comportamiento analizado no es idóneo.

Resalta que era necesario para cumplir la finalidad pretendida que el artefacto no estuviera en manos de los procesados, sino a una proximidad de 10 a 15 metros de la víctima, como lo declaró el perito bajo juramento, quien también descartó la posibilidad de que pudiera activarse a distancia. Además, de las acciones que describió el procesado en su indagatoria se deriva que el explosivo sólo era letal si se adhería al vehículo del periodista.

Observa que desde la acusación fue débil la acreditación de la idoneidad de la conducta desplegada por los procesados, pues allí se afirma que constituyen principios de ejecución del hecho punible, “*la elaboración del arma, la llegada a Bogotá, la inteligencia realizada y los medios para ejecutarlos*”, cuando lo cierto es que tales circunstancias no son más que actos preparatorios del delito, puesto que es equivocado asegurar que se trata de manifestaciones exteriores del inicio del comportamiento consistente en dar muerte a una persona e indica, que tanto en la acusación como en el fallo se aludió a un medio idóneo pero nada se dijo sobre la idoneidad de la conducta.

Puntualiza que si bien no deja de ser penalmente relevante el porte de la sustancia explosiva, no lo es como parte de la tentativa de homicidio sino como delito autónomo que se encuentra descrito en el artículo 365 del Código Penal.

Entonces, manifiesta que observa una violación de derechos fundamentales al calificarse el asunto como tentativa de homicidio agravado, dado que se le otorgó una connotación jurídica que no corresponde, lo cual condujo a que se desconociera la garantía fundamental de la legalidad, ...

A partir de lo anterior, la Procuradora Delegada sugiere a la Corte corregir el yerro de manera oficiosa.

(ii) “Autoría inmediata de quien actúa a órdenes de una organización”.

La Delegada aduce que el tema resulta relevante, porque en la forma como ocurrieron los hechos es obligatorio analizar la situación del procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ*, en atención a que detrás de su comportamiento estuvo un tercero – alias “Romaña” – aspecto que conlleva a verificar si la relación entre este y el inculcado tiene incidencia en la responsabilidad de este último.

Una primera aproximación, afirma, puede consistir en considerar que si varias personas concurren a la realización de una conducta punible,

pero no todas efectúan la acción descrita en el tipo, es posible atribuir a todas el delito como propio. Una de esas formas, es la hipótesis de actuar por otro, que supone la posibilidad de que quien no realiza materialmente la acción pueda llegar a responder como su autor si guarda cierta relación con el verdadero ejecutor material y como la responsabilidad penal se funda en la propia culpabilidad, no en la de otro, surgen dificultades para concebir que un agente que no realiza la conducta típica (según la doctrina conocida como el “*hombre de atrás*”) pueda responder por alguna forma de autoría respecto de la ejecución material de quien actúa de manera dolosa y sobre quien recaen todos los elementos que permiten deducir responsabilidad penal.

Indica que en los eventos de concurrencia de personas a la ejecución del delito, se han ensayado varios criterios para determinar cuándo se puede predicar la calidad de autor o partícipe del agente. Uno de ellos, corresponde a la teoría del dominio del hecho, de Claus Roxin, que básicamente distingue dos maneras de dominar el hecho: i) El dominio de la acción que ejerce el propio ejecutor material o autoría única inmediata, y ii) El dominio de la voluntad del otro, que a la vez contiene cuatro hipótesis: a) mediante coacción, b) aprovechando el error en que actúa el ejecutor material, c) la superioridad psíquica sobre inimputables y menores y, d) cuando actúa con el auxilio del poder superior

de un aparato organizado que tiene a su disposición, dominando así el curso del suceso.

En las tres primeras hipótesis, quien domina el hecho es el hombre de atrás porque el coaccionado, el que actúa en error, el menor y el inimputable, son verdaderos instrumentos de aquél. No ocurre lo mismo cuando quien domina el hecho lo hace a través de un aparato organizado de poder, porque en tal caso, el ejecutor material actúa con voluntad, también domina el hecho, es un *instrumento doloso*, mientras que quien se sirve del aparato organizado de poder es el *autor detrás del autor*.

Esta manera de dominar el hecho a través del dominio de la voluntad del ejecutor material, tiene tres características relevantes: a) Es irrelevante que el autor inmediato actúe con voluntad propia o que desista del comportamiento, porque en todo caso se cumplirá gracias a que el instrumento doloso es fungible, puede ser reemplazado por otro que ejecute el mandato. Así, el aparato organizado de poder funciona automáticamente porque la realización del delito está asegurada. b) Aunque el hombre de atrás es un individuo anónimo y sustituible, el ejecutor material actúa con libertad y responsabilidad, de modo que asume el hecho como autor de propia mano. c) Como se trata de un aparato organizado de poder, carece de relevancia la lejanía o cercanía entre el ejecutor material y el autor

mediato, o que la orden de cometer el delito se profiera al ejecutor material directamente o a través de sucesivas órdenes de individuos situados en diferentes niveles de la jerarquía de la organización.

Lo contrario, implicaría la presencia de un jefe de una banda que imparte órdenes a sus coasociados y no la de un aparato organizado de poder.

Esa condición de aparato organizado de poder con dirigentes que cometen delitos que les son atribuibles mediante el dominio de la voluntad de un ejecutor material que a la vez actúa con plena responsabilidad, a juicio de la Procuraduría, es del todo predicable de las FARC, como organización subversiva, armada y al margen de la ley.

Aunque en el caso en estudio existe un agente ejecutor material que actuó para un autor mediato perteneciente a las FARC, organización subversiva que no es otra cosa que un aparato organizado de poder, la teoría en comento no se puede aplicar porque fue concebida, y así está regulada legalmente, para ser implementada en los eventos de delitos especiales, esto es, en aquellos donde el tipo penal exige elementos especiales que fundamentan la penalidad de la conducta. La norma lo que permite, es que se le pueda atribuir el delito especial al autor inmediato que asume voluntariamente la representación de un ente colectivo o de una persona natural de quien el tipo penal exige los

aludidos elementos especiales y adopte para sí dichas calidades.

