

# Consideraciones sobre la denominada "coautoría impropia" y sobre la procedencia de la sentencia absolutoria por la indebida calificación jurídica de la conducta en la resolución de acusación

(Comentarios a la sentencia del 3 de diciembre de 1998 del Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín)

*Rodrigo Vergara Cortés\**

La labor de comentar jurisprudencia en materia penal en nuestro país, aparece signada en casi todos los eventos por un negro presagio, el cual, de entrada, nos sitúa enfrente de un prejuzgamiento, toda vez que infortunadamente en no pocos de los casos, el comentario estará cimentado en la crítica surgida de los errores en los cuales reiteradamente incurre nuestra judicatura.

De ahí que esta tarea, pueda calificarse como la labor de escudriñar en los yerros de interpretación en que incurre el operador jurídico, para sustentar una probable solución, la cual, en opinión del comentarista, resulta más atinada, no solo a la luz del texto legal, sino además desde lineamientos socio-políticos.

Sin embargo, el caso que nos ocupa plantea una situación totalmente opuesta, habida cuenta de que la providencia analizada resulta ser más pródiga en aciertos que en desatinos por ser fruto de la lucubración y disertación resultantes de la "constitucionalización" del derecho penal, planteado a partir del otorgamiento de

\* Abogado egresado de la Universidad de Antioquia

plena vigencia a los principios fundamentales esbozados de manera genérica y abstracta en la carta política, y por ello de necesaria materialización en la praxis jurídica, para así intentar cimentar el Estado social de derecho sobre bases menos ideales y por ende de mayor tangibilidad.

Sin ser libre de imperfecciones, pues no puede desconocerse la dificultad que plantea la argumentación jurídica, esta providencia es digna de elogio precisamente por atreverse a sustentar una decisión de fondo sobre las premisas de la argumentación racional, que encontró en la dogmática penal un aliado que le dio contenido y coherencia, reivindicando así a la doctrina como uno de los elementos esenciales de que dispone el intérprete a la hora de entrar a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, rechazando de plano la posición que la ha venido desechando por supuesta mente constituir un campo irreal de poca o ninguna operatividad y aplicación a casos concretos.

Son dignos de resaltar por la solución propuesta en la sentencia, los temas de la coautoría, el principio de congruencia como límite inmanente a la competencia del juez de conocimiento y el supuesto concurso delictivo entre los tipos de hurto calificado y agravado y secuestro simple.

En estas glosas nos referiremos específicamente a la solución planteada para los dos primeros problemas sin ocuparnos del tratamiento otorgado al concurso contenido en la resolución de acusación, ello, por cuanto en nuestra opinión constituye un tema que amerita un amplio estudio, no solo dogmático, sino también desde la perspectiva político-criminal, toda vez que si la solución dada al caso en concreto es la correcta, mirada desde el punto de vista probatorio, no puede desconocerse que en la actualidad existe una aguda controversia sobre este aspecto, habida cuenta de que un sector de la judicatura sostiene que siempre que se esté en presencia de un caso de hurto seguido de retención del sujeto pasivo se estará en presencia de concurso delictivo, mientras que un sector más moderado y minoritario sostiene que lo que se presenta es un concurso aparente que debe llevar a encuadrar la retención dentro de la calificante violencia del hurto.

#### 1. ASPECTOS RELEVANTES

a) *Coautoría*. Comenzaremos por abordar el tema de la coautoría, el cual constituye y debió constituir el punto esencial del debate suscitado en la audiencia realizada en el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, aun en las circunstancias presentadas en el proceso, en el cual era palmario la ausencia de material probatorio que acreditase la intervención de los sindicados, en cualquier forma de participación punible en los supuestos de secuestro simple y hurto calificado y agravado a ellos endilgados.

El tema de la autoría en materia penal, nunca ha sido ni será pacífico en el ámbito de la dogmática, ello por cuanto existen diversas concepciones<sup>1</sup>, las cuales, en última instancia, son las que determinan su amplitud, y de ahí los lindes concretos entre la misma como figura principal y protagónica en la teoría del delito y las demás formas de participación, igualmente punibles, consagradas en nuestro derecho penal.

De entrada nos atrevemos a afirmar que la hoy tan socorrida figura de la "coautoría impropia" modalidad de intervención por la que precisamente fueron acusados los sindicados en el proceso que culminó en la sentencia objeto de este comentario, constituye una figura poco menos que ideada por nuestra judicatura para intentar equiparar erróneamente diversas modalidades de complicidad con la autoría y, de paso, desterrada de la praxis jurídico-penal, toda vez que con su advenimiento se da cabida a la teoría unitaria de la autoría, la cual se basa en aquel postulado que pregona que cualquier contaminación con el delito reporta una calificación como autor o coautor del mismo<sup>2</sup>, partiendo por

<sup>1</sup> Tradicionalmente en la doctrina penal se ha hablado de tres conceptos de autor, el unitario, el extensivo y el concepto restrictivo, conceptos que llevan a unas consecuencias penales y punitivas muy diversas.

<sup>2</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 45.

lo tanto de un concepto unitario de autor que prescinde de toda diferenciación entre la autoría como forma o modalidad principal de intervención en el hecho punible y la participación bajo cualquiera de sus modalidades, por lo que se puede hablar de una aglutinación bajo una única forma la que no es otra que la autoría "el concepto unitario de autor contempla a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo como autores, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho"<sup>3</sup>.

Evidentemente esta posición resulta errada, por cuanto denota que nuestra judicatura acoge una senda contraria a las directrices señaladas por el Código Penal, a los postulados enmarcados en la Constitución Política en el artículo 29 y prioritariamente en los principios fundamentales plasmados por el constituyente en el modelo de Estado social de derecho, con el que solo es compatible un derecho penal de corte culpabilista y, por ende, respetuoso del principio del acto o del hecho.

Doctrinariamente el soporte de la coautoría impropia lo constituye la denominada "doctrina del acuerdo previo", la cual, según GIMBERNAT ORDEIG ha significado lo siguiente:

"El delito se concibe como una totalidad por la que responden todos los codelincuentes. Al establecerse el concierto cada sujeto se hace solidario con los demás, lo que cada uno realiza lo realiza por todos. La intervención concreta que cada uno tenga en el delito es un simple accidente, carece de importancia. Por ello es indiferente que se tome o no parte en la ejecución. Por ello es indiferente, por ejemplo, que A realice actos preparatorios y que B sea el que consume el delito. Pues consuma el delito también por A y A ha de responder no solo por su comportamiento, sino también por el de B"<sup>4</sup>.

Acorde con la definición dada por el autor español, aparece la tesis acogida por la Fiscalía General de la Nación, la que de paso intenta sacar de la vida jurídica la previsión contenida en el artículo 24 del Código Penal colombiano, en el cual se consagra como modalidad de participación punible la complicidad. Previsión normativa que precisamente denota que la preexistencia del "acuerdo previo" a la consumación del tipo, en modo alguno excluye la posibilidad de concurrencia de intervenciones punibles en su producción diferentes a la autoría, circunstancia que torna en incorrecta y carente de rigor doctrinario el equiparar cualquier intervención con la de autor, cuando en realidad es en estos casos en los cuales cobra más validez la labor de lucubración teórica que debe realizar el intérprete para así adecuar la acción de cada uno de los partícipes dentro de la figura penal correspondiente, bajo la égida de respeto por el principio del acto o del hecho y de proscripción de la penalización a título de responsabilidad objetiva presente en el artículo 5º del Código Penal. Sobre lo anterior, el mismo GIMBERNAT, expuso el siguiente argumento, el cual refuerza lo inapropiado del recurso teórico de que se ha venido valiendo nuestra judicatura para deducir que cualquier intervención o colaboración en la consumación del tipo, conlleva a otorgar el rótulo de autor a quien lo ejecuta.

"Al principio, cuando existe acuerdo previo se es autor directo, hay que oponer este otro: aunque exista acuerdo previo se puede ser cómplice. Para comprobar que esto es así no hay más que irse a la colección legislativa y al repertorio Aranzadi. Yo no he visto hasta ahora ningún caso en que el TS haya declarado que había complicidad en que el cómplice no hubiese actuado concertado con el otro u otros codelincuentes. Este cómplice ideal de nuestra jurisprudencia, este cómplice que actúa sin estar de acuerdo con el autor, es una ficción"<sup>5</sup>.

Así las cosas, huelga decirlo, aunque suene a verdad de Perogrullo, la razón de la consagración de la participación punible a título de cómplice surge como una necesidad de dar respuesta legal al

<sup>3</sup> Así se refiere a propósito del tema planteado, el profesor FERNANDO MEZA MORALES, en "Teoría dartañesca de la coautoría", en *Revista Estudios de Derecho*, núm. 128, vol. LVI, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1997, pág. 375.

<sup>4</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pág. 74.

<sup>5</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pág. 82.

fenómeno de la colaboración en la producción del tipo en aquellos casos en los que la actuación del partícipe no alcanza los lindes de la autoría, aunque como en casi todos aquellos en los que participa un número plural de agentes, medie un reparto o acuerdo previo sobre la forma de realización del hecho, toda vez que resulta demasiado difícil que alguien decida colaborar en la realización de una conducta típica sobre la cual no tenía conocimiento de su forma y medios de realización.

Lo anterior conlleva a que la exigencia de "reparto de funciones" como presupuesto de la coautoría no signifique *per se* intervención bajo esta modalidad para todos y cada uno de los intervinientes, por cuanto el criterio válido para otorgar el rango de coautor de un hecho no surge como consecuencia de la preexistencia del acuerdo, sino a partir de la importancia del aporte en la consumación del mismo, que en últimas es lo que determina el codominio del hecho.

La distinción entre autor y cómplice no surge como consecuencia de la existencia o no de un plan o acuerdo previo que da como resultado un reparto en las tareas necesarias para la consumación del tipo; por el contrario, a esta distinción se llega solo mediante un análisis pormenorizado de lo realmente ejecutado por el interviniente dentro del contexto de los actos necesarios para la consumación del tipo, unido al análisis de si en realidad aquel individuo disponía material y volitivamente de la posibilidad de decidirse entre el sí y el no de su consumación.

De la anterior distinción parece partir nuestro legislador cuando afirma en el artículo 23 del Código Penal; "Autor. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción".

De esta definición se infiere que solo puede tenerse por autor a quien realiza directamente la conducta típica o a quien valiéndose de un instrumento se sitúa por detrás de su accionar detectando la posibilidad de optar por su consumación, supuesto este último en el cual encuadra la autoría mediata. "El autor final es señor de su decisión y de la realización de esta y con ello, señor sobre 'su hecho' que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente"<sup>6</sup>.

De acuerdo con esta definición, el concepto dominio del hecho recoge elementos no solo referidos al dominio del curso del *iter criminis*, sino también del dominio psíquico o volitivo dirigidos en conjunto al fin de la consumación del tipo<sup>7</sup>.

Partiendo, por lo tanto, de una definición clara de autor presente en el Código Penal, en cuanto con ella se cobija a quien realiza la conducta típica, ¿de dónde surge la teoría de la coautoría impropia? Legalmente no existe respuesta al interrogante, por cuanto la normatividad actual no establece la noble categoría de autor propio e impropio, por lo que el recurrir a ella constituye el abreboza para la incompromisión de una vulneración abierta al principio de legalidad, en cuanto en nuestro actual derecho penal o se es autor (coautor, cuando se habla de pluralidad de agentes) o se es partícipe en calidad de conductor o de cómplice.

El vocablo 'coautor' es de una simpleza palmaria, por cuanto solo obedece a una construcción lingüística que se refiere a pluralidad de autores, más de uno en todo caso, por lo que su incidencia penal es insignificante, habida cuenta que todos y cada uno deben ser tratados o que son, es decir, como autores conforme a la definición y reglas punitivas establecidas en la legislación penal<sup>8</sup>; ahí que el oscurantismo con que ha sido rodeada esta acepción por nuestra judicatura no tenga explicación lógica ni razonable desde el punto de vista jurídico-penal.

<sup>6</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, págs. 127

<sup>7</sup> En opinión de GIMBERNAT ORDEIG, la teoría del dominio del hecho es una doctrina eminentemente objetiva, por cuanto según su parecer solo se puede pregonar dominio del hecho objetivamente, aunque esta definición comporta una parte subjetiva, la cual precisamente le da el contenido objetivo a la teoría del dominio del hecho. Cf. *op. cit.*, págs. 127 a 129.

<sup>8</sup> Cfr. en la doctrina nacional a ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 248; en España sostienen idéntica posición DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO en su obra *La autoría en derecho penal*, pág. 653 y ENRIQUE BACIGALUPO, en *Notas sobre el fundamento de la coautoría en derecho penal*, pág. 37.

"...lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir, que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como se señala en las posturas de LANGE y SAX; pero tampoco ejerce un dominio parcial como opina SCHRÖDER, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que estos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. En este sentido también WELZEL dice, con buen criterio: 'cada uno no es mero autor de una parte' y la coautoría no es una forma especial de la autoría simple, más bien cada uno es 'coautor del todo'<sup>9</sup>".

Así las cosas, por coautoría se entiende dominio conjunto del hecho radicado en todos y cada uno de los intervinientes, en forma tal que cada uno puede anular por iniciativa propia la producción del resultado retirando su aportación.

De lo anterior, surge otro interrogante, el cual va dirigido a cómo explicar la posición que lleva a la Fiscalía a proferir resolución de acusación en contra de los sindicados como "coautores impropios" de secuestro simple en concurso con hurto agravado y calificado. La razón es la misma citada anteriormente, es decir, legalmente esta decisión no tiene soporte, habida cuenta de que la "coautoría impropia" carece de consagración legislativa en el actual ordenamiento jurídico colombiano y aún más, doctrinariamente no existe explicación que justifique su inclusión en los textos legales, toda vez que la vigencia del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad unidos al del acto o del hecho y al de proscripción de la responsabilidad objetiva, impiden que se formulen cargos por una modalidad de intervención punible que les es totalmente contraria, puesto que es obvio que a quien se le tilda de autor o coautor no lo es, en cuanto el presupuesto para ser autor, o mejor coautor, es el haber realizado la conducta típica (conjuntamente con otro u otros), actuación a la cual no se llega, ni aun comprobándose la existencia de un plan, concierto o acuerdo previo a su ejecución.

Parece ser que la actual dirección política criminal de nuestra judicatura es la de derogar en la práctica judicial la previsión contenida en el artículo 24 de nuestro Código Penal, para así entronizar un concepto unitario de autor que parte de otorgar el rango de autor a todo partícipe en un hecho típico, sin importar el aporte que con su conducta realice a la ejecución del mismo<sup>10</sup>.

