El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / INCUMBENCIA PROBATORIA / RADICA EN CABEZA DEL PROCESADO LA CARGA DE PROBAR LOS HECHOS QUE ALEGUE EN SU DEFENSA / COAUTORÍA POR DOMINIO FUNCIONAL / TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y DEL DOMINIO DEL INJUSTO.**

… principio de “incumbencia probatoria”, que ha sido examinado en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ así:

“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. (…)

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…” (…)

… hay que indicar que en la sentencia CSJ SP del 2 de septiembre de 2009 radicado 29221 se hizo un pormenorizado estudio sobre las formas de autoría y participación que contemplan los artículos 9º y 30 del CP y sobre la superación de la antiguas teoría formal -objetiva y material- objetiva en materia de autoría y de la teoría subjetiva, según la cual el animus del autor definía su participación como autor o cómplice de la conducta punible. En ese precedente se examinó el tema desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho y del dominio del injusto, como presupuestos del concepto de coautoría por dominio funcional…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta 903 del siete (7) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:22 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2015 01428 01 |
| Procesados | KM y JASV |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de Conocimiento | Segundo Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 6 de abril de 2016. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó a KM y JASV por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376-1 C.P.).

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación[[1]](#footnote-1) establece lo siguiente:

*“El día 25 de abril del 2015, siendo las 13.00, se encontraban los agentes del orden en el sector de la vía Andalucía Cerrito kilómetro 86 peaje, en labores de requisa de personas y registro de los vehículos que se movilizaban por el sector, se procedió a realizar la señal de pare al vehículo de servicio particular, de placas MMK508, el cual era conducido por la señora KM, quien se identificó con la c.c. No. 38.601.730 de Cali, en el rodante se movilizaban el señor JASV y dos menores de edad,* ***jas***

*solicitando el registro del rodante, al realizar el registro minucioso en la parte del baúl a la pipa del combustible de gas se percataron los agentes del orden de algunas inconsistencias, se retiró y se constató que en uno tenía una tapa enroscada, al quitarla se halló en su interior veintisiete (27) contentivos de material verde seco característico a marihuana; color habano con características similares a estupefacientes, por tal motivo se le dieron a conocer los derechos del capturado a la señora KM y al señor JASV. Se precisa asimismo, que el señor JASV, hizo ofrecimiento del dinero más concretamente la suma de novecientos mil pesos, que se hiciera al agente EDWIN IGNACIO GALVIS GIL, quien participó en el procedimiento, para que no se realizara el procedimiento, al igual que un menor que fue también privado de la libertad y dejado a disposición de Infancia y Adolescencia, siendo dejados a disposición de la fiscalía para su judicialización.*

*Al realizarse la prueba de PIPH para identificación de sustancias estupefacientes, por parte del perito SEBASTIÁN GIRALDO GUERRERO, arrojó el siguiente resultado: Muestra No 1, PESO NETO DE 13.600 gramos, dando positivo para CANNABIS y sus derivados.”*

2.2 El 26 de abril de 2015, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento. La F.G.N. le imputó aKM y JASV la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrita en el artículo 376 inciso 1º, del C.P., bajo la inflexión verbal “transportar”. Al señor JASV le imputó, en concurso heterogéneo, el punible de cohecho por dar u ofrecer de que trata el artículo 407 CP. Los procesados no aceptaron los cargos comunicados.

2.3 El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 1 de julio de 2015 (fls. 15-16). La audiencia preparatoria se celebró el 9 de octubre de 2015 (fls. 27-30). El juicio oral tuvo lugar los días 18, 19, 22 y 23 de febrero de 2016 (fls. 34-39) al cabo del cual se anunció el sentido del fallo condenatorio. La sentencia fue proferida el 6 de abril de 2016 (fls. 40-55).

2.4 El defensor del procesado apeló el fallo de primer nivel.

3. IDENTIFICACIÓN

KM, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.601.730 expedida en Cali, nació el 17 de febrero de 1981 en la misma ciudad, hija de Martha Lucía y Gustavo Adolfo, ocupación oficios varios (fls. 23-24 cuaderno de pruebas).

JASV, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.410.910 expedida en Briceño – Antioquia, municipio donde nació el 10 de octubre de 1973, hijo de Aura Rosa y Luis Alfonso, ocupación agricultor y ayudante de construcción (fls. 18-19 – cuaderno de pruebas).

4. SOBRE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

(Sinopsis)

* La juez de primer grado hizo referencia a las estipulaciones celebradas en lo relativo al informe de investigador de campo sobre la prueba de PIPH y el análisis definitivo de la sustancia incautada que fue identificada como marihuana; el informe sobre actos urgentes y los documentos sobre la individualización y arraigo de los procesados.
* En lo relativo a los componentes de tipicidad de la conducta investigada, se contaba con los testimonios de los uniformados que intervinieron en el procedimiento del 25 de abril en el peaje de “Cerritos” donde se incautaron los 27 paquetes que contenían 13.600 gramos de marihuana, que eran transportados en el vehículo de placas MMK-508 donde venían los acusados, conducta que se podía subsumir en el artículo 376 inciso 1º del CP. y que afectó el bien jurídico de la salud pública, máxime por la cantidad de estupefaciente que fue incautado. Se estableció igualmente que el acusado JASV le ofreció dinero a los agentes para que no incautaran la marihuana ni fueran retenidos, por lo cual se podía adecuar ese acto al tipo de cohecho que describe el artículo 407 del CP, con lo que se afectó el bien jurídico de la administración pública pues se trató de hacer incurrir en un acto de corrupción a los agentes que intervinieron en ese operativo.
* En lo atinente a la responsabilidad de los procesados se contaba con prueba directa proveniente de los uniformados que realizaron el decomiso de la marihuana quienes de manera concordante indicaron lo siguiente: i) el 25 de abril de 2015, en el paraje de “Cerritos” detuvieron un automotor que era conducido por KM; ii) el señor JASV se bajó del vehículo para presenciar la requisa; iii) al advertir un sonido extraño en el cilindro o pipa de gas del carro dieron la orden de bajarla; iv) en ese momento y según lo dicho por el IT Galvis, el señor JASV le ofreció entre $800.000 y $900.000 para que no incautaran ese material y les permitieran seguir; v) esa versión fue corroborada por los acusados en lo relativo al hallazgo del estupefaciente, lo cual igualmente aceptó el entonces menor de edad Eugenio Mazo Holguín quien también venía en el automotor; vi) en el interior de ese cilindro hallaron 27 paquetes con marihuana; vii) el menor Mazo posteriormente dijo que la sustancia era suya, que KM y JASV no sabían que el carro se trasportaba ese estupefaciente y le ofreció al citado IT $4.000.000 de pesos para que los dejara seguir.
* El defensor de los procesados sostiene que por haber sido sancionado el joven Mazo por la violación del artículo 376 del CP y existir solamente el señalamiento del IT Galvis en el sentido de que JASV le ofreció el dinero, ya que los agentes Gómez y Ospina no manifestaron nada al respecto, se podía deducir que los acusados fueron víctimas de la perfidia de Eugenio Mazo quien se aprovechó de su ingenuidad pues se trataba de un campesino y de un ama de casa, para inducirlos a ese viaje a la ciudad de Medellín con el fin de facilitar el transporte del material sicoactivo al viajar como un grupo familiar para no despertar sospechas.
* Sin embargo al examinar los testimonios de los policías no se advertía ninguna situación de animadversión contra los acusados que permitiera pensar en una incriminación falaz en su contra. Por el contrario con los testimonios de los agentes se comprobó que los procesados tenían conocimiento que en la cajuela del automotor que conducía la señora KM venía la carga de marihuana camuflada dentro de pipa para gas pues JASV fue el primero en manifestarle al IT Galvis que allí llevaban el estupefaciente para luego ofrecerle dinero para que los dejara seguir.
* Por su parte la versión de la señora KM en el sentido de que le había preguntado al joven Eugenio Mazo si el carro trabajaba con gas porque vio el icono en el tablero constituyó una invención defensiva, ya que se comprobó que el carro no tenía ese tipo de instalación y por ende carecía de ese ícono, pues se le introdujo un cilindro para simular que era un tanque de gas, con el fin de camuflar los 27 paquetes de marihuana, lo que además se puso de presente por el hecho de que la acusada manifestó que al salir de Cali habían tanqueado el carro con gasolina.
* El análisis en conjunto de la prueba testimonial aducida por la defensa lleva a concluir que acusados sí tenían pleno conocimiento y consciencia de lo que realizaban, pues si la señora KM era un ama de casa dedicada únicamente a su hogar, al cuidado de sus hijas y de su compañero, no resultaba creíble que fuera a hacer un viaje de Cali a Medellín solamente para acompañar al joven Eugenio Mazo, llevando a sus dos hijas una de las cuales era menor de edad, al tiempo que la otra presentaba un problema de discapacidad auditiva, tratando de explicar que se trataba de “un paseo” que duraba de un día para otro, del cual debían regresar en un bus de servicio público, por lo cual se entiende que si iban todos en el carro era para dar la apariencia de un viaje familiar que permitiera evadir más fácilmente la acción de las autoridades.
* Las circunstancias que rodearon el hecho permiten inferir que la señora KM obró con astucia, ya que además el señor JASV para participar en ese inusual e inesperado “paseo” a Medellín actuó de manera afanosa, dejando a su esposa en Yumbo sin mercado, sin ir a trabajar ese día y sin llevar los materiales que le habían encargado para la obra en que laboraba, lo que desvirtúa las manifestaciones defensivas de los acusados, fuera de que resultaba inexplicable que KM y su esposo hubieran alojado en su casa durante cerca de 8 meses a una persona tan perversa como el joven Eugenio Mazo, tal como lo calificaron, quien según los acusados se aprovechó de su ingenuidad para llevarlos en ese viaje, a lo cual se debía agregar que no se comprobó la reiterada afirmación que hicieron los acusados y los testigos de la defensa sobre el presunto parentesco de Mazo con el esposo de KM, ya que no coincidían en ningún apellido.
* Los testimonios de los agentes de policía fueron coherentes, unísonos, y circunstanciados temporal, espacial y modalmente, lo que permite concluir que lo que realmente ocurrió el día de los hechos fue que KM, JASV y Eugenio Mazo Holguín, quien para esa fecha era menor de edad, transportaban dentro de lo que parecía un cilindro para gas del vehículo en que iban, los 27 paquetes que contenían 13.600 gramos de marihuana con pleno conocimiento de ese hecho, por lo cual las pruebas debatidas en el juicio permitieron tener conocimiento más allá de toda duda razonable respecto de la responsabilidad de la señora KM y el señor JASV por las conductas por las que fueron acusados y al reunirse las exigencias del artículo 381 del CPP, lo procedente era dictar una sentencia de condena en su contra.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 Defensor (Recurrente)

