COAUTORÍA/ Difiere de la complicidad en el grado de compromiso en la comisión del delito/ La falta del aporte del coautor afecta la materialización de la conducta/ División funcional del actuar delictivo/ Requisitos para determinar la coautoría impropia del sujeto que desempeñó la labor de vigilancia/ Dosificación punitiva

“En ese orden de ideas puede plantearse que la intervención del señor Castro Gaviria fue más allá del supuesto de complicidad deducido en la sentencia recurrida, pues se demostró que hizo parte del grupo que planeó la comisión del hurto; cumplió la tarea que le fue encomendada al prestar labores de vigilancia dirigidas a que no se frustrara el curso causal del suceso, y siempre estuvo al tanto del mismo, lo que se comprueba con el hecho de que permaneció en el sector donde fueron capturados Jefferson García Henao y César Augusto Quintero, por lo cual en los términos del artículo 29 inciso 2º del C.P, se puede concluir que realizó un aporte importante para la consumación de la conducta delictiva, ya que para los autores del delito era esencial la presencia de una persona en cercanías del predio asaltado, que estuviera presta a avisarles de cualquier intervención de las autoridades que pudiera impedir la consumación del robo.”

“(…) la sanción para el señor Castro Gaviria se fijó inicialmente en 18 meses 20 días de prisión, que luego fue reducida en otra ¼ parte al considerarse que actuó como cómplice del delito.

“En virtud de la presente decisión de segunda instancia en torno al único tema sobre el que versó el recurso interpuesto, esto es que el señor Castro Gaviria fuera sentenciado como coautor y no como cómplice del hurto calificado y agravado, se respetará el marco punitivo acogido en el fallo de primer grado y en consecuencia se fijará una pena de 18 meses 20 días de prisión al procesado Castro Gaviria. Por el mismo término se impondrá la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias del 30 de octubre de 1984 -rad. 26868-, del 21 de agosto de 2003 –rad. 19213- y del 26 de septiembre de 2006 –rad. 25741-. Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, providencia de 11 de noviembre de 2014 –rad. 66001 60 00 035 2010 04845 01-,

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 109

Hora: 2:48 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **6600161 0000 2006 -00006**  |
| **Procesado** | **Ricardo Castro Gaviria**  |
| **Delito** | **Hurto calificado y agravado** |
| **Juzgado de conocimiento**  | **Juzgado Primero Penal de conocimiento de Dosquebradas**  |
| **Asunto**  | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia.** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal de conocimiento de Dosquebradas, en la cual se condenó al señor Ricardo Castro Gaviria a la pena principal de 14 meses de prisión como responsable del delito de hurto calificado agravado, en calidad de cómplice.

**2. ANTECEDENTES**

2.1. El supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 30 de agosto del año próximo pasado, a eso de las 22:15 horas, cuando los señores RAUL GONZAGA DUQUE, JUAN PABLO RAMÍREZ, FABIO ARISTIZABAL ARANGO, ESPERANZA ROMERO VIDAL, AMILVIA Y JOHANI, se encontraban en la Hacienda Guadalupe ubicada en la Vereda El Tigre compresión municipal de Pereira, fueron sorprendidos por tres (3) sujetos quienes portando arma de fuego intimidaron primeramente al señor RAÚL GONZAGA DUQUE, a quien luego de decirle que no pasaba nada lo amordazaron y lo dejaron sobre la cama de la habitación. Transcurrido un cuarto de hora aproximadamente el señor GONZAGA DUQUE logró desatarse e ingresó a la oficina de la hacienda con el propósito de dar aviso al propietario del inmueble con tan mala suerte que fue nuevamente sorprendido por dichos sujetos quienes lo golpearon, lo amarraron y lo llevaron a una habitación del*  *establo donde fue reunido con JUAN PABLO RAMÍREZ, quien se encontraba amarrado, durante el tiempo que permanecieron en dicho lugar frecuentemente eran vigilados por los asaltantes quienes ingresaban a la habitación y golpeaban con un machete al señor Raúl Gonzaga para que éste les hiciera entrega de las llaves de la casa donde pernocta el Patrón.*

*Narra el denunciante GONZAGA DUQUE, que durante ese lapso los asaltantes intentaron a los golpes obtener dicha llaves las cuales no les entregó por cuanto no las tenía en su poder; al punto que le introducían el cañón del arma en la boca y le decían que lo iban a matar.*

*Transcurrido hora y media, ingresó a la habitación el conductor de la finca llamado GEOVANY quien les manifestó que ya se habían ido los facinerosos, por lo que se soltaron y se dirigieron al potrero de la finca a esconderse, al cabo de un tiempo escuchó timbrar el teléfono de la finca por lo que contesto siendo su interlocutor el señor FABIO ARISTIZABAL, dueño de la heredad a quien informaron de todo lo acontecido para que éste avisara a las autoridades de Policía.*

*Una vez superado el insuceso se dio a la tarea de verificar que elementos habían sido hurtados de la finca comprobándose que dichos sujetos se habían hurtado: $565.000 pesos en efectivo, un FAX marca Sansung (sic), un teléfono celular marca MOTOROLA, y las llaves de la finca, tasando los daños en la suma de $1.165.000 pesos.*

*Informada la Policía sobre los hechos materia de esta investigación se desplegó un operativo tendiente a capturar a los responsables del hurto, por lo que una patrulla que se desplazaba por la vía principal que de Cerritos conduce a Pereira, observó a dos transeúntes que venían a la altura de las Bodegas de Gaseosas Glaciar, personas estas que fueron identificadas como JEFFERSON GARCÍA HENAO Y FABER GORDILLO BERMÚDEZ y/o CÉSAR AUGUSTO QUINTERO CARDONA quienes fueron requisados sin encontrar en su poder elementos o evidencias que los vinculara en ese momentos con el reato denunciado, sin embargo a registrar los alrededores a unos 50 metros aproximadamente del lugar donde estos se encontraron, fue hallado un maletín de color azul junto a un matorral el cual contenía en su interior un FAX marca Sansung (sic) SF800 color gris, tres Handy Motorola T5700, un cargador de batería para los Handy Nro. 03119-0091835, por lo que se procedió a conducir a los señores GARCIA HENAO Y GORDILLO BEMUDEZ, hasta las instalaciones de la estación de policía donde fueron reconocidos por el señor RAUL Gonzaga DUQUE, como los sujetos que momentos antes habían hurtado en la Finca Guadalupe, además reconocieron los elementos hallados anteriormente como de propiedad de la hacienda, por lo que se procedió a la entrega de los mismos.*

*(…)*

*En desarrollo del programa metodológico el Investigador de Policía Judicial realizó actos de investigación que permitieron identificar e individualizar al señor RICARDO CASTRO GARCÍA y GIOVANNI GONZÁLEZ GARCÍA, como los presuntos coautores del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, ello se infiere de la información legalmente obtenida, de las evidencias físicas y entrevistas recepcionadas a los testigos presénciales de los hechos que hoy nos ocupa.*