Esta postura, como se afirmó anteriormente, es inadmisibles por cuanto la necesidad de la contribución no comporta la transmutación de la complicidad en coautoría, toda vez que a la segunda solo se adecua aquella intervención que en conjunto conlleve un codominio del hecho radicado en todos y a la vez en cada uno de los intervinientes.

Sin embargo, pese a la aparente claridad de los conceptos, ha sido reiterada la interpretación que en estas glosas se cuestiona, lo cual hace aún más loable la decisión proferida por la instancia falladora, quien en pleno acatamiento de los principios y valores supremos de la Constitución y en un ejercicio que ejemplariza la independencia del juez con respecto a aquellos precedentes errados de la jurisprudencia, se aparta de los mismos y con argumentos jurídicos y doctrinarios aplicables al caso proferió la decisión que en derecho encontró pertinente.

No sobra advertir que en nuestro actual Código Penal, solo existe una forma de complicidad, toda vez que el decreto 100 de 1980 no acogió la distinción existente en el anterior estatuto, en el cual se establecía la complicidad primaria diferenciándola de la complicidad secundaria, argumentando

<sup>9</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, Barcelona, VI Ediciones, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Marilla, Universidad de Extremadura, págs. 305 y 306.

<sup>10</sup> Así lo hace la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en mayo 10 de 1991, en la cual fue ponente el magistrado Gustavo Gómez Velásquez, en la cual se ratifica la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en contra de Piedad Burbano Paz, como autora de hurto, cuando probatoriamente se acreditó que su actuación fue de "campanera", hecho que encaja perfectamente en los presupuestos de la complicidad.

que bajo la primera denominación se encontraban cobijadas aquellas conductas calificadas como ayudas sin la cual el hecho no habría podido someterse, postulados que contribuyeron a crear una total confusión alrededor del tema, los cuales, sin embargo, deben ser tenidos en cuenta como criterios de graduación de la pena, más precisamente de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 61 del Código Penal, en el cual se afirma que en la complicidad se tendrán en cuenta para tasar la pena la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Sobre la diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, el profesor MEZA MORALES opina:

"Desde el punto de vista histórico del hecho, circunscrito por indestructibles circunstancias de tiempo, lugar y modo, todas las ayudas son primarias o necesarias, pues retirada cualquiera de ellas, desaparece el hecho en su configuración histórica, desde el punto de vista abstracto, todas las ayudas son secundarias o no necesarias, pues si bien el hecho se cometió de una manera, pudo cometerse de otra y de aquí su relatividad"<sup>11</sup>.

Por último, y aun conociendo lo complicado de la discusión, consideramos que la posición derivada del texto de la resolución de acusación que motivó el juicio que culminó en la sentencia aludida, evidencia una toma de postura en el ámbito jurisprudencial referida a dar por sentada la concordancia de nuestra legislación penal con un concepto unitario de autor, el cual parte de asumir que cualquier intervención en la conducta típica es configurativa de autoría, lo que es infortunado, por cuanto la redacción de los artículos 23 y 24 del Código Penal parece sugerir lo contrario, es decir, que el modelo asumido por nuestro estatuto sustancial punitivo es el de un concepto restrictivo de autor, puesto que no tendrían razón de ser los preceptos contenidos en el artículo 24 del mismo estatuto.

b) *Principio de congruencia*. Constituye este aspecto uno de los temas de gran importancia que aborda la sentencia comentada, hasta el punto de cimentar en él el fallo absolutorio, toda vez que en opinión del juez de conocimiento, la calificación del mérito del sumario mediante resolución de acusación por hurto calificado y agravado en concurso con secuestro simple comportaba una adecuación típica equivocada de la conducta ejecutada por los sindicados, puesto que en su sentir se estaba en presencia de una receptación.

Precisamente, apoyándose en el denominado "principio de congruencia", del cual hace un análisis somero, concluye el fallador que debe absolverse a los sindicados como consecuencia necesaria del respeto obligatorio que nuestro modelo jurídico exige por este principio, el cual aparece inexorablemente ligado con todos los demás principios procesales, constitucionales, lo que hace que el desconocimiento del primero conlleve implícitamente una violación directa de los segundos.

Es por lo anterior, por lo que en términos simples se pueda definir el "principio de congruencia" como una emanación del derecho de defensa que armoniza plenamente las etapas de instrucción y juicio, garantizando al ciudadano el que solo será objeto de juicio por las conductas o cargos a él imputados en la resolución de acusación con respecto a los cuales se le ha brindado la oportunidad de controvertirlos, tanto en su adecuación típica, en su sustento probatorio, así como en su real contradicción con el ordenamiento jurídico, y obviamente en su culpabilidad<sup>12</sup>.

Siendo así, resulta palmario que una eventual modificación de la adecuación típica de la conducta constituye una flagrante violación del derecho de defensa, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política como uno de los elementos constitutivos del núcleo esencial del debido proceso. Sobre este aspecto se ha afirmado:

"Si el juez cambia la calificación luego de cumplido el debate, es decir, en la sentencia, se vulneraría contra el derecho fundamental a la defensa, porque el procesado quedaría privado de la oportunidad de controvertir tal calificación, y podría, entonces, ser sorprendido en el momento del fallo y condenado por un delito respecto del cual no fue acusado y no tuvo la oportunidad de defenderse"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> FERNANDO MEZA MORALES, *ibidem*, págs. 373 y 374.

<sup>12</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pág. 242.

<sup>13</sup> Cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 255.

Esta posición es la que más se ciñe a los postulados basilares del Estado de derecho, entre los que se cuentan el respeto por los derechos y garantías del individuo, mereciendo un resaltamiento especial el derecho-principio al "debido proceso".

Lastimosamente la Corte Constitucional en sentencia que decidió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, que otorga a la calificación jurídica de la conducta contenida en la resolución de acusación el rango de provisional, estimó lo contrario aduciendo que la calificación jurídica del fiscal no puede ser definitiva, porque si incurre en error conduciría este a la absolución del procesado, aun existiendo plena prueba de la ocurrencia de otro delito, circunstancia que frustraría el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo<sup>14</sup>. Es obvio que este fallo no es producto de una interpretación sistemática de la principalística constitucional, toda vez que de él se deduce que la calificación definitiva de la conducta sería una atribución propia del juez, quien la materializaría en la sentencia, posición que conlleva a un desconocimiento de la esencia del sistema acusatorio en materia penal, ya que implica trastocar la separación de funciones, en cuanto el juez asumiría la facultad de investigador, la cual está reservada por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación; así mismo se configuraría un quebrantamiento de los principios de independencia e imparcialidad del juez, los que constituyen una garantía de especial importancia en el proceso penal dada su estrecha relación con el principio del juez natural.

Por lo anteriormente esbozado, no queda duda de que la providencia de la Corte Constitucional está cimentada en el mito de la impunidad muy en boga en países como el nuestro, caracterizados por un sistema judicial con altos índices de inoperancia, mas no se compadece, como se afirmó anteriormente, con los postulados constitucionales plasmados en la Carta Política, los que necesariamente implican el pensar y diseñar un proceso penal desde la misma Carta Magna, a fin de materializar las garantías en ella incorporadas en pro del ciudadano.

La posición de la Corte Constitucional con respecto al principio de congruencia, le otorga aun mayor mérito a la sentencia comentada, la que con un adecuado sustento jurídico-constitucional opta por la prevalencia de los principios como directrices hermenéuticas de capital importancia en nuestro Estado de derecho.

## 2. CONCLUSIONES

Como se podrá advertir, la sentencia comentada, sin merecer el calificativo de un modelo de interpretación jurídica, situación bien difícil de alcanzar, merece ser rescatada no solo por su amplia argumentación, sino además por cimentarse en los postulados mínimos contenidos en los principios fundamentales de la actual Constitución, lo que por sí solo la hace digna de elogio.

El anterior calificativo surge de la imperiosa necesidad, evidente en casi todas las áreas del derecho, de replantear antiguas concepciones jurídicas que para el momento actual se encuentran desarmonizadas del contexto jurídico surgido a partir de la Carta Política de 1991. Es indudable que este rediseño encuentra en la judicatura un destinatario especial, en cuanto está, a partir de su función de intérprete, llamado a reclamar y a otorgarle a la actual Carta Política la vigencia que de ella se reclama desde años atrás.

Esta misión de "reingeniería del derecho" solo puede ser posible a partir del reconocimiento de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos de obligatorio acatamiento que ilustran, aclaran y le otorgan sentido y dirección a todas las demás normas integrantes del disperso sistema jurídico colombiano.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sent. C-491, 26 septiembre, 1996, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

## JUZGADO VEINTIUNO PENAL DEL CIRCUITO

(Sentencia del 3 de diciembre de 1998)

## HECHOS:

El 4 de septiembre de la anualidad anterior, agentes adscritos a la Estación de Bello de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, tras recibir una llamada anónima en la que se les avisaba de posible comisión de un delito, procedieron a realizar la captura de los señores Andrés Nayi, Jesús Fernando, Juan Manuel, Mauricio Alberto y Alexander Alexis, quienes se encontraban en esos momentos, exactamente las 00:30 horas, desbaratando un vehículo tipo camioneta Chevrolet Luv 23, blanco, en un local comercial destinado a la fundición de metales ubicado en el sector de Zamora de la ciudad de Medellín, automotor que había sido reportado como hurtado en horas de la mañana del día anterior por el señor Pedro José a cuyo conductor, señor Sergio, tres sujetos, uno de los cuales le entregó un arma de fuego, lo apearon del automotor obligándolo a abordar un taxi en el que le estuvieron dando vueltas por la ciudad por un espacio de 20 minutos, impidiendo su movilización voluntaria por estar sujeto a la voluntad de sus captores, luego de los cuales le permitieron descender mandando rumbo desconocidos.

PLANTEAMIENTOS  
DEL JUEZ NATURAL

Presupuestos para la de proferición [sic] de un fallo condenatorio, son la presencia procesal y prueba generadora de certeza respecto de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, de conformidad con lo preceptuado por el Estatuto Procesal Penal colombiano. De uno y otro aspecto habrá de ocuparse en el despacho, lo que precisa auscultar el cargo imputado a los procesados en la resolución acusatoria, especialmente en el estudio del fondo de los aspectos referenciados. Antes de proceder con el análisis de los mencionados exámenes presupuestales para la emisión del fallo, debe reseñarse que la metodología argumentativa se bifurcará en dos sentidos: el primero, referido a los punibles que han sido endilgados a todos los procesados en forma conjunta, y el segundo que se centrará en el estudio del cargo de cohecho que ha sido imputado al procesado Mauricio Alberto.

En cuanto al primero de los presupuestos mencionados, y en desarrollo de la metodología de análisis propuesta, es evidente la verdad procesal proyectada por el primero de medios probatorios re-

caudados, los cuales dejan entrever que efectivamente en el mundo naturalístico o fenomenológico se presentó el acto de desapoderamiento del vehículo automotor que conducía el señor Sergio y que hace parte del patrimonio económico del ciudadano Pedro José, y que durante la ejecución de dicho ilícito fue retenido temporalmente el primero de los mencionados contra su voluntad. Es decir, efectivamente, y ya desde una perspectiva jurídico-penal, en detrimento de los bienes jurídicos libertad personal y patrimonio económico de los ofendidos en este asunto, fueron cometidas conductas susceptibles de ser desvaloradas como delitos por la administración de justicia como monopolizadora de la solución heterocompositiva de conflictos. Esta afirmación que versa sobre la primera de las cuestiones que se propuso abordar el despacho, esto es, la de la certeza con respecto a la existencia del hecho punible, no precisa de una elevada interpretación probatoria por parte del fallador.

Los supuestos de hecho penalmente desvalorados por el legislador penal, a través de [sic] su previsión en la legislación punitiva como tipos de injusto, confrontadas en los tipos de hurto calificado y agravado, previstos en los artículos 349, 350 numeral 1 y 351 numerales 6 y 10 del Código Penal colombiano, se presentaron efectivamen-

te, esto es, fue realizado el apoderamiento de cosa mueble ajena (la camioneta objeto material del mismo) en detrimento del patrimonio económico del señor Pedro José, utilizando armas de fuego para amenazar al conductor de la misma, recayendo dicho comportamiento sobre un automotor y realizado por varias personas, siendo constatada también en el ámbito fenomenológico de lo desvalorado punitivamente, la retención de que fuera objeto la persona del conductor, acción que se adecua, en principio, a la descripción típica de secuestro simple contenida en el artículo 269 del Estatuto Penal Fundamental, de los cuales es factible predicar con alto grado de certeza su existencia, partiendo de la denuncia formulada por el conductor del rodante hurtado y las ampliaciones que realizó de la misma, en las cuales manifiesta las circunstancias, tiempo y sitio de los hechos de los que fue víctima, y en el propio hallazgo del automotor desvalijado en la fundición en donde fueron capturados los procesados.

De lo que se trata seguidamente, entonces, es de determinar el aspecto relativo a la certeza de la responsabilidad penal de los sindicados con respecto a los hechos punibles que les han sido imputados y en la forma en que lo fueron, es decir, en calidad de coautores impropios, cuestión que requiere una interpretación y valoración jurídico-procesales de mayor entidad que la anterior.

La asunción de este aspecto amerita ser iniciada con el planteamiento del problema fundamental que emerge de la foliatura, el de si es factible desde un punto de vista jurídico-penal realizar la imputación de dichos delitos a los procesados, para establecerles su responsabilidad en la forma en que lo pretende la Fiscalía, esto es, como coautores impropios, mediando la circunstancia que rodeó su captura y que ha venido acompañando la argumentación de ellos y sus defensores en forma reincidente en el proceso, consistente en que su conducta al momento de la aprehensión consistía en el desbaratamiento del automotor. En otras palabras formulado, y ya como interrogante fundamental, debe responderse a la cuestión de si es imputable a los procesados la responsabilidad penal de los naturalísticamente constatables atentados al patrimonio económico y a la libertad de los ofendidos a título de coautores impropios, atendiendo al plexo probatorio y a las

normas estructurales de nuestros sistemas penal y procesal penal.

