



Universidad Nacional

SAN LUIS GONZAGA



[Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

Esta licencia permite a otras combinar, retocar, y crear a partir de su obra de forma no comercial, siempre y cuando den crédito y licencia a nuevas creaciones bajo los mismos términos.

http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0



UNIVERSIDAD NACIONAL "SAN LUIS GONZAGA"



ESCUELA DE POSGRADO

EVALUACION DE ORIGINALIDAD

CONSTANCIA

El que suscribe, deja constancia que se ha realizado el análisis con el software de verificación de similitud al **BORRADOR DE TESIS** cuyo título es:

"EL ITER CRIMINIS Y DELITO DE MARCAJE EN LA PROVINCIA DE ICA, 2018"

Presentado por:

BENDEZU MANCHEGO, LUIS FEDERICO

De la **MAESTRÍA EN DERECHO** mención **CIENCIAS PENALES**.

Que, se ha recibido del operador del programa informático evaluador de originalidad de la Escuela de Posgrado de la UNICA, el informe automatizado de originalidad, el mismo que concluye de la siguiente manera:

El documento de investigación APRUEBA los criterios de originalidad con un porcentaje de similitud de 1%.

Para dar fe, se adjunta al presente el reporte de similitud de las bases de datos de iThenticate. En Ica 14 de febrero de 2023

Atentamente

UNIVERSIDAD NACIONAL "SAN LUIS GONZAGA"
ESCUELA DE POSGRADO



Dr. ROBERTO H. CASTAÑEDA TERRONES
DIRECTOR (o) DE LA ESCUELA DE POSGRADO

**UNIVERSIDAD NACIONAL “SAN LUIS
GONZAGA DE ICA”**

VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCION EN CIENCIAS PENALES



**INFORME FINAL
“EL ITER CRIMINIS Y DELITO DE MARCAJE EN LA
PROVINCIA DE ICA, 2018”**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

**SOCIEDAD, DESARROLLO SOSTENIBLE, POLÍTICAS PÚBLICAS Y
AMBIENTALES**

PRESENTADO POR:

**Bach. BENDEZU MANCHEGO, Luis Federico
AUTOR**

**GRADO A OBTENER: Maestro en Derecho -
Mención en Ciencias Penales**

**ICA – PERU
2021**

A mi hijita, padres, familiares cercanos de los que recibí comprensión, apoyo, sosteniblemente, para culminar esta etapa de mi desarrollo profesional.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” de Ica por la oportunidad de realizar los estudios de Maestría.

A la Escuela de Posgrado de la UNICA a pesar de algunos contratiempos, por el esfuerzo colectivo de seguir con nuestra formación continua.

A los Docentes de la Escuela de Posgrado de la UNICA por habernos dedicado tiempo, apoyo en las etapas que comprendió realizar los estudios de Maestría.

A los compañeros de aula que, con sus intervenciones, aportes han permitido fortalecer las competencias profesionales que demanda la sociedad a los abogados.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
I.INTRODUCCIÓN	08
II.ESTRATEGIA METODOLÓGICA	16
2.1. TIPO. NIVEL Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	16
2.2. POBLACIÓN. MUESTRA. MUESTREO	16
2.3. TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN	17
III.RESULTADOS	19
IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	30
V.CONCLUSIONES	32
VI.RECOMENDACIONES	33
VII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34
VIII.ANEXOS	36

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla I:	Iter Criminis	19
Tabla II:	Delito de Marcaje	20
Tabla III:	Idea de delinquir	21
Tabla IV:	Actos Preparatorios	22
Tabla V:	Acopiar-entregar información	23
Tabla VI:	Facilitar Comisión de otros delitos	24
Tabla VII:	Prueba de Normalidad Kolmogórov-Smirnov para una muestra.	29

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1:	Iter Criminis	19
Figura 2:	Delito de Marcaje	20
Figura 3:	Idea de delinquir	21
Figura 4:	Actos Preparatorios	22
Figura 5:	Acopiar-entregar información	23
Figura 6:	Facilitar Comisión de otros delitos	24

RESUMEN

La investigación realizada demuestra la relación existente entre el iter criminis y el delito de marcaje.