*Fue así como el investigador EDICCSON FREDY GÓMEZ GIRALDO, logro establecer que el señor RICARDO CASTRO GAVIRIA, vivía igualmente en Leningrado II, Mz 21- Cs 90 al igual que el señor GEOVANNY y las demás personas mencionadas (JEFFERSON GARCÍA HENAO Y FABER GORDILLO BERMÚDEZ y/o CÉSAR AUGUSTO QUINTERO CARDONA) y que eran relativamente vecinos, y que no era posible la afirmación que había hecho a los policiales del procedimiento la noche de los hechos, de que estuviera laborando por una finca de la vereda, y en cuanto al señor GEOVANNY, era sospechoso que hubiese estado encerrado en una pieza diferente a los señores RAÚL GONZAGA y JUAN PABLO RAMÍREZ, y además no haber sido lesionado y tampoco haya reconocido a los retenidos como las personas que asaltaron el lugar, a sabiendas que estos no llevaban elemento alguno en su rostro que no les permitiera su identificación.*

*Una vez se continuó con las entrevistas a la única víctima que se logró ubicar señor RAÚL GONZAGA y fuera de la ciudad y de capturar a los señores CÉSAR AUGUSTO y JEFERSON quienes se encuentran cumpliendo condena, se estableció que el señor GEOVANNY GONZÁLEZ GARCÍA, quien se desempeñaba como conductor de la finca Guadalupe, era la persona que había planeado el hecho en el Parque de Cuba, y quien había conseguido la participación de los mencionados, entrándolos camuflados en la parte de atrás de la camioneta, ya que en la entrada a la vereda, sitio la cadena era revisada por los vigilantes después de haber transportado a la secretaria de la hacienda a su casa y haber regresado después de las 10:00 de la noche y que el señor RICARDO, estuvo haciendo las veces de campanero en la hacienda asegurándose que no fueran hacer vistos por otras personas.*

*Como quiera que fue imposible la ubicación de los dos indiciados, se le dio el trámite exigido por el artículo 127 del C.P.P. por lo que el señor Juez de Garantías los declaró PERSONA AUSENTE, procediéndose a formular imputación jurídica…”.* (Escrito de acusación folio 2-9).

2.2 De conformidad con el registro de la audiencia respectiva, el 23 de octubre de 2006 ante el juzgado cuarto penal municipal con función de control de garantías de Pereira se declaró persona ausente al señor Ricardo Castro Gaviria, a quien se formuló imputación por la conducta punible de hurto calificado y agravado (art. 239, 240-2-3, y 241-10 del CP)

2.3 La audiencia de formulación de acusación se adelantó en el 5 de diciembre de 2006 (folio 13).

2.4 La a audiencia preparatoria se llevó a cabo en sesiones del 9 de enero de 2007 (folio 14); y el 13 de febrero de 2007 (folio 28).

2.5 El juicio oral se realizó el 13 de septiembre de 2007 (folio 91-95).

2.6 Se dictó una primera sentencia el 19 de octubre de 2007 (folio 99-111)

2.7 Esta colegiatura decretó una nulidad el 9 de abril de 2008 (folio 124-132)

2.8 Se cumplió la actuación ordenada el 27 de junio de 2008, y se recibió el testimonio del señor Cesar Augusto Quintero Cardona (folio 140-143).

2.9 Luego se dictó nueva sentencia el 30 de diciembre de 2008 (folio 148-157). La delegada de la FGN apeló la decisión de primer grado.

**3. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

Se trata de **RICARDO CASTRO GAVIRIA**, hijo de José Joel y de Aleyda, nacido el 26 de diciembre de 1967, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 10.128.374 expedida en Pereira.

**4. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

* De los EMP y las pruebas practicadas en el juicio se logró establecer que existió un apoderamiento de unos bienes muebles ajenos, y que para lograr dicho cometido se utilizó violencia sobre las víctimas quienes fueron amarradas, encerradas y amenazadas con arma de fuego, por parte de un grupo de personas, tres de las cuales se encuentran privadas de la libertad por el hecho investigado.
* Las personas que participaron del hecho punible investigado actuaron de manera libre y consciente a la producción del resultado, es decir que actuaron con dolo.
* El comportamiento investigado encaja en la descripción abstracta que hace el código penal en el libro segundo, título VII, delitos contra el patrimonio económico, capítulo primero del hurto, artículos 239, 240 inciso segundo, 241 numeral 10 del código penal, respectivamente.
* El acto además fue antijurídico ya que vulneró sin justa causa el patrimonio económico del señor Raúl Gonzaga Duque Vargas, quien además fue al persona que reconoció a los sujetos que ingresaron a la finca, lo amedrentaron y lo despojaron unos bienes de su propiedad.
* El señor César Augusto Cardona Quintero en su testimonio expuso que el señor Castro Gaviria en ningún momento tuvo participación en los hechos, lo cual es totalmente contrario a lo manifestado por el señor Jeferson García Henao.
* El A quo consideró que Ricardo Castro Gaviria siempre estuvo pendiente de lo que le pudiera suceder a sus compañeros y estaba presente cuando sus amigos cometieron el ilícito y salieron nuevamente a la vía, pero cuando fue capturado por los policías, con el fin de evadir la acción de la justicia le dijo a los uniformados que había sido asaltado por esos dos individuos, quienes le habían hurtaron un dinero y un celular. Cuando llevaron detenidos al procesado y los otros dos sujetos, la víctima no reconoció al señor Ricardo Castro Gaviria y por ello, los uniformados le dieron credibilidad a su versión y le hicieron entrega de un dinero y de un celular, y lo dejaron en libertad.
* Las pruebas allegadas por el ente investigador y los testimonios de los gendarmes Jhon Alzate Cadavid y Edison Fredy Gómez Giraldo, corroboran la responsabilidad que le asiste al procesado en la comisión del ilícito.
* En el presente asunto la víctima fue clara en indicar las circunstancias de tiempo y modo que rodearon el hecho investigados.
* El señor Ricardo Castro Gaviria participó en la comisión de los hechos como “campanero”, pero no a título de coautor sino como cómplice, ya que sólo se quedó en la carretera a cierta distancia de la finca donde sucedían los hechos, con el fin de avisarle a sus compañeros sobre la llegada de alguna persona. Sin embargo, no tuvo necesidad de avisar ya que sus compinches lograron abandonar el predio, luego de lo cual arribaron los miembros de la policía y les dio captura. EL señor Ricardo Gaviria fue detenido momentáneamente, pues logró engañar a las autoridades al indicar que había sido víctima de un atraco por parte de sus compañeros.
* Los uniformados que participaron en el procedimiento de captura de los implicados en el hurto, y los funcionarios que adelantaron la investigación al unísono indicaron que el señor Ricardo Castro Gaviria fue uno de los sujetos que participó en la comisión del punible, por el cual ya fueron condenados los señores Jeferson García Henao, César Augusto Quintero Cardona y Geovanny González García.
* Con la declaración de Jeferson García Henao se pudo establecer cómo sucedieron los hechos, quién los planeó y cómo actuaron cada uno de los sujetos implicados en los sucesos. Ese testigo aseguró que Ricardo Gaviria efectivamente participó en el ilícito, que se bajó y se quedó en la carretera, que no entró a la finca, y que también fue retenido, pero que le habían otorgado la libertad.
* No existe duda sobre de la materialización del hecho punible, como tampoco de la responsabilidad en la comisión de esa conducta por parte del señor Ricardo Castro Gaviria, en calidad de cómplice.
* Se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 381 del CPP para proferir sentencia condenatoria en contra del señor Castro Gaviria por el delito de hurto calificado y agravado.
* En el caso concreto los ofendidos fueron indemnizados tal como aparece constancia en la investigación.
* Al momento de dosificar la penal la juez de primer grado dio aplicación a lo dispuesto en los artículos 240 y 241-10 del CP, señalando que la pena a imponer quedaría entre los 56 meses de prisión a 180 meses. Posteriormente aumentó la sanción en una tercera parte tal como lo señala el artículo 14 de la ley 890 de 2004, quedando la pena de 74 meses 20 días el mínimo, a 270 meses de prisión el máximo.
* Aunado a lo anterior, se dio aplicación al contenido del artículo 269 del código penal, en consideración a que uno de los coautores del hecho indemnizó a la víctima, lo cual beneficiaba a todos los partícipes, razón por la cual opera una rebaja de la mitad a las tres cuartas partes, quedando entonces la pena en 18 meses 20 días el mínimo y 135 meses de prisión el máximo.
* Teniendo en cuenta que el grado de participación endilgado al señor Ricardo Castro Gaviria es el de cómplice, se hizo una reducción de la pena en una cuarta parte, motivo por el cual la pena quedó en 14 meses de prisión, y el máximo de 135 meses de prisión.
* Luego de esas precisiones, la juez señaló que los cuartos de movidilidad quedarían así: 14 y 44 meses, los cuartos medios entre 44 y 104 meses de prisión y el cuarto máximo entre 104 y 135 meses de prisión.
* Expuso que no existen circunstancia de mayor punibilidad, y en consideración a que el procesado había actuado a título de cómplice, determinó que la pena a imponer sería de 14 meses de prisión. Impuso el mismo término para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
* Como en el caso del señor Ricardo Castro Gaviria se satisfacían los requisitos del artículo 63 del CP, concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de dos años,