Frente a delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquier agente sin cualificación alguna, lo relativo a la coautoría se determina por los criterios ordinarios de autoría, coautoría o participación, como lo señaló la Sala de Casación Penal en el radicado No. 20249 del 8 de septiembre de 2004.

En este asunto, el delito imputado como cometido por otro, fue el homicidio agravado en grado de tentativa, que no exige elementos especiales para su autor. Pero así el procesado hubiera actuado asumiendo las calidades exigidas para el autor de un delito especial o hubiera cometido un delito común para otro como integrante de una organización de poder, en cualquier caso su responsabilidad es propia, porque actuó con voluntad y culpabilidad, no como un instrumento. De allí que su responsabilidad se produce cuando surgen los elementos de la tentativa.

De lo anterior concluye la Delegada, que para efectos de deducir la responsabilidad penal del procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ*, no tenía ninguna injerencia que hubiera actuado en cumplimiento de una orden proferida por el comandante del frente 53 de las FARC, porque su responsabilidad es por un delito propio cometido con culpabilidad y su grado de participación es el de autor inmediato, al margen de la responsabilidad y modalidad de participación que pueda haber a quien

dispuso la comisión del delito.

(iii) Concurrencia del delito de porte de explosivos

Comienza la Procuradora por señalar que el Tribunal dispuso compulsar copias con destino a la autoridad judicial competente, por considerar que se dejó de investigar el delito de porte de explosivos, consagrado en el artículo 365 del Código Penal actual.

Sobre lo anterior expone que el comportamiento del procesado consistente en portar consigo un explosivo con la intención de adherirlo al vehículo para dar muerte al periodista que lo ocupaba, en ejercicio de su papel de integrante de un reconocido grupo subversivo, fue calificado como homicidio agravado, según las causales previstas en el artículo 104, numerales 8° (por la finalidad terrorista del comportamiento) y 10° (por la condición de periodista del sujeto pasivo), en concurso con el delito de rebelión, por tanto, concluye, que la acción de portar un explosivo se tuvo en cuenta dentro de la calificación jurídica, pero allí no se contempló el numeral 3° del artículo citado al lado de las otras dos causales de agravación, lo cual no significa que la situación fáctica del porte del explosivo, no haya sido objeto de juzgamiento.

No obstante, como el comportamiento se subsumió en las causales de agravación 8ª y 10ª y el acusador hubiera podido deducir la

otra causal de agravación, pero no lo hizo, considera que ahora no es posible subsanar el yerro en la calificación a través de una nueva investigación que indague una vez más por el hecho ya juzgado, porque sería violatorio del principio de cosa juzgada, o el de la prohibición de la doble valoración, pues sería tanto como enjuiciar el mismo comportamiento – que para esta actuación fue tenido como homicidio agravado conforme a las causales 8ª y 10ª del artículo 104 – para que en otra investigación sea tenido como delito contra la seguridad pública.

Puntualiza que si hubiese existido el delito de homicidio agravado en el grado de tentativa, no sería posible hablar de un concurso entre éste y el porte de explosivo, porque el homicidio agravado por razón de la causal 3ª del artículo 104 es un delito complejo, según sentencia de casación del 4 de junio de 1982, en cuanto involucra en su descripción típica un comportamiento que está descrito como punible de manera autónoma, situación que descarta la figura del concurso y el asunto se habría tratado como una sola conducta punible que involucraría la muerte y el porte de explosivos.

De esa manera, estima que no acertó el Tribunal al disponer la compulsación de copias para que se investigara el delito de porte de sustancia o arma explosiva.

En suma, con fundamento en las anteriores consideraciones, la

Delegada solicita a la Sala casar el fallo de manera oficiosa para que se corrija el yerro respecto de la condena por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa y en su lugar absolver por ese comportamiento, amén de redosificar la pena. Así mismo, revocar la decisión de compulsar copias para la investigación en actuación separada del delito de porte de explosivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por razones de método, se abordarán en su orden cada una de las temáticas planteadas por la Sala en auto del 28 de mayo de 2006, así:

1. Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución, en general

La tentativa como dispositivo amplificador del tipo se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *iter criminis* correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación

y, desde luego, tanto menos su agotamiento.

Por lo anterior, la doctrina insistentemente se ha ocupado de establecer criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios –que salvo cuando autónomamente son considerados delitos por el legislador, resultan impunes– de los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables en aplicación del dispositivo amplificador que se estudia.

Es así como se han propuesto, básicamente, tres clases de teorías. Son ellas, las subjetivas, las objetivas y las mixtas.

Las primeras, las teorías subjetivas, propugnan porque se indague únicamente por el plan del autor, esto es, por la intención de quien realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos que según dicha planeación sean necesarios y suficientes para consumar el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Serán actos preparatorios los que de acuerdo con el plan del autor no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad.

El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende del derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta Política, además, porque no tiene en cuenta los principios de lesividad y antijuridicidad material.

Entre las teorías objetivas se

encuentra la teoría formal objetiva, la cual plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc., mientras que los actos preparatorios carecen de tal condición.

Tal postura no ha tenido acogida, pues en la práctica resulta de dificultosa comprobación establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo, con lo cual, la pretendida distinción se torna difusa y ambigua.

También está la teoría material objetiva, según la cual, son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, a la par que son actos preparatorios los que no alcanzan dicha situación riesgosa.

Este planteamiento ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado.

Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio *ex ante*, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se

encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo.

2. Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución en el caso concreto

Con el propósito de establecer si la conducta adelantada por los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA* corresponde simplemente a actos preparatorios del delito de homicidio y, por tanto, no configura tentativa de tal punible, o si, por el contrario, comporta actos ejecutivos y en consecuencia, configura el mencionado dispositivo amplificador del tipo penal que se ocupa del delito contra la vida, se cuenta con la indagatoria del primero de los nombrados, quien manifestó en su intervención del 21 de septiembre de 2001:

“(...) vivo en el monte del páramo del Sumapaz, ya que soy guerrillero del frente 53 de las FARC (...). Fui capturado como a las ocho de la noche del día miércoles 19 del presente año (septiembre de 2001, se aclara) me encontraba en una pizzería cerca de Caracol en la calle 39 con carrera 20 barrio Teusaquillo, me encontraba con otro muchacho que se llama LUIS ALBERTO el apellido no lo se, hace seis meses que lo distingo, nunca lo he visto uniformado, lo conocí en la guerrilla, andábamos un grupito pequeño, él fue a hablar con el comandante de una comisión del frente 53 de las FARC, con esa comisión andábamos de arriba abajo haciendo reconocimiento del área del Sumapaz, él volvió y se fue de ahí, no se para donde, estuve como unas tres horas y me volví a ver con él aquí en Bogotá en un hotel que queda en el centro (...) al otro día por la mañanita como a las seis de la mañana me vi con los otros muchachos, yo ya los conocía allá en la guerrilla, luego nos reunimos los tres, uno se llama HUMBERTO y el otro se llama WILLIAM; hablamos de una bomba explosiva que teníamos que ponerle a un carro mercedes, de color negro que se parqueaba en las oficinas de Caracol. Entonces nosotros hablamos de la forma como deberíamos colocar

la bomba (...). Es un periodista por ahí de unos 50 o 60 años, no me dijeron más, el siempre se hacía al lado derecho y a ese lado era que teníamos que poner la bomba explosiva (...). Allí mismo la hicieron (en un campamento móvil de la guerrilla, se precisa), un muchacho experto en bombas, no se dónde conseguirían los elementos, la bomba la hicieron y por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes. Teníamos que colocarla encima del carro, es un cubo de lámina de 5 x 5 x 20, tiene un imán pegado, que con ese es con el cual se pega al vehículo, se acciona como se acciona una granada quitándole el pin y soltándole la espoleta, en este caso tenía cinco segundos máximo para accionarla y correr, porque de lo contrario también muere uno en el mismo instante (...). Yo estuve por allí hasta las dos de la tarde faltaban diez minutos para que el señor saliera cuando fui capturado (...). Como guerrillero que soy yo estaba cumpliendo lo ordenado por el comandante Romana” (subrayas fuera de texto).

Ahora, definido que para distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos es preciso acudir a teorías mixtas, esto es, a verificar el plan del

autor, así como la ocurrencia de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, observa la Sala en primer término, que de acuerdo con la planeación del atentado al periodista, no hay duda que los procesados ya se encontraban en la fase de ejecución de la conducta, pues luego de haber recibido instrucciones, tanto en el campamento móvil de la guerrilla, como en la ciudad de Bogotá, estaban merodeando por el sitio donde se encuentran las instalaciones de la empresa Caracol, de donde sabían tendría que salir su víctima, para acto seguido adherir la bomba al vehículo que ya habían identificado suficientemente y huir, dado que antes de cinco segundos se produciría la explosión.

Es decir, considera la Sala que si tal como lo expresó JHON JAIRO BUITRAGO en su injurada, para el momento en que se produjo su captura había pasado dos veces por el lugar donde se encontraba el vehículo Mercedes Benz, “sobre la acera al frente de la puerta del Canal”²², es claro que de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar el artefacto explosivo y conseguir su propósito.

En segundo lugar, respecto de la ocurrencia de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, advierte la Sala que dadas

²² Fol. 127. c.o. No. 1.

las características del instrumento con el cual se perpetraría la agresión, no era posible que los inculcados instalaran el dispositivo al vehículo sin que su objetivo de encontrara dentro del mismo, como ocurre con las “bombas lapa”²³, las cuales se adhieren mediante un imán en la parte baja de los vehículos y son activadas mediante sensores de movimiento, controles remotos, detonadores o temporizadores incorporados al explosivo.

En este caso, el ataque consistía precisamente en esperar que el periodista abordara su automotor e inmediatamente acercarse al mismo para adherir el artefacto a la puerta o al techo mediante un imán, retirar la espoleta y huir, pues unos segundos después tendría lugar la explosión, dado que se trataba de “un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón)”.

Por tanto, si ya *JHON JAIRO BUITRAGO* había transitado en dos ocasiones por el sitio donde se hallaba estacionado el vehículo de la víctima, portaba el artefacto que sería colocado en el automotor al cual debía retirar el pin para que explotara y contaba con una motocicleta en la cual huiría en asocio de *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, encuentra la Sala que la ponderación de tal cuadro conjunto permite concluir que los acusados no se encontraban en la fase de

preparación del delito, sino en el comienzo de su ejecución, pues su intención se encontraba dirigida a la producción del resultado pretendido y adelantaban acciones socialmente adecuadas y unívocamente dirigidas a la consecución de su propósito criminal.

Oportuno resulta señalar que también la doctrina y la jurisprudencia han dicho que existen varias clases de tentativa. En el Código Penal de 1936 se distinguían la tentativa acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida. En el estatuto penal de 1980 sólo aparecían las dos primeras, y en la Ley 599 de 2000 se consagraron tres clases, la tentativa acabada, la inacabada y la desistida (que guarda ciertos matices respecto de la así denominada en el Código de 1936, pero que no tiene las mismas características).