Para recolectar los datos que se presentan se aplicaron los instrumentos de recolección de datos denominados Guía de Entrevista sobre Iter Criminis aplicado a diferentes operadores de justicia, además mediante la Guía de Entrevista sobre Delito de Marcaje aplicado a abogados, litigantes, estudiantes de Derecho se pudo levantar información sobre esta variable de estudio.

Los resultados demuestran que existe una correlación significativa entre el iter criminis y el delito de marcaje, porque mientras mejor sean empleados los conocimientos sobre el iter criminis, mejor será la comprensión, tratamiento del delito de marcaje, pero, si se toman en cuenta con poca consideración los referentes del iter criminis, también el tratamiento legal al delito de marcaje será inapropiado.

PALABRAS CLAVES: Etapas, momentos, reglaje, Fiscales, Jueces, Vocales, Abogados, Estudiantes de la Facultad de Derecho

ABSTRACT

The investigation demonstrates the relationship between iter criminis and the marking crime.

To collect the data presented, the data collection tools called the Iter Criminis Interview Guide applied to different justice operators were applied, in addition to the Trademark Crime Interview Guide applied to lawyers, litigants, law students were able to lift information about this variable study.

The results show that there is a significant correlation between iter criminis and the crime of marking, because the better the knowledge about iter criminis is employed, the better the understanding, treatment of the crime of marking, but, if it is they take into account with little consideration the references of iter criminis, also legal treatment for the crime of marking will be inappropriate.

KEYWORDS: Stages, moments, adjustment, Judges, Vocals, Lawyers, Law School Students

I. INTRODUCCIÓN

El Iter Criminis es una locución latina que significa “camino del delito”, utilizada en el Derecho Penal para referirse al proceso de desarrollo del delito, es decir las etapas que posee desde el momento en que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma.

El Iter criminis es un desarrollo dogmático, creado por la doctrina jurídica con la idea de diferenciar cada fase del proceso, asignando a cada fase un grado de consumación que permita luego aplicar las diferentes penas.

En el campo del Derecho Penal existen un conjunto de figuras jurídicas que provienen del Derecho Latino, del Derecho Anglosajón. Una de estas figuras es la del Iter Criminis que en legislaciones como la americana lo tratan de una manera muy delicada para que en su debida oportunidad los tribunales compuestos de un jurado y el magistrado que resolverá determinado caso lo haga de la manera más eficaz y eficiente. Asimismo, la legislación de la República Popular China cuyo régimen político es de corte socialista tiene otro enfoque sobre la figura en estudio y deriva a la policía y los fiscales la responsabilidad de darle el tratamiento adecuado.

En el Perú actualmente hay una espiral que no se puede parar de incremento de la criminalidad, esto se aprecia en las zonas urbanas y rurales, se producen robos, secuestros, extorsiones, violaciones, asesinatos. Los delincuentes tienen como un aspecto característico el “marcar” a los que serán sus víctimas, esto comienza en los malls, entidades financieras, con la finalidad de llevar a cabo su plan con efectividad. En la coyuntura que se vive en los últimos tiempos, se ha hecho algo normal, escuchar hablar sobre los “marcas”, quienes luego de una serie de actos preparatorios, cometen sus fechorías, teniendo como respaldo que en algún momento no constituía delito trayendo dificultades a los operadores de justicia del país, sean miembros de la Policía Nacional, el Ministerio Público o el Poder Judicial provocando muchas situaciones de inseguridad.