La solución de dicho problema amerita realizar alguna argumentación en torno a la principalística del derecho punitivo en un Estado constitucional de derecho como lo es el colombiano. La contemporánea teoría jurídica ha dado prelación, cuando indaga sobre el valor normativo de las diferentes normas que estructuran el ordenamiento jurídico, a los denominados *principios* por sobre las *reglas*. Estos principios, como normas prevalentes dentro del plexo normativo conformador del ordenamiento jurídico, ostentan la característica de que a la hora de la interpretación jurídica ofrecen opciones —y por ello cumplen funciones— *integradoras*, *correctivas* y *supletorias* a los diferentes problemas jurídicos que reclaman solución. El sistema penal colombiano, como consecuencia de la catalogación del modelo estatal nacional como un 'Estado constitucional de derecho', regido por los principios de dignidad humana y pluralismo ideológico, y orientado hacia los fines de una democracia participativa y de un orden jurídico-político justo, ha erigido un derecho penal de acto, con vocación personalista (por oposición a la colectivista), por la vía de la consagración de normas principales a las que el legislador ha otorgado el carácter de "rectoras", las cuales se tornan en sustento del *ius puniendi*, en referentes de las reglas de este las cuales les subyacen.

Entre dicho plexo o bloque de normas rectoras o principios se encuentran el de libertad, determinación o tipicidad estricta del delito y de la pena, antijuridicidad, culpabilidad, y debido proceso, entre otros, desarrollos en materia penal del principio constitucional de dignidad humana —fundante del ordenamiento jurídico—, así como del fin de obtención de un orden justo, a la vez referentes de legitimación de la actuación punitiva del Estado. Constituyen dichos principios, igualmente, categorías ético-jurídicas de obligatoria consulta a la hora de poner en ejercicio el derecho penal subjetivo estatal y la función jurisdiccional que materializa este.

No es la definición del significado de cada uno de estos postulados el objetivo de esta decisión, aunque sí tiene que serlo la demarcación de la dinámica de los mismos dentro del sistema jurídico-penal, y el rol que juegan en la labor juris-

cional encargada de la actividad punitiva estatal. Esta dinamización tiene incidencia, obviamente, en tratándose de la aplicación de institutos jurídico-penales básicos, tales como la autoría y participación, medulares a la hora de denotar la orientación personalista del *ius puniendi* en el modelo estatal. De esta forma, tenemos, entonces, como criterios interpretativos para la decisión con la que debe ponerse fin a la instancia, los apenas reseñados principios jurídicos del sistema penal, y los materiales axiológico-jurídicos dimanantes del modelo estatal, destacando intencionalmente el despacho los de dignidad humana y el de la exclusiva interpretación *in bonam parte* cuando de efectuar hermenéutica en torno a los institutos jurídico-penales se trata.

La teoría de la coautoría impropia como criterio para endilgar la responsabilidad penal a los sindicados de este proceso no tiene, para esta autora, asidero probatorio suficiente que permita graduarles su responsabilidad penal. En este sentido tienen prosperidad las argumentaciones adelantadas por los distintos defensores cuando formularon cuestionamientos tanto de índole probatoria como sustancial para que fuera utilizada como recurso argumentativo por el titular de la pretensión punitiva para basar su pretensión. Por ser una metodología pertinente para ocuparnos de este aspecto, se abordará el estudio del instituto en dicho orden planteado, es decir, efectuando inicialmente argumentaciones en una perspectiva estrictamente procesal, y seguidamente en un punto de vista de derecho penal fundamental.

Es palmario que el material probatorio recaudado en el expediente arroja un grado de certeza favorable para despachar las pretensiones de los defensores, mas no para avalar la pretensión punitiva estatal. Las pruebas allegadas interpretadas sistemáticamente, o mejor aun, como el acervo probatorio que constituyen, permiten a esta vez natural considerar que los procesados no son responsables del delito de hurto, acudiendo a la teoría de la coautoría impropia, y ni siquiera invocando la fórmula de una complicidad no necesaria. Del material probatorio debe destacarse con un valor prevalente respecto del resto de medios existentes, el reconocimiento en fila que realiza el ofendido Sergio y en el cual consta que ninguno de los procesados participó de la ejecución

del ilícito del que fue sujeto pasivo. Soslayar el valor de esta prueba, obrando además las circunstancias, en primer lugar, la de que extraña que de tres sujetos que realizaran el apoderamiento del vehículo ninguno de ellos estuviese entre los capturados y hoy procesados que desbarataban el automotor, así como, en segundo lugar, que existe constancia en el proceso de que efectivamente al momento de ser apoderada [sic] la camioneta tenía en la gaveta la fotocopia de la matrícula de propiedad, circunstancia esta que no hacía parte del plan de ejecución del apoderamiento injusto, dado que la presencia de dicho documento en el automotor se debió a que allí la tenía guardada el conductor y no a que hubiese sido reclamada por los ejecutores del hurto, argumento este que ha sido esgrimido [sic] o los sindicados como el motivo que les llevó a aceptar la propuesta del desvalijamiento del automotor, cuestión que es suficiente para excluir el elemento conocimiento de la tipicidad objetiva conformador del dolo (en este caso del dolo de hurtar y de secuestrar) y por ende generadora de la obligación para el funcionario judicial de estudiar la adecuación típica de la conducta en otra figura típica, que en este caso sería la de un encubrimiento, valoración esta sobre la que se volverá posteriormente.

Igualmente contribuye al rechazo de la pretensión punitiva, como tercera cuestión, la ausencia de antecedentes penales de todos los cinco procesados, así como la constancia de que ninguno de ellos pertenece a ninguna de las bandas organizadas que operan en la zona de su residencia y en el sector donde fueron capturados, aspecto este que permite reflejar un juicio favorable respecto a su personalidad y que puede por tanto ser tenido en cuenta como una circunstancia a favor de la situación jurídica de ellos en el proceso, consideración que aunque en principio podría aparecer no muy compatible con un modelo punitivo estatal de orientación personalista, se aprecia viable por cuanto es una valoración *in favor rei*, concepción que se realiza en la medida que si para efectos legales para el legislador y la jurisdicción que aplica el derecho que este ha puesto en vigencia, pesa la presencia de antecedentes penales, a efectos de reforzar la mengua a la presunción de inocencia, igualmente debe, *a contrario sensu*, fortalecerse este postulado basililar del de-

recho penal colombiano cuando se constata la ausencia de antecedentes de todo orden, cuestión que fue debida y oportunamente allegada al proceso.

Como cuarta argumentación, tampoco puede desecharse en el análisis de esta exigencia legal de la certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados, el hecho de que la operatividad de este tipo de delincuencia, cuyo conocimiento (en torno a los *modus operandi* de la misma) es esgrimido [sic] reiteradamente por la jurisdicción a la hora de realizar su valoración respecto de la responsabilidad penal imputable a los autores del halamiento de vehículos, y así por la agencia instructora, fundando en ello la invocación de la figura de la coautoría impropia, no corresponde siempre e indefectiblemente a una orientación unívoca, como si se estuviese en frente de leyes naturales regidas por principios de necesidad, es decir, dado A necesariamente tiene que ser B. Es igualmente factible que la modalidad de organización delictiva encargada de llevar a cabo el apoderamiento de la camioneta no siga las "reglas generales" que se supone siguen todo este tipo de organizaciones, y que efectivamente se encargue de encomendar a diferentes grupos de personas las labores de ejecución de los hechos punibles separadamente de las de ocultamiento del mismo, sin que medie conocimiento concertado entre los diferentes grupos, aspecto éste que reviste en el *sub iudice* especial importancia partiendo del análisis de la forma como fueron capturados los sindicados y de las versiones por ellos brindadas, de la cual se desprende con logicidad [sic] que efectivamente estos fueron contratados, una vez *ejecutado* el ilícito que culminó con el hurto de la camioneta, para ocultar y reducir la misma y lograr con ello la obtención del provecho con el punible, labor que no es necesaria para la ejecución del hecho que, se insiste, se consumó antes de que el vehículo fuera entregado a los sindicados para ser desbaratado.

También el análisis de las circunstancias modales y temporales que han sido acreditadas en el proceso de establecimiento de la responsabilidad de los sindicados, y de la prueba que al respecto fue allegada, conlleva a considerar que los responsables directos de los hechos punibles que a los sindicados han sido imputados en el pliego de

cargos, no fueron perseguidos como un cabal cumplimiento de la labor de instrucción e investigación asignada a la Fiscalía lo requería. En el proceso existen constancias que hacen saltar a la vista que sobre la persona encargada de la celaduría del local de fundición de metales en donde fueron aprehendidos los procesados al ejecutar el desbaratamiento del vehículo, pesa un serio indicio grave de su responsabilidad en la comisión de los hechos materia de pronunciamiento de este despacho, inferido de su inmediata huida seguida a la captura de los procesados del sector en el que residía, y en el conocimiento de los mismos, de cuyo establecimiento quedó en deuda la agencia encargada de la instrucción. Es, a la luz de los principios de la sana crítica, factible la consideración de que el automotor estuvo guardado en un parqueadero cercano a la fundición (que para la Fiscalía parece que solo pudo haber sido el de Naranjautos), y que de allí fue trasladado por quienes al parqueadero lo ingresaron [sic] y que no son los hoy procesados. Existe igualmente mención reiterada en el proceso de un tercer sujeto que fue quien contrató al hoy procesado que era conocido en el barrio como conocedor de las labores de mecánica, y quien delegó a este las funciones de entregarle el vehículo desbaratado al día siguiente.

La credibilidad de esta versión de los sindicados resulta corroborada por el siguiente razonamiento, inferido de la circunstancia ya descrita anteriormente, relativa a la presencia coincidental de la documentación fotocopiada que acreditaba la propiedad del automotor, coincidental por cuanto no fue la entrega de los documentos de propiedad una exigencia realizada al ofendido por quienes le hurtaron la camioneta, y que con lógica hace pasibles de credibilidad los dichos de los procesados, por lo menos, si no de que no conocían que el automotor que desbarataban era de procedencia ilícita (caso en el cual serían encubridores, aclarando que es algo que dependería específicamente de la valoración jurídica que se hiciera en el caso concreto al respecto de un tal cargo y a la luz del material obrante), sí de que no acordaron previamente a la comisión de los actos de apoderamiento del mueble y retención de su conductor la conducta de desbaratarlo para garantizar así el aprovechamiento de tales acontecimientos,

concertación previa de la que no existe prueba en el proceso.

Entonces, asumida esta consideración extractada de la anterior valoración de las declaraciones de los procesados y del plexo de hechos indicadores, e interpretada e integrada a la valoración del restante acervo probatorio existente como acervo precisamente), reducible al no reconocimiento de *ninguno* de los sindicados como partícipe de la retención y siguiente apoderamiento del automotor, ligado a los antecedentes puntos de análisis efectuados, se llega a la sana conclusión de que la certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados por los delitos que les han sido formulados en el pliego de cargos, esto es, los de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado, no ha sido acreditada con el grado alto de certeza exigido por el legislador penal colombiano para la emisión de un fallo de condena.

Con esta actitud de la agencia fiscal de analizar con omisión la existencia de otros responsables por los delitos que imputó, y de soslayar proponer a través de la resolución acusatoria una graduación de la responsabilidad de los sindicados más consultante de los hechos y participación probados, y con ello de los principios de acto y culpabilidad, se refleja la proscrita adhesión a la tendencia de la judicatura fiscal, de desdibujar la misión del proceso así como la de la prueba penal, esto es, la de imposición de una sanción punitiva justa antecedida por la obtención de la verdad. En este sentido se produjo un importante pronunciamiento de sala de decisión penal del honorable Tribunal Superior de Montería, y cuyo texto por su contenido ético se torna en reivindicable en esta decisión, por su adecuación a la estructura jurídico-política de nuestro Estado:

"(...) Es claro que para sancionar penalmente al investigado hay que vencerlo a la luz de los dictados sobre derechos humanos y de la ley. Colombia, es innegable, necesita erradicar tanta impunidad, pero esa urgencia no permite, que para placar a la sociedad se encuentre a un responsable. Para no agravar las cosas, los jueces, los fiscales y los magistrados, debemos encontrar al responsable. Mas no, se insiste, a un responsable, como ocurrió en este caso, donde a través de un vicio del entendimiento al razonar, conocido

en filosofía-lógica como 'petición de principio', se dio por demostrado lo que se tenía que demostrar (...)" (Providencia de octubre 31 de 1995, magistrado ponente: doctor Lesmes Corredor Prins). —Cursiva agregada—.

Todo lo anterior para llegar a la acogida del planteamiento de los defensores en el sentido del unísono reclamo que hicieron de que en el proceso la prueba obrante no permite considerar la existencia de un acuerdo previo entre los procesados y los autores del hurto, presupuesto este de la doctrina de la coautoría impropia utilizada para la imputación de sus responsabilidades penales. Es posible entonces, de conformidad con la realidad procesal, realizar la consideración de que el argumento del acuerdo previo ha sido una suposición del instructor que no consulta esa realidad probatoria descrita. La garantía de la proscripción de la responsabilidad objetiva contiene implícita la de la necesidad de probar el dolo del sujeto activo del delito, elemento subjetivo que este caso precisaba de la prueba de la existencia de un plan preconcebido entre autores y los hoy procesados, en el que estuviese presente su "conocimiento de que con su conducta estaban apoderándose de cosa mueble ajena" y a la vez "privando a otro de su libertad personal de locomoción", o de la posibilidad de su inferencia por la vía indiciaria a partir del acervo allegado, a través de las reglas interpretativas del indicio, cuestión que no es posible efectuar en el proceso materia de este pronunciamiento.

El dolo, en virtud de dicho principio rector de culpabilidad, no se presume ni se supone, pues debe probarse como elemento que es configurador del delito y, por tanto, debe endilgarse con cumplimiento del requisito de certeza que como presupuesto de una sentencia condenatoria plasmó el legislador procesal penal colombiano en el artículo 247 de la Obra Instrumental Penal. El dolo que exigía ser probado por la pretensión punitiva estatal era el de hurtar y de secuestrar, autónomamente, de conformidad con la forma en que fueron planteados los cargos. Es decir, debió probarse que los procesados conocían que con su conducta estaban realizando dichos injustos, en la medida que sabían que eran conscientes de que estaban realizando sus funciones por un reparto acordado previamente, y así mismo, se requería

la certeza probatoria de que dirigieron su voluntad hacia la materialización de tales injustos, existiendo estas que no permiten ser extractadas con sana crítica del trabajo probatorio realizado.