**5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO INTERPUESTO**

**5.1 Delegada de la FGN (recurrente)**

* Luego de hacer un recuento de los hechos, expuso que el procesado fue condenado como cómplice del hurto investigado, por haber actuado como “campanero“ en el hurto que fue realizado por dos hombres que redujeron a los habitantes de la finca “Guadalupe“ ya que la juez de primer grado consideró su intervención no fue determinante para la comisión del ilícito.
* En la sentencia recurrida se expuso que el señor Castro Gaviria fue cómplice del hurto. Sin embargo la FGN demostró que el acusado reclamó una parte de los elementos hurtados haciéndose pasar como víctima de los hechos, lo que resultó ser falso, ya que en realidad fue coautor del ilícito, pues que antes de que se cometiera el hurto se reunió con César Augusto Quintero y Jefferson García Henao, para planear el acto, acordando que esos dos individuos entrarían a la finca y que una tercera persona llamada Giovanni González se encargaría de llevarlos al predio mientras que Ricardo Castro Gaviria se quedaría prestando vigilancia para que no fueran a ser aprehendidos por la Policía.
* Ricardo Castro Gaviria fue coautor de la conducta punible investigada, ya que obtuvo provecho del hurto y actuó con el mismo dolo de los autores materiales del ilícito, tal como lo expuso el investigador de apellido Gómez Giraldo, fuera de que se cuenta con la versión del ofendido, quien dijo que parte del dinero hurtado la había recibido uno de los asaltantes, quien se benefició del asalto, pese a que no lo vio realizando el hecho.
* Citó la sentencia CSJ SP del 30 de enero de 2008 radicado 23898, para manifestar que la conducta del señor Castro Gaviria se debió adecuar a un evento de coautoría impropia frente al hurto investigado, por división funcional de la labor delictiva, lo que se demostró no solo con la prueba documental que introdujo la FGN, sino con los testimonios de la víctima; el citado investigador y lo expuesto por el señor Jefferson García, quien fue condenado igualmente como autor del ilícito.
* Pese a haberse demostrado el evento de coautoría en esa modalidad, la juez de primer grado, consideró que el procesado era cómplice del delito investigado, aduciendo que el señor Castro se quedó en las afueras de la finca asaltada para prevenir a los autores del hecho, por lo cual la citada funcionaria asimiló erróneamente esa situación a un delito de narcotráfico, sin tener en cuenta que en esa clase de conductas, los “campaneros“ reciben una remuneración por su labor de vigilancia pero no tienen una participación directa en el hecho, a diferencia de este caso donde el señor Castro Gaviria prestó un concurso esencial para la realización del ilícito e incluso se quedó con parte de los bienes hurtados.
* Por lo tanto solicita que se condene al señor Castro Gaviria como coautor del ilícito investigado. Igualmente pide que se ordene investigar al señor César Augusto Quintero Cardona por la conducta de falso testimonio, ya que en el juicio tergiversó la verdad para favorecer al acusado Castro Gaviria.

**5.2 Defensor (no recurrente)**

* Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Para el efecto hizo referencia a una decisión que había adoptado anteriormente esta Sala, donde se decretó una nulidad de lo actuado y ordenó escuchar el testimonio del señor César Augusto Quintero Restrepo.
* Dijo que se reiteraba en sus alegatos anteriores a la aludida decisión, en el sentido de que se debía absolver al acusado ya que éste no tuvo ninguna participación en los hechos, por lo cual no podía ser considerado ni como autor ni como cómplice del hurto investigado, sino que por el contrario sindicó a otras personas como responsables de ese ilícito.
* Agregó que con el testimonio de César Augusto Quintero se confirmó que el señor Castro Gaviria no tuvo intervención en el ilícito investigado, ya que este declarante dijo él intervino en el hecho, en compañía de Jefferson García y Giovanny González, igualmente sentenciados por ese ilícito, agregando que de acuerdo a esas pruebas Ricardo Castro sí estuvo con ellos en un vehículo, pero se acordó que no participaría directamente en el hurto.
* Por su parte el testigo Jefferson García confirmó que el señor Castro se limitó a quedarse fuera del predio asaltado, vigilando que no fuera a aparecer ningún miembro de la Policía Nacional.
* Por lo tanto se debe dilucidar en el fallo de primera instancia si el señor Castro intervino como autor o como cómplice del hecho, que fue realizado por las personas que ya fueron sentenciadas como responsables del ilícito, fuera de que su defendido no obtuvo ningún provecho con el hurto, por lo cual no podía ser considerado coautor de la conducta investigada.
* Hizo mención de una decisión adoptada por la Sala Penal del TS de Cundinamarca sobre el tema de la coautoría en la comisión de la conducta punible, en el caso del homicidio de Luis Carlos Galán Sarmiento.
* Fuera de lo anterior no se puede considerar que su representado haya sido autor del delito, por el hecho de haber obtenido un provecho del hurto, como lo manifestó la delegada de la FGN.
* Por las razones enunciadas solicita que se absuelva al procesado, al no haberse demostrado que fue autor o cómplice del delito investigado.