(Síntesis)

* No controvierte “la tipicidad” de la violación del artículo 376 del CP, por estar acreditada con la prueba aducida al proceso.
* No se probó la comisión de la conducta de cohecho por dar u ofrecer por parte del señor JASV, toda vez que el único que dio información en tal sentido fue el IT Galvis Gil, de manera contraria a lo que expresaron los SI Ocampo López y Gómez Benavides, quienes dijeron que solo escucharon las manifestaciones que hizo en ese sentido el joven de Eugenio Mazo, por lo cual se presentaban dudas sobre la ocurrencia de esa conducta punible que solo fue referida por el IT Edwin Galvis quien afirmó haber recibido un ofrecimiento económico del acusado JASV para que suspendiera el procedimiento.
* El IT Galvis dijo que recibió esa oferta cuando iban a revisar el cilindro del carro. La Fiscal expuso en su alegato de conclusión que en ese momento fue que JASV dijo que dentro de ese artefacto iba la marihuana, lo cual no resultó ser cierto ya que los urbanos Ocampo López y Gómez Benavides no hicieron referencia ese hecho, e indicaron que el que dijo que ahí estaba ese estupefaciente y luego le ofreció de manera insistente al citado oficial los $4.000.000 fue el joven Eugenio Mazo. Por lo tanto JASV no sabía nada sobre la presencia de la marihuana en el vehículo, ni tampoco le hizo ninguna oferta al IT Galvis.
* Criticó el testimonio del IT Galvis, por no gozar de suficiente veracidad, ya que en su informe no incluyó hechos relevantes como consignar los horarios en el informe de captura en flagrancia, ni lo relativo a la suma que presuntamente fue ofrecida JASV, tampoco recordó si los acusados usaron sus teléfonos celulares y no mencionó otros detalles relacionados con la oposición de los procesados para que les tomaran fotografías con el alijo, y tampoco expuso si hubo manifestaciones de JASV y KM en torno a que no eran propietarios de la marihuana incautada.
* Las contradicciones de los urbanos generan dudas sobre el hecho de que el señor JASV hubiera incurrido en la conducta de cohecho por dar u ofrecer, ya que la prueba es más indicativa de ese acto fue la conducta realizada por el menor Eugenio Mazo Holguín, quien le hizo esa oferta de manera reiterada al IT Galvis, fuera de que el acusado no llevaba dinero, lo que igualmente desvirtúa la antijuridicidad y la culpabilidad del comportamiento atribuido al señor JASV, frente a la conducta punible contra la administración pública.
* Consideró que no se había demostrado la responsabilidad de los procesados por la violación del artículo 376-1 del CP, por las siguientes razones: i) no tuvieron comprensión voluntad y conciencia frente a esa conducta punible porque no sabían que en el vehículo iba “ encaletada “ la marihuana, ya que como lo dijeron los agentes no era posible advertir su presencia a simple vista por estar bien camuflada dentro de que lo que parecía un tanque de gas, fuera de que su olor no era perceptible; ii) contrario a lo manifestado por la juez de primer grado, los procesados pudieron inferir razonablemente que el vehículo funcionaba con gas, por lo cual no tenían motivos para pensar que en ese cilindro estaba oculta la sustancia estupefaciente, para lo cual se debió tener en cuenta que JASV manifestó en su interrogatorio que al ser inquirido por uno de los agentes por el hecho de que al golpear el cilindro producía un sonido diferente, este se dirigió donde el joven Eugenio Mazo para decirle que los urbanos estaban diciendo que esa pipa sonaba raro y que posiblemente tenía una fuga; iii) el joven Eugenio Mazo luego de hacer referencia al plan que urdió con los miembros de la estructura criminal que operaba en Cali y Medellín, reconoció reiteradamente en el juicio que había engañado a Rigoberto Sepúlveda y a KM, quienes no conocían que en el vehículo venia la sustancia ilícita; iv) si la señora KM accedió a conducir ese vehículo fue por su escaso grado de instrucción y por acceder a colaborarle a Eugenio a llevar el carro a Medellín y de paso darse “un paseo” con sus hijas y conocer el metro de esa ciudad previo permiso de su esposo, quien lo condicionó a que ella y sus hijas fueran acompañadas de JASV, lo que explicaba su actitud inicial de colaborar con los policías al ser apercibida para que detuviera el automotor y su reacción de angustia al escuchar que Eugenio les dijo a los agentes en el momento del registro que en el carro venía una marihuana, para luego ofrecer $4.000.000 con el fin de que les permitieran continuar la marcha; v) el interés de la señora KM de hacer el favor de conducir el vehículo de Eugenio hasta Medellín se podía deducir de su ánimo de salir de su vida rutinaria y llevar a sus hijas a conocer el metro de esa ciudad así fuera por un día, ante su poca disponibilidad de recursos económicos; vi) las explicaciones de la señora KM para ir a ese paseo fueron razonables, si se tiene en cuenta su condición personal, que lo hubiera realizado un día en que sus hijas no tenían compromisos escolares y por haberle informado Eugenio Mazo que se iban a alojar donde un familiar lo cual es común cuando se trata de personas de escasos recursos; vii) si el señor JASV dejó abandonadas sus labores habituales fue porque pudo solucionar los inconvenientes que le generaba el viaje, fuera de que Eugenio era quien iba a asumir todos los gastos del viaje; y viii) el concurso que le prestaron los acusados al joven Eugenio Mazo se explicaba porque conocían a los padres de este de tiempo atrás por provenir todos del municipio de Briceño (Antioquia) y porque Rigoberto Sepúlveda dijo que al morir su padre el papá de Eugenio los acogió, razón por la cual se daban “trato de primos” existiendo una relación de familiaridad, lo que explicaba que ese viaje se hubiera hecho sin ninguna planeación.
* Pese a que la delegada de la FGN adujo que no era posible que un joven menor de 17 años hubiera involucrado a personas adultas en esa actividad ilícita, no se puede desconocer la manera detallada como el joven Mazo narró la manera en que urdió el plan delictivo para lo cual hizo gala de buen comportamiento al inicio en la casa de la familia Sepúlveda, al tiempo que las otras actuaciones que realizó lo señalan como un avezado delincuente.
* En la sentencia recurrida solo se le otorgó credibilidad a lo manifestado por el IT Galvis Gil, pero no se tuvo en cuenta que los agentes Benavidez y Ocampo expresaron “parcialmente” la verdad, pues al unísono dijeron que escucharon al menor infractor Mazo Holguín ofrecer dinero a ese IT para que no continuara con el procedimiento, sin mencionar ofertas del señor JASV al mismo oficial, lo que pone en duda lo manifestado por ese uniformado.
* En consecuencia no se estructuró plenamente la responsabilidad de sus representados que debieron ser absueltos al existir duda razonable sobre su intervención en los hechos.
* Citó el precedente CSJ SP No. 11378 del 3 de febrero de 1998, para plantear que la A quo realizó una indebida valoración de la prueba testimonial aducida al proceso, al no examinar las contradicciones, imprecisiones u omisiones en que incurrieron los testigos de cargos, lo que la llevo a incurrir en yerros de hecho y de derecho, al concluir que los defendidos eran penalmente responsables tomando como base las afirmaciones realizadas por el IT Edwin Galvis Gil, sin valorar adecuadamente los testimonios de los otros agentes del orden, que eran contradictorios y faltos de precisión, fuera de que en el fallo de primer grado se descartaron de plano las manifestaciones defensivas que hicieron los procesados, que estaban respaldas por los testigos que declararon en su favor, y en especial lo dicho por el joven Eugenio Mazo Holguín, quien desde el primer momento asumió total responsabilidad de los hechos ocurridos, fuera de que los agentes Ocampo y Benavides dijeron que los acusados no habían hecho ninguna manifestación que indicara que conocían de la existencia de ese alijo y por el contrario predicaron su inocencia en el momento en que se hizo el registro del automotor, por lo cual la vocería la asumió el joven Mazo, quien incluso fue el que le ofreció el dinero al IT Galvis Gil.
* Una de las consideraciones que motivaron a la defensa a presentar el recurso de alzada, es que no se observó detalladamente el comportamiento de los condenados y se les extendió como un virus el juicio de reproche para declararlos penalmente responsables, destruyendo la presunción de inocencia con la que arrimaron al juicio, pues solo se contaba con sus aseveraciones, la de sus parejas, por extensión la de los gendarmes Benavides Gómez y Ocampo López y por supuesto la del autor intelectual y material del hecho.
* Como prueba documental pidió tener en cuenta el contrato de promesa de compraventa del automotor usado de placas MMK- 508, el cual fue encontrado dentro de las pertenencia de señor Eugenio Mazo Holguín el día de la aprehensión, con el cual se demostraba lo dicho por el joven Mazo sobre las circunstancias en que adquirió ese vehículo y el concurso que recibió de la persona conocida como Diego Fernando N., para la instalación del sistema de gas vehicular, lo cual corrobora la veracidad de sus afirmaciones.
* Por lo tanto solicito que se revocara la sentencia de primera instancia y se absolviera a los procesados.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Colegiatura es competente para decidir el recurso propuesto, con base en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 34 del C.P.P.

6.2 En el caso *sub lite*, esta Sala debe determinar si concurrían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra de KM y JASV por el delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de “transportar” y, para el señor JASV, en concurso con el punible de cohecho por dar u ofrecer.

6.3 El señor JASV… fue condenado a la pena de 202 meses y 1 día de prisión, multa por valor de $8.756.381.438.oo y 26 meses con 20 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por hallarlo responsable de los punibles descritos en los artículos 376 inciso 1º CP y 407 CP. En tanto que la señora KM… fue sentenciada a la pena de 186 meses y 1 día de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa por $8.699.111.610.oo, por considerar que era responsable de la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “transportar” la cantidad de 13.600 gramos de una sustancia que fue identificada como positiva para cannabis sativa.[[2]](#footnote-2)

6.4 De conformidad con los hechos estipulados y las pruebas practicadas durante el juicio, se pudo establecer lo siguiente: i) los uniformados Edwin Ignacio Galvis Gil, Jhon Fredy Ocampo López y Julián Andrés Gómez Benavides, capturaron a los acusados el 25 de abril de 2015 en el sector Andalucía-Cerritos kilómetro 86 peaje, porque un registro al vehículo en el que transportaban fueron encontrados 27 paquetes que contenían una sustancia con características de estupefaciente y porque el señor JASV presuntamente hizo un ofrecimiento de dinero a los policiales para que se suspendiera el procedimiento; y ii) en el informe de investigador de laboratorio se estableció que ese material era positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de trece mil seiscientos (13.600) gramos.