Valga anotar, en este orden de ideas, que la invocación de una tesis como la coautoría impropia exige naturalmente un trabajo probatorio con dotes de certeza de una envergadura mayor que el de cualquier responsabilidad penal directa, dado que en aquella se está partiendo de la circunstancia de que se trata —como en el *sub iudice*— de un trabajo último en reparto competencial [sic] de funciones, por lo que el dolo debe abarcar todo el proceso de preparación, ejecución y consumación del tal *iter criminis*, cuestión que aquí no se probó y que, *a contrario sensu*, arrojó como lógico resultado un altísimo grado de certeza en torno a la ausencia de dolo de los procesados sobre estos, tanto por falta de conocimiento de los elementos objetivos de los tipos de injusto que les fueron imputados en concurso (hablándose del hurto y del secuestro en este momento), como por la carencia de dirección de voluntad para la materialización de tales conductas.

Al respecto conviene traer a mención un reciente pronunciamiento de la sala penal del H. Tribunal Superior de Medellín, para argumentar en mejor forma la valoración que se acaba de realizar:

"El dolo, como forma de culpabilidad, se compone de dos aspectos esenciales sin los cuales no puede predicarse, porque ese elemento subjetivo del delito *no se presume ni deduce*; ...

"Veamos:

"1. *El aspecto cognoscitivo o intelectual*:

"Significa que para poderse predicar un comportamiento doloso, el sujeto agente debe conocer el tipo penal en su existencia y contenido y la antijuridicidad de su conducta, aspectos esos que se les denomina 'conciencia o conocimiento de la ilicitud o conciencia o conocimiento del injusto'.

"2. *El aspecto volitivo*:

"Implica que, determinado el anterior requisito, el sujeto se oriente libremente a la realización de lo querido, según se desprende del artículo 36, primera parte, del Código cuando dispone que 'La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización'.

De esa parte del texto legal se deduce que para predicar esta fase volitiva del dolo, es indispensable que se conozca el hecho punible por parte del agente, elemento sin el cual no puede predicarse ese aspecto subjetivo o interno. Ese conocimiento del hecho punible requiere de los siguientes requisitos:

"a) Conocimiento *integral* del hecho punible, que incluye conciencia sobre los sujetos, los objetos y la *conducta*.

"b) El conocimiento de la significación de los elementos del tipo penal, especialmente en lo que hace relación a los ingredientes normativos o subjetivos.

"c) Conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que acompañan al tipo legal.

"d) Conocimiento del resultado de la conducta y de la relación o *nexo causal*, del vínculo de unión entre la acción y omisión y el resultado producido.

"e) Finalmente, la conciencia por parte del agente de la antijuridicidad material de la conducta, es decir, de que con su actuar lesiona o coloca en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley (...) —negritas originales. Cursivas y subrayados agregados—.

(Sent., 31 agosto 1998, magistrado ponente: doctor Édgar Escobar López).

En el proceso no existe prueba generadora de certeza del acuerdo previo en el que fundamentó la Fiscalía instructora la responsabilidad penal que imputó a los procesados, acuerdo previo cuya demostración con dotes de certeza es medular cuando de graduar la responsabilidad penal por la vía del instituto de la coautoría impropia se trata. Es decir, la carga de probar la certeza con respecto a la responsabilidad penal de los sindicados que a su cargo tiene la Fiscalía para obtener la refrendación de su pretensión punitiva, no fue cumplida en el proceso. Si la pretensión del funcionario instructor era la de obtener una sentencia condenatoria en disfavor de los procesados por los delitos que les formuló en la resolución acusatoria, y en la forma en que demarcó dicha formulación —por coautoría impropia—, la carga de la prueba que en él radicaba debió cumplirse acreditando la responsabilidad de aquellos por estos com-

ortamientos, comenzando por su conocimiento de la realización del concurso de ilícitos lesivos del patrimonio y la libertad de los ofendidos.

Fue intención del legislador penal procesal colombiano que en materia del proceso penal, la carga de la prueba fuese atribuida al titular de la pretensión punitiva estatal. Esta distribución de la carga de la prueba genera una lógica exigencia acentuada por el hecho de que en el proceso penal colombiano se cuenta —como sucedió efectivamente en el *sub iudice*— por parte del Estado con la posibilidad de imponer al sindicado medidas cautelares personales, cuya justificación es radicada por la doctrina de la materia en el aseguramiento de la prueba, en su adecuada integración al proceso, lo cual precisa entonces una atinada delimitación de la pretensión punitiva estatal, que puede ser lograda con la valoración racional y consultante de la prueba existente, dado que la mediación de medidas cautelares personales exige que la definición de dicha pretensión sea lo más acorde posible a la realidad procesal para no degenerar así el instituto de la prevención preventiva como circunstancia excepcional, y no extraviar el proceso hacia discusiones que van a tornar en arbitrario e ilegítimo el procesamiento penal. Esta concepción da sentido a las palabras del mejor tratadista que en la materia tenga el derecho continental, cuando afirma:

(...) la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso. Por eso usamos la expresión neutral y acostumbrada: carga de la afirmación y carga de la prueba, mediante la cual, al mismo tiempo, se pone en evidencia que vincula una desventaja a la omisión de la actividad afirmadora y probadora, a saber, el rechazo de la solicitud y, en el procedimiento de fallo, la pérdida del proceso (LEO ROSENBERG, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, EJE, 1956, pág. ...) —cursiva original—.

Hasta aquí las consideraciones de índole propositiva que se propuso formular el despacho. Para continuar con la metodología de análisis argumentativo propuesta, abordará [sic] a continuación las cuestiones que denominó como de natu-

raleza sustantiva o de dogmática jurídica de derecho penal fundamental.

La vigencia del modelo estatal de organización socio-político, constitucional y democrático de derecho en Colombia a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, contrajo importantes y radicales cambios en lo que a las relaciones Estado-particulares concierne, así como en lo que a los límites y senderos de la actividad del aparato estatal respecta, sobre todo a la luz de la fijación de los *principios* y *valores* constitucionales, que junto a los derechos fundamentales, fueron erigidos en *referentes ético-jurídicos* de legitimación de esta. A partir, pues, de la Constitución de 1991 el orden jurídico colombiano trascendió de una regulación constitucional avalorativa y iuspositivista, a una axiológica y hermenéutica, no ajena a los valores de legitimidad y justicia de la decisión judicial, lo que obviamente tiene incidencia en la concepción y ejercicio de la actividad jurisdiccional estatal, que se constituye así en la medular del Estado, dada su función de decir el derecho, dicción que comienza a realizarse partiendo siempre del fundamento de validez del ordenamiento jurídico, en nuestro caso, la Constitución Política y, especialmente, el bloque de constitucionalidad que de la fusión de la parte dogmática de ésta es posible construir con los tratados internacionales de derechos humanos, a la manera de cimiento axiológico de la decisión judicial.

Esta nueva concepción del Estado y del orden jurídico-político impone a la jurisdicción y a la ciencia jurídica que elabora doctrina de la cual la primera es destinataria, la obligación metaética de derroter, [sic] a través de la producción doctrinaria y jurisprudencial, teorías y conceptos que sean compatibles con los fines y principios estatales, especialmente de dignidad humana y el del orden justo, y los principios que para cada orden jurídico deben ser emanación de estos criterios basilares de la decisión jurisdiccional. Así, la ciencia jurídica tiene entonces el reto de materializar en sus teorías, y con ellas, el objetivo de impregnación del ordenamiento de estos referentes de legitimación, de tal manera que todo el material normativo existente que no se adecue a estos postulados basilares de interpretación jurídica, deberán ser replanteados y enrutados hacia la con-

creción de esos fines. Lo anterior encuentra fundamento en el principio de jerarquía normativa de la Constitución, del cual se desprende su naturaleza como fundamento de validez del ordenamiento jurídico y como primera norma de derecho positivo, argumentación que emana de la interpretación sistemática del postulado normativo contenido en el artículo 4° de la Carta Política: "La Constitución es *norma de normas*", y el artículo 230 de la misma Norma Fundamental que consigna el segundo principio rector de la administración de justicia "Los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la *Ley*", cuya significación jurídico-política nos quiere decir "los jueces, o mejor, la función estatal de administración de justicia está sometida en su producción al imperio del *derecho*, del sistema jurídico, en cuya base se encuentra el bloque de constitucionalidad, esto es, el plexo de principios y valores constitucionales, contenidos tanto en la Constitución como en las normas internacionales reconocedoras de derechos fundamentales, a los cuales debe sujetarse, atendiendo a criterios de racionalidad y razonabilidad jurídicas, la interpretación de las normas que inherentemente precisa la decisión judicial.

Como punto de partida debe plantearse que el Estado constitucional de derecho precisa de un *ius puniendi* (tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva) con vocación liberal y profundamente garantista, es decir, democrático, respetuoso de la libertad humana y reconocedor de las garantías como límites materiales al poder penal del Estado. La concreción de ese carácter liberal del *ius puniendi* requiere el reconocimiento y convicción de la judicatura por el derecho penal de acto, con vocación personalista, o con tendencia culpabilista (para el que la culpabilidad penal no se determina por límites allende la conducta realizada, tales como la procedencia social ni las consideraciones peligrasistas, algo propio de los Estados totalitarios), en pro de propugnar [sic] porque la restricción de los derechos de las personas sujetos pasivos de la actividad punitiva sea lo más exigua posible, y manteniéndose siempre en el marco del núcleo esencial de la dignidad humana como derecho y principio fundamental; reconocedor de la responsabilidad subjetiva y de su consecuente proscripción de la objetiva.

Este punto de partida ha sido esbozado con el fin de ocuparnos a continuación, del problema central que suscita este proceso, y que consiste en el instituto de la denominada coautoría impropia, analizado a la luz de estos postulados de validez (entendida como adecuación del derecho al bloque de constitucionalidad) del derecho penal subjetivo de un Estado constitucional, y a la luz de la legislación vigente en la materia, por cuanto es también propio de dicho modelo el reconocimiento de la legalidad estricta en tratándose de tipificación y de establecimiento de penas como derroteros racionales y razonables de fijación de la responsabilidad penal.

El legislador penal colombiano reguló, en el capítulo II del artículo 11 del libro I del estatuto penal fundamental, lo concerniente a la punición de la participación delictiva. En el artículo 23 de dicha obra legislativa plasmó la regulación relativa a la autoría, definiendo allí que es autor "el que *realice* el hecho punible...", y demarcando como directriz político-criminal la definición de la complicidad en el artículo 24 subsiguiente en los siguientes términos: "El que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo...", normas que precisan, para ser aplicadas en forma coherente y compatible con el modelo estatal y con el sistema penal que le es consecuente a este, defendidos precedentemente (Estado constitucional de derecho-derecho penal liberal), ser interpretadas sistemáticamente, y con los derroteros de dichos conceptos axiológico-jurídicos fundamentales legitimadores de la actividad sancionatoria estatal. Para esta judicatura una interpretación normativa en tal sentido conlleva a una asunción de lo que la dogmática de la teoría del delito ha denominado concepto restrictivo de autor", cuando de formular doctrina y opciones interpretativas en torno al tema de la autoría como tópico basilár de la participación delictiva se trata.

Respecto a la teoría de la participación delictiva, específicamente al tema de la delimitación autoría-participación, existen varias directrices doctrinales interpretativas, pudiendo distinguirse las siguientes:

a. *Teoría objetiva estricta:*

Según esta, es autor aquel que intervenga en el hecho delictivo, intervención que determina

duciendo a la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones. También es conocida como "concepto extensivo de autor".

b. *Teoría objetivo-formal:*

Restringida del concepto de autor, considera que es autor quien realiza el verbo rector de la acción típica.

c. *Teoría objetiva:*

Autor es quien actúa en interés propio, de tal forma que todo aquél que actúa en interés ajeno se partícipe.

d. *Teoría del dominio del hecho:*

Autor es quien tiene el dominio del hecho, debiendo participar en la realización del mismo.

El criterio que más aceptación ha recibido por la doctrina moderna del derecho penal ha sido el del dominio del hecho. Ello porque es más compatible con un derecho penal de acto, orientado hacia la punición racional y realizador de una concepción personalista del *ius puniendi*, que, se insiste en esta argumentación, debe ser la pauta hacia la cual propenda el Estado constitucional de derecho como modelo civilizado de organización jurídico-política. La dogmática que adopte la jurisdicción encargada de la realización del *ius puniendi* debe consultar los referentes de legitimación del modelo jurídico estatal, especialmente el de razonabilidad, cuya acentuación resulta indispensable en tratándose del derecho penal, dado su carácter de mecanismo estatal de mayor violencia contra la persona y su dignidad, violencia que precisa de contornos y límites harto profundos, con el fin de obtener que la afrenta de dichos derechos personales fundamentales sea lo más exigua posible.

Partiendo entonces de esta fundamentación justificativa de la doctrina del dominio del hecho, puede realizarse una mejor comprensión y delimitación de la coautoría impropia. Como forma de autoría, la coautoría, partiendo de esta concepción del dominio del hecho como criterio base para la determinación de quien es autor del hecho punible, se delimita entonces sobre la base de tres criterios concebidos a la manera de requisitos configuradores, de tal forma que la ausencia de alguno o de todos ellos conlleva al abandono del estudio de la figura y obliga en consecuencia al estudio de la participación criminal (en sentido estricto) y sus formas:

1. El dominio del hecho está repartido en varios sujetos, criterio conocido como "codominio del hecho".

2. Debe existir aporte o contribución material suficiente de un sujeto al hecho-aporte objetivo a la realización del hecho.

3. Existencia de plan común o acuerdo previo.

Como se dijo, la ausencia de alguno o varios de estos elementos elimina la posibilidad de aplicación del instituto de la coautoría y obliga a la búsqueda de la responsabilidad penal en el de la participación estricta, esto es, en los márgenes de la inducción o de la complicidad. Para esta juez en el *sub iudice* no existe el material probatorio que genere certeza en cuanto a la existencia del segundo y tercer elemento, en la medida que el resultado negativo de la prueba de reconocimiento en fila de los sindicados excluye el elemento "aporte objetivo a la realización del hecho", en este caso, del hurto y del secuestro que les han sido imputados, así como no puede probarse de lo allegado al proceso interpretado sistemática e integralmente, salvo que se soslayan las reglas de la lógica, de la sana crítica y de la interpretación de los indicios, la existencia del acuerdo previo, lo que en consecuencia obligaba a la instructora a buscar la imputación de la responsabilidad penal de los sindicados en el instituto de la participación, cuestión que no hizo, y de la cual se ocupará el despacho posteriormente en lo que al tema de las consecuencias procesales de esta omisión respecta.