6. CONSIDERACIONES LEGALES

6.1 Esta Sala es competente para conocer del presente recurso en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34 del CPP.

6.2 Problema jurídico

En virtud del principio de limitación de la segunda instancia le corresponde a la sala definir el único problema jurídico planteado por la recurrente, cuya pretensión se centra exclusivamente en que el procesado Castro Gaviria sea sentenciado como autor y no como cómplice de la conducta investigada.

6.3 Consideración inicial

Antes de adoptar la decisión correspondiente debe tenerse en cuenta que en este caso, para efectos de la contabilización del término de prescripción de la acción penal, se debe acudir a la pena fijada para el delito de hurto calificado agravado, que va 74 meses con 20 días a 90 meses de prisión y no a la pena concreta fijada con base en lo dispuesto en el artículo 269 del CP, como consecuencia de la indemnización de perjuicios que se hizo en el proceso.

6.3.1 Para el efecto se deben tener en cuenta diversos precedentes de la SP de la CSJ, donde se ha manifestado lo siguiente:

*“Para la prescripción no se miran las circunstancias señaladas para individualizar la pena sino las específicas del delito que en cada caso particular agravan o atenúan las sanciones correspondientes “ ( CSJ SO auto 30 de octubre de 1984 , radicado 26868 )*

6.3.2 A su vez, en la sentencia CSJ SP del 26 de septiembre de 2006, radicado 25741, se examinó nuevamente ese tema y se dijo lo siguiente:

*“ (…)*

*En efecto, pretendiéndose en concreto a través de la causal invocada que la rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal afecte los extremos punitivos abstractamente fijados por la ley para el delito de hurto agravado de modo que el mínimo se disminuya en tres cuartas partes y el máximo en la mitad y dentro de los límites resultantes ahí sí el juez determine la pena a irrogar, desconoce el casacionista que aún desde la interpretación del artículo 374 del Decreto Ley 100 de 1.980 la Corte ha entendido que tal rebaja como fenómeno postdelictual no tiene el tratamiento que propone.*

*Así, en providencia de agosto 24 de 1.994 (Radicación No. 8.485) fue clara la Sala en excluir la rebaja por reparación como incidente en los límites punitivos, pues "La selección de los mínimos y los máximos es el punto de partida para la actividad individualizadora de la pena y en donde juegan papel importante los fundamentos reales modificadores demostrados en el proceso tales como la tentativa, la ira e intenso dolor, el exceso de las causales de justificación, las circunstancias específicas, etc. porque alteran en forma vinculante los extremos punitivos señalados en el respectivo tipo penal básico atribuido, y si ello es así, ha de hacerse dicha operación en forma previa para, finalmente, dar aplicación al artículo 61 del Código Penal ya para imponer el mínimo así obtenido -si no está demostrado alguno de sus presupuestos- o existiendo alguno o algunos de ellos, para hacer los incrementos necesarios según el buen juicio del fallador..."*.

*Y en fallos de noviembre 23 de 1.998 y septiembre 28 de 2.001 (Radicados Nos. 9.657 y 16.562, respectivamente), expresó: La reparación "es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal solo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.*

*"Siendo ello así, la disminución punitiva allí prevista debe entenderse referida a la dosificación judicial, no a los límites establecidos en cada uno de los tipos penales que conforman el capítulo de los delitos contra al patrimonio económico, como pareciera insinuarlo la redacción del precepto...*

*"La concreción y modificación de los extremos punitivos es de competencia del legislador, no del Juez, luego mal puede pensarse que la rebaja prevista en la norma, siendo de aplicación judicial  modifica los mínimos y máximos punitivos señalados en cada una de las citadas disposiciones penales.*

*"Obsérvese que cuando el legislador introduce este tipo de modificaciones, lo hace directamente (arts. 22, 24, 30, 60  C. P.), y si en esta oportunidad no lo hizo, sino que defirió la aplicación de la rebaja al Juzgador, es porque no fue su voluntad afectar dichos topes.*

*"En consecuencia, las rebajas establecidas en la citada disposición, en cuanto no comprometen los límites punitivos señalados en el tipo penal que define el delito realizado, no pueden afectar el término de prescripción de la acción penal, ni incidir en la determinación de la pena máxima para efectos de establecer la procedencia del recurso de casación"*.

Y más recientemente, ya en vigencia de la Ley 599 de 2.000 en sentencia de mayo 27 de 2.004 dijo la Sala: *"En el trabajo de individualización de la pena el primer paso a seguir, conforme el artículo 60 C.P., es la fijación de los límites mínimo y máximo dentro de los cuales el juez se ha de mover, extremos a los cuales se puede acceder de manera directa (consultando el tipo penal violado), o como fruto de la aplicación de las circunstancias modificadoras de tales límites cuando éstas han hecho presencia. Al respecto y con miras a determinar a cuáles circunstancias se hace referencia, dígase que son aquellas que por regla general se estructuran al momento de la comisión de la conducta, siendo -por ende- inescindibles de ésta como que permiten su individualización y la caracterizan, las cuales son predicables -entre otras razones- bien del comportamiento como tal, bien de la persona del sujeto agente o del sujeto pasivo, o bien de las propias condiciones de tiempo, modo o lugar  en que  se ejecutó el hecho, pudiéndose citar -a guisa de ejemplos- la tentativa (art. 27 C.P.), la complicidad (art 30), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (art. 32, num 7, inc 2), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la agravación en el acceso carnal violento en menor de 14 años (art. 216-1), la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico (art 267-1), etc.*

*"Concretada o individualizada la sanción, será respecto de ese quantum que se aplicarán los fenómenos post delictuales, es decir, aquellas circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta, entre las cuales caben citarse las rebajas por sentencia anticipada (art. 40 CPP), por confesión (art. 283 idem), por reparación en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269 CP), por reintegro en el peculado (art 401 CP), por retractación en el falso testimonio (art. 443 idem), por la presentación voluntaria en la fuga de presos (art. 451 ib.), etc., cómputo con el cual habrá finalizado el procedimiento de dosificación o de individualización de la sanción a purgar por el condenado"*, (Radicación No. 20.642).