Pues bien, para el asunto objeto de estudio resulta útil señalar que la tentativa acabada se presenta cuando el agente ha realizado todos los actos que de conformidad con su plan son suficientes para conseguir la producción del resultado pretendido, pero este no se reproduce por causas ajenas a su voluntad, como cuando dispara en múltiples ocasiones contra su víctima y consigue herirla, pero una oportuna y adecuada intervención médica logra salvarla.

Por su parte, la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado

²³ Conocidas por ser utilizadas por el grupo separatista Euskadi Ta Askatasuna (ETA) en España.

comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el *iter criminis* se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar.

Pues bien, efectuada la anterior precisión, considera la Sala que en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión.

Ahora, en punto del peligro efectivo para el bien jurídico es necesario expresar que la temática de la tentativa en casos como el analizado, no puede quedar simple y llanamente en la verificación físico – empírica de la proximidad de la conducta al resultado pretendido, más propia del causalismo, como si la ciencia penal no hubiera avanzado sobre el particular al abandonar la simple constatación de la relación causa – efecto, para propugnar, tanto por la exigencia de la responsabilidad subjetiva con todas las consecuencias que ello supone,

conocimiento de hechos, conciencia potencial de la antijuridicidad, ausencia de error, miedo o coacción insuperables, como en la necesidad de dotar de sentido a las normas, entendidas no como simples decisiones inmotivadas y neutras del legislador, sino como preceptos dirigidos a mantener la convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas y la confianza en las relaciones sociales (teoría de la prevención positiva de la pena) a partir de restaurar la confianza en el derecho cuando alguien la ha defraudado, amén de interpretar las normas no solo lógicamente, sino dentro de un contexto social específico para el cual se hayan destinadas de conformidad con lo definido por la política criminal.

Y aún más, al analizar la conducta realizada por los acusados, consigue establecerse, que su proceder no correspondería simplemente al delito de porte de artefacto explosivo, en la medida en que desbordaron el peligro derivado de tal punible, dado que su conducta estaba idónea y unívocamente dirigida a quitar la vida a un periodista, es decir, comportó un riesgo real para la vida de éste, que no se concretó en su lesión efectiva, en atención a que, iniciada la ejecución del atentado, se produjo la aprehensión de quienes lo estaban realizando.

Es igualmente relevante precisar que no se trata de confundir la idoneidad del medio utilizado por

los agresores con la capacidad letal del artefacto hallado en poder de JHON JAIRO BUITRAGO, como lo sugiere la Procuradora Delegada en su concepto, pues si bien lo primero encuentra acreditación dentro del diligenciamiento con lo manifestado por el mismo procesado en su injurada, al decir que *“la bomba (...) por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes”* (subrayas fuera de texto), así como con lo dicho por los peritos expertos en explosivos, quienes dijeron que *“se trata de un artefacto explosivo de fabricación casera, compuesto aproximadamente por mil gramos de una sustancia amarillenta al parecer pentonita, utilizando como multiplicador trescientos cincuenta gramos aproximadamente quince (15) centímetros, con un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón) (...) es un artefacto letal en un radio de acción de diez (10) metros”* (subrayas fuera de texto), también se encuentra demostrada la idoneidad de la conducta.

En efecto, no hay duda que el comportamiento realizado por los acusados resulta idóneo e inequívocamente dirigido a causar la muerte al periodista, pues está demostrado que para realizar tal cometido fueron enviados directamente por el comandante del Frente 53 de las FARC, para lo cual recibieron un artefacto de

gran poder explosivo, se reunieron en un hotel de Bogotá con otros guerrilleros y el día de su aprehensión estuvieron acechando a la víctima para colocar la bomba en su vehículo y provocar su inmediata explosión.

Por tanto, dado que no consiguieron colocar el explosivo y conseguir el resultado pretendido, en atención a que las autoridades de policía los aprehendieron al ser señalados por una llamada de la ciudadanía como individuos en actitud sospechosa, es evidente que la conducta que realizaron corresponde al comienzo de ejecución del delito de homicidio agravado por el cual fueron condenados en las instancias. Vale aquí preguntar, qué acción debía mediar entre el comportamiento de recibir instrucciones, recoger y alistar el explosivo, estar en cercanías al sitio de trabajo de la víctima esperando que esta abordara el vehículo para colocar y activar el artefacto, y el resultado muerte del periodista?

La respuesta es una sola, lo que faltó fue colocar el explosivo y retirar la espoleta, de manera que la conducta que realizaron los inculcados, como ya se dijo, corresponde al comienzo de ejecución del punible contra la vida agravado, sin que lograran, por causas ajenas a su voluntad, realizar la totalidad de actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, esto es, según ya se advirtió, se trata de un delito de tentativa inacabada.

De no arribar al anterior aserto

tendría que concluirse, en manifiesto olvido de la misión protectora de bienes jurídicos del derecho penal, entre ellos, el más importante, el de la vida, que toda la actividad desplegada por los inculcados enviados por el comandante de un frente de las FARC en procura de ubicar a un periodista al cual debían dar muerte, previo el recibo de la bomba y una vez rondaron en varias ocasiones por el lugar en busca del momento propicio para realizar la agresión, sólo constituye el punible de porte de explosivos, sin tener en cuenta que en el caso en concreto, de una parte, sólo faltó que los agresores colocaran la bomba en el vehículo cuando subiera a él la víctima y, de otra, que el bien jurídico de la vida del periodista sí estuvo expuesto al peligro, pues de no ser por la llamada de la ciudadanía a las autoridades y la aprehensión de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, muy seguramente estos habrían alcanzado a culminar la ejecución del delito y conseguir su propósito.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que no hay lugar a la casación del fallo cuyo estudio congrega la atención de la Sala.