Urzua (2010) “A pesar de la basta aplicación que tiene el artículo 7 del Código Penal en la práctica judicial, la determinación de la fase de desarrollo del delito, realizada por los tribunales nacionales, no es unívoca, encontrándose diferentes criterios jurisprudenciales al aplicar dicho artículo” (p. 34), es importante conocer cada una de las

fases de la puesta en práctica del conjunto de acciones que llevan a configurar alguna figura delictiva.

Salas (2007) en relación al iter criminis plantea:

La realización del delito se lleva a cabo en un proceso general que consta de dos etapas claramente diferenciadas: una primera, donde hallamos la ideación, deliberación y decisión criminal (etapa interna) ; y otra, que se presenta cuando el agente pone en obra la decisión (etapa externa) : proveyéndose de los medios o instrumentos elegidos” (p.49).

La planificación, ejecución son vitales para que se configure todos los requisitos para estar frente a algún delito, si solo se da una de ellas se debe merituar adecuadamente de parte de los operadores de justicia para no cometer injusticias, dar fallos objetivos, sin apasionamientos.

Benavides (2011) hace la siguiente aseveración

Por aquellas razones es que las personas prefieren solucionar de una u otra manera, de ahí que se puede llegar a cometer otros delitos de mayor gravedad. En algunos casos, no se llega a obtener la sentencia correspondiente, por falta de pruebas, ya que es bastante difícil comprobar estos delitos. (p. 50).

La comprensión objetiva del iter criminis permite a los aquos tomar decisiones apropiadas y sancionar cuando corresponde, todo lo contrario, sucede cuando se elaboran fallos por apresuramiento, presión mediática.

Caro (2016) en relación al marcaje expone “el bien jurídico que se busca proteger frente a “el delito de marcaje o reglaje”, la tranquilidad pública, que abarca a toda la sociedad, es bien jurídico supraindividual, se protege a través de la técnica de delito abstracto” (p. 32) entre la figura delictiva citada y el iter criminis se da una ligazón muy importante, ya que los actos previos a un golpe a darse por parte de un delincuente, banda organizada, sirven de argumentos sólidos para demostrar a los inculpados su nivel de responsabilidad.

Hidalgo (2015) también realiza en relación al delito de marcaje los siguientes alcances “el delito de Marcaje o Reglaje nace frente a la inseguridad ciudadana que se vive en nuestro país, la delincuencia ha alcanzado niveles descomunales” (p. 40) lo citado es una realidad que no se puede negar, todo lo contrario, todos los medios de comunicación televisivos, escritos, radiales emiten noticias que nos dejan impresionados con la consumación de asaltos, ajuste de cuentas, sicariato que se iniciaron con toda la planificación, organización de parte de los delincuentes, a pesar de toda la connotación económica-social que tiene este tipo de situaciones, también es vital que el Estado a través de los gobiernos de turno implementen políticas públicas para brindar opciones laborales a adolescentes, jóvenes, adultos que eligen por lo más fácil para dar solución a sus necesidades.

Castañeda (2016) en torno al iter criminis señala “cuando resolución de delinquir del sujeto se manifiesta exteriormente mediante hechos, nos encontraremos en la fase externa del delito. Sin embargo, no cualquier manifestación externa de la resolución de delinquir es punible. , los actos preparatorios serán excepcionalmente punibles” (p. 36), de acuerdo a lo expresado por el autor citado, la etapa previa a la consumación de un delito es punible en todos sus extremos, ya que así no se llegue a consumir determinada conducta delictiva, también los actos preparatorios cuentan para lo que es la idea de tentativa, por lo que no debe dejar de castigarse, para tratar de corregir conductas equivocadas, eso sí, los fiscales, jueces, vocales deben ser razonables al momento de administrar justicia, porque sino los Establecimientos Penitenciarios se seguirán abarrotando de presidiarios de poca monta con avezados delincuentes.