En torno a la reiterada decisión de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia nacionales de optar por un concepto extensivo de autor (que en materia de participación obviamente conlleva a un extensivo concepto de coautoría, permitiéndose con ello el uso de una tesis delimitadora de este asunto bastante cuestionable a la luz de los valores y principios estructurales del Estado colombiano y sus derroteros como constitucional, social y democrático de derecho, en desmedro desde luego de los supraprincipios de la dignidad humana y el orden justo —encontrándose dentro de este último, mayormente que en el primero, el principio-derecho del debido proceso, entendido para este modelo como derecho a un proceso no solo legal, sino, ante todo, justo—), para el dere-

cho penal colombiano, en materia de la delimitación de los conceptos de autoría-participación, es menester examinar, a la luz del modelo estatal constitucional colombiano, la conveniencia político-criminal, así como axiológica de dicha postura y su razonabilidad jurídica como fin metajurídico del derecho, especialmente de la decisión judicial, de lo que se ocupará seguidamente el despacho.

Para llevar a término este cometido, resulta pertinente traer en mención un reciente estudio que sobre este asunto realizó uno de los más autorizados doctrinantes de la teoría del delito patria [sic] el cual desde la intitulación deja entrever lo problemático de la adopción de esta postura extensiva de la autoría.

Lo primero que es necesario tener claro es que el instituto de la participación, coparticipación, pluralidad de agentes o cualquiera otra denominación que signifique tomar parte en un hecho delictivo, supone necesariamente una realización conjunta (realización en sentido amplio) con la consiguiente división del trabajo: el de los determinadores o autores intelectuales, si es que concurren varios, el del autor o autores materiales y el del cómplice o los cómplices. En caso de que sólo concurre un número plural de autores materiales (coautores), los mismos distribuyen tareas en la ejecución o realización conjunta del tipo objetivo, como en el caso en que dos individuos acuerden acometer simultáneamente a víctima con armas blancas o disparos, y si la muerte acaece por una sola de las heridas de varias de las inferidas, ambos son coautores 'propios', pues no hay otra forma de coautoría material... .. Cuando el jurista describe la ley positiva, o el juez interpreta para su aplicación la misma, tienen que ceñirse a su texto y no cambiarlo, de manera que le hagan decir lo que ellos quieren y no lo que la propia ley manda de manera imperativa. El artículo 23 del Código Penal caracteriza a los *autores* sin más adahalas: 'El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo'. Quien realiza el hecho punible es el que llamamos *autor material*, y a quien determina a otros a su realización lo llamamos *determinador* o *autor intelectual*. La ley penal no establece la categoría doble de autoría propia y autoría impropia. Parece que esa fue una necesidad de la doctrina alemana frente al

Código Penal de 1871 y para extender la punición criminal a intervinientes distintos a los inmediatos, que una aplicación rigurosa del principio de legalidad sustancial conllevaría a su impunidad, en inaceptable detrimento del valor justicia. Por ello es preciso manejar con extrema cautela la doctrina extranjera, pues si muchas de sus ideas son verdaderas frente a sus propios textos positivos, no los son frente a otros diferentes como los nuestros. Nuestra normatividad penal sustantiva reglamenta de manera suficiente y completa la noción de autor: o porque alguien ejecuta de manera inmediata la acción típica, o porque la ejecuta mediatamente a través de la determinación de cualquier tipo que esta sea...

"La teoría de la responsabilidad *in solidum* que maneja la doctrina ameritada merece una nítida clarificación. Si por responsabilidad *in solidum* se quiere significar que todos los copartícipes, determinadores, autores y cómplices responden mancomunadamente de una única entidad delictiva, ello es cierto, pero también lo es que pueden ser penados de manera diversa, según que concurren o no las circunstancias de comunicabilidad que regula el artículo 25 del Código Penal; en este caso *responsabilidad in solidum* no significa igual medida de punibilidad, pero si lo que quiere significarse es que cualquier contaminación con el delito reporta una calificación como autor o coautor del mismo, esa conclusión es completamente errada a la luz de nuestro estatuto penal sustantivo (...)" (Vid., FERNANDO MEZA MORALES, "Teoría dartañesa de la coautoría: Refutación", en *Estudios de derecho*, septiembre 1997, vol. LVI, núm. 128, págs. 372, 375 y 376) —Cursivas originales. Negrillas agregadas adrede".

Recogen los apartes transcritos, en una forma bastante concreta y a la vez consistente, la evaluación que para el derecho penal colombiano resulta indispensable llevar a cabo respecto de la doctrina de la coautoría impropia a la luz de la nueva concepción del orden jurídico y de la permeación de dicha concepción en el ámbito de la legalidad jurídico-penal la cual adquiere una dimensión más estricta a raíz de aquella. Obviamente el fondo de dicha revisión doctrinal tiene una fundamentación axiológico-jurídica que le da connotaciones de mayor vitalidad: el fin o ideal de justicia que plas-  
mó el constituyente primario de 1991 para el Es-

colombiano, valor al que la jurisdicción, deslucido, no pudo mostrarse indiferente.

Sin desconocer esta falladora lo problemático resulta darle contornos a la definición del valor de la justicia, lo que sí es cierto es que, el modelo estatal constitucional de derecho, punto de partida a la hora de darle paso a tal sea tiene que estar representado en el reconocimiento argumentativo del "principio de racionalidad del legislador", a partir del cual tienen que efectuarse argumentaciones que pretendan cumplir con el ideal de razonabilidad del derecho positivo. Llevado al plano concreto de nuestro pronunciamiento, dicho principio de racionalidad del legislador (de la legislación por este expedida para ser más exactos), a pesar de haber entrado en gran crédito especial y paradójicamente con el legislador contemporáneo —dado su carácter de representante asiduo de los intereses de las mayorías de expresión política de los grupos dominantes de la estructura socioeconómica del país—, constaba el mismo con la sola revisión panorámica de su producción normativa y las disfunciones de esta con la normatividad constitucional (reiteradas declaratorias de inconstitucionalidad), puede ser utilizado si se le comprende circunscrito al modelo estatal constitucional de derecho. Bajo la idea de la validez de esta pretensión de racionalidad del derecho legislado puede hacerse con mejor fundamentación metodológica, ética y jurídica, la reivindicación de las garantías penales, especialmente, en tratándose de la temática de la revisión de la doctrina de la llamada "responsabilidad *in solidum*" como fundamento de la coautoría impropia", de los principios de legalidad estricta y de la proscripción de las interpretaciones *in malam parte*, conjugado este con la consecuente admisión de la hermenéutica *in bonam parte*.

Partiendo de estos precedentes planteamientos, concebidos como fundamentadores de la hermenéutica axiológica que nos hemos propuesto argumentar en este fallo, podemos asumir entonces, que la racionalidad de la distinción autoría-participación, expresión de la pretensión de racionalidad y proporcionalidad de la punición estatal, fue recogida por nuestro legislador quien, como legítimo demarcador de la política criminal del Estado, consideró que la punición de la

participación, específicamente la consistente en simple colaboración para la consumación-agotamiento del hecho punible desvalorado por él como objeto de lo penable, debía hacerse (por cuanto consulta el principio de proporcionalidad hacerlo, se insiste) por la vía de los institutos de la complicidad (cuando dicha ayuda provenía de un acuerdo previo), y de los llamados encubrimientos (favorecimiento-receptación), cuando este acuerdo previo no existe. Es propio de un Estado constitucional de derecho, y por tanto del Estado colombiano, el reparto de funciones a partir de la llamada división de poderes, demarcadora de los materiales competenciales [sic] de cada rama del poder público. La vigencia de esta forma de organización del funcionamiento del Estado implica el que las diferentes funciones del poder sean efectuadas dentro de los más estrictos marcos de la competencia asignada.

Así, la política criminal estatal está asignada en Colombia al legislador, siendo, pues, éste quien, de la normatividad que expide, está facultado para introducir a las directrices político-criminales estatales las reformas y modificaciones que pretenda (y ello en virtud del principio de reserva, según el cual solo él ostenta la cláusula general de la producción normativa, más aún en tratándose de la punitiva, por lo que, se insiste, una interpretación jurídica que pretenda su modificación, reforma o derogación solo cabe hacerse por él mismo), de conformidad con los procedimientos y los criterios materiales de competencia, consultando desde luego los principios orientadores del derecho penal liberal, salvo que se pretenda la corrección de las posibles deformidades legislativas presentadas cuando la legislación entrada en vigencia es desconocedora del bloque de constitucionalidad, caso en el cual se trata de una interpretación *in bonam parte*, que busca el enaltecimiento de la inviolabilidad de la persona, de su dignidad, principio fundante del modelo estatal de regulación política.

Sin embargo, a la luz de que, según lo afirmado, el legislador penal colombiano reguló en forma adecuada (por su consulta de los principios de racionalidad de la legislación y de proporcionalidad de la punición), la corrección del derecho legislado pregonada no es necesaria (dado que el legislador delimitó el grado de responsabi-

lidad penal a partir de la diferenciación entre autores y partícipes —cómplices—, aunque sí lo es la jurisprudencia a través de su matización, en forma también razonable y objetiva, desde luego, en cuanto esta no ostenta, como la legislación, los caracteres de general y abstracta, de allí donde dimana [sic] la necesidad de auscultar siempre la aplicación del instituto de la coautoría impropia para prestar ética adhesión así al fin del orden justo que debe ser el norte de la decisión judicial.

Enrutar la jurisprudencia hacia una interpretación poco compatible con la racionalidad de la pena a partir de la razonabilidad de la distinción autoría-participación, evidenciaba en la regulación positiva actual, además de que ayuda poco a la concreción de la justicia material como valor fundamental del Estado, no parece estar acorde con la estructuración del andamiaje estatal por la vía del reparto de competencias de las ramas del poder público a partir del cual se sustenta el principio de reserva estricta en materia de legislación penal, cuya utilidad en cuestión de principios del derecho penal liberal es incuestionable a la hora de teorizar y respetar el principio de determinación del tipo penal, que se extiende obviamente, por tratarse la participación penal de una ampliación de la tipicidad, al instituto de la punición de la colaboración en la consumación de un delito, bien sea por complicidad o bien por favorecimiento, dependiendo de la existencia o no de concertación previa para ello.

Lo procedente aquí hubiese sido, acogiendo en forma neutral, desapasionada y objetiva, el número de medios probatorios allegados al proceso en forma legal y oportuna, interpretados integral y sistemáticamente, formular la pretensión punitiva estatal dirigiéndose hacia el objetivo de la obtención de la sanción de los procesados por la vía del instituto de la participación delictiva, que en este caso, en virtud de la ausencia de certeza de un acuerdo previo de los procesados, y de la constancia de que no hubo participación de estos en los punibles atentatorios de la libertad y del patrimonio económico de los ofendidos, era plasmada en forma racional y razonable a la manera de un favorecimiento o de un encubrimiento por receptación, sin que ello implicara dejar de sancionar por parte del Estado la desvalorable con-

ducta de los sindicados, y con ello abstenerse de cumplir el fin del derecho punitivo, el de la protección de los bienes jurídicos.

Sin embargo, esta actitud de la fiscalía instructora (que parece radicar, se insiste, en la creencia de la jurisdicción de asumir, acudiendo a discutibles criterios de política criminal, que por demás, vuelve a mencionarse, son material competencial [sic] exclusivo del legislador, de que la sanción penal realizada a través del instituto de la participación no es "suficiente" punición del comportamiento desvalorado como injusto, cuestión que, además de reñir con la presunción de racionalidad de la legislación y con un derecho penal de acto, es decir, personalista y culpabilista, es a todas luces lejana de los postulados de dignidad humana y del orden justo), de desdibujar los verdaderos límites procesales de la responsabilidad penal, conllevará al rechazo de la pretensión punitiva y a las consecuencias jurídicas que dicha decisión conlleva.

Resulta imprescindible para esta falladora, abordar una cuestión que también ha sido olvidada por el titular de la instrucción que precedió este proceso, y que en vista de que la fundamentación de este fallo radica en la búsqueda de una racionalización del *ius puniendi*, de una materialización de un modelo sancionatorio con vocación de racional y respetuoso de la persona humana y su inviolabilidad, amerita una defensa radical y decidida por parte de la jurisdicción, en cuanto es esta el ejercicio denotativo de la razón jurídica del orden jurídico-político cuyo derecho aplica; se hace referencia al tópico denominado "unidad y pluralidad de acciones típicas". Sobre el particular se efectuará una breve argumentación, referida a los aspectos más fundamentales de dicho instituto.

Se ha recurrido por el instructor, para fundamentar la pretensión de declaración de la responsabilidad penal de los procesados, al llamado curso real de delitos, constituido en la *sub iudice* por los de "secuestro simple" y "hurto calificado y agravado". No es óbice el hecho de que aquí se esté considerando que el delito imputable a los procesados no sea el del hurto del automotor, en la forma en que lo fue —por coautoría—, y que lo más ajustado a la realidad procesal haya sido el de un favorecimiento o receptación eventual-

ente, como se dijo, para que el despacho estime que tiene sentido, en pro de robustecer la defensa de un derecho axiológicamente adherido al modelo de Estado constitucional, reflexionar sobre la problemática, lo cual precisa de una dogmática jurídica igualmente axiológica, integrativa de los objetivos de razonabilidad jurídica.

El estudio de la conducta humana con relevancia jurídico-penal precisa de analizar esta a la luz de la finalidad, en cuanto es la acción un concepto prevalentemente [sic] finalístico. Por ello, la doctrina del derecho penal ha elaborado un conjunto de reflexiones jurídicas con las que pretenden que el abordaje de estos supuestos de comportamientos plurales con relevancia en el *ius cogens* se realice por los senderos de la dogmática correcta para un modelo de regulación jurídico-política que se funda en los valores y principios que constitucionalmente plasmó en la parte dogmática de la Norma Fundamental el constituyente primario encargado de su expedición. Así, ha estructurado la denominada "unidad de acción", cuya delimitación se torna problemática cuando se presentan en el ámbito naturalístico una pluralidad de actos que pueden constituir una única acción jurídica, esto es, un único objeto de valoración jurídico-penal (cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 244).

Para responder a este interrogante existen varios criterios dogmáticos que al respecto se han configurado: los llamados criterios de "unidad naturalística de acción", de "unidad jurídica (o típica de acción)", y el denominado "delito complejo".

"(...) de acuerdo con este (sic) —se hace referencia al primer criterio— habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero desde un punto de vista valorativo resulta ser una única acción a los ojos del juez (...). Según este (sic) —se habla ya del segundo criterio— la unidad de acción será producto del tipo penal: 'unidad típica de acción o unidad jurídica de acción'. Una unidad de este tipo se dará cuando varios actos son unificados en un objeto único de la valoración jurídica por el tipo penal (...). (ENRIQUE BACIGALUPO, *ibidem*, p. 245).