3. La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización.

En atención a que en su pri-

mera intervención, *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* manifestó haber actuado en cumplimiento de órdenes impartidas por el comandante del Frente 53 de las FARC, es pertinente abordar la temática referida a la responsabilidad, tanto de quien da la orden como de quien la acata, de conformidad con los preceptos de la Ley 599 de 2000.

Para el mencionado propósito se tiene que el artículo 29 de la referida legislación dispone:

“Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”

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

“También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

“El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta

punible”.

A su vez el inciso 2° del artículo 30 establece:

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

De los anteriores preceptos se deduce que tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

También incluye el legislador la coautoría material propia y la impropia. La primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima.

La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada *“empresa criminal”*, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascentes o atípicos, como cuando alguien finge ser víctima de un ataque dentro de las instalaciones de un banco y distrae la atención de los vigilantes, mientras sus compañeros toman poder de la situación y consiguen apropiarse ilícitamente de dinero.

A su vez, dentro de la misma preceptiva puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado *“el hombre de atrás”* o el que *“mueve los hilos”*) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a *“persona objetivada”* o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra –salvo cuando se trata de inimputables– bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes responden penal-

mente al serles impuestas medidas de seguridad.

Autores como el profesor alemán Claus Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización – sin saber quién – la ejecutará, de modo que “*el hombre de atrás*” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.

Sobre este tema se impone recordar que recientemente la Sala en un caso que guarda algunas semejanzas con el aquí analizado puntualizó:

“Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el

rol de liderazgo”.

“En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal”.

“En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta

que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las ‘políticas’ del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar”.

“Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”.

“Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente portarzar ‘políticas’ de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero

no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al ‘enemigo’ o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo”.

“De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos”.

“Un ‘experto’ en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo

según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria”²⁴ (subrayas fuera de texto).

De lo expuesto, en punto del caso objeto de estudio observa la Sala que la orden de causar la muerte al periodista *Yamid Amat Ruiz* de Caracol, impartida por el comandante del Frente 53 de las FARC a los acusados, como acertadamente lo manifiesta la Procuradora Delegada en su concepto, no incide de manera alguna en la declaración de su responsabilidad penal, dado que actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por “Romaña”, amén de que no tienen la condición de meros ejecutores instrumentales de aquél como autor mediato dentro de la concepción tradicional, pues quienes pertenecen a una organización guerrillera, como aquí se constató respecto de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ*, tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan.

Además, respecto de los mandos o cabecillas de la organización se observa que tienen la condición de coautores,

en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.

4. Responsabilidad del autor material en tratándose de aparatos organizados de poder al ejecutar órdenes generales (*‘desde arriba’*) o específicas (*‘cara a cara’*).

Ab initio impera recordar, que fue el juzgamiento del Teniente Coronel Adolf Eichmann por el Tribunal de Jerusalén en 1961, el que planteó la necesidad de pensar en un mayor alcance para las figuras de la autoría mediata y la determinación con ocasión de los programas de exterminio masivo adelantado por la Alemania nazi bajo órdenes de Adolfo Hitler.

En efecto, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal de Jerusalén condenó a Eichmann como autor de los crímenes por los cuales fue acusado, argumentando para ello que se trataba de la figura de la *“autoría mediante aparatos organizados de poder”*, caracterizada porque la persona ubicada en la cabeza imparte la orden, desconoce quién la ejecutará, pero confía en que algún miembro de la organización la cumplirá (fungibilidad

²⁴ Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815.

del ejecutor), sin que el denominado “*hombre de atrás*” precise de acudir a la fuerza o al error dentro de la concepción tradicional de la autoría mediata.

Ya desde 1963 y a partir del caso Eichman, el profesor Roxin introdujo en la dogmática tal categoría, en virtud de la cual, cuando dentro de un aparato organizado de poder, generalmente de orden estatal, sus miembros cometen delitos en cumplimiento de órdenes impartidas por rangos superiores dentro de la jerarquía de la organización, también tendrán la calidad de autores, y más exactamente de autores mediatos, quienes impartieron tales ordenes, en cuanto controlan la organización y por tanto, les asiste mayor responsabilidad que los autores directos.

En tal planteamiento precisó que, dada la fungibilidad del autor material, el “*hombre de atrás*” desconoce quién será el que finalmente ejecute la orden impartida, pero es evidente que tiene el dominio del hecho, en cuanto le asiste certeza en que por el control que tiene del aparato organizado, su voluntad se cumplirá, motivo por el cual se trata de un autor mediato.

Entonces, con fundamento en la teoría sucintamente reseñada se pretende extender al “*hombre de atrás*” la atribución de que con sus órdenes está tomando parte en la ejecución del hecho, tanto en sentido literal como

jurídico penal²⁵.

Es oportuno señalar, que los críticos de la tesis de la coautoría material impropia para quienes dan la orden y los que la ejecutan, aseveran que con tal postura no se tiene en cuenta que la autoría mediata se estructura verticalmente de “arriba abajo”, encontrándose el autor mediato en la parte superior y el ejecutor instrumental en la parte inferior, mientras que la coautoría se organiza horizontalmente “cara a cara” (tareas similares y simultáneas).

Ahora, al verificar si el planteamiento anterior resulta aplicable al caso objeto de estudio, sin dificultad observa la Sala, de un lado, que no se discute aquí acerca de la responsabilidad de quien impartió la orden de ocasionar la muerte al periodista, sino la que corresponde a quienes dieron inicio a la fase ejecutiva de la conducta encaminada a tal propósito, sin cumplir su cometido, gracias a la oportuna intervención de la autoridad policial.

²⁵ La Cámara Federal en Argentina empleó en sentencia del 9 de diciembre de 1985 la teoría de Roxin, a fin de condenar como autores mediatos a los Comandantes de sucesivas Juntas Militares que tuvieron el poder desde 1976 con relación a los homicidios, secuestros, torturas y robos que en cada caso fueron comprobados. Por razones de votación de los Magistrados, finalmente se los condenó como cómplices necesarios.