6.5 En este caso se estipuló[[3]](#footnote-3); i) que la sustancia incautada tuvo un peso neto de 13.600 gramos y fue identificada como positiva para cannabis, según informe de investigador de campo de prueba PIPH del 25 de abril de 2015; ii) el informe ejecutivo FPJ3 del 26 de abril de 2015 correspondiente a los actos urgentes, individualización y arraigo, consulta de antecedentes, acta de incautación de la sustancia; iii) la plena identidad de los acusados según informe FPJ11 del 18 de junio de 2015; iv) el informe de laboratorio con prueba de confirmación o certeza de la sustancia estupefaciente DROCC-LAES 0000933-2015 del 17 de junio de 2015 y v) la plena identidad de los acusados.

6.6 En atención al principio de necesidad de prueba, se debe tener en cuenta que en la audiencia del juicio oral se escucharon las declaraciones de los agentes que realizaron el procedimiento de captura de los procesados, de las cuales se desprende lo siguiente:

6.6.1 El IT Edwin Ignacio Galvis Gil suministró la siguiente información relevante: i) el 25 de abril de 2015 estaba realizando el segundo turno de 06:00 a 14:00 horas, en el Km 86 vía Cerritos; ii) alrededor del mediodía detuvo un vehículo para un procedimiento de registro y verificar antecedentes de sus ocupantes; iii) al abrir el baúl del automotor se observó un cilindro y al golpearlo se escuchó un sonido diverso al que usualmente hacen ese tipo de artefactos; iv) les dijo a los ocupantes del automotor que iba a hacer una inspección y en ese momento y antes de que bajaran la pipa, el acusado JASV le dijo que en el tanque del carro llevaba marihuana, que los dejara continuar y que a cambio le daba $800.000 o $900.000, para que no los capturaran; v) luego de desmontar ese cilindro advirtieron que dentro del mismo había una sustancia vegetal con olor característico a la marihuana; vi) en el vehículo viajaban cinco personas entre ellos la señora que venía conduciendo el carro que era KM, quien estaba presente en la sala de audiencias, lo mismo que una joven con discapacidad auditiva, una menor de edad y un joven de 17 años aproximadamente; vii) en el procedimiento intervinieron los SI Jhon Ramírez Cardona, Jhon Ocampo López Jhon y Julián Gómez Benavides; viii) la pipa mencionada no concordaba con las características de los recipientes donde se almacena gas como combustible; viii) reiteró que el procesado JASV a quien señaló en medio de su declaración fue quien se bajó del vehículo para indicarle que en ese cilindro venia oculta la marihuana y luego le hizo el ofrecimiento económico; ix) dentro de esa pipa se encontraron 27 paquetes de la sustancia vegetal con características de la marihuana en atados de a libra envueltos en plástico e impregnados de una sustancia que parecía ser mostaza, por lo cual no se sentía el olor característico de ese estupefaciente; x) luego de hallar la sustancia el menor de edad que fue identificado como Eugenio Mazo Holguin (en adelante EMH) le ofreció $4.000.000 en presencia del procesado JASV para que no los detuvieran y los dejaran seguir su marcha, manifestando que ese dinero ya iba a llegar; xi) la señora KM no hizo ninguna manifestación y solo irrumpió en llanto cuando le leyeron sus derechos como capturada; xii) el tanque en mención no tenía ninguna conexión al vehículo, y solo estaba adaptado para guardar elementos, lo cual no era usual porque estos tanques deben ser compactos ya que su combustible es gas comprimido, por lo cual no pueden tener fisuras ya pueden estallar o hacer fallar el sistema de suministro de ese combustible; xiii) luego de que se hizo la verificación y se comprobó la existencia de los paquetes el menor EMH lo abordó y le hizo el ofrecimiento de $4.000.000 que fue reiterado, estando en presencia del procesado JASV; xiv) el SI Ocampo escuchó el ofrecimiento de dinero por parte del menor y el procesado; xv) el acusado JASV fue insistente en su ofrecimiento para que no hicieran el procedimiento, al igual que el menor EMQ quien le dijo que les colaborara, que iba para Medellín y que él era el propietario de esa sustancia, sin que hubiera expuesto que tenía alguna relación con los procesados ; xvi) admitió que en su informe no se hizo mención del dinero ofrecido por parte del procesado JASV porque se le olvidó, pero insistió en que el acusado si le hizo esa oferta; y xvii) no recordaba ninguna manifestación hecha por parte de los procesados en torno a quién pertenecía la sustancia.

6.6.2 El testimonio del SI Jhon Fredy Ocampo guarda consonancia con lo manifestado por el IT Edwin Ignacio Galvis Gil, en lo relativo a las circunstancias en que se produjo el hallazgo de los 27 paquetes de marihuana que venían camuflados dentro de lo que parecía ser un cilindro para suministro de gas al vehículo en que se transportaban los procesados, junto con el joven EMH y las dos hijas de la señora KM, por lo cual las situaciones relevantes que se desprenden de su declaración son las siguientes; i) no escuchó que JASV le hubiera hecho algún ofrecimiento al citado IT ii) la señora KM se puso nerviosa y empezó a llorar cuando le dijeron que saliera del automotor; iii) confirmó lo relativo al ofrecimiento de $4.000.000 que hizo el joven EM al IT Galvis, para que le colaborara a efectos de suspender el procedimiento; iv) el menor EM fue el que dijo que en el tanque del carro estaba la marihuana, que se dirigían hacia Medellín y que la señora KM estaba haciendo el favor de conducir ese vehículo; v) no escuchó ninguna manifestación del señor JASV o de las otras personas sobre la tenencia de la sustancia requisada; vi) el ofrecimiento de dinero fue hecho al IT Galvis; y vii) no recuerda si JASV hizo alguna oferta en el mismo sentido.

6.6.3 La declaración del SI Julián Andrés Gómez Benavides igualmente es coincidente en lo relativo al hallazgo del material sicoactivo y lo relativo al hecho de que el menor EMH habló en varias oportunidades con el IT Galvis. De otra parte precisó que el acusado JASV­ si buscó “al sargento” (que se entiende era el IT Galvis), y que en el informe ejecutivo se consignó que el menor EMH fue el que hizo la oferta del dinero para que los dejaran seguir.

6.7 En ese orden de ideas se considera inicialmente que los procesados JASV y KM, al igual que el menor EMH, fueron privados de su libertad porque en el automotor que conducía la señora KM se encontraron 27 paquetes de marihuana que iban impregnados de una sustancia que no permitía advertir el olor de ese estupefaciente, que se hallaba debidamente camuflado dentro de un cilindro que simulaba ser un recipiente gas vehicular, situación que no controvierte el defensor de los procesados.

6.8 En ejercicio de los derechos de defensa y contradicción el representante judicial de los procesados presentó prueba testimonial en el juicio para sustentar su teoría de que los acusados JASV y KM no tenían conocimiento de que en el vehículo que era manejado por KM se hallaba la marihuana incautada, por lo cual sus mandantes resultaron ser víctimas de un perverso plan ideado por el joven EMH, quien urdió toda la trama para que lo acompañaran a Medellín a efectos de dar la apariencia de que se trataba de un paseo familiar que incluía a las hijas de la procesada KM, lo cual no tenía otro objeto que tratar de pasar desapercibidos ante eventuales requerimientos de las autoridades en la vía Cali – Medellín, a fin de asegurar el buen suceso del transporte de la droga.

En consecuencia se hace la siguiente síntesis sobre la prueba presentada por la defensa:

6.8.1 El testigo Eugenio Mazo Holguín, quien fue procesado por el mismo caso bajo el sistema de SIRPA en razón de su minoría de edad, hizo una extensa declaración en el juicio, de la cual se extrae lo siguiente: i) en el pasado había laborado en la plaza “la minorista” de Medellín descargando camiones, lo cual alternaba con labores de “campanero” de personas que traficaban con estupefacientes; ii) en esa actividad que era adelantada por una organización muy poderosa conoció a una persona apodada “don checho”, que era del “combo de la 74”; iii) cuando se trasladó a vivir a Cali tuvo contacto con un hombre llamado Diego Fernando Torres a través de un número telefónico que le dio “Checho”. El citado Diego fue el que le ayudó a transportar la droga para Medellín; iv) luego se dirigió a Yumbo para trabajar en construcción con Rigoberto Sepúlveda (esposo de KM), pero su fin realmente era el coger una ruta para llevar “cripi” a la capital de Antioquia a efectos de que “el combo de la 74” la distribuyera en las universidades; v) en esa localidad vivió durante cerca de 8 meses en la residencia del señor JASV y su mujer, con quienes no tenía ningún grado de parentesco, pero trataba a Rigoberto como “primo” por cariño, ya que le dio trabajo en actividades de construcción; vi) Diego Fernando le colaboró con la adquisición de un carro para transportar la droga, y le dijo que lo podría ir pagando con los viajes y ahí fue donde conoció a otro sujeto en Corinto que vendía la marihuana, a quien se refirió como “el Indio Pacho”; v) el vehículo se adquirió para llevar marihuana en la variedad “cripi”, desde el Cauca hacia la ciudad de Medellín Esa negociación se hizo el 18/02/2015 con Albeiro Matallana y quedó consignada en una promesa de compraventa; vi) el 25 de abril de 2015 Diego Fernando le entregó el carro que había sido cargado en Corinto por “el indio Pacho”, quien se encargó de acondicionar el automotor para camuflar la sustancia y le dieron un celular para que se comunicara con el mismo Diego Fernando. El cambio del vehículo al sistema de gas se hizo a nombre de Rigoberto Sepúlveda; vii) los acusados KM y JASV solo tuvieron conocimiento de la compra del vehículo el 25 de abril de 2015 donde le dijo a KM que se iba del todo para Medellín; viii) el mismo día que le entregaron el carro le dijeron que tenía que viajar de inmediato a Medellín a llevar la sustancia ilícita; ix) su idea era aparentar que se trataba de un viaje familiar para correr menos riesgos al llevar la marihuana hasta la capital de Antioquia y por eso le pidió a KM que lo acompañara pero esta se negó aduciendo que no podía dejar sus hijas solas y que seguramente su esposo Rigoberto no le iba a dar permiso para hacer ese viaje ; x) luego se obtuvo el permiso del consorte de KM, quien estaba disgustado por la vida desordenada que llevaba el testigo EMH, y lo condicionó a que JASV se fuera con ella ya que iba con sus hijas y a que él (EMH) asumiera todos los gastos del viaje, sin que les hubiera ofrecido algún pago por acompañarlo; xi) los acusados no tenían conocimiento de que llevaba la marihuana camuflada en ese automotor; xii ) el plan era llegar a Medellín ese sábado y que sus acompañantes se regresaran por tierra al día siguiente, aunque no sabía dónde se iban a alojar ni cuando iban a regresar a Yumbo, aclarando que Diego Fernando le había dado $1.000.000 para viáticos; xiii) le iban a pagar $2.000. 000 por transportar ese material hasta Medellín donde debía entregarlo en la plaza “la minorista”; xiv) Diego Fernando no quiso acompañarlo en ese viaje y por eso le pidió a KM que se fuera con él, pero le propuso que siguiera con esa ruta hasta que cumpliera la mayoría de edad, ya que de ahí en adelante era más riesgoso ; xv) al referirse a los pormenores del hallazgo de la marihuana dijo que JASV se había bajado primero del carro porque estaba muy nervioso y que luego este le dijo que el agente Ramírez estaba diciendo que la pipa de gas del carro tenía un sonido extraño, y le preguntó sobre lo que pasaba con ese artefacto o si era que tenía una fuga; xvi) en ese momento y al advertir que iban a bajar el cilindro les dijo a los agentes Ramírez y Ocampo que ahí venía escondida la marihuana y les ofreció $4.000.000 a lo que estos le respondieron que había que esperar a que llegara el IT Galvis; xvii) sus otros acompañantes no tuvieron comunicación con los agentes; xviii) El IT Galvis arribó a los 5 a 10 minutos y preguntó si el dinero estaba allí, y como le dijo que había que esperar que lo trajeran, de inmediato dio la orden de desmontar la pipa; ixx) KM y JASV escucharon cuando le hizo el ofrecimiento pero JASV no intentó sobornarlos, ya que no conocía lo que iba en el cilindro y por el contrario recriminó a los agentes tratándolos de corruptos, al tiempo que KM y el mismo JASV lo increparon por haberlos metido en ese problema; xx) luego de ofrecer ese dinero a los uniformados se comunicó con Diego Fernando para que enviara los $4.000.000, para lo cual le dijo “que la moto se le había caído” pero Diego no accedió y le dijo que se quedara callado; xxi) mientras destapaban la pipa de gas tiró el celular de trabajo a una zona verde y el personal lo conservó hasta la primera audiencia, después pidió permiso de ir al baño y lo botó en la papelera porque tenía una llamada de Diego y otra de “Checho” que les hizo en abril estando en Cali, de quienes no recordaba sus números de contacto; xxii ) el tanque del carro nunca se llenó con gas; xxiii ) el viaje se hizo un sábado para que sus acompañantes regresaran al día siguiente, pero en realidad no sabía a ciencia cierta cuándo volverían a Yumbo, ni donde se iban a alojar en Medellín; xxiv) contaba con $1.000.000 de viáticos para el viaje que le dio Diego Fernando cuando le entregó el carro en la bomba de gasolina; xxv) no supo si KM llevaba dinero para el viaje, lo único que les dijo a ellos fue que él cubría los gastos para que lo acompañaran: y xxvi) el tanque de gas del automotor nunca se llenó con ese combustible porque se iba a usar como caleta para la marihuana.

6.8.2 Por su parte la procesada KM manifestó en lo esencial lo siguiente: i) el día de los hechos el joven EMH quien vivía en su casa y trabajaba con su esposo Rigoberto Sepúlveda y su hermano el coprocesado JASV, le dijo que había comprado un carro hacía días y ya se tenía que ir para Medellín del todo porque al parecer su novia estaba en embarazo; ii) EMH le manifestó que se sentía “muy buñuelo” para conducir ya que hacía poco que había obtenido su licencia y era un viaje largo; iii) le dijo a EMH que hablara con su esposo Rigoberto para ver si había la oportunidad de que lo acompañara o que fueran todos a dar un paseo y EMH le dijo que el viaje debía hacerse ese mismo día y que lo acompañara conduciendo el carro; iv) luego obtuvo el permiso de su esposo, quien estaba aburrido por el comportamiento de EMH, quien la autorizó para que viajara con sus hijas siempre y cuando fuera acompañada de su hermano JASV (coprocesado), fuera de que iban a regresar al día siguiente; v) le contó a JASV lo del viaje pero este le dijo que no podía acompañarla por su trabajo, porque no había mercado en su casa y estaba sin pago; vi) por lo tanto habló con su marido quien le dijo que JASV podía faltar el día de trabajo y que le enviarían el pago a su esposa, luego de lo cual JASV accedió a acompañarlos; vii) aceptó ir con sus hijas y conducir el carro porque EMH le dijo que él se encargaría de los gastos del viaje y además iban a regresar al día siguiente; viii) cuando “tanquearon” el carro vio el “botón” del gas en el tablero y le preguntó a EMH, quien le dijo que el vehículo tenía ese sistema pero que no servía porque se quedaba en las lomas; ix) hizo referencia a lo sucedido en el registro policial en el sector de “Cerritos”, momento en el cual EMH le dijo a JASV que fuera a presenciar la revisión de la cajuela del automotor porque un policía estaba diciendo que el cilindro de gas tenía un sonido raro; x) luego le quitaron las llaves del vehículo y escuchó a EMH cuando le decía a un agente que ahí llevaba una marihuana y que le ofrecía $4.000.000 para que los dejara seguir; xi) no tenía conocimiento de que en el carro se transportara ese material ilícito, por lo cual ella y JASV le recriminaron a EMH por haberlos involucrado en el transporte del estupefaciente; xii) EMH se hizo responsable de la marihuana e incluso le pidió a los agentes que no golpearan el cilindro para que no lo fueran a dañar y les dijo que él sabía cómo se abría ese recipiente; xiii) luego EMH hizo unas llamadas manifestando a su interlocutor “que la moto se le cayó” y que no podía llegar; xiv) el único motivo por el que se interesó en ayudarle a EMH conduciendo el carro hasta la ciudad de Medellín fue por miedo a que le pasara algo en el camino por ser un conductor inexperto, fuera de que quería salir de su rutina cuotidiana, darle un paseo a sus hijas y además se iban a deshacer de ese joven quien los tenía aburridos por su mala conducta con la cual le daba mal ejemplo a sus hijas y solamente lo aguantaba porque su esposo decía que tenía motivos de gratitud con el padre de este; xv) nunca dejaba sola a su hija Leidy por la discapacidad que sufría, fuera de que era la única que conocía el lenguaje de señas para comunicarse con ella y por eso su rutina diaria era vivir pendiente de sus hijas; xvi) luego de que se descubriera el cargamento de marihuana JASV se enojó con los policías porque estaban tratando de “cuadrar” con EMH; xvii) JASV nunca le ofreció dinero a los agentes; xviii) durante el procedimiento EHM estuvo haciendo llamadas con dos celulares pero no lo dejaban arrimar a donde estaba la marihuana porque era menor de edad; ixx) nunca detectó un olor a estupefaciente porque la sustancia estaba dentro de la pipa de gas y se limitó a hacerle un favor a EMH manejando su carro, sin saber el alijo que llevaba; xx) le preguntó a EMH que dónde se iban a quedar en Medellín, ya que él corría con los gastos, quien le dijo que ya mirarían, que su hermano Reinel vivía allá y verían si los podía tener o les pagaba una pieza con las niñas, y que al llegaran a “la minorista”, les pagaría un taxi que los llevara donde Reinel porque él se iba a ir a organizar lo del posible embarazo de su novia llamada Gisella a quien conocía. Sin embargo no preguntó por la dirección ni el número del teléfono de quien los iba a hospedar; xxi) EMH vivió en su casa en Yumbo cerca de 8 meses por el pedido que le hizo su padre a su esposo Rigoberto, quienes tenían “una relación de primos”, ya que EMH llevaba una vida disipada en Medellín, por lo cual le dieron trabajo en labores de construcción donde devengaba un sueldo de $800.000 mensuales de los cuales pagaba $120.000 por su manutención en su casa; xxii) tenía poca confianza con EMH, conversaban muy poco y no tenía mayor conocimiento de lo que este hacía en sus tiempos libres y creía que era mayor de edad por su contextura física; xxiii) en el mes de diciembre de 2014 viajaron a Medellín a la finca de los padres de EMH cuya madre se llamaba Cecilia; xxiv) solamente vino a conocer el carro que tenía EMH el 25/04/2015 y como su salario era de solo $800.000, le preguntó por la forma en que lo había adquirido y este le dijo que lo había comprado con un dinero que le había dado su padre; xxv) EHM vivió en su casa 6 meses continuos y luego iba de manera intermitente; xxvi) EHM y JASV no tenían una relación estrecha y solo se saludaban; xxvii) pese a que EHM dijo que la sustancia era suya, los agentes manifestaron que los adultos debían hacerse responsables de ese material y por eso les tomaron las fotos con la marihuana; y xxviii) no supo si su esposo le colaboró a EMH con las adecuaciones del vehículo.