*Y en providencia de febrero 28 del año en curso (Radicación No. 22.478):* *"...según lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 599 inicialmente es imprescindible establecer el ámbito punitivo de movilidad determinando los límites mínimos y máximos señalados para el delito correspondiente y dentro de los cuales se ha de mover el juez, considerando –asimismo- las circunstancias que los modifican conforme a las reglas que la misma disposición penal prevé.*

*"Resulta claro que las circunstancias modificadoras de dichos límites a las que se refiere el precepto anteriormente mencionado son las que se vinculan directamente con la pena prevista para la respectiva conducta punible al atenuarla o agravarla pudiendo ser de carácter específico, las que se relacionan con los dispositivos amplificadores del tipo, las que inciden en el grado de responsabilidad y las que se refieren a determinadas condiciones del autor, normalmente presentes antes o concomitantes con la comisión del delito"*.

*En consecuencia, la rebaja derivada de la reparación prevista en el artículo 269 de la Ley 599 de 2.000, en tanto fenómeno postdelictual o circunstancia procesal y no del punible, no afecta los extremos punitivos en el proceso de individualización de la pena, por ende su cómputo se hace posteriormente a él y en la proporción que la ley le* *indica al juez, tal fue el ejercicio que la propia Sala verificó en su decisión del pasado 22 de junio del año en curso (Proceso No. 24.817).*

*Y si se quiere más puntualidad sobre el tema -para ratificar así la doctrina de la Sala en ese punto- dígase que ni siquiera la forma verbal “disminuirá” que utiliza el legislador en el texto del mencionado artículo 269 implica que la comprobación procesal de la reparación comporte variación de los límites punitivos, como que el alcance de aquel mandato no va más allá de la obligación que a rebajar la pena se le impone al juez pero dentro de las proporciones allí mismo señaladas. El tránsito de legislaciones del Decreto 100/80 a la Ley 599/00 no hizo variar -no podía hacerlo- la naturaleza de fenómeno post delictual que siempre se le ha reconocido a la reparación, pues al fin y al cabo sigue siendo un comportamiento del sindicado, obviamente posterior al delito (nunca anterior ni concomitante), con lo cual se desborda el marco y las características que la doctrina le ha trazado a las circunstancias modificadoras de los reseñados límites.*

*Finalmente dígase que de manejarse la figura en comento no como fenómeno post delictual sino con capacidad de variación de los extremos de la pena ello aparejaría -entre otras consecuencias- el que incidiera en la contabilización de los términos de prescripción de la acción, así como en la fijación del máximo de la pena para acceder -en ley 600/00- al recurso de casación ordinaria, efectos estos que lejos están de depender o no de la referida forma de restablecimiento del derecho.”*

Esta Sala acogió el anterior en criterio en decisión adoptada dentro del proceso adelantado contra el señor Jesús Alirio Nieto Chingaté, por el delito de hurto calificado agravado radicación 66001 60 00 035 2010 04845 01, fechada 11 de noviembre de 2014.

*“Finalmente, y como quiera que dentro del proceso adelantado en contra de las demás personas involucradas en los hechos investigados, las víctimas fueron indemnizadas (folio 32), resulta oportuno dar aplicación a la rebaja de pena contenida en el artículo 269 del C.P., quedando la sanción de 27 a 105 meses de prisión.[[1]](#footnote-1)*

*Respecto a esta disminución de la sanción por indemnización contemplada en artículo 269 del CP, es oportuno recordar que no recae sobre el cómputo de los términos de prescripción de la acción penal, ello en consideración a que el acto de reparación o de indemnización es pos delictual.**Al respecto la CJS SP en sentencia del 30 octubre 1984, dentro del proceso radicado con el Nro. 26968, dijo lo siguiente: “Para la prescripción no se miran las circunstancias señaladas para individualizar la pena sino las especificas del delito que en cada caso particular agravan o atenúan las sanciones correspondientes“*

*Así las cosas, la Sala decide imponer una pena en 27 meses de prisión por el tipo de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en modalidad de cómplice, al procesado Nieto Chingaté.”*

6.4 Ahora bien, en lo que atañe al único tema sobre el cual versó el recurso de apelación, se debe tener en cuenta que la juez de primer grado manifestó en su fallo que el señor Ricardo Castro Gaviria era interviniente a título de cómplice en la conducta punible que realizaron Jefferson García, César Augusto Quintero y Giovanny González ya que su labor consistió en quedarse en las afueras del predio donde se produjo el asalto a efectos de dar aviso a Quintero y García quienes fueron los autores materiales del ilícito sobre una eventual presencia de las autoridades. Para el efecto, la juez de primer grado asumió que la labor del señor Castro en la conducta delictiva se debía asimilar al caso de un ”campanero“, la cual tampoco tuvo que cumplir porque los autores del hecho lograron salir del predio asaltado, siendo capturados después de abandonar el inmueble.

6.5 La delegada de la FGN se opuso a la decisión de primera instancia considerando que el señor Castro Gaviria debió ser condenado como coautor del delito de hurto calificado y agravado que se investiga ya que antes de los hechos se había reunido con César Augusto Quintero y Jefferson García para planear la incursión al predio donde se produjo el asalto, acordando con estos dos individuos que otro participante en el hecho identificado como Giovanni González se encargaría de transportarlos hacia la finca “ Guadalupe“, al tiempo que Ricardo Castro se quedaría en la parte exterior del fundo prestando vigilancia, por si llegaba algún integrante de la Policía Nacional.

Por tal razón la delegada de la FGN, en su calidad de recurrente, consideró que existían razones suficientes para considerar que el señor Castro García fue coautor de la conducta punible, ya que actuó con el mismo dolo de los autores materiales del ilícito y además obtuvo un provecho económico del mismo, lo que demuestra que existió una división funcional de la labor delictiva que fue demostrada con la prueba documental agregada al proceso; con los testimonios entregados por el investigador Edicsson Gómez Giraldo y más puntualmente con las manifestaciones que hizo el señor Jefferson García quien fue condenado como coautor del hurto calificado y agravado en que intervino Ricardo Castro.

Por ello la impugnante cuestionó la decisión de primer grado, en el sentido de asimilar la situación del señor Castro Gaviria a la conducta de un "campanero", que resulta ser común en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, pero presenta una variación sustancial con el caso *sub examen,* ya que las personas que cumplen esa labor de vigilancia en actos de comercio de drogas, perciben una remuneración por su labor delictiva pero no tienen una participación directa en la comisión de la conducta punible, como ocurrió en el presente evento.