Y de otro, que como ya se dilucidó en el numeral segundo de las consideraciones, en tales situaciones, la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo²⁶, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin, de manera que ninguna incidencia tienen tales planteamientos en punto de la conducta aquí analizada.

5. La investigación separada del delito de porte de artefacto explosivo dentro de este asunto.

La Procuradora Delegada plantea en su concepto que la decisión del Tribunal de compulsar copias con destino a la autoridad judicial competente para que se investigue por separado el delito de porte de explosivos, consagrado en el artículo 365 del Código Penal actual, constituye un atentado al principio de cosa juzgada, en atención a que dicho comportamiento fue ponderado al tipificar el atentado contra la vida del periodista como agravado, conforme a las causales 8ª y 10ª del artículo 104 del Código Penal.

Sobre el particular considera la Sala lo siguiente:

En la resolución de acusación se

²⁶ Partidario de esta tesis es el profesor Günther Jakobs.

imputó a los procesados, además del delito de rebelión, el de tentativa de homicidio, agravado por las causales 8ª (con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas) y 10ª (si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, *periodista*, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello).

Como el artefacto explosivo que fue hallado en poder de uno de los acusados, iba a ser utilizado para acabar con la vida del periodista de la Cadena Caracol, esa situación permitía deducirles, además, la circunstancia contenida en el numeral 3º del artículo 104 del Código Penal consistente en que el homicidio se cometa por medio de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo.

En el capítulo II del Título XII, que trata de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, se encuentran consagradas las conductas punibles de tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (art. 358) y de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos (art. 365).

Como esa circunstancia no se incluyó en el pliego de cargos, resulta completamente viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo. Conviene recordar que el legislador consagró tal conducta como delito

autónomo, en orden a garantizar la convivencia y a prevenir la puesta en peligro de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el orden público, entre otros.

Por tanto, concluye la Sala que no se trata de un hecho ya juzgado, porque el análisis de los funcionarios judiciales en torno al artefacto explosivo estuvo encaminado a establecer la responsabilidad de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* frente al delito de rebelión y a determinar la finalidad terrorista del homicidio. En ningún momento examinaron la conducta desde el punto de vista del riesgo objetivo que su tenencia comporta para la colectividad, ni la consecuente afectación del bien jurídico de la seguridad pública, como supuesto de hecho del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Código Penal.

Por las razones precedentes, la Sala no accederá a la solicitud de la Procuradora Delegada, orientada a que se revoque la orden de compulsar copias dispuesta por el Tribunal Superior de Bogotá.

De acuerdo con todo lo anterior, considera la Sala que no se advierte dentro del trámite o en el fallo objeto del recurso, violación de derechos o garantías de los procesados, como para que tal circunstancia impusiera el ejercicio de la facultad oficiosa que sobre el particular le confiere el legislador en punto de asegurar su protección, motivo por el cual no se dispondrá la casación del fallo atacado

ni se modificará en modo alguno lo decidido por el *ad quem*.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR *la sentencia impugnada.*

SALVAMENTO DE VOTO

Mi desacuerdo con el criterio mayoritario de la Sala, radica en que los elementos consagrados en el artículo 27 del Código Penal no concurren a cabalidad y por esa razón no es posible predicar que la conducta de los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA* constituye tentativa de homicidio agravado.

No puede perderse de vista que los justiciables fueron aprehendidos en un establecimiento público ubicado a tres cuadras de las instalaciones donde funciona la Cadena Caracol, con un potente explosivo, situación que por sí sola no alcanza la connotación de *actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta punible*. Si bien es cierto que el artefacto sería utilizado para atentar contra el señor Yamid Amat, el comportamiento que hasta el momento de la captura habían

desplegado los infractores, no alcanzó a poner en peligro la vida del periodista.

Esto, porque cualquier exteriorización del agente no puede calificarse como componente del delito, sino solamente aquellas que entrañen una *relevante amenaza o lesión al bien jurídico tutelado*, y que se conocen como *actos ejecutivos*.

Manifestaciones que se pueden confundir con los *actos preparatorios*, y que hacen relación a todas aquellas actividades que el sujeto activo dispone para emprender su actividad criminal pero que, como tal, no son punibles dada su irrelevancia frente a la lesión de los bienes jurídicos, a menos que el legislador las haya consagrado como delitos autónomos.

Para la configuración de la tentativa es prioritaria la determinación de *actos ejecutivos* o, *actos idóneos e inequívocamente dirigidos* a poner en peligro, de los cuales no da cuenta la foliatura.

Es que la *idoneidad* de los actos, no es predicable simple y llanamente de los medios utilizados, sino de la conducta objetivamente desplegada por el autor para la consecución del resultado típico. La *equivocidad* o *univocidad* hace relación a la aptitud y suficiencia de los actos, según la experiencia, para la producción de la conducta punible.

A partir de ese referente teórico, insisto en que los justiciables no alcanzaron a poner en peligro la vida del periodista, porque para ese efecto

debían realizar varias acciones; la primera, esperar a que el vehículo pasara por el lugar donde se encontraban; la segunda, adherir el explosivo a una de las puertas del vehículo en que se movilizaba el personaje y, la tercera, activar el artefacto.

Si, para el momento de la captura, se encontraban esperando el paso del automotor, no es posible derivar un grado de aproximación al momento consumativo del homicidio, porque aún les faltaba a los infractores poner en marcha todas las demás actividades que, por la oportuna llegada de los policiales no pudieron realizar.

La inidoneidad del *comportamiento* asumido por los procesados para conseguir el fin propuesto, que en este caso surge incuestionable, no se puede confundir con la idoneidad del *elemento* que se utilizaría para atentar contra el periodista.