De ambos criterios se ha dicho que son inseguros por su vaguedad y por tanto poco precisos,

es decir, no realizadores del cometido de seguridad jurídica que debe mantener presente la ciencia del derecho penal. Por ello, se ha acudido a una opción que dogmáticamente puede ser la más viable, en la medida que se acerca no solo a una mayor precisión y seguridad, sino a los fines de una dogmática correcta, propia de un Estado constitucional de derecho. El criterio del "delito complejo", que parte del estudio de la finalidad del agente, permite entender que un comportamiento hace parte de otro fin, cuando ha sido utilizado como medio para la consecución del acto meta. Es coincidente con la tesis planteada por uno de los titulares de la defensa de los procesados, para quien en este caso, de haberse presentado la prueba de la coautoría respecto de las conductas *naturalísticas* de apoderamiento y previa retención del ofendido, la valoración jurídica que de las mismas era factible realizar para concretar el proceso de adecuación típica era la del acogimiento de la tesis del delito complejo, esto es, la adecuación típica de tal conducta como un injusto típico de hurto calificado por la violencia, calificante que integraba el desvalor de acto de la conducta retentiva de la persona del ofendido, al interpretar, partiendo de la finalidad del actuar, que dicho comportamiento de retención del sujeto pasivo se hacía como un medio para la consumación y aseguramiento del objeto material del ilícito y del hurto mismo, el cual se tornaba así en delito fin, hermenéutica que se fundamenta en las nociones principialísticas de culpabilidad penal y su consecuente proscripción de la responsabilidad penal objetiva.

También contribuye en forma cualitativa a una mejor comprensión del análisis de la conducta jurídico-penalmente relevante, y en forma especial de la determinación del injusto típico, por cuanto es la problemática de la unidad y pluralidad de acciones típicas una amplificación del espectro de lo penalmente relevante, el denominado "concurso aparente de leyes", instituto de utilidad práctica cuando de realizar el juicio de tipicidad se trata, destacándose la utilidad epistemológica que en la materia del juicio de injusto presentan sus principios orientadores, a la manera de que, todos los actos que excedan del ámbito de estos principios, constituirán supuestos no penales a partir del tipo base. Estos principios son:

1. El de *especialidad*, por el cual se entiende que habrá relación de especialidad entre tipos cuando uno de ellos contenga todos los elementos de otro, y además, tenga implícito un fundamento especial de la punibilidad.

2. El de *subsidiariedad*, a partir del cual se considera que un tipo penal es aplicable solo en tanto no sea aplicable otro.

3. El de *consunción*, que se presenta cuando la realización de un tipo que está regulado más gravemente que otro incluye, por regla general, la realización de otro menos grave.

Como se estableció, de lo que se trata es de extraer de esta categorización de las reglas solucionadoras de los concursos de acciones típicas el criterio para acudir a la figura del "delito complejo" cuando un concurso aparente de tipos no puede ser resuelto de conformidad con los principios precedentes. En este caso no es aplicable ninguno de estos tres criterios, destacándose que el de consunción, que podría ser el de mayor aplicabilidad no lo es en la medida que no es la conducta del secuestro un acto necesario para la ejecución del hurto. Sin embargo, la ausencia de estos principios no genera inmediatamente la fundamentación del concurso real de delitos, en la medida que la conducta desplegada constituye un *acto posterior de la realización del punible*, que dependiendo del conocimiento o no de la realización del delito base conlleva atribución de la responsabilidad por la vía de la complicidad o del encubrimiento, respectivamente. En este sentido afirma el tratadista argentino ENRIQUE BACIGALUPO:

"(...) Los actos posteriores copenados son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (...)" (*Ibidem*, pág. 43).

De esta interpretación se deduce igualmente que imputar a los procesados el punible de secuestro simple en forma independiente y autónoma del hurto acudiendo al concurso real de delitos, teniendo en cuenta que la retención del ofendido no fue un acto posterior al hurto, es decir, fue realizada para asegurar la consumación de este, antecediéndolo, haciendo parte de la conducta típica de apoderamiento, la fundamentación de la aplicación del instituto del concurso resulta inconsultante [sic] de la racionalidad de la apli-

cación de la ley penal, en la medida que se desconoce que la finalidad que orientó la acción no fue la de obtener el secuestro del sujeto pasivo y, por lo tanto, no se pretendía como finalidad de la conducta la lesión de la libertad individual del afectado. No hay razón jurídica para desconocer construcciones razonables como la del "delito complejo", aplicables a los supuestos que por fuera de la regla principal de la consunción no salen de la esfera o núcleo central de la conducta delictiva finalísticamente pretendida, y que no ocasionan al afectado un daño nuevo y posterior al que ocasionan al bien jurídico hacia el cual han dirigido su voluntad delictiva.

Como se evidencia, son muchos los institutos dogmático-jurídicos con los cuales puede hacerse alcanzable la aplicación racional del derecho, especialmente del punitivo. La dogmática como camino para la obtención de la racionalidad jurídica, de cuyas elaboraciones es la jurisdicción la principal destinataria, debiendo eso sí constatarse siempre su compatibilidad con la parte dogmática de la Carta Fundamental, debe ser utilizada de manera sistemática y objetiva para poder aproximarse al ideal de una punición racional. Por ello el procedimiento argumentativo dogmático no debe ser laxo ni caprichoso, sino ceñido a las reglas y conceptos que a su interior ha establecido la dogmática, para llegar a la conclusión de que esta actividad de los juristas debe acatar el derecho legislado cuando sea concreción material del contenido normativo constitucional, y reformular ese derecho cuando sea palmario su distanciamiento de aquel, reformulación que debe hacerse siempre solo en cuanto propenda por la aplicación judicial de una legalidad corregida, es decir, por una aplicación judicial de la Norma Constitucional.

*Las soluciones posibles al problema procesal suscitado:*

Se ha planteado la existencia de una indebida calificación jurídico-procesal de la conducta desplegada por los procesados, valoración que se realiza a partir de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, y de la interpretación de las mismas a partir de las reglas y criterios de la sana crítica. La pregunta a responder ahora es, entonces, ¿cómo resolver la incorrecta califica-

del comportamiento de los sindicados a la de la normatividad procesal penal colombiana, especialmente de los principios y normas recias que la orientan?

Las soluciones que doctrinaria y jurisprudencialmente han surgido son variadas, siendo preteridas en tres posturas básicas, así:

1. Para algunos parece existir la posibilidad de declaratoria de una nulidad procesal con fundamento en la existencia de una irregularidad sustancial insubsanable por otra vía, es decir, se argumenta en favor de la aplicación del artículo 304, numeral 2.

2. Otro sector sostiene la posibilidad de que en la etapa del juicio el fiscal reformule su pretensión punitiva, fundada esta reformulación en la presencia de nuevas pruebas que sean allegadas al proceso en el juicio.

3. Otros sostienen que lo procedente es un pronunciamiento absolutorio, por dos razones:

a. En la medida que el pliego de cargos se consigna en el objeto del proceso, y que a partir de la regla técnica de la preclusión, según la cual concluida una etapa procesal no debe volverse sobre la misma, se desprende la imposibilidad de emitir un fallo condenatorio o acogedor de la pretensión estatal, al resultar improbados los hechos y razonamientos fundamentales de la imputación jurídica sobre la que se pretende la definición de la responsabilidad penal de los sindicados.

b. La segunda, de más valor político-jurídico además, que acude a la argumentación de que el carácter de tercero e imparcial que ostenta el juez, no puede ser abandonado por este al intervenir en la definición de la pretensión punitiva, lo que si el pliego de cargos presentado por el instructor no se adecua a la realidad procesal debe ser rechazado y en consecuencia absolver de los cargos al procesado. En este criterio pueden distinguirse a su vez tres posturas:

aa) La que postula que dicha consecuencia de absolutorio por indebida calificación no procede si el delito imputado al procesado es enmarcado dentro del título y del capítulo que regula el comportamiento realizado y el imputado en el Estatuto penal, y,

bb) Quienes consideran, como, por ejemplo, tratadistas BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE

LYNETT, que la posibilidad de la absolución es viable, siempre y cuando el fiscal no haya modificado la imputación antes de proferirse la sentencia, aceptan que esta facultad la tiene el fiscal.

cc) La que estima que, sin atender a la ubicación de la conducta imputada al procesado en el pliego de cargos, la solución de la absolución procede en todos aquellos casos en los que exista una formulación no clara y adecuada al proceso de la conducta realizada por el sindicado.

Independientemente de la polémica que se genera en torno a este debate, considera esta juzgadora que la decisión que procede adoptar en el *sub iudice*, debe ser, obviamente, la que más realice la justicia material, es decir, más respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de libertad personal. Analizaremos desde una perspectiva casi que tópica, cuál es en el proceso la decisión más cercana a dichos derroteros, partiendo del examen de cada una de las posibilidades epistémicas [sic] de solución que permite el asunto planteado.

Comencemos por la segunda solución, la que opta por admitir la redefinición de la pretensión punitiva en la etapa del juicio. A más del argumento de la operancia de la regla técnica de preclusión, ya explicada, la inconveniencia de esta solución encuentra además otros fundamentos. Uno de ellos, consistente en la consecuencia que esta posibilidad contraería en disfavor del sindicado, ya que se incurriría en el desbalance de la igualdad procesal de las partes, postulado colateral del principio de contradicción. A su vez, y como segunda cuestión, se cercenaría en demasía el derecho de defensa, por cuanto si la provisionalidad de la calificación jurídica de la conducta delictiva se deja subsistente hasta la etapa del juicio, la posibilidad de plantear y planear estrategias de defensa resultarían ineficaces para materializar esta actividad basilar del investigador, así como del proceso.

Al respecto se ha pronunciado la sala de casación penal de la honorable Corte Suprema de Justicia en estos términos:

"(...) La resolución acusatoria constituye pieza fundamental del proceso, ya que en ella se centran los debates y a la vez configura un presupuesto esencial de la sentencia. En tal sentido, la calificación debe obedecer a lo establecido en el

proceso, y, por lo tanto, las conductas deben estar adecuadas a las respectivas disposiciones legales... Por ello, ha sido unánime la jurisprudencia al afirmar que dicho acto procesal, proferido con las formalidades pertinentes, es ley del proceso y a la vez posibilita la defensa del acusado quien, mediante el pliego de cargos, conoce las imputaciones que se le formulan y cómo debe defenderse de ellas; de esta forma no solo se garantiza el derecho a la defensa del procesado, sino que se limitan los poderes del juzgador en el momento de dictar el fallo definitivo. Lógicamente, se trata de una *providencia inmodificable* (...)" (Sent. de casación de abril 4 de 1995, magistrado ponente doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar).

—Cursiva agregada—.

La otra solución planteada, la de la nulidad procesal desde la resolución de acusación, además de encontrar serios cuestionamientos de viabilidad desde el punto de vista de su regulación positiva, deja serias dudas respecto de la concreción del principio acusatorio como criterio de construcción de un sistema procesal penal de esta naturaleza, más afecto [sic] por el modelo estatal estructurado por el constituyente primario. Es palmario que una decisión anulatoria de la resolución contentiva del pliego de cargos, con la finalidad de que sea la valoración jurídica del juez la presentada como pretensión estatal, se torna en una conversión o transformación del juez en interesado en la pretensión punitiva a la luz de la estructura principialística del sistema procesal penal colombiano (debido proceso —garantía del juez natural visto no solo como juez competente, sino, y especialmente, como juez tercero e imparcial—, igualdad procesal de las partes, contradicción, vocación de certeza o de verdad, etc.), degenerador de la fundamentación [sic] dualidad de etapas procesales como consecuencia de la garantía de un proceso debido y justo. El juez en un Estado constitucional de derecho, dadas sus connotaciones de tercero, de avistador imparcial del proceso, debe estar interesado en la decisión basada en la verdad procesal cognoscitiva, no en la decisional. Optar por esto último sería renunciar a su investidura de juez para situarse como un agente más de la agencia fiscal, y concebir como avalable el reconocimiento de la facultad del instructor de variar la calificación que ha dado

a la conducta delictiva en que tiene interés el *ius puniendi* durante la etapa del juicio, sin importarle el que se arrase o no con la garantía basilar del debido proceso y sus criterios estructurales.

Esta ha sido la argumentación predominantemente mantenida por la sala penal de la honorable Corte Suprema de Justicia patria, y que en sentir de esta falladora, ha sido llevada por la judicatura, en cuanto a su valor vinculante, hacia los contornos de la generalidad y obligatoriedad propios de la legislación y ajenos a la jurisprudencia, contrarios por lo tanto al sistema de fuentes que demarcó para la jurisdicción el constituyente primario al expedir la Norma Suprema actualmente vigente, pues nótese que allí la producción jurisprudencial al lado de otros criterios, fue regulada como "criterio auxiliar" de la labor judicial. Sin embargo, la propia doctrina de la mencionada corporación, denota el mensaje de tratamiento cauteloso que debe darse a una tal interpretación, en cuanto su adopción implique sacrificios de las garantías fundamentales de los procesados, en cuanto adoptó dicha posición sobre la base de la "salvaguardia de los derechos de los procesados". Al respecto se pronunció en estos términos la máxima corporación de la jurisdicción penal ordinaria:

"(...) Lógicamente se trata de una providencia inmodificable, pues hay casos en que el pliego de cargos puede desconocer las normas legales que lo regulan de modo sustancial, caso en el cual es indispensable aplicar el remedio de la nulidad a fin de salvaguardar los derechos del procesado".

Cuando se argumenta la declaratoria de nulidades procesales, deben consultarse, siguiendo la perspectiva hasta ahora seguida en el proceso argumentativo de este fallo, esto es, la del derecho por principios, los postulados orientadores del instituto de la nulidad procesal. Este instituto se estructura sobre la base de los siguientes principios, recogidos por el legislador colombiano en el artículo 308 del Estatuto Procesal Penal:

1. Principio de *especificidad* o *taxatividad* de la nulidad, del cual se desprende la tesis de que la causal generadora de nulidad debe estar siempre prevista expresamente en el ordenamiento jurídico como tal.

Principio de *trascendencia*, que pregona que la nulidad procesal debe ser declarada no con rencia explícita o en interés exclusivo de la ley, sino en cuanto la irregularidad procesal afecte a los sujetos procesales.

Principio de *protección*, de cuya significación se desprende que no puede solicitarse o declararse la nulidad procesal a solicitud o en favor de una parte que con su conducta ha contribuido a la producción del acto irregular.

Principio de *convalidación*, de aplicación vigente en nuestro sistema procesal penal, que consiste en que la medida que su contenido consiste en que el juez concilia a las partes con respecto a la invocación de nulidad precluye la posibilidad de solicitarla.