6.6 Inicialmente hay que manifestar que en la proposición fáctica del escrito de acusación, se hizo una referencia inicial al hurto que fue realizado en la finca “Guadalupe” que según se indica fue realizado por tres personas, que usaron un arma de fuego, intimidaron al señor Raúl Gonzaga Duque y luego se apoderaron de la suma de una suma cercana a $565.000; un fax y un teléfono celular. El objeto material del hurto fue estimado en $1.165.000. En lo que atañe a la conducta del procesado se menciona que se formuló imputación jurídica a Giovanny González García y Ricardo Castro Gaviria, como coautores de la conducta de hurto calificado agravado. En lo que atañe a Castro Gaviria se expuso lo siguiente: *“…El señor RICARDO, estuvo haciendo las veces de campanero en la hacienda asegurándose de que no fueran hacer (sic) vistos por otras personas “*

6.7 Al examinar la prueba practicada en el proceso, se advierte que no existen dudas sobre la existencia la conducta punible, esto es sobre el asalto que se presentó en el predio citado, que de acuerdo a lo manifestado en el juicio por el señor Raúl Gonzaga Duque Vargas, fue cometido por dos individuos que lo amenazaron con un cuchillo y una pistola, lo golpearon y luego lo llevaron hasta el establo de la finca, donde igualmente estaba atado otro empleado del fundo llamado Juan Pablo. El señor Duque Vargas manifestó que habían hurtado un equipo de fax, lo mismo que $600.000 pesos que eran de su propiedad, de los cuales sólo pudo recuperar $400.000, ya en la Comisaría donde fueron trasladados los autores del ilícito, un agente de policía le manifestó que otra persona que se hallaba en ese lugar había dicho que los sujetos retenidos le habían hurtado $200.000, por lo cual le devolvieron esa suma (que se entiende era parte del dinero que le fue sustraído al denunciante Duque Vargas).

La situación referida por el señor Duque Vargas fue confirmada con el reconocimiento que hizo de la denuncia que presentó por el hurto que se cometió en el mencionado predio.[[2]](#footnote-2)

6.8 Según la prueba allegada la vista pública en el proceso demuestra claramente que fueron dos personas las que realizaron el acto de apoderamiento de bienes muebles de manera violenta, lo cual resulta conforme con lo expuesto en el juicio oral por los testigos Jefferson García y César Augusto Quintero, quienes dijeron haber sido sentenciados como coautores de esa conducta. En el mismo sentido declaró el vigilante Dagoberto Osorio quien prestó un concurso definitivo para que la policía diera captura a los asaltantes de la finca “Guadalupe“, manifestando que solamente vio a dos individuos salir del mencionado predio.

La situación antes expuesta fue corroborada igualmente con el testimonio del servidor de policía judicial Jhon Jairo Álzate, quien dijo que luego de que se recibiera información sobre el atraco, fueron capturadas dos personas y se refirió a un tercer individuo que se encontraba como a dos cuadras, el cual dijo que igualmente había sido víctima de un asalto por parte de estos sujetos cuando regresaba de su trabajo, versión a la que le dieron crédito los agentes. De acuerdo a lo expuesto por este oficial, se entiende que esa persona no era otro que Ricardo Castro Gaviria, explicando el citado declarante que Castro Gaviria no fue detenido sino que fue sacado de ese sitio y luego se le dejó en libertad y se le hizo devolución del dinero que según dijo le habían sustraído, ya que no había ninguna evidencia que lo involucrara en los hechos. El investigador Jhon Jairo Alzate reconoció en el juicio oral el informe que presentó[[3]](#footnote-3) lo mismo que la anotación efectuada en el “libro de población“ relativa a esos hechos[[4]](#footnote-4).

6.9 Atendiendo las pruebas enunciadas queda claro que el procesado Castro Gaviria no hizo parte del grupo de personas que ingresó de manera subrepticia a la finca “Guadalupe“ y usando armas redujeron al señor Raúl Gonzaga Duque Vargas, para apoderarse de su dinero y de otros bienes.

6.10 En consecuencia la vinculación del señor Ricardo Castro Gaviria con el caso investigado se originó en las labores de investigación que realizó el funcionario de policía judicial Edicson Fredy Gómez, quien dijo que en desarrollo del programa metodológico que se le encargó había entrevistado a uno de los autores del hecho, el cual le manifestó que Giovanny González había sido la persona encargada de organizar el hurto que fue planeado en una reunión que se realizó en el barrio Leningrado en el sector de Cuba en la cual estuvo presente Ricardo Castro Gaviria, por lo cual decidió hacer indagaciones al respecto, ya que le había parecido extraño lo sucedido con el Sr. Castro Gaviria, en la medida en que en el informe policivo sobre los hechos sólo se mencionaba la captura de dos personas, al tiempo que los funcionarios que realizaron ese procedimiento le informaron sobre la aprehensión de un tercer individuo que fue conducido a la estación policial y luego fue dejado en libertad, fuera de que esa persona no había formulado denuncia por el hurto del cual presuntamente había sido víctima.

Se debe tener en cuenta que el investigador Gómez precisó que el asunto se empezó a aclarar a partir de una entrevista que le hizo a Jefferson García quien ya estaba sentenciado como coautor del hurto, y suministró detalles sobre la manera como se fraguó la comisión del ilícito y se hizo el reparto de tareas entre las personas que participaron en el mismo, lo que se relató en el informe policivo que se introdujo con ese funcionario[[5]](#footnote-5), el cual expuso que de la información entregada por Jefferson García se deducía que Ricardo Castro Gaviria, había prestado su concurso al hurto actuando como “campanero" ya que su labor era la de estar pendiente si llegaba alguna autoridad policiva o se presentaba cualquier otra situación que frustrara el asalto que iban a cometer el señor García y César Augusto Quintero, aclarando el citado investigador que de acuerdo a la información que recibió, Ricardo Castro Gaviria no había ingresado al inmueble asaltado, ya que sólo cumplió labores de vigilancia.

En ese sentido hay que manifestar que de la declaración entregada por el investigador Edicson Fredy Gómez, se concluye que este servidor de Policía Judicial, puede ser considerado como un testigo de referencia en lo relativo a las manifestaciones que hizo Jefferson García sobre la participación de Ricardo Castro en la conducta punible investigada y a su vez como un testigo directo de lo que le dijo el señor García en la entrevista citada sobre la intervención del procesado Castro Gaviria en el hurto cometido en la finca “Guadalupe”.

6.11 Esa prueba de incriminación fue corroborada con la manifestación que entregó en el juicio oral el señor Jefferson García (que fue el testigo referido por el oficial Gómez), quien manifestó que cuando se planeó el hurto a la finca “Guadalupe“, se acordó que Ricardo Castro Gaviria se iba a quedar en una avenida cercana a ese predio, para avisar sobre la presencia de miembros de la Policía Nacional y que él (Jefferson García) en compañía de César Augusto Quintero fueron los que ingresaron al predio donde se apropiaron de un dinero de propiedad del señor Raúl Gonzaga Duque Vargas y del equipo transmisor de fax, dinero que compartió posteriormente con César Augusto Quintero y que luego le fue decomisado por los agentes de policía que lo detuvieron. El mismo testigo expuso que Ricardo Castro también fue detenido esa noche, pero luego lo dejaron, libre ya que le manifestaron a los agentes que no había tenido ninguna participación en los hechos.