Menos aún se puede derivar la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado a partir de otras circunstancias que los juzgadores apreciaron como indicativas de la responsabilidad de los acusados, como la cercanía de estos a las instalaciones de la Cadena Caracol y la moto en que pretendían huir, porque en ese análisis se dejó de considerar la principal misión, consistente en la ubicación del artefacto en el sitio donde lo tenían planeado.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto las determinaciones del fallo de casación en cuanto resuelve no casar la sentencia objeto del recurso extraordinario y, en consecuencia, mantener incólume la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el sentido de condenar al procesado JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ a la pena principal de doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión como autor penalmente responsable del concurso de delitos de rebelión y tentativa de homicidio agravado, y a LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, a la pena principal de ciento ochenta (180) meses de prisión a consecuencia de hallarlo coautor penalmente responsable del delito tentativa de homicidio agravado.

Ello por cuanto, como con acierto se precisa en la decisión adoptada por la Sala, “en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión”.

Discrepo, no obstante, de algunas

consideraciones plasmadas por la mayoría de la Sala en el fallo, y en tal sentido particularmente me parece que resulta innecesario calificar de “*viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo*” y asumir de antemano “*que no se trata de un hecho ya juzgado, porque el análisis de los funcionarios judiciales en torno al artefacto explosivo estuvo encaminado a establecer la responsabilidad de JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ frente al delito de rebelión y a determinar la finalidad terrorista del homicidio. En ningún momento examinaron la conducta desde el punto de vista del riesgo objetivo que su tenencia comporta para la colectividad, ni la consecuente afectación del bien jurídico de la seguridad pública, como supuesto de hecho del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Código Penal*”.

A este respecto debo precisar que cuando consentí con mi voto la decisión de veintiocho de septiembre de dos mil seis mediante la cual la Sala dispuso correr traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto en torno, entre otros aspectos, a la eventual concurrencia entre el delito de homicidio agravado y el porte de explosivos como causal de agravación, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 31, 104.3 y 365 del Código Penal de 2000, fue sobre dicho supuesto y en manera alguna con la finalidad de admitir que la Sala se halla facultada para revisar la decisión

de expedir copias adoptada por el ad quem.

Ésto por la sencilla razón de que la decisión de compulsar copias para que se investigue una presunta conducta punible, ha reiterado la jurisprudencia, no es impugnabile ni revisable, pues sólo refleja el cumplimiento de un deber legal.

A este respecto no puedo menos que recordar la pacífica jurisprudencia de esta Corte según la cual es práctica usual en los estrados judiciales que por razones de economía procesal se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido (Cfr. entre otras, casaciones de agosto 3 de 1995 y julio 3 de 1996, mayo 20 de 2003, y febrero 24 de 2005).

Considero, en este sentido, que resultaba suficiente a los fines de la casación precisar, como así se hizo, que *“como el artefacto explosivo que fue hallado en poder de uno de los acusados, iba a ser utilizado para acabar con la vida del periodista de la Cadena Caracol, esa situación permitía deducirles, además, la circunstancia*

contenida en el numeral 3º del artículo 104 del Código Penal consistente en que el homicidio se cometa por medio de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo”.

Otro tipo de pronunciamientos, relativos a la viabilidad o no de la decisión de expedir copias para poner en conocimiento de la autoridad competente un hecho considerado, en principio, como punible que deba ser investigado de oficio, me parece, no deben ser objeto de valoración por los superiores funcionales del servidor que la adopta, en razón a que una tal determinación corresponde al cumplimiento de preceptos de orden público, por ende inamovibles, en cuanto con la orden judicial el funcionario se limita a acatar el imperativo de dar noticia del hecho, siendo el funcionario competente, por la naturaleza del hecho, a quien han de corresponderle las copias, el que ha de tomar la decisión que en derecho corresponda sobre el fondo del asunto de que da cuenta la noticia.

...

MAURO SOLARTE PORTILLA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso a las decisiones de la Sala mayoritaria, comedidamente salvo mi voto, porque desde mi punto de vista, cuyo horizonte se fija en el derecho penal

constitucionalizado, no es factible afirmar que los procesados, JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA incurrieron en el delito de *tentativa de homicidio agravado*.

En el presente asunto, probablemente, debido a que el implicado, JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ confesó ser miembro del grupo armado ilegal FARC y que su misión consistía en asesinar un periodista de la Cadena Radial Colombiana (Caracol), la Sala mayoritaria dejó de lado toda la doctrina y la jurisprudencia reiterada, que desarrolla la exigencia constitucional del *derecho penal de acto*, para conceder mayor importancia al *derecho penal de autor*; y, por ello, en atención a que ese grupo se caracteriza por el despliegue de atentados con utilización de artefactos explosivos, la Sala no constató lesión o puesta en peligro efectiva contra la vida del periodista, sino que anticipó la protección a ese bien jurídico, en una forma que la normatividad vigente no autoriza; y, entonces, tomó por actos ejecutivos de un homicidio, los que no eran más que actos preparatorios y, por ende, no se adecuaban típicamente en la modalidad tentada.

Creo en la posibilidad de distinguir entre preparación y ejecución en un discurso de justicia que aporte criterios razonables para deslindar esa puntillosa distinción.

“Las proposiciones del derecho no son principios lógicos superiores que se

puedan deducir jurídicamente. Ellos reflejan originalmente experiencias de moral social a que se les da forma jurídicamente” (*Herbert Waider, Berlín, 1970, pág. 35, citado por Sergio Politoff*).