Principio de *instrumentalidad de las formalidades*, según el cual las formalidades procesales se encuentran fundamentadas en la satisfacción de las finalidades del proceso.

Principio de *preclusión* o de *ejecutoria*, consistente en que el proceso se estructura por etapas interconectadas entre sí, de tal manera que la terminación de una etapa impide para el inicio de la siguiente, sin que pueda reanudar el proceso a la que acaba de finalizar.

Principio de la *residualidad* de la nulidad, que predica que la nulidad procesal adquiere relevancia solo en tanto no exista otro medio procesal de subsanar la irregularidad. Por este principio se dice que la nulidad tiene una naturaleza extrema.

Como se observa, es de la esencia de la nulidad procesal la corrección de *actos irregulares* en el proceso, que turben su transparencia. Surge entonces, en materia del tópico concreto analizado, es el de la nulidad procesal como solución al problema de la incorrecta o indebida calificación jurídica de la imputación, un interrogante fundamental, el de si ¿es dicha actuación indebida de la Fiscalía, la de la incorrecta calificación susceptible de ser considerada como un *acto irregular del proceso*? Al respecto es pertinente aclarar un poco sobre el asunto del concepto irregularidad sustancial del proceso, y su circunscripción al instituto de la nulidad procesal, y a los efectos de nuestro problema en estudio.

Las instituciones jurídicas medulares ostentan un fin o finalidad que les da fundamento, y

a partir de los cuales se debe realizar su delimitación. La nulidad procesal lo que pretende es la conservación de la estructura del proceso a la manera de que no altere la finalidad de este, esto es, la resolución del conflicto a través del debido procedimiento, es decir, el previsto en las normas constitucionales y legales como proceso justo. Dicho lo anterior cabe preguntarse, ¿es la nulidad el instituto jurídico y el recurso procesal idóneo para la solución al problema de la indebida calificación jurídica de los cargos constitutivos de la pretensión punitiva estatal? A partir de la principalística sentada a la manera de criterios orientadores de la nulidad, y de la teleología que se le ha reconocido en este apartado a la misma, parece que el instituto de la nulidad visto como solución de la problemática abordada no es el mecanismo jurídico-procesal idóneo para dicha solución. En la medida que allí no se está en presencia del concepto acto irregular, y no la hay precisamente porque lo irregular es lo que se ha hecho contrario a la ley procesal, a la norma que define la estructura del proceso, y en estos supuestos la definición de la pretensión punitiva se ha hecho acorde con esta estructura procesal, en la etapa pertinente para ello y dentro de los términos precisos. El problema es, entonces, la búsqueda del mecanismo propicio por su idoneidad para afrontar esta cuestión de la indebida calificación, para lo cual es pertinente acudir a la interpretación que la doctrina del derecho procesal general ha planteado al respecto.

Ello se justifica en la medida que en la teoría del derecho es reconocido como legítimo el recurso a la teoría general del proceso como metodología de abordaje de los problemas comunes presentados en las distintas normatividades procesales. Así, debe surgir entonces la pregunta, de cuál es la solución que se brinda en el ámbito de los coexistentes ordenamientos procesales cuando las pretensiones que presenta el interesado en la decisión judicial son plasmadas en indebida manera? Se decide decretando la nulidad procesal para corregir este acto irregular y así el demandante pueda iniciar nuevamente el proceso? La respuesta, obviamente es diferente: se decide rechazando la pretensión, en cuanto los caracteres del juez de tercero e imparcial impiden que desbalancee el principio de paridad para demandar o igualdad procesal y delimite la pretensión cómo

él considera debe formularse, independientemente de que observe que existe un derecho que tutelar o un conflicto que requiere de tutela judicial efectiva que realizar: ello en la medida que él es y será juez solo en tanto, en cuanto, conserve su carácter de imparcial y tercero, que si bien es cierto no significan que no puede fallar, también lo es que debe cumplir esta función respetando la posibilidad material de igualdad procesal y la consiguiente contradicción, para que precisamente proficiera un fallo producto de una verdad procesal cognoscitiva y no estricta y simplemente decisonal.

La lógica jurídica y la unidad del derecho nos deben permitir razonar similarmente cuando la problemática se analice en el ordenamiento procesal penal. Si habiéndose conservado la estructura del proceso, como sucedió en el *sub iudice*, habiéndose tenido el amplio debate procesal tanto en la instrucción como en el juicio, acentuado este en el juicio, en el cual desde luego estuvo presente el legítimamente interesado en la pretensión punitiva, actuación en la que pudo invocar la solicitud de reformulación de la pretensión, posibilidad que no ejerció el instructor, y teniendo en cuenta que el pliego de cargos se mantuvo incólume en su formulación por el titular de su definición, lo subsiguiente es considerar entonces, a la luz de la doctrina de la teoría general ya vista, que la pretensión punitiva estatal fue mal formulada y que su definición en forma desfasada de la realidad procesal debe conllevar no a una nulidad procesal como se sostiene por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, dado que no se está aquí ante un quebrantamiento de la estructura del proceso por un acto irregular, sino a la decisión absolutoria, como consecuencia del rechazo de la pretensión punitiva.

Vista en una perspectiva menos general, la solución de la nulidad procesal también puede ser rechazada atendiendo a las consecuencias jurídicas de la misma en el caso concreto. Para este planteamiento, se tiene como punto de partida una importante recomendación formulada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el estudio que, bajo la dirección del profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, recomienda a la comunidad jurídica latinoamericana en materia de nulidades procesales:

"(...) Prescindir de cualquier declaración de nulidad fundada en una violación de formas que no afecte garantías o que, *en caso concreto, sea perjudicial para las partes (...)*". Resaltado agregado. (Cfr. "Sistemas penales y derechos humanos", en *América Latina*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986, pág. 164).

Partiendo de este punto de vista, la de las consecuencias en el caso concreto, debemos preguntarnos, ¿cuál sería en este proceso el plexo consensual [sic] de la declaratoria de nulidad? Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta, preliminarmente, que los procesados se encuentran capturados desde hace 15 meses, que el delito que se avizora como cargo imputable a ellos es el de encubrimiento en alguna de sus modalidades sea por favorecimiento o por receptación (aunque, se insiste, es una cuestión eventual e indefinible por el despacho, ya que ello dependería del devenir de un nuevo proceso), los cuales están penados con arresto y prisión que parten de un mínimo de 6 meses y 1 año respectivamente, y a la luz de los criterios fijatorios [sic] de la pena, la ausencia de antecedentes de todo orden de parte de estos, la imponible deberá mantenerse dentro de los estrictos ámbitos del mínimo, a lo que sigue interrogarse entonces, ¿hasta qué punto va a tener utilidad el retrotraimiento del proceso para que se les declare responsables (si es factible hacer ello, lo cual es por ahora una simple elucubración) de una sanción que ya habrán cumplido en ese momento más que completamente.

Y un segundo interrogante, que no por formularlo en este orden es el menos importante, si ¿sería tachable una decisión en tal sentido de respetuosa de principio de dignidad humana y del fin-valor de justicia, partiendo del posible desenlace procesal antes descrito, sometiendo a los procesados a una nueva penosidad [sic] que por naturaleza involucra el proceso penal? Indiscutiblemente una decisión contraria a la aquí propugnada contrastaría con la equidad como criterio metajurídico de indefectible consulta por la función judicial en la producción de sus decisiones, valor que está, a la vez, contenido dentro del sistema de fuentes constitucionalmente diseñado por el constituyente primario para la jurisdicción en dicha tarea, a la manera de fuente material y criterio axiológico auxiliar —aunque no por ello

inspreciable— de la función de decir el derecho que compete legítimamente a la jurisdicción.

Responder este interrogante sobre el respeto a la decisión judicial por el principio-derecho a la dignidad y por el fin estatal metaético de un orden justo, presupone también una construcción argumentativa acudiendo a la hermenéutica de un hecho penal de principios, por lo que resultan inadmisible [sic] las palabras del profesor JUAN GONZÁLEZ cuando manifiesta, respecto al ejercicio del poder punitivo del Estado, del cual la jurisdicción es el mecanismo de racionalización,

“(…) Todo acto de poder del Estado colombiano, es decir, todo acto funcional de cualquiera de sus autoridades, tiene que promover, dentro del marco de los principios de legalidad de las relaciones públicas y de igualdad de todas las partes ante la ley, los ‘fines esenciales del Estado’: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Const. Pol., art. 2º-1). La ‘prevalencia del interés general’ no puede regir frente a los derechos fundamentales y a los derechos humanos internacionales, pues entonces estaríamos en un Estado supra individualista o colectivista y no frente a un Estado social y democrático de derecho en cuyo ámbito prevalecen tales derechos de la persona humana”. (Cfr. *Principios rectores del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1998, pág. 102).

Seguimos el orden de la labor argumentativa, la última posibilidad hermenéutica a adoptar, entonces, la de la absolución, interpretada sobre la que se procederá a razonar a continuación. Al respecto, los tratadistas BERNAL Y MONTEALEGRE, analizando la postura de la absolución, de la cual son partidarios, siempre y cuando el fiscal en la etapa del juicio se haya abstenido de corregirla, comentan la postura que al respecto adoptó la sala penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en auto del 25 de mayo de 1993, con ponencia del magistrado Germán Maquín Grillo:

“(…) El Tribunal Superior de Cundinamarca tiene que en el actual sistema procesal, el juez

no puede declarar la nulidad por error en la denominación jurídica del delito, porque de acuerdo con la Carta Política la función de acusación está en la obligación de proferir sentencia en concordancia con los cargos formulados, sin que le sea permitido variar la adecuación típica realizada. De conformidad con el sistema acusatorio vigente, es posible proferir absolución cuando el fiscal ha seleccionado, equivocadamente en la acusación, el tipo penal correspondiente (...).” (*Op. cit.*, nota 454, pág. 502).

Si retomamos como punto de partida en el análisis de esta posibilidad de decisión, el aspecto relativo a la inconveniente consecuencia de la nulidad en cuanto a lo que al cumplimiento de la pena eventualmente imponible a los procesados y al acrecentamiento de la penosidad [sic] que la continuidad del procesamiento implicaría para los sindicados, así como el punto relativo a la posibilidad que tuvo el fiscal en el debate que devino en el juicio de reformular para corregir su pretensión, cuestión de la que se abstuvo por propia decisión; y la valoración de la ausencia de certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados por los delitos imputados, así como el análisis del derecho penal fundamental abordado, y si tenemos en cuenta la defensa realizada en nuestra argumentación de la preceptiva del juez natural como juez tercero, imparcial e independiente (en este caso independiente de la agencia fiscal), muy seguramente la decisión absolutoria adquiere la fundamentación de mayor entidad argumentativa, por cuanto realiza de manera efectiva el derecho material de acceso a una jurisdicción que propende por una verdad procesal cognoscitivista, legitimada en su reconocimiento de los principios y valores constitucionales y en los derechos fundamentales, por cuanto la pretensión punitiva no logró demostrar los fundamentos en que se basó, ni el trabajo probatorio realizado arrojó el resultado sobre la responsabilidad penal y la certeza de la misma que imputó como pretensión punitiva a los procesados. Así pues, se dictará fallo absolutorio en favor de los procesados por lo concerniente a los punibles de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado por los que fueron acusados.

Proferir un fallo condenatorio por el delito que las pruebas allegadas reflejan son responsables,

los procesados, de conformidad con la conducta por cada uno de ellos desplegada, esto es, el de receptación, además de constituir una vulneración del reparto competencial [sic] exclusivamente atribuido por el Constituyente a la Fiscalía General de la Nación (Const. Pol., art. 250, concordado con el art. 235 num. 4, de la misma norma), el principio-derecho del debido proceso y el derecho de defensa de los sindicados (Const. Pol., art. 29), en la medida que estaría emitiendo un pronunciamiento judicial que aborda supuestos fáctico-jurídicos que no fueron nunca materia de controversia ni de discusión procesal, lo que además sería soslayar la congruencia que debe existir entre resolución de acusación y sentencia. La identidad entre fallo y cargo formulado fue regulada como instituto fundamental del sistema procesal penal colombiano, estructurado como tendencialmente acusatorio y como reconocedor de la separación de las funciones de investigación (acusación) y juzgamiento en la Fiscalía y la jurisdicción, respectivamente, como garantías del respeto del derecho de defensa como expresión fundamental del debido proceso, visto como pretensión de un proceso justo, emanación del fin estatal de un orden justo.

Refuerza la solución de la absolución, el estudio de la forma como fue regulada la problemática de los presupuestos o alcances bajo los cuales fue conservada por el legislador nacional esta exigencia fundamental de la identidad del cargo de la resolución de acusación con el fallo, y que han sido interpretados en Colombia bajo la perspectiva de una posición mixta, esto es, constituida por la exigencia de consulta que debe hacer el fallo no solo del hecho histórico investigado, sino también de encuadramiento del cargo dentro de un tipo concreto de la parte especial, sistema que ha sido matizado por la jurisprudencia colombiana en lo que a este último aspecto respecta, con la exigencia de encuadramiento de la imputación “dentro del capítulo contentivo del bien jurídico lesionado y del verbo rector con la conducta penal realizada. Bajo la égida de ninguno de los dos sistemas, ni siquiera del matizado, sería válido jurídicamente proferir un fallo condenatorio por el supuesto de hecho realmente realizado por los sindicados, pues no se encuadra la receptación en el capítulo contentivo de los tipos de injusto

con los que el legislador ha dado protección penal a los atentados contra el patrimonio económico y la libertad personal, que fueron los imputados en la resolución de acusación.

Sentados los precedentes razonamientos y el consecuente proceso de argumentación por el que se llegó a los mismos, deberá en consecuencia absolverse a los cinco procesados por el cargo de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado.

*De la imputación del cohecho por dar u ofrecer:*

Seguidamente debe abordarse el análisis de los presupuestos de sentencia condenatoria con respecto al procesado Mauricio Alberto y el cargo de cohecho por dar u ofrecer que le fuera imputado en el pliego de cargos.