6.8.3 Del testimonio de Rigoberto Sepúlveda esposo de KM se extrae lo siguiente: i) explicó las razones por las cuales llevó a vivir a su casa a EMH, para lo cual adujo que tenía una deuda de gratitud con su padre quien les había colaborado en su niñez, al haber quedado en estado de orfandad paterna; ii) le comentó a su esposa sobre “el primo” que llegaría a vivir a la casa (EMH) quien trabajó con él seis meses devengando $800.000 pero luego se volvió muy haragán; iii) EHM le dijo que iba a comprar un carro para lo cual disponía de $9.000.000 que le había dado su padre, que le correspondían como indemnización por la construcción de una represa; iv) EMH adquirió el vehículo con la ayuda de un amigo suyo y luego de hacerle las revisiones, el mismo joven le pidió el favor de ayudarle a instalar una pipeta de gas, porque iba a poner el carro a “piratear” pero como no tenía aun cédula de ciudadanía, necesitaba de su concurso para esa instalación del gas, lo cual se hizo en la empresa “Macrogas” y tuvo un costo de $760.000 y donde se demoraron tres días en colocar la pipa; v) el día de los hechos, luego de irse a trabajar a las 6:30 am. recibió una llamada de su esposa quien le pidió que la dejara ir a Medellín porque EMH acababa de llegar con un carro y le daba miedo ir hasta esa ciudad, a lo cual accedió finalmente, con la condición de que las acompañara JASV, ya que iban a llevar a sus hijas; vi) ese mismo día a eso de las 12:30 pm lo llamó su mujer para contarle lo sucedido con el hallazgo de la droga, conducta que atribuyó a EMH porque ni su esposa KM ni JASV tenían conocimiento de que en el vehículo se llevaba esa sustancia ilícita; vii) luego conversó con JASV quien le dijo que EMH había tratado de sobornar a los agentes que intervinieron el procedimiento, por lo cual los trató de corruptos y que por esa razón fue que los policías lo obligaron a tomarse esas fotos con la sustancia decomisada y lo habían involucrado en los hechos diciendo que él les había ofrecido dinero; viii) EMH era el único responsable del transporte de la marihuana, porque era el que había recibido el carro y sabía dónde tenía que entregarlo en Medellín; ix) posteriormente encontró el documento del contrato de compraventa vehículo y se lo entregó al abogado para demostrar que el dueño del carro era EMH; y ix) durante el tiempo en que EMH estuvo viviendo en su casa, viajo algunas veces a Medellín

6.8.4 La señora Estela Correa Espinosa, esposa del procesado JASV dijo lo siguiente en lo que interesa a esta decisión: i) el 25 de abril de 2015, a eso de las 8.00 horas y cuando JASV iba a salir a comprar unas herramientas que necesitaba Rigoberto Sepúlveda, llegó KM para invitarlo a viajar a Medellín, manifestando que EMH la había convidado para que lo acompañara a esa ciudad pero que su esposo Rigoberto había condicionado el permiso al hecho de que su marido fuera con ellos, ya que iba a llevar a sus hijas; ii) su esposo le dijo que iba a viajar con ellos, a lo cual se opuso porque ese fin de semana era quincena, y tocaba mercar porque estaban escasos de provisiones en su casa; iii) JASV le dijo que Rigoberto le traía el pago más tarde; que el regresaba el domingo en la tarde para trabajar el lunes, y que iba a acompañar a KM porque le daba pena con ella ya que quería ir a Medellín para conducirle el carro a EMH quien estaba muy “buñuelo”, fuera de que EMH iba a costear todos los gastos; iv) conocía a EMH desde pequeño porque era hijo de un primo del esposo a quien estimaban mucho, que vivía en Briceño, Antioquia; v) conoció poco sobre el comportamiento de EMH en la casa de ellos de KM y su esposo Rigoberto, pero su cónyugue le había comentado que EMH se portaba mal y que en cualquier momento Rigoberto lo iba a echar porque era muy irresponsable con trabajo; vi) su esposo no llevaba dinero para el viaje porque no había recibido su última quincena y estaba claro que quien se iba a encargar de los gastos era EMH; vii) posteriormente su marido la llamó para informarle que estaban privados de la libertad por causa de un estupefaciente que llevaba EMH en el carro donde iban hacia Medellín; viii) no sabía dónde se iban a quedar los viajeros en Medellín, solo supo que EMH les había dicho que se ubicarían dónde un hermano suyo llamado Reinel o que miraría donde los podía alojar; y ix) su marido le dijo que los agentes lo había involucrado en los hechos porque los había recriminado ya que le iban a recibir dinero a EMH para no detenerlos y porque él y KM eran los únicos mayores de edad que iban en el carro.

6.8.5 Por su parte el coprocesado JASV) suministró la siguiente información relevante en el juicio oral: i) conocía a EMH desde que era muy pequeño, ya que su padre era “primo” suyo ii) tuvo muy poca relación con él ya que no era un buen trabajador: iii) el día de los hechos estaba en su casa en las horas de la mañana porque su hermano Rigoberto le había dicho que llevara unos discos a una pulidora, por lo cual tenía que esperar hasta las 8.00 horas mientras que abrían una ferretería; iv) mientras desayunaba KM se acercó para pedirle que la acompañarla a Medellín para ir con EMH quien iba a llevar a esa ciudad un carro que había comprado, ya que su esposo Rigoberto dijo que le daba permiso siempre y cuando viajaran con él; v) le dijo a KM que no tenía dinero para hacer ese viaje y ella le respondió que EMH se iba a hacer cargo de todos los gastos, les iba a dar los pasajes de regreso y les daría dinero para que estuvieran en el metro de Medellín el domingo y regresaran ese día a Yumbo para que no perdiera el día de trabajo del lunes, fuera de que Rigoberto le haría llegar su pago a su esposa; vi) al referirse al operativo policial dijo que cuando los agentes pidieron la requisa del carro, EMH le dijo que fuera a estar pendiente, por lo cual bajó del vehículo y vio un uniformado que dijo que al golpear la pipa de gas se escuchaba un sonido raro, sobre lo cual informó a EMH, quien salió del carro y le manifestó a los agentes que en ese recipiente iba una marihuana y les ofreció $4.000.000, respondiendo uno de ellos que había que esperar al comandante; vii) le hizo el reclamo a EMH por lo que estaba sucediendo y a los diez minutos llegó el IT Galvis a quien EMH le hizo la misma oferta; viii) en ese momento dijo “Dios los crea y ellos se juntan” en vista de ese acto de corrupción, lo que originó la reacción del policial; ix) posteriormente los urbanos dijeron que iban a seguir con el procedimiento, y lo llamaron para tomarle unas fotos con la marihuana pese a que EMH decía que ellos no tenían que ver con eso, que él era el único culpable y le reiteraba su ofrecimiento de los $4.000.000 a los policías para que los dejaran seguir, mientras que el (JASV) les decía a los agentes que no fueran “torcidos”, siendo grosero con ellos; x) los uniformados que hicieron el operativo se dedicaron a proteger a EMH, ya que no le quitaron su celular ni lo vincularon con nada y por eso solamente los involucraron en los hechos a él y a KM; xi) cuando los requirieron para el registro del carro KM actuó normalmente y orilló el vehículo; xii) se dio cuenta de que en el automotor venía la marihuana luego de que la sacaron los agentes al recibir la información que les entrego EMH; xiii) solo vino a ver la marihuana cuando EMH habló con los policías y destaparon el tanque; xiv) EMH le hizo el ofrecimiento económico inicialmente a los agentes y luego lo repitió cuando llegó el IT Galvis; xv) nunca le hizo ninguna oferta los uniformados; xvi) al subirse al vehículo para iniciar el viaje no sintió ningún olor sospechoso; xvii ) EMH les dijo que los iba a alojar en Medellín donde su hermano Reinel y que si de pronto no cabían allá los cuatro con las niñas, él se encargaría de solucionar ese asunto; xviii) el día de los hechos se vino a enterar de que EMH era el propietario del carro, eso fue el día que viajaron, no le preguntó cómo lo había adquirido ni por sus documentos y xviii) no alcanzó a escuchar lo que Eugenio hablaba por celular ya que mientras hacía el ofrecimiento de los $4.000.000 seguía hablando por teléfono.

6.9 De conformidad con el anterior recuento probatorio la Sala hace las siguientes consideraciones sobre el tema de la responsabilidad de los procesados, en atención a la argumentación del recurrente:

6.9.1 La alegación del defensor se centró en el hecho de que se debía otorgar credibilidad a lo manifestado por el joven EMH en el sentido de que KM y JASV habían sido utilizados por él para que lo acompañaran a Medellín en el vehículo en el cual se transportaba la marihuana, ya que la presencia de estas personas acompañadas de las hijas de KM serviría para no despertar sospechas, pues podrían pasar por un inocente grupo que iba en un paseo familiar, lo que seguramente haría menos posible que las autoridades requisaran el carro donde venía camuflado el estupefaciente.

6.9.2 Sin embargo, al examinar la prueba practicada en el juicio se concluye que el testimonio de EMH es falaz y solo estuvo dirigido a tratar de salvar la responsabilidad de los procesados al presentarlos como víctimas de una compleja trama que el citado joven urdió con el propósito de llevar la marihuana a Medellín, sobre lo cual se hace el siguiente análisis:

* No se probó en el proceso que EMH tuviera algún tipo de parentesco con el procesado JASV, pese que los acusados y el señor Rigoberto Sepúlveda (esposo) de KM, dijeran en el juicio que eran “primos” del padre de EMH y que por esa razón accedieron a recibir en su casa al citado joven por pedido de su padre ya que estaba llevando una vida disoluta en Medellín, fuera de que no hay ninguna afinidad entre los apellidos Mazo Holguín y JASV, que permita considerar como cierta esa afirmación que además fue desmentida por el propio EMH.
* EMH señaló en su declaración a dos personas a quienes se refirió como Diego Fernando Rueda y “el indio Pacho” como los que lo indujeron a llevar la marihuana a Medellín a cambio de pagarle $2.000.000, y dijo que estos individuos fueron los que se encargaron de acondicionar el vehículo que le entregaron con el tanque de gas ya instalado donde iba el estupefaciente. Sin embargo esta versión aparece desvirtuada con lo dicho por Rigoberto Sepúlveda, esposo de la procesada KM quien expuso que le había colaborado a “su primo” EMH para que hicieran el trabajo de instalación de ese artefacto en la empresa “Macrogas”. Tal falacia resulta aún mayor si se tiene en cuenta que en realidad el carro donde se transportaba la droga si tenía ese cilindro, pero este no se hallaba habilitado para que el vehículo funcionara con ese tipo de combustible, como lo dijo el IT Galvis. Lo anterior indica que EMH sí sabía que el carro tenía ese aditamento, usado para ocultar el material sicoactivo, pese a que dijo que no había intervenido en el acondicionamiento de ese vehículo.
* Resulta diciente que el joven EMH no hubiera entregado algún dato preciso sobre las personas que lo contactaron para que llevara el estupefaciente a Medellín y le entregaron el automotor ya acondicionado y cargado con los paquetes de marihuana que iban camuflados, a quienes se refirió como “Diego Fernando Rueda”, y “el indio Pacho”, sin dar más información sobre esas personas con las que tuvo frecuente trato según su versión, fuera de que manifestó en el juicio que luego se deshizo de sus teléfonos celulares para que no se pudieran conocer los números de esos individuos.
* La versión de EMH en el sentido de que inicialmente le hizo el ofrecimiento económico a los SI Ocampo y Benavides para que nos les detuvieran por el hallazgo de la marihuana, fue desvirtuada por el IT Edwin Galvis quien dijo que esa oferta lo hizo inicialmente el procesado JASV, en cuantía de $800.000 o $900.000 y que posteriormente EMH dijo que le daría $4.000.000 con el mismo fin. Esa manifestación del IT Galvis en lo relativo al intento de soborno de EMH frente a ese oficial, fue confirmada con lo dicho por el SI Julián Benavides Gómez dijo que había visto al menor hablando con “el sargento” (se entiende que se refería al IT Galvis).
* EMH mintió al manifestar que no sabía cómo era que estaban camuflados los paquetes en el cilindro instalado en el carro, porque cuando recibió el vehículo este ya había sido cargado por su amigo Diego Fernando y por “el indio pacho”, ya que en otro aparte de su declaración dijo que al advertir que los agentes estaban golpeando el cilindro, les pidió que dejaran de hacerlo porque él sabía abrir la pipa donde iba la droga.