6.12 Es necesario manifestar que las exposiciones de los testigos citados en precedencia, desvirtúan totalmente lo manifestado por el señor César Augusto Quintero, que fue el otro individuo que penetró a la finca “Guadalupe“ a cometer el asalto, quien en el transcurso de su declaración trató de hacer creer que Ricardo Castro Gaviria no había tenido ninguna participación en el ilícito, para lo cual expuso que luego de acordar con Giovanny González la comisión del hurto, decidió invitar a Jefferson García y a Ricardo Castro Gaviria a "hacer una vuelta", sin que estos supieran inicialmente que estaba relacionada con la comisión del hurto, agregando el señor Quintero que Ricardo Castro Gaviria no había aceptado participar en ese acto, por lo cual al llegar a la finca “Guadalupe” le dijo que se bajara del vehículo en que iban; que tratara de llegar por sus propios medios a su casa y que si no lo recogería posteriormente al salir de la finca.

6.13 Por lo tanto resulta claro al valorarse las pruebas practicadas en el juicio oral, que la única conclusión posible es que Ricardo Castro Gaviria hizo parte del grupo que organizó el asalto a la heredad y que en tal virtud se presentó una división funcional de la labor delictiva de acuerdo a la cual: i) el señor Giovanny González se encargaría transportar a los participantes del ilícito; ii) Jefferson García y César Augusto Quintero, tendrían la labor de ingresar al predio, reducir a sus ocupantes y apoderarse de los bienes que allí pensaban encontrar; y iii) por su parte, Ricardo Castro Gaviria estaría dedicado a prestar labores de vigilancia en las afueras del pedio.

En ese orden de ideas se considera comprobado que Castro Gaviria tuvo conocimiento del asalto que se iba a realizar, para el cual prestó su concurso de la manera antes dicha, siendo retenido después de que fueran aprehendidos Jefferson García y César Augusto Quintero. Lo que sucedió fue que Castro Gaviria, actuando de manera habilidosa convenció a sus captores de que había sido otra víctima de la acción de esos sujetos, hasta el punto de los agentes que lo condujeron a la estación policiva no sólo lo dejaron en libertad sino que terminaron por entregarle la suma de $237.000, que realmente le pertenecían a Raúl Gonzaga Duque Vargas, como se observa en la nota correspondiente del “libro de población”.

6.14 Hecho este recuento, la Sala debe ocuparse de precisar si la conducta del señor Castro Gaviria, consistente en prestar un servicio de vigilancia como “campanero” en la parte externa de la finca “Guadalupe“, se adecúa a un supuesto de complicidad, como se dijo en el fallo de primera instancia, o si en su defecto se puede imputar bajo las reglas de la coautoría impropia en los términos del inciso 2º del artículo 29 del C.P., como lo reclama la recurrente, norma que dispone lo siguiente: *“Son coautores, los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte“.*

6.15 Para el efecto hay que hacer las siguientes consideraciones: i ) no se puede señalar al señor Castro Gaviria como autor material de la conducta investigada, por ausencia de dominio del hecho y por no haber realizado directamente ninguna de las conductas descritas en los tipos de hurto de hurto calificado agravado; y ii) que en lo relativo a la imputación jurídica de su comportamiento bajo el rubro de la *coautoría impropia,* en los términos del segundo inciso del artículo 29 del CP, lo real es que la FGN en el proceso demostró que Ricardo Castro fungió como “campanero“ de Jefferson García y de César Augusto Quintero.

Por lo tanto resta por establecer si esa labor de vigilancia o prevención encaminada a que se consumara el hurto en mención, resultaba determinante para que se llevara a buen término el propósito de los demás intervinientes en el hurto, lo que resulta esencial para inclinarse por la hipótesis delictiva de la coautoría impropia, ya que se estableció debidamente cual era la labor que le correspondía a Ricardo Castro Gaviria en la fase ejecutiva del plan delictivo, para lo cual debe decidirse si esa forma de imputación de la conducta atribuida a ese procesado, se adecua a las previsiones del segundo inciso del artículo 29 del CP, que han sido examinadas en la jurisprudencia pertinente concretamente en la decisión CSJ SP del 2 de septiembre de 2009 radicado 29221, de la cual se deduce lo siguiente :i) debe existir un plan común; ii) se debe acordar una división de la labor delictiva; iii) la contribución debe ser relevante en la fase ejecutiva del delito .

Para decidir lo concerniente a la importancia del aporte se debe tener en cuenta que en la jurisprudencia antes citada, se manifestó lo siguiente:

*“(…)*

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

*En dicha perspectiva, y a fines de que la valoración y atribución de una u otra de las modalidades vistas no dependan del juicio arbitrario o subjetivista de los jueces, se requiere para el instituto visto que la aportación sea esencial[[6]](#footnote-6), valga decir, deberá entenderse aquella sin la cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarla éste se frustra o al compartirlo se lleva a cabo.*

*Y se puntualiza:*

*La propia doctrina critica lógicamente este entendimiento de la esencialidad, diciendo que la mencionada posibilidad de evitar el hecho no tiene por qué tenerla siempre el coautor y que, en ocasiones, también le puede corresponder al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran casualmente en el lugar de los hechos mediante una simple llamada a la policía. En este orden de cosas, se rectifica o depura el criterio anterior y se establece que para que la aportación pueda conceder al interviniente el dominio del hecho no debe suponer una simple facultad de interrumpir el hecho en abstracto, sino una concreta posibilidad de interrupción mediante la retirada de su aportación. En palabras de Roxin, cada uno tiene el dominio en sus manos a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque si rehusara a su propia colaboración haría fracasar el hecho, de tal forma que alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito. En la doctrina española se habla conforme a lo anterior del criterio del desbaratamiento del plan. El dominio que el coautor ostenta es calificado por Roxin como funcional, el coautor es titular del dominio funcional del hecho debido a que el mismo resulta de la función que se le ha atribuido en el marco del plan común. En consecuencia, Roxin define al coautor como aquel interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la consecución del resultado perseguido, aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se derrumba el plan[[7]](#footnote-7).*

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

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

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

*Con relación al tema, se ha escrito:*

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

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

*La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles” (…) La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad, pero ello no puede identificarse con cualquier acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice). Así vuelve a aparecer el problema central de la autoría, esto es, determinar si la decisión común es una fórmula hueca que encubre el animus auctoris de la teoría subjetiva, a lo que el criterio subjetivo responderá afirmativamente. Pero como la teoría final objetiva parte de la contribución al hecho como tal, es decir, de la clase de correlación de la conducta, será determinante averiguar si ha tomado parte en el dominio del acto, por lo que el punto central pasa por el segundo requerimiento, que es la realización común del hecho. Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es menester investigar en cada caso si la contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o se caiga. Esto significa que no puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al plan del hecho: será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor*

*(…)*

*Con lo dicho, la coautoría funcional registra una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común[[8]](#footnote-8) (negrillas fuera del texto).*

6.16 Retomando el concepto del profesor Zaffaroni, citado en la jurisprudencia seleccionada, no queda duda que desde la perspectiva del plan de los autores del ilícito, el aporte del señor Castro Gaviria se podía considerar como esencial para cumplir con el propósito de los autores del hurto, ya que de acuerdo a la prueba practicada el predio asaltado quedaba cerca a una vía pública, para lo cual se debe tener en cuenta que en el informe suscrito por el SI. Jhon Jairo Alzate se manifiesta que Jefferson García Henao y Faber Gordillo Bermúdez (quien fue identificado posteriormente como César Augusto Quintero), fueron detenidos, al frente de las antiguas bodegas de la empresa “Glaciar“, en la vía que conduce de “Cerritos“ a Pereira.