El Iter Criminis se refleja en la vía, recorrido que un sujeto al margen de la ley, recorre desde que se imagina, idea cómo cometer su fechoría, atravesando por la organización (reunión de medios, materiales) hasta ejecutar lo preparado. Comprender este conjunto de pasos es manejar lo relacionado al iter criminis.

Cuando la legislación describe y tipifica un delito, lo hace refiriéndose (por norma general) a su forma consumada. Esta forma es el método utilizado como imagen conceptual para configurar los tipos delictivos posteriormente (Muñoz-Conde, García- Arán, 2010), pero, es de suma importancia el conocer las fases previas a la consumación.

El estudio del iter criminis, permite conocer todos los pasos previos para llegar a la consumación de los delitos, siendo la interna muy importante para tener

conocimiento de la fase previa, del estado de consciencia de parte de los delincuentes (Quintero, 2010). Todo lo expuesto se meritua cuando se debe estudiar el tema de la punibilidad de actos realizados durante el iter criminis.

El marcaje es un detallado conjunto de acciones previas realizadas por los delincuentes con sus futuras víctimas, lo hacen ubicándose de manera estratégica en el lugar donde van a llevar a cabo su fechoría, puede ser en el interior o exteriores de algún banco, financiera, caja municipal, cajero, agente, cuando están seguro de los estudios previos se lanzan sobre sus víctimas cual fiera salvaje provocando en muchas ocasiones graves consecuencias en mujeres adolescentes, jóvenes, adultos, ancianos inclusive ahora se lanzan contra niñas, niños, en este aspecto abarca reunir-entregar información, el vigilar o seguir a las personas hasta que exista la seguridad de que todo saldrá con éxito.

La Ley N° 29859, Ley contra el Marcaje, entró en vigencia el 2012, especificando que quienes realizan el marcaje se ocultan entre los pobladores, no son los que realizan la conducta delictiva, por lo general, no llevan armas, pasan desapercibidos, ingresan, salen de entidades financieras, centros de negocios con total naturalidad, complementando el trabajo principal los ejecutores que si están armados, conducen unidades moviles, por lo general, llevan radios, celulares de alta resolución acondicionado.

Según Malo (1971) “El estudio del iter criminis puede ser estudiado desde el campo de la criminología, para entender mejor la consumación del delito” (p.23) lo expresado es fundamental que lo manejen adecuadamente los fiscales, jueces, vocales que intervienen en los procesos penales para sancionar delitos cometidos.

Fontán (2002) "El estudio del iter criminis, consecuentemente no siempre viene desarrollado en la misma forma” (p. 44) lo expresado por el autor mencionado es cierto, ya que la legislación penal, procesal penal de cada país tiene sus propias características, pero, siempre hay cuestiones comunes a tomar en cuenta.

Novoa (1984) manifiesta en torno al iter criminis:

Comprende dos momentos: el primero es interno, se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera de la psique del individuo, aquí se encuentran la idea, la toma de decisiones para cometer el delito; el

segundo momento en la realización del acto delictivo, aquí encontramos la realización de los actos preparatorios de los ejecutivos y la consumación (p.32).

Cada uno de los momentos citados deben ser de conocimiento de los operadores de justicia sean fiscales, jueces, vocales, también la Policía Nacional en lo que corresponda, caso contrario todo un trabajo para administrar justicia se puede caer, fracasar si existe desconocimiento apropiado del iter criminis.

Silva (1963) señala en relación al iter criminis las siguientes teorías:

- a) La teoría de la Univocidad; b) La teoría del ataque a la esfera de la víctima; c) La zona periférica del núcleo del tipo; d) La del criterio de la anti-juridicidad material; y e) La de los criterios formales y criterios materiales. (p.46).

Estas teorías plantean que son actos preparatorios unívocos aquellos que siempre llevan a un delito son actos preparatorios equívocos los que pueden conducir a actos inocentes que a delictivos. También permiten diferencias actos preparatorios que caen sobre sujeto pasivo, actos preparatorios que se hacen realidad. Mediante estas teorías se diferencian actos preparatorios de los ejecutados.