6.9.3 Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que el testigo EMH, quien ya estaba procesado bajo el sistema SIRPA por la violación del artículo 376 del CP, fue usado como punta de lanza para tratar de sustentar la fantasiosa versión de los hechos que entregaron en el juicio los procesados KM y JASV, con el fin de hacer creer que fueron víctimas inocentes de la proterva conducta de un menor de edad como EMH, quien se aprovechó de su ingenuidad para inducirlos a que lo acompañaran en ese viaje a Medellín y por el contrario se puede afirmar que de la prueba practicada en el juicio es posible deducir la responsabilidad de los procesados por las conductas por las cuales fueron acusados, por las siguientes razones:

* Si la señora KM dijo en el juicio que no tenía una relación cercana con EMH y que por el contrario ella y su esposo estaban fastidiados por la mala conducta de ese joven cuya custodia que les había confiado el “primo” del señor Sepúlveda, queda claro que la procesada no tenía ningún motivo especial para ofrecerse a manejar hasta Medellín el vehículo que EMH dijo haber adquirido, cumpliendo el papel del buen samaritano, ante su preocupación de que EMH se accidentara por ser un conductor inexperto.
* No hay uniformidad en las versiones sobre el motivo que indujo a KM a acompañar en ese viaje a EMH, ya que el citado joven dijo haberla invitado a KM a dirigirse a esa ciudad lo cual fue confirmado por Estela Correa Espinosa, esposa del acusado JASV, al tiempo que la procesada KM dijo que ella se había “ofrecido” para manejar el automotor, por la razón antes mencionada.
* Es ilógico suponer que KM y el procesado JASV hubieran aceptado realizar ese viaje intempestivo a Medellín, llevando incluso a una menor y a una joven con deficiencias auditivas, para regresar al día siguiente en un vehículo de transporte público y sin tener ninguna certeza sobre dónde los iba a alojar y cómo iban a regresar a su ciudad de origen. Sobre este punto hay que resaltar que incluso el esposo de KM que en principio se mostró reticente a autorizar el viaje y luego lo autorizó bajo la condición de que fueran con su hermano JASV, finalmente asintió que su esposa viajara con sus hijas conduciendo el carro de EMH, pese a que su consorte ni siquiera sabía dónde se iba a quedar en Medellín, ni como ubicar a “Reinel”,que era el presunto hermano de EMH de quien ni siquiera se tenía conocimiento sobre si estaba en posibilidad de alojar a JASV y a KM y sus dos hijas, como lo dijeron en el juicio el mismo JASV y el joven EMH.
* La señora KM mintió al manifestar que al encender el carro había observado el icono del sistema de gas de ese automotor, lo cual fue desmentido por el IT Galvis quien dijo que ese tanque no tenía ninguna conexión con el carro.

6.9.4 En ese orden de ideas resulta extraño que si los dos procesados sabían que EMH trabajaba al servicio de Rigoberto Sepúlveda y devengaba un sueldo de $800.000 por labores de construcción, y llevaba dos meses sin trabajar, el señor Rigoberto pese a compartir una estrecha relación de vida con el joven EMH que según dijo le había sido confiado por su padre, no le hubiera comentado a su esposa que EMH había adquirido un vehículo, ni hubieran verificado cómo hizo este joven para obtener el dinero para adquirirlo, cuya compra se trató de demostrar con un documento de “promesa de compraventa” celebrada con Albeiro Ardila Matallana, en el cual no hay certeza sobre la firma del prometiente vendedor ya que ese documento no fue autenticado, ni tuvo reconocimiento en el juicio por parte del presunto vendedor, fuera de otras situaciones como la manifestación de Rigoberto Sepúlveda en el sentido de que el joven EMH le dijo que lo había comprado con un dinero que le correspondió como indemnización por una labores de minería que se adelantaron en un predio de propiedad de su padre, no fueron acreditadas por la defensa que tenía la posibilidad de demostrar estos hechos llevando al juicio al señor Ardila o probando los pagos por la supuesta “indemnización” de dónde provino la suma entregada presuntamente por EMH y de demostrar además si realmente existía algún grado de parentesco entre JASV y Rigoberto Sepúlveda con el padre de EMH, lo que estaba al alcance de la defensa y le correspondía hacer como consecuencia del principio de “incumbencia probatoria”, que ha sido examinado en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ así:

*“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor.*

*(…)*

*Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.*

*En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…”.[[4]](#footnote-4)*

Adicionalmente hay que tener en cuenta que según lo dicho por Rigoberto Sepúlveda el joven EMH le manifestó que había comprado el carro con el dinero proveniente de la supuesta “indemnización” al tiempo que al rendir su declaración en el juicio el mismo EMH entregó una versión diversa, manifestando que “Diego Fernando”, fue el que le dio los $9.000000 para que adquiriera el carro que iba a ser destinado al transporte de marihuana hacia Medellín.

6.9.5 Por lo tanto y de manera contraria a lo que aseveraron los acusados para secundar la falsa versión entregada por el joven EMH, se puede concluir que de ser cierto que KM y JASV no tenían conocimiento del estupefaciente que iba oculto en un cilindro de gas de la cajuela del vehículo que conducía la señora KM, lo normal es que no hubieran reaccionado con sorpresa cuando fueron interceptados por la patrulla policial y hubieran adoptado la actitud normal de un ciudadano que sabe que no transporta nada prohibido y por ende accede a una requisa rutinaria de su automotor.

Sin embargo lo que la prueba enseña es una realidad contraria, ya que al advertir que era inminente el hallazgo de la droga, la primera reacción que tuvo el procesado JASV fue la de hacer un ofrecimiento de entre $800.000 y $900.000 al IT Galvis Ruiz para que los dejara seguir como lo dijo este oficial y pese a los reparos que hace la defensa sobre la existencia de esa conducta con base en lo manifestado por los SI Ocampo López y SI Gómez Bustamante, en el sentido de que no habían escuchado ofrecimientos en tal sentido de JASV, más si por parte de EMH, lo real es que sobre ese punto que guarda relación con la conducta de cohecho por dar u ofrecer atribuida a JASV, se considera que se le debe otorgar credibilidad a lo manifestado por el IT Edwin Galvis, lo que resulta conforme a lo consignado en el informe ejecutivo FPJ-3 del 26 de abril de 2015[[5]](#footnote-5) en el cual se anotó que al momento de la captura el señor JASV y Eugenio Mazo Holguín hicieron un ofrecimiento a los policiales de la suma de $4.000.000 para que no continuaran con el procedimiento, y en el informe del 2015-06-18[[6]](#footnote-6) donde se informó que del ofrecimiento de dinero del capturado solo tuvo conocimiento el IT Edwin Galvis, por lo cual la situación invocada por el defensor no desvirtúa las manifestaciones de ese oficial sobre la oferta que le hizo el inicialmente el señor JASV para que los dejara continuar su marcha, luego de ser descubiertos portando la marihuana en el carro donde se transportaban hacia Medellín.

6.9.6 En consecuencia queda claro que de acuerdo al testimonio del IT Galvis, este manifestó concretamente que cuando requirieron que alguno de los ocupantes del vehículo estuviera atento al procedimiento de inspección del baúl de ese carro, el que se apersonó de esa situación fue el procesado JASV, y que una vez le indicaron que había un sonido raro con el cilindro de gas que allí iba montado el mismo JASV procedió a hacer un ofrecimiento de dinero para que no realizaran el procedimiento policial porque allí iba una sustancia estupefaciente, agregando el mismo oficial que cuando iban a desmontar el cilindro para inspeccionarlo, el menor EMH de edad se bajó del vehículo, reiteró que iba marihuana en ese compartimiento y realizó otra oferta por $4.000.000, que luego fue repetida por JASV y ese joven.

6.9.7 En lo concerniente a los reparos del censor con base en las declaraciones de los otros uniformados que participaron en el procedimiento, lo real es que estos no contradicen lo dicho por el IT Galvis como lo pretende hacer creer el recurrente, sino que manifestaron que no presenciaron o que no recordaban el ofrecimiento de dinero por parte de JASV hacia ese oficial, situación que se explica por las diferentes actividades que cada uno iba desarrollando durante el operativo.

En ese sentido el SI Ocampo refirió que estaba haciendo un patrullaje y llegó al sitio porque el IT Galvis le manifestó que había un sonido raro con el cilindro de gas del carro y era necesario verificarlo, y que en ese momento ya estaban sus compañeros y el procesado JASV en la parte de atrás del vehículo, lo que lleva a inferir que ya se había presentado el ofrecimiento de dinero por parte de JASV hacia el citado IT, que posteriormente fue reiterado por el menor de edad EMH, lo cual pudo escuchar porque ya estaba en ese sitio.