A su vez con el informe policivo que se introdujo al proceso se comprobó que existía un vigilante en la cadena de entrada del paraje de “El Tigre“, por la cual se accedía a más de 30 haciendas, entre ellas a la finca “Guadalupe“, situación que fue confirmada con el testimonio del señor Dagoberto Osorio quien se desempeñaba como custodio del sector, por lo cual era necesaria la presencia de una persona que estuviera presta a informar sobre la eventual presencia de las autoridades en el sector. Sobre el tema resulta oportuno citar lo expuesto en CSJ SP del 21 de agosto de 2003, radicación 19213 en la cual se expuso lo siguiente sobre la valoración de los aportes funcionales al plan delictivo:

*“(…)*

*La fase objetiva comprende:*

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

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

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

*Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral –“espiritual”-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc…” (Subrayas fuera del texto original).*

En ese orden de ideas puede plantearse que la intervención del señor Castro Gaviria fue más allá del supuesto de complicidad deducido en la sentencia recurrida, pues se demostró que hizo parte del grupo que planeó la comisión del hurto; cumplió la tarea que le fue encomendada al prestar labores de vigilancia dirigidas a que no se frustrara el curso causal del suceso, y siempre estuvo al tanto del mismo, lo que se comprueba con el hecho de que permaneció en el sector donde fueron capturados Jefferson García Henao y César Augusto Quintero, por lo cual en los términos del artículo 29 inciso 2º del C.P, se puede concluir que realizó un aporte importante para la consumación de la conducta delictiva, ya que para los autores del delito era esencial la presencia de una persona en cercanías del predio asaltado, que estuviera presta a avisarles de cualquier intervención de las autoridades que pudiera impedir la consumación del robo.

En razón de lo expuesto se atenderá el pedimento de la delegada de la FGN y en consecuencia se modificará la sentencia de primer grado en el sentido de definir la intervención del señor Ricardo Castro Gaviria, como coautor del hurto calificado agravado que se presentó en la finca Guadalupe.

6.17 Dosificación punitiva

En virtud del principio de limitación de la segunda instancia, y en atención a la argumentación de la recurrente, la Sala debe hacer las siguientes precisiones.

6.17.1 De acuerdo al principio del *tempus regim actum,* la pena prevista para el delito de hurto calificado agravado oscila entre 74 meses 20 días de prisión y 270 meses de prisión.

6.17.2 Pese a que se presentaba la causal prevista en el artículo 58.10 del C.P., por la intervención de un sujeto activo plural en el delito, la Sala no puede enmendar el error en que incurrió la juez de primer grado al efectuar el ejercicio de dosimetría penal, quien partió del mínimo del primer cuarto de pena (74 meses 20 días), de manera contraria a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 61 del CP., ya que debió ubicarse en el segundo cuarto con base en la disposición mencionada ya que la delegada de la FGN no apeló ese acápite del fallo.

6.17.3 En atención a esas situación y como en el caso concreto se aplicó la reducción de pena prevista en el artículo 269 del C.P., se advierte que la juez de primera instancia redujo en las ¾ partes el mínimo del primer cuarto de penas fijado para la conducta investigada. En consecuencia la sanción para el señor Castro Gaviria se fijó inicialmente en 18 meses 20 días de prisión, que luego fue reducida en otra ¼ parte al considerarse que actuó como cómplice del delito.

6.17.4 En virtud de la presente decisión de segunda instancia en torno al único tema sobre el que versó el recurso interpuesto, esto es que el señor Castro Gaviria fuera sentenciado como coautor y no como cómplice del hurto calificado y agravado, se respetará el marco punitivo acogido en el fallo de primer grado y en consecuencia se fijará una pena de 18 meses 20 días de prisión al procesado Castro Gaviria. Por el mismo término se impondrá la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

6.17.5 A su vez como la fiscal delegada tampoco impugnó el acápite del fallo en el cual se le concedió la condena condicional al procesado, la Sala se encuentra inhibida para pronunciarse sobre este apartado del fallo de primera instancia.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Conocimiento de Dosquebradas, mediante la cual condenó al señor Ricardo Castro Gaviria por el delito de hurto calificado y agravado.

**SEGUNDO: MODIFICAR** **los numerales 1º y 2º de la sentencia impugnada, en el sentido de condenar al señor Castro Gaviria a la pena de** 18 meses 20 días de prisión**,** en calidad de “coautor” del delito de hurto calificado y agravado. En consecuencia, el término de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas es igual al señalado para la pena principal.

**TERCERO:** **COMPULSAR COPIAS** de esta decisión, con destino a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se investigue la posible comisión del delito de falso testimonio, por parte de César Augusto Quintero.

**CUARTO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARIA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

1. En la sentencia dictada contra los señores Liner Alberto Montoya, Wilson Giraldo López, Lonardo Fabio Taborda Sánchez, Jorge Iván Gaspar Bartolo y Jhonatan Váldes Merchán, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira el 19 de mayo de 2012 (folio 38 al 59), se hizo mención a esa situación con base en la cual se rebajó la pena a los procesados en aplicación del artículo 269 del CP. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 3 a 4 Cuaderno de Evidencias. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 1 y 2 Cuaderno de Evidencias [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 20 a 22 Cuaderno de Evidencias [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 5 al 11 [↑](#footnote-ref-5)
6. Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho. La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario. El problema es delimitar concretamente lo que se entiende por necesaria o esencial en la realización del hecho. Para el efecto se deberá tener en cuenta como indica Gómez Benítez, que una aportación esencial o necesaria no equivale a una aportación causal del resultado, sino, por el contrario, debe entenderse por necesario o esencial aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización. Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, *La autoría…,* ob. cit., página 134. [↑](#footnote-ref-6)
7. María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad.* ob. cit., páginas 394 y 395. [↑](#footnote-ref-7)
8. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho…,* ob. cit., páginas 752 y 753. [↑](#footnote-ref-8)