La respuesta depende, en efecto, de si el fundamento de la punibilidad en la tentativa se hace residir en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como quieren las variantes del paradigma objetivo; o si lo que se castiga en la tentativa es la actuación de una voluntad enemiga del derecho, como pretenden las teorías que pertenecen al modelo subjetivo, que es, a no dudarlo, la que se ensaya en la posición mayoritaria en el presente caso. En este sentido el sólo esperar a que aparezca la víctima significa, en cuanto actuación de una voluntad hostil al derecho, ya un hecho de puesta en ejecución suficiente para que haya tentativa; o, si, por el contrario, el énfasis aparece colocado sobre el peligro para el bien jurídico, es necesario que exista a lo menos cercanía de la víctima para que un observador objetivo pudiera establecer una estrecha conexión espacial y temporal entre el acto de estar a la espera de la víctima con el tipo delictivo de que se trate.

Una interpretación pura o fundamentalmente subjetiva no corresponde al espíritu del Código Penal, concebido con arreglo al criterio liberal que exige una afectación real en el mundo exterior, constatable en la forma de daño o de peligro.

Se habla de injusto, así sea en la modalidad tentada, cuando concurren

a la vez el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Los meros actos preparatorios indican un principio de desvalor de acción; y si no se da inicio a la ejecución a través de actos idóneos e inequívocos, no podrá existir lógicamente desvalor de resultado, pues será imposible constatar la lesión o puesta en peligro efectivo para el bien jurídico tutelado.

Me preocupa sobremanera y por ello me vi precisado a salvar el voto, que la decisión mayoritaria comporta dos problemas esenciales: i) la expansión por vía jurisprudencial de las categorías dogmáticas hacia extremos que no le corresponden (*la tentativa a los actos preparatorios*) y ii) la anticipación de la respuesta protectora de la norma, sin constatar lesión o riesgo para el bien jurídico considerado en concreto, por estimar que el implicado es peligroso (*retorno al derecho penal de autor*).

Pertenecer al grupo armado ilegal, viajar a Bogotá, diseñar el explosivo, estudiar la rutina de la víctima y esperar la hora del ataque en una pizzería, son actos preparatorios del homicidio planeado.

Los últimos actos, las rondas por el lugar y la espera en la pizzería, además de ser preparatorios, de ninguna manera fueron idóneos en el sentido que exige la tentativa; y tan no lo fueron, que la “*actitud sospechosa*” hizo que un ciudadano llamara a la Policía y que unidades de esta Institución reaccionaran para neutralizar a los implicados.

En Colombia no son punibles ni la confección de la idea criminal, ni lo

que piense quien quiere delinquir, ni los actos preparatorios, salvo que estos constituyan una conducta punible autónoma, como por ejemplo, adquirir una arma sin permiso de autoridad competente. La conducta empieza a producir consecuencias penales a partir del momento en que se despliegan actos *idóneos e inequívocos* dolosamente encaminados a la producción del resultado criminal.

De otra parte, la antijuridicidad que reclama la estructura del delito no es meramente formal, sino material, verificable en cada caso específico en la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico. Cosa que aquí no sucedió, pues la presunta víctima siempre estuvo indemne, ni siquiera se enteró del atentado en su contra, precisamente porque no empezó a ejecutarse; y vino a conocer los pormenores posteriormente, cuando fue llamado por las autoridades para enterarlo del asunto.

No se desconocen las dificultades para calificar algunos comportamientos delictivos. Sin embargo, para una solución como la aplicada por la mayoría, sería necesaria la modificación de la Carta y de la ley, sin que pueda compartirse la interpretación que se hizo en el fallo y que no cabe en la sistemática jurídica actual, que en la práctica conlleva a la ampliación del ámbito protector del tipo penal de homicidio, para extenderlo a través de la tentativa, en aplicación de criterios de peligro y de autor, a quienes no desplegaron actos que indicaran inequívocamente que

iniciaron la ejecución de esa conducta punible.

El estudio de la Constitución Política de Colombia enseña que todo el sistema jurídico está destinado a proteger bienes jurídicos y no sólo la vigencia del mismo derecho (*normativismo puro al estilo de Gunther Jakobs*). Vale decir, si un comportamiento se aparta del deber funcional o legal, pero no lesiona o pone en peligro algún bien tutelado por la ley, entonces ese comportamiento no es relevante para el derecho penal.

En el Preámbulo de la Carta, que tiene reconocida fuerza normativa y vinculante, se expresa que la Constitución se expide con el fin de. “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

Todo el ordenamiento jurídico colombiano gira en función, no de sí mismo, como si se tratara de promover un normativismo a ultranza, sino para el servicio de la dignidad humana y de sus más caros y sentidos bienes. Corrobora tal aserto, que en el artículo 2° la Norma Superior expresa en modo diáfano que “*las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.*” En otras palabras, a través de su gestión, las autoridades deben proteger los bienes jurídicos de las personas, y no sólo la vigencia del

derecho, por el derecho mismo.

Como la Constitución Política también reafirma el principio *pro libertatis*, y concede la facultad a las personas de disfrutar de sus derechos hasta el límite del derecho de los demás²⁷, es claro que no cualquier comportamiento en contra de la ley será sancionable, sino aquellas acciones u omisiones culpables que pasen por el tamiz del principio de antijuridicidad material, pues si no existe lesión o puesta en peligro de un bien, no es legítimo que las autoridades intervengan para aplicar una pena, como se hizo en el presente caso, donde sólo se comprobaron actos de preparación para un eventual homicidio, pero no se verificó que hubiese iniciado su ejecución a través de acciones idóneas e inequívocas.

Probablemente, quienes sostienen que la Constitución Política de Colombia resiste un sistema normativo fuerte, que propugna por la defensa del derecho mismo antes que por la protección de bienes jurídicos, toman como marco de referencia el artículo sexto de la Carta, que estipula lo siguiente:

“Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.

Al parecer, e interpretando en modo aislado el precepto constitucional, debido a que todos respondemos por

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 95, numeral 1.