Figueroa (2013) señala “en el derecho penal clásico se reprime por excelencia conductas punibles consumadas, como el matar, lesionar, robar, secuestrar, violar, extorsionar” (p. 42), es por eso que el marcaje debe ser objeto de un estudio minucioso para entender hasta donde permitió llevar a cabo la consumación del delito, cómo se relaciona con el iter criminis para que en base a los datos objetivos los jueces, vocales puedan resolver justamente.

El Problema General de la presente investigación se formuló de la siguiente manera: ¿Cuál es la relación existente entre el iter criminis y el delito de Marcaje en la Provincia de Ica, 2018? los Problemas Específicos: ¿Qué relación existe entre la idea de delinquir y acopiar información en la Provincia de Ica, 2018?; ¿Qué relación existe entre los actos preparatorios y facilitar la comisión de los delitos en la Provincia de Ica, 2018?.

La investigación realizada se apoyó en bases legales tales como: la Constitución Política de 1993; en la Ley 30220, Ley Universitaria; en el Estatuto de la UNICA; en el Reglamento de Grados y Títulos de la UNICA, desde el punto de vista teórico se apoyó en un conjunto de trabajos de carácter internacional, nacional sobre el tema en estudio, además de proporcionar las bases teóricas objetivas que sobre las variables en estudio serán objeto de análisis, interpretación, síntesis, se entregará un marco conceptual que le darán el sustento teórico a lo realizado. Los resultados obtenidos en la presente investigación ayudarán a otros estudiosos para continuar con el tema tratado, desde el punto de vista metodológico se justifica ya que corresponden a una investigación básica ya que los conocimientos obtenidos permiten ampliar los ya existentes, el Nivel de la Investigación corresponde a una correlacional ya que se demuestra la relación existente entre las variables en estudio, además se tomó en consideración una Población se desprendió de esta una Muestra representativa, también se ha tomado en cuenta la Técnica de la Encuesta, y los instrumentos de recolección de datos fueron Cuestionarios dirigidos para cada variable, además de las Técnicas de Procesamiento, por todas las razones expuestas la investigación realizada se justifica plenamente.

En lo relacionado a los Objetivos, el Objetivo General de la presente fue: Demostrar la relación existente entre el iter criminis y el delito de marcaje, en la Provincia de Ica, 2018.; los Objetivos Específicos fueron: Describir la Relación existente entre la idea de delinquir y acopiar información en la Provincia de Ica, 2018.

La Hipótesis General fue: Entre el Iter Criminis y el delito de marcaje existe una relación significativa en la Provincia de Ica, 2018. ; las Hipótesis Específicas fueron: Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018, existe una relación muy estrecha; Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha.

Las Variables fueron: Variable Independiente (X) : Iter Criminis; Variable Dependiente (Y): Delito de Marcaje.

Operacionalización de Variables

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEMS O REACTIVOS	ESCALA DE MEDICIÓN
Variable X ITER CRIMINIS	Proceso de desarrollo del delito, es decir las etapas que posee desde el momento en que se idea la comisión del delito hasta que se consuma.	Mediante guía de entrevista aplicada a operadores de Justicia para obtener información sobre el Iter Criminis	Idea	Idea de delinquir	¿Debe de sancionarse la idea de delinquir? ¿La idea de delinquir debe sancionarse como delito independiente? ¿Se puede considerar como autor intelectual a quien idea la comisión de un delito? ¿Se puede considerar como cómplice a quien idea la comisión de un delito? ¿Considera que la ideación debe ser sancionada como parte del Iter Criminis?	SIEMPRE A VECES NUNCA
			Preparatorios	Actos preparatorios	¿Deben sancionarse los Actos Preparatorios? ¿Deben sancionarse los Actos Preparatorios como delito independiente? ¿Se puede considerar como autor intelectual a quien realiza los actos Preparatorios? ¿Considera que los Actos Preparatorios deben ser sancionados como parte del Iter Criminis? ¿Los legisladores deben contemplar cambios en la legislación?	