Aunado a ello el SI Gómez Benavides indicó que después de detenerse el vehículo fueron el IT Galvis y el SI Jhon Ramírez quienes iniciaron el registro, mientras que él permaneció al lado de la carretera hasta que el comandante del operativo pidió ayuda para desmontar un cilindro de gas que contenía estupefaciente, es decir que tampoco estaba presente en el momento en que se hizo el primer ofrecimiento, pero sí dijo que primero se bajó del vehículo el procesado JASV, lo cual guarda estrecha relación cronológica de la forma como ocurrieron los hechos, puesto que JASV fue el primero que descendió del carro e hizo un ofrecimiento de dinero inicial al IT Galvis, quien al no aceptar esa oferta continuó con el operativo, por lo cual llamó a los SI Ocampo López y Gómez Bustamante, quienes apoyaron el desmonte del cilindro de gas pero no estuvieron presentes en el momento inicial en que el procesado aceptó el contenido y ofreció un dinero. Sin embargo, de la actitud por asumida por JASV al apersonarse inicialmente del procedimiento, hablar directamente con el IT Galvis a quien identificó como el comandante del retén, y tratar de sobornarlo, se deduce claramente que este acusado tenía conocimiento del material que se transportaba en el automotor lo que demuestra su responsabilidad por la violación del artículo 376 inciso 1º del CP, fuera de que trató de detener el dispositivo policial ofreciendo dinero para que un miembro de la Policía Nacional, omitiera un acto propio de su cargo, con lo cual realizó la conducta de cohecho por dar u ofrecer que sanciona el artículo 407 del C.P.

6.9.8 Por demás, resulta poco creíble la versión de los acusados en el sentido de que el señor JASV se portó como un ciudadano indignado al advertir que iba a haber una presunta colusión entre los uniformados, en especial el IT Galvis y el menor EMH, por la oferta que este les hizo para que les permitieran seguir con la droga, sobre lo cual debe decirse que esa situación no fue referida en el informe policivo, ni en ninguna de las declaraciones que estos rindieron en el juicio, donde además la defensa no impugnó su credibilidad.

6.9.9 En consecuencia se considera que le asistió razón a la A quo en tal determinación contra el procesado JASV al declararlo penalmente responsable del punible de cohecho por dar u ofrecer y de la violación del artículo 376 del CP, por cuanto la tesis de defensa sobre la presunta treta planeada por EMH para simular un paseo familiar con el fin de transportar con menos riesgo la sustancia estupefacientes hasta Medellín, para lo cual engañó a los procesados haciéndoles creer que se iba a vivir a esa ciudad y pidiendo su compañía con el fin de llevar el vehículo por su inexperiencia al conducir, quedó desvirtuada con al análisis que se hizo del testimonio de EMH en el apartado 6.9.2 de esta providencia, lo que lleva a concluir que se trató de un testigo embustero que fue llevado al juicio solamente para que tratara de apuntalar las manifestaciones defensivas de los procesados JASV y KM.

6.10 Por lo tanto la narrativa del joven EMH no ofrece mayor grado de credibilidad para controvertir lo relativo al conocimiento previo que tenían los acusados de que en el carro en que iban se transportaba sustancia estupefaciente, por las razones que pasan a señalarse así:

6.10.1 En primer lugar se debe tener en cuenta que sobre el procedimiento policial relacionado con la señal de pare en el peaje de Cerritos, la forma como se hizo la inspección al vehículo, las manifestaciones en relación con el contenido del cilindro de gas, el desmonte del mismo y final hallazgo de los 13.600 gramos de marihuana que iban allí ocultos, no existió mayor contradicción en los testimonios de los urbanos que intervinieron en ese operativo, cuya credibilidad no fue desvirtuada con la prueba presentada por la defensa.

6.10.1 En segundo lugar se tiene que fuera del falso testimonio entregado por EMH, con el único propósito de desvirtuar la responsabilidad de los procesados, hay que examinar las explicaciones que dieron KM y del señor JASV sobre las circunstancias que rodearon el presunto “paseo” a Medellín, que no generan más que dudas por lo inverosímil de la historia, si se tiene en cuenta que por la forma en que narraron como fue que decidieron irse en ese intempestivo viaje por solicitud de EMH, se deduce claramente que se trató de una excursión que se decidió de manera instantánea, sin contar con recursos para hacerla, sin que existiera algún itinerario definido o tiempo suficiente para disfrutar de alguna actividad recreativa en esa ciudad y sin tener conocimiento preciso del lugar donde se iban a alojar estando allí como lo reconoció la señora KM. Sobre este tema hay que agregar que según la declaración de EMH, en la cual se apuntala el censor, este indicó que no sabía cuánto tiempo iban a permanecer sus compañeros de viaje en Medellín, si llevaban dinero alguno, y que tampoco tenía decidido el lugar donde iban a pernoctar, salvo una referencia a que posiblemente los iba a hospedar su hermano Reinel y que si este no podía hacerlo procuraría alojarlos en otra parte, por lo cual no resulta lógico que la señora KM se ofreciera a hacer ese viaje acompañada de sus dos hijas una de las cuales padecía de una discapacidad auditiva sin tener ningún conocimiento de dónde iban a llegar, ni cómo era que iban a regresar a su lugar de asiento, máxime si el organizador del convite era EMH a quien KM definió como una persona disipada que solía llegar embriagado a su residencia con lo cual le daba mal ejemplo a sus hijas, quien para el día del “paseo” no tenía ningún trabajo conocido ya que llevaba dos meses sin laborar con su esposo Rigoberto por lo cual este pensaba sacarlo de su casa, lo que daba a entender que era una persona irresponsable, pese a lo cual aceptó conducir el automotor que EMH dijo haber adquirido, sin tener ninguna certeza de dónde iban a llegar, qué iban a hacer en la capital de Antioquia y cómo iban a retornar a su sede.

Similares razonamientos pueden hacerse para considerar por lo menos extraña la actitud del coprocesado JASV de dejar abandonado su trabajo e irse a ese viaje sin dinero pese a la protesta de su esposa, para regresar al día siguiente, lo cual lleva a concluir que indudablemente existió una mala justificación sobre los motivos que adujeron los procesados para explicar su presencia en el automotor donde se llevaba camuflado el estupefaciente.

6.10.2 A lo anterior hay que agregar que si la captura de los procesados se efectuó en la vía “Andalucía – Cerritos” a eso de las 13.00 horas según el parte policial, se entiende que por razón de las distancias iban a llegar a Medellín en las horas de la noche, para regresar al día siguiente a Yumbo, por lo cual no quedaba claro cuál era el objetivo de esa excursión ya que el mismo JASV expuso que debían retornar al día siguiente usando otro medio de transporte ya que EMH se iba a quedar con el carro en esa capital, de lo cual se puede inferir válidamente que los incriminados no contaban con el tiempo para cumplir con el presunto objetivo de recreación que tenía esa excursión, ya que en la práctica solo les alcanzaría para llegar a Medellín donde EMH iba a entregar el vehículo y emprender el viaje de regreso, lo que no denota una finalidad diferente a la de transportar en ese automotor la sustancia estupefaciente que estaba oculta en el mismo.

6.10.3 Adicionalmente hay que hacer referencia a lo manifestado por los uniformados que efectuaron el procedimiento sobre la reacción de los implicados al ser intimados para el registro del vehículo, según los cuales el IT Galvis dijo que en el momento en que estaban golpeando el cilindro porque les pareció extraño su sonido, el acusado JASV les informó que en su interior venía la marihuana y luego hizo la oferta de darle $800.000 o $900.000, para que suspendiera el operativo, la cual fue reiterada y complementada ulteriormente por el joven EMH quien dijo que le daba $4.000.000 que venían en camino con el mismo propósito, lo que indica claramente que el señor JASV no solo tenía conocimiento de que el material estaba en el carro, sino del lugar donde estaba camuflado en lo que simulaba ser el depósito de gas del carro lo que lleva a concluir que fue la persona que inicialmente trató de asumir el control del hecho pues fue quien salió del vehículo inicialmente para estar pendiente del registro.

6.10.4 En lo que atañe a la señora KM debe decirse que fue acusada como coautora de la violación del artículo 376 del CP, lo real es que de los testimonios entregados por los uniformados que participaron en el procedimiento se deduce que pese a que esta acusada no le hizo ninguna oferta a los uniformados luego de que se descubriera el alijo, quedó claramente establecido en el proceso que era la persona que venía conduciendo el automotor donde se transportaba la marihuana y de la información policial se infiere que tenía conocimiento de esa situación, ya que según lo dicho por el SI Jhon Fredy Ocampo, cuando se iba a bajar el cilindro la actitud de la señora KM fue la de ponerse a llorar a un lado de la carretera lo que fue confirmado con el testimonio del SI Gómez Benavides.

En ese sentido, en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 29 del CP, se puede afirmar que el hecho de ir manejando ese automotor y haber irrumpido en llanto al advertir el inminente descubrimiento del alijo, de una parte permite inferir que la señora KM sabía que se transportaba una sustancia ilícita en el carro, y en segundo lugar que al no contarse con ninguna evidencia que demuestre que el coprocesado JASV o el joven EMH poseían licencia para conducir automotores, sobre lo cual se hizo referencia en el caso de JASV durante el juicio, sin que se hubiera ingresado ese documento, el aporte de esta coprocesada resultaba esencial para el buen suceso del plan delictivo que se diseñó para transportar la cannabis desde Yumbo hasta Medellín por lo cual se puede considerar como coautora de la violación del artículo 376 del CP.

6.10.5 Sobre el tema hay que indicar que en la sentencia CSJ SP del 2 de septiembre de 2009 radicado 29221 se hizo un pormenorizado estudio sobre las formas de autoría y participación que contemplan los artículos 9º y 30 del CP y sobre la superación de la antiguas teoría formal -objetiva y material- objetiva en materia de autoría y de la teoría subjetiva, según la cual el *animus* del autor definía su participación como autor o cómplice de la conducta punible. En ese precedente se examinó el tema desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho y del dominio del injusto, como presupuestos del concepto de coautoría por dominio funcional, para lo cual se hizo mención de lo expuesto por Klaus Roxin en los siguientes términos:

*“d.- De la teoría del dominio del hecho.-*

*Con relación a esta teoría[[7]](#footnote-7), Roxin, como síntesis escribe:*

*Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema:*

*1.- El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.*

*2.- La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.*

*3.- El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las* *manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.*

*4.- El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.*

*5.- El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.*

*6.- El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.*

*7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes.*

*8.- La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado.*

*9.- La coautoría en* *los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto.*

*10.- Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico.*

*11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.*

*12.- La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancia fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo[[8]](#footnote-8).*

*e.- De la teoría del dominio del injusto.-*

*Al respecto se ha escrito:*

*Si se adopta el dolo de la tradición, que incorpora en el dolo la conciencia del injusto (teoría del dolo), bien puede seguirse la teoría del dominio del hecho, pero involucrando en ella el desvalor del injusto. Luego autor no es quien domina el supuesto del hecho, sino aquel que domina el hecho injusto. Dominar el hecho objetivo sin dominar el injusto que encierra no es dominio completo. El manejo adicional del centro de gravedad de la conducta, que es en efecto su antijuridicidad, ayuda eficazmente, por el contrario, a distinguir al autor del partícipe (…)*