La decisión de formular esta acusación fue adoptada por la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Medellín encargada de desatar el recurso de apelación interpuesto por los titulares de la defensa en contra de la providencia calificatoria, la cual, valga decirlo, habría sido en este asunto, preclusiva de la instrucción por este punible. Sin embargo, consideró la funcionaria de segunda instancia, que la calificación por este hecho era procedente, por cuanto los agentes encargados del procedimiento y que realizaron ratificación y ampliación de sus testimonios “(...) fueron claros, concretos, sinceros, en informar, así mismo, del ofrecimiento de dinero que, para desistir del procedimiento en su contra, había proferido uno de los antisociales Mauricio Alberto, garantizándole, al mismo tiempo, que solo era decir la cantidad exigida, y pronto, en cuestión de media hora, la tendrían disponible”. “(...) Esos testimonios dignos de entera credibilidad, que ratifican y amplían ese hecho, en sus detalles, en sus elementos constitutivos, están tipificando (sic) esa infracción, la de cohecho por dar u ofrecer, en contra de la administración pública (art. 143), cuando, por otro lado, no puede esperarse que el corruptor tenga interés en aceptarlo, o sus compañeros de fechorías en corroborarlo, como las únicas personas, diferentes a los uniformados, que, (sic) a esa hora y en ese lugar se encontraban; siendo por lo consiguiente, legal proceder a incluirla en el pliego de cargos (...)” (fls. 357).

Considera el despacho que el análisis de la prueba testimonial con la que se ordenó la revocatoria de la preclusión por este ilícito en contra de Mauricio, generador de la consecuente orden de incorporación de este al pliego de cargos, amerita un análisis de mayor entidad de dicha prueba testimonial, entidad que era requerida para desvirtuar la argumentación que en la primera instancia había sido esgrimida como fundamento de la preclusión, en la cual afirma el titular de la instancia en primera instancia: "(...) La prueba que se aporta penal en contra de Mauricio Alberto no le atribuye (sic) el cargo de cohecho no satisface las exigencias del (sic) arts. (sic) 441 del C. de P. Penal por que (sic) son los agentes de la policía los únicos (sic) que en contra de Mauricio Alberto han declarado señalándolo (sic) que recibió (sic) dinero con tal de que no se llevara a cabo la captura de ninguno de los sindicados y los agentes son personas interesadas en que se atienda al delincuente y por ello no son declaraciones imparciales por lo que se necesita el apoyo de otra prueba que por sí sola señale (sic) autoría del delito de cohecho y como Mauricio Alberto ha negado rotundamente haber ofrecido dinero a los policías y ningún otro cosindicado lo ha forzado es concluir que no se reúnen los requisitos del art (sic) 4413 del C. de P. Penal, incluyendo la investigación por el precitado delito (...) (fls. 309).

La contradictoria argumentación de primera instancia instructoras, vistas aquí en materia de valuación argumentativa a pesar de la jerarquía funcional que las caracteriza, nos obliga desde luego a efectuar algunas reflexiones en torno a los presupuestos de la sentencia condenatoria que contiene el artículo 247 del Estatuto Penal Procesal, esto es, a la exigencia de certeza respecto de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado. De ello se desprende el despacho seguidamente.

Para el primero de los aspectos debe acudirse a la descripción del supuesto de hecho que realimenta el tipo de injusto contenido en el artículo 143 del Estatuto Penal, "Cohecho por dar u ofrecer", consistente en el uso indebido de los verbos rectores "dar" u "ofrecer" con el fin de obtener un beneficio u otra utilidad al servidor público con el fin de retardar o evitar la realización de un acto propio de las funciones del cargo. La existencia

de este comportamiento penalmente desvalorado debe determinarse partiendo de los medios de prueba que para su investigación fueron allegados. Se tienen en el proceso como medios de prueba, los testimonios de los agentes que realizaron el procedimiento de captura, así como las versiones de los procesados, especialmente la de Mauricio Alberto, directamente acusar como autor de este punible. Así las cosas, tiene sentido acudir a la teoría del testimonio que ha sido elaborada a través de la doctrina de la prueba. El testimonio requiere, para poder ser invocado como medio de convicción judicial, de diferentes requisitos, caracterizados por la doctrina como de existencia, de validez y de eficacia. Su mención es pertinente teniendo en cuenta la importancia del presupuesto analizado:

Requisitos de existencia del testimonio:

1. Que sea declaración de un tercero, entendido este como alguien no interesado en el proceso.
2. Que dicha declaración sea personal, es decir, directamente realizada por el testigo.
3. Que verse sobre hechos, es decir, no debe trasladarse a valoraciones allende a lo fáctico.
4. Que se refiera a hechos ocurridos antes de la declaración.

Son de validez los siguientes requisitos:

1. La petición y/u ordenamiento legales.
2. La legitimidad del funcionario para la recepción de la declaración.
3. Debe ser juramentado.
4. El declarante debe tener capacidad física y psíquica del declarante.
5. Observancia de las formas legales previstas para la práctica de las pruebas.

Se consideran de eficacia los siguientes aspectos:

1. La conducencia del testimonio.
2. Su pertinencia.
3. La capacidad física y psicológica del declarante para percibir, y demostrable en su declaración, según su capacidad de recordar.
4. Razón del dicho o ciencia del dicho del testigo. Referido a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia y conocimiento de los hechos que se investigan.

Es clara la doctrina en considerar que la falta de uno de estos elementos desvirtúa la convicción que respecto de la certeza de los hechos pueda generar el testimonio, en la forma respectiva a cada categoría, esto es, inexistencia, invalidez e ineficacia según el requisito que falte, convicción que debe ostentar una exigencia en cuanto al grado de presencia de estos requisitos mayor, teniendo en cuenta que aquí la prueba testimonial es única, es decir, de ser fundadora de certeza, será prueba plena. Analicemos entonces los diferentes testimonios de los agentes a la luz de estos requisitos de convicción:

El agente Bernardo, manifestó al respecto: "(...) Yo le pregunté al joven Mauricio que es lo que está pasando allá adentro como (sic) es la vuelta y este me contestó tranquilo agente no haga mucho escándalo que esto se puede arreglar solo déjeme hacer una llamada y en media hora tiene la plata que Ud. quiera, luego me dijo cuando cuanto (sic) quiere, yo le contesté cuánto me puede pagar y me dijo solo pida que la plata está aquí en media hora, cuando vió (sic) que ya no podía llegar a un arreglo con nosotros" (fls. 18 vuelto).

El agente Londoño afirma "(...) cuando los tuvimos a todos juntos *nos dijeron* que como era la vuelta que ellos con una llamada que hacían conseguían la plata tapar el caso y por lo tanto *trataron* de sobornar al dispoctino (sic) y los escuchamos (...) preguntado: díganos Ud. recuerde (sic) cuál de los sujetos capturados fue el que trató de sobornar a los agentes. Contestó: Hay (sic) *todos hablaron* de que habláramos (...) (fls. 17, frente) —cursiva agregada—.

Por su parte, el agente Oscar, narró: "(...) y 17 fueron capturados por la policía y se les preguntó que cómo era la vuelta le dijo Bernardo y *ellos nos* ofrecieron plata y dijo uno que no era sino hacer una llamada y llegaba la plata y hay *ellos hablaron y decían* lo mismo que dijera cuánto y el agente les dijo que cuánto daban y *ellos decían* que no era sino hacer una llamada y llegaba la plata, no me acuerdo qué les contesto Bernardo (...) (fls. 20 frente) —cursiva agregada—.

El sargento Manuel, encargado del operativo manifestó al respecto: "(...) Preguntado: díganos que insucesos se presentaron en la captura. Contestó: Sí en la captura sí (sic) hubo *alguno* que

trató de sobornar al agente Bernardo que como era la vuelta con esto quiere decir que a lo mejor nosotros lo íbamos a dejar que se fueran por alguna cantidad de dinero que ellos nos iban a suministrar, ellos u otra persona (...) (fls. 22, frente) —cursiva agregada—.

La valoración de estas declaraciones, a la luz de los requisitos de convicción vistos anteriormente, denotan la existencia de dos disfunciones en la verificación de estos: en lo que a la razón del dicho se refiere, y en cuanto al aspecto de la tercera o imparcialidad de las versiones. En cuanto al primer aspecto, dejan dudas acerca del origen de la propuesta de ofertar el dinero las tres primeras versiones transcritas, por cuanto el propio agente Bernardo, a quien supuestamente Mauricio realizó la propuesta, menciona que fue este de quien provino y seguidamente, contradiciéndose en ello, habla de que fueron todos los sindicados los que confluieron en realizar esa oferta. Pero estas dudas acerca del origen de la oferta de dinero no solo son visibles en torno a la persona del acusado, sino también en lo que a la actitud de los policías respecta, pues, cómo interpretar la aparente disposición mostrada por los gendarmes para "hablar de la vuelta" con los procesados. La claridad y precisión de estos testimonios que motivaron a la fiscal de segunda instancia a incluir este delito en el pliego de cargos, no parecen tener recibo a la luz de las reglas interpretativas de este medio de prueba, falencias que si bien podían (por qué no, y sobre ello considera el despacho que no es menester pronunciarse) fundamentar la emisión de resolución de acusación en contra de Mauricio Alberto, dado el requisito de convicción exigido para optar por esta decisión —el de la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad—, no pueden ser soslayadas a la hora de reconocer en este punto la existencia de duda razonable en favor del sindicado, al punto de fundamentar su absolución por este cargo.

Téngase en cuenta que la actitud responsiva de los ratificantes denota su interés previo en llegar a un arreglo sobre "la vuelta" con los sindicados, al punto que el argumento en que basó la preclusión por este punible el delegado fiscal de primera instancia, esto es, la de la inexistente imparcialidad de los gendarmes, es aceptable como

argumento racional para adoptar esta afirmación y desestimar estos testimonios, porque la imparcialidad o desinterés en los resultados de su declaración, no se aprecia como presente en las raciones vertidas, en la medida que no habiendo llegado policías y capturados a un acuerdo cuya iniciativa se vislumbra como procedente de los mismos en lo que a la solicitud de dinero respecta, no puede haber convicción que genere ese grado de certeza requerido para con [sic] presupuesto de la existencia del hecho punible.

Es lógico pensar que si los policías no obtuvieron posibilidad de arreglo con los hoy sindios —inferencia que se extracta de la propia declaración del testigo de cargo contra Mauricio, agente Bernardo—, no actúen con la característica de *tercería* que tome la versión que rinden una declaración testimonial digna de ser considerada plena prueba de la existencia del ilícito, razón por la cual, al ser de dudosa existencia (en las categorías de convicción antes reseñadas), y de menguada razón en sus dichos (refiriéndose a los requisitos de convicción propia de dichos), la consecuencia jurídico-procesal a inexistencia del presupuesto procesal "cerca del hecho punible", dado que no se puede comparar con declaraciones portadoras de tales evidencias la autoría del acusado de tal comportamiento afrentatorio [sic] de la administración pública, en virtud de que existen dudas de entera razón que por mandato constitucional y legal deben ser resueltas en favor del procesado, por ende, al generar el rechazo de la pretensión punitiva, deben conllevar a la consecuente absolución por el instituto de la "duda razonable".

Recuérdese que la duda, como estado intelectual del juez respecto a la verdad procesal, cuando es razonable, debe ser siempre interpretada en favor del procesado. A ella puede llegar el juez, como dice José Cafferata Nores, porque se encuentra en

"(...) una indecisión del intelecto puesta a elevarse entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmar y los elementos que inducen a negarla, todos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizás sea una oscilación, porque el intelecto se lleva hacia el sí y luego hacia el no, sin

poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga suficientemente como para hacerlo salir de esta indecisión pendular". Citando seguidamente a Claria Olmedo (nota 7) "Hay duda cuando los motivos que conducen a afirmar y a negar se presentan en paridad de volumen" (...) (Cfr. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, pág. 647) —curativas originales—.

En torno a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, como consecuencia del estado intelectual "duda" en que pueda encontrarse el juez, expresa el mencionado autor:

"(...) La duda (*lato sensu*), que al comenzar el proceso tiene poca importancia ... va cobrándola a medida que se avanza, aumentando el ámbito de su beneficio, ... hasta llegar a la máxima expresión de su alcance en el dictado de la sentencia definitiva (en el cual la improbabilidad, la duda *stricto sensu*, y aun la probabilidad impedirán la condena del imputado). ... En este último es cuando se evidencia con toda su amplitud este principio, pues, como ya se vio, el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la certeza acerca de la culpabilidad del acusado. *De ello se sigue que en caso de incertidumbre, este deberá ser absuelto: in dubio pro reo*. ... Esta máxima deriva del principio de inocencia ... que le proporciona su justificación político-jurídica, pues solo en virtud de él se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al imputado, lo beneficie (...)" (*ibidem*, págs. 10 y 11).

Así las cosas, se absolverá al procesado Mauricio Alberto por el cargo punitivo de "cohecho por dar u ofrecer", de conformidad con lo precedentemente expuesto al respecto.

Se ordenará la libertad inmediata y provisional de los procesados, siempre y cuando otra autoridad no lo requiera, acatando lo estipulado por el artículo 415, numeral 3, en concordancia con el 419, debiendo estos para hacerse acreedores a ella prestar caución prendaria de \$10.000 cada uno, excepto Mauricio que deberá depositar una de \$20.000, con la cual se comprometen estos a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 419 del Estatuto Penal Fundamental.

Ejecutoriado este fallo procedase a dar el respectivo informe de su contenido a las autoridades judiciales y administrativas.

Sin necesidad de más consideraciones, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA:

*Primero: Absolver* a los señores Andrés Nayi, Jesús Hernando, Juan Manuel y Alexander Alexis, de notas y condiciones civiles insertas en esta providencia, de los cargos que les fueran lanzados por la Fiscalía en la resolución de acusación, de *secuestro simple*, en concurso con *hurto calificado y agravado*. Las razones para ello quedaron expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

*Segundo: Absolver* al señor Mauricio Alberto, de notas y condiciones civiles insertas en esta providencia, del cargo punitivo lanzado por la Fiscalía en la resolución de acusación, de secues-

tro simple en concurso con *hurto calificado y agravado y cohecho por dar u ofrecer*. Las razones para ello quedaron expuestas en la parte motiva de esta decisión.

*Tercero:* Como consecuencia de lo anterior, otórgase a los señores Andrés Nayi, Mauricio Alberto, Juan Manuel, Jesús Hernando y Alexander Alexis, la libertad inmediata y provisional, siempre y cuando otra autoridad no lo requiera. Para ello, deberán prestar caución prendaria cada uno por valor de diez mil pesos (\$10.000), excepto el procesado Juan Manuel que deberá depositar la suma de veinte mil pesos (\$20.000), en la cuenta que este despacho posee en la caja agraria, y debiendo de contera suscribir diligencia en la que se comprometan a cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo 415, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 419 de la misma obra.

*Cuarto:* Una vez ejecutoriado el presente fallo, dese informe de lo pertinente a las autoridades judiciales y administrativas.