*Si el dominio del hecho debe predicarse del sujeto que es la figura central del delito, esa figuración central sólo puede sustentarse con acierto del sujeto que domina el injusto, el cual solo puede ser el sujeto culpable en su concreta manifestación.*

*Si para nuestra perspectiva autor no es apenas quien domina el supuesto de hecho sino el injusto y por eso no es problema a resolver exclusivamente en el tipo, nos parece necesario arribar a la conclusión que sólo el “autor culpable” es un autor de un delito y solo el “partícipe culpable” es partícipe de un delito. (…)*

*Conforme a la teoría que viene de citarse se entiende que lo característico en el autor psico-físico está dado no en el control del hecho, esto es, de lo puramente objetivo[[9]](#footnote-9), sino de dominio completo de la conducta punible, entendiendo por éste el control de los aspectos materiales y subjetivos, es decir, dentro de los contextos de un injusto no solo objetivo sino mixto[[10]](#footnote-10). (Subrayas ex texto)*

“(...) -

*De conformidad con el artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, son “coautores los que, mediando un acuerdo común[[11]](#footnote-11), actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.*

*Lo característico de ésta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común[[12]](#footnote-12), además, se dividen las tareas y su contribución debe* ser *relevante durante la fase ejecutiva[[13]](#footnote-13) pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible.*

*En lo que corresponde a la distribución de funciones, se tiene que:*

*…en la coautoría… el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos. Es decir, que el acuerdo con división del trabajo es para la coautoría lo mismo que la existencia de coacción, error, etc., para la autoría mediata: en ésta esos criterios fundamentaban la posibilidad estructural de realizar una acción a través de otro, en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar una acción entre varios.[[14]](#footnote-14)* (…)

*En este evento, el dominio de la conducta punible no lo ejerce una persona sino todos los que concurren a ese fin o fines delictuosos de* *que se trate. En esa medida, sus realizaciones son mancomunadas y recíprocas.*

*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[[15]](#footnote-15), 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[[16]](#footnote-16).*

*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[[17]](#footnote-17) (negrillas fuera del texto).* (Subrayas agregadas).

6.10.5 Lo expuesto anteriormente lleva a concluir que en este caso se presentó una división funcional de la labor delictiva entre JASV, KM y el menor EMH, con un propósito común, para el cual resultaba esencial el aporte de KM al conducir el vehículo en que era llevada la droga, por lo cual igualmente podía ser considerada como coautora de la violación del artículo 376 del CP, lo que lleva a confirmar la decisión recurrida en lo relativo a su caso.

7. DECISIÓN ADICIONAL UNO: Como en la sentencia recurrida no se tomó ninguna decisión sobre el destino del vehículo de placas MMK 508 y se desconoce el nombre de su propietario ya que la FGN no aportó ninguna información al respecto, ni se suspendió el poder dispositivo sobre ese bien en el decurso del proceso, se entiende que no es posible decretar de manera oficiosa el comiso de ese automotor, ya que podrían afectar derechos de terceros.

Sin embargo, en aplicación de los artículos 15, 16 y demás normas concordantes de la Ley 1708 de 2014, esta Sala ordenará que la FGN inicie los trámites de extinción de dominio sobre el citado automotor, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

8. DECISIÓN ADICIONAL DOS: Como de lo expuesto en el apartado 6.9.2 se deduce que el testigo Eugenio Mazo Holguín entregó una declaración sustancialmente falsa en el juicio oral, se compulsarán copias ante la FGN para que sea investigado por la violación del artículo 442 del CP.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 6 de abril de 2016, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró penalmente responsable a KM y JASV por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 – 1 C.P.) y para éste último en concurso con cohecho por dar u ofrecer (art. 407 C.P.), en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: ORDENAR que la FGN inicie los trámites de extinción de dominio sobre el vehículo de placas MMK 508, tal y como se advirtió en el ítem 7 de esta providencia.

TERCERO: COMPULSAR COPIAS ante la FGN para que se investigue la conducta de falso testimonio (Art. 442 CP) en que pudo haber incurrido Eugenio Mazo Holguín.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 4-5. [↑](#footnote-ref-1)
2. La defensa no recurrió lo relativo a la pena impuesta a los procesados. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 35, acta de audiencia de juicio oral. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP12772-2015, Radicación n° 39419 [↑](#footnote-ref-4)
5. C. Pruebas F. 5 [↑](#footnote-ref-5)
6. C. Pruebas Folio 9 [↑](#footnote-ref-6)
7. La renuncia a la vieja dicotomía –que parecía dar en un callejón sin salida- fue promovida por el finalismo, que ensayó su teoría *final objetiva,* sobre la base del *dominio del hecho,* y que puede considerarse seguida por la doctrina mayoritaria, siendo hasta hoy la más fructífera en cuanto a soluciones razonables. Conforme a ella, autor es quien domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el *sí* y el *cómo* o –más brevemente dicho- quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual. Con todo, corresponde recordar el recorte de orden objetivo derivado de la función conglobante de la tipicidad mediante la *posibilidad de que una obra sea imputada al agente como propia,* a través de la hipótesis de la *dominabilidad.* En efecto, autor y hecho son términos de un juicio analítico y no sintético, pues sin *dominio del hecho* no hay autoría dolosa, pero toda vez que sin la  *de dominio del hecho* es sobreabundante interrogarse acerca de la *existencia real y efectiva del dominio,* resulta que la *dominabilidad* es el presupuesto *objetivo del dominio.*

   El *dominio del hecho* no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, lo que obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en forma concreta, que puede ser la de *dominio de la acción, de dominio funcional del hecho* o de *dominio de la voluntad.* A.- el *dominio de la acción* es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano; b.- el *dominio funcional del hecho* es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva; y c.- el *dominio de la voluntad* es la idea decisiva de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, o es por necesidad o por error” Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho*…, ob., cit, páginas 741 y 742. [↑](#footnote-ref-7)
8. Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, páginas 567 y 568. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sólo quien domine el hecho, aquel que “tenga las riendas del acontecimiento típico”, el sujeto que “se encuentre en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”, --como precisa Maurach— puede ser tenido como autor, mientras partícipe es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo de injusto.

   En tanto “autor es quien, como “figura central” (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo, partícipe es quien sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como “figura marginal” del suceso real, la comisión del hecho”, agrega Wessels (…)

   En síntesis, autor es, según este enfoque, quien ejerce el dominio sobre el hecho material, conduciéndolo mediante una contribución objetiva –y aún valorativa- de sensible importancia (…)

   Se dice que esta teoría está directamente vinculada a la teoría final de acción, lo que indudablemente es cierto porque fue admitida y sistematizada por Welzel en 1939, pues “ante el fracaso de las posiciones extremas (objetiva y subjetiva) surge la **teoría final objetiva** (a propósito de la material objetiva). O para decirlo mejor, **la teoría final objetiva es la misma del “dominio del hecho”**, en tanto hay por parte del sujeto preordenación al fin objetivo (negrillas fuera del texto).

   Pero mientras este proceso doctrinario sucedió en efecto, no se puede en cambio compartir que el dominio del hecho vaya nada más que hasta el “supuesto del hecho” como lo precisa Stratenwerth, discípulo de Welzel, porque esa limitación a la parte objetiva del comportamiento, con algunas excepciones que exigen complementos (ánimos especiales y calificaciones del sujeto), conduce a innumerables dificultades sistemáticas que hasta ahora no han podido resolver armónicamente la doctrina, dado que no hay aún una corriente de opinión vigorosa en torno a las propuestas planteadas” (…)

   La teoría del “dominio del hecho”, pues, alude al dominio del supuesto de hecho típico, sin tocar lo atinente al injusto y su conocimiento.Mario Salazar Marín, *Teoría…*, ob. cit., páginas 429, 430, 434 y 435. [↑](#footnote-ref-9)
10. “A pesar de que un concepto jurídico se considera “más preciso y más apropiado para la subsunción judicial cuanto más descriptivo, esto es, cuanto más se refiere a objetos perceptibles sensorialmente, computables y mensurables, susceptibles de ser averiguados mediante un sencillo juicio de verificación y en esa medida “exentos de valoración”, nuestro punto de vista es diferente. Pues en lugar de resolver en esta obra lo de autor y partícipe en el tipo con el supuesto de hecho y con una visión objetivo-descriptiva con un descolorido contenido subjetivo (dolo sin conciencia del injusto), lo decidimos dentro del contexto de un injusto mixto en que el autor domina sus frentes objetivo y subjetivo**,** precisamente porque “los elementos conceptuales descriptivos por sí solos no pueden captar el contenido de significado” Mario Salazar Marín, *Teoría…*, ob. cit., página 437. [↑](#footnote-ref-10)
11. El mutuo acuerdo para la práctica unanimidad de la doctrina es la conexión subjetiva entre los diferentes intervinientes en una conducta y que persigue como fin último, como objetivo común, la realización del hecho. Para la consecución conjunta de este objetivo, resulta evidente que los diferentes intervinientes deberán coordinar, en mayor o menor medida, sus aportaciones al hecho. Victoria García del Blanco. *La coautoría en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. página 381. [↑](#footnote-ref-11)
12. Aunque enseguida conoceremos las excepciones, es algo generalmente aceptado que, para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, entendido éste como un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común en el sentido en que hablé de tal al tratar la teoría del acuerdo previo, sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo. Miguel Díaz y García Conlledo*, La autoría en derecho penal*, Barcelona, Editorial PPU, 1991, página 653. [↑](#footnote-ref-12)
13. En segundo lugar, debe mediar una contribución, un aporte objetivo y esencial al hecho, de tal manera que éste sea producto de la división del trabajo entre todos los intervinientes, por ello se requiere un dominio funcional del hecho, pues cada uno debe ser una pieza fundamental para llevar a cabo el plan general. Por lo tanto, no se precisa que cada concurrente realice totalmente la acción típica, pero si es necesario a no dudarlo que el aporte esencial se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la misma, pues de lo contrario se estarían penando aportaciones en las fases previas en contravía de un derecho penal de acto. Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, Medellín, Editorial Comlibros, 2009, página 902. [↑](#footnote-ref-13)
14. Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría…,* ob., cit. página 656. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad …,* ob. cit., páginas 394 y 395. [↑](#footnote-ref-16)
17. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho,* ob. cit., páginas 752 y 753. [↑](#footnote-ref-17)