Variable Y: DELITO DE MARCAJE	Actos de seguimiento, vigilancia, de acopio de información, como así también la entrega de información de la cual se posee un carácter de dominio.	Mediante guías de entrevista aplicadas a operadores de justicia obtener información sobre el delito de marcaje.	Información	Acopiar o entregar información	-¿Debe sancionarse el acopiar o entregar información para cometer un delito? -¿Es correcto sancionar al que acopia o entrega información para facilitar cometer un delito? -¿El acopiar o entregar información forma parte del iter criminis? -¿Hacer seguimiento a una persona vulnera el bien jurídico seguridad pública? -¿Poseer información respecto a las actividades de una persona vulnera el bien jurídico seguridad jurídica?	Siempre
			Facilitar	Facilitar la comisión de otro delito	¿Deben sancionarse los actos que faciliten la comisión de otro delito? -¿Es correcto sancionar independientemente al que facilita la comisión de un delito? -¿Facilitar la comisión de otros delitos forma parte del iter criminis? -¿Facilitar la comisión de otros delitos vulnera el bien jurídico seguridad pública? -¿Debe sancionarse como cómplice al que facilita la información para la comisión de un delito?	A Veces Nunca

II. ESTRATEGIA METODOLOGICA

2.1. Tipo, nivel y diseño de investigación

2.1.1. Tipo de investigación

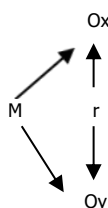
Por su FINALIDAD la investigación realizada corresponde a una INVESTIGACIÓN BÁSICA, porque se obtuvieron nuevos conocimientos de las variables en estudio. Por su RELACIÓN CON EL DERECHO se enmarca dentro de una investigación sociológica-funcional, porque se ha ubicado en un determinado contexto y se toma en cuenta el aspecto de temporalidad.

2.1.2. Nivel de investigación

El trabajo de investigación ejecutada se ha enmarcado en el Nivel Correlacional.

2.1.3. Diseño de investigación

Correspondió al DESCRIPTIVO-CORRELACIONAL que se representa de la siguiente manera:



En donde:

M: Muestra representativa de Fiscales, Jueces, Litigantes, Abogados.

Ox: ITER CRIMINIS

Oy: DELITO DE MARCAJE

r: factor de correlación.

2.2. Población. Muestra. Muestreo.

2.2.1. Población

Estuvo constituida por el conjunto de personas que aportaron datos, información de primera fuente, objetiva sobre las variables en estudio. Cuantitativamente fueron 100 individuos.

2.2.2. Muestra

La muestra es una parte de la población, para el caso serán parte de esta las personas que puedan contribuir con el estudio a llevarse a cabo. Se recurrió al Muestreo No Probabilístico o Intencionado para elegir a las unidades de la muestra, tomando en cuenta ciertos criterios de inclusión o exclusión. De la Población de 100 individuos se consideraron a los que podían colaborar con el desarrollo de la investigación, para hacerla más significativa se aplicó la siguiente formula:

$$n = \frac{N \cdot z_{\frac{\alpha}{2}}^2 \cdot p \cdot (1 - p)}{e^2 \cdot (N - 1) + z_{\frac{\alpha}{2}}^2 \cdot p \cdot (1 - p)}$$

$$n = \frac{100 \cdot (1.96)^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}{0.0025 \cdot 99 + (1.96)^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5} \approx 79.5$$

Ante los resultados obtenidos se procedió a considerar solo a 80 individuos para operativizar la investigación.

2.2.3. Muestreo.

Se utilizó el Muestreo No Probabilístico o Intencionado para elegir a las unidades de muestra, tomando en cuenta factores de inclusión como el conocimiento, manejo del tema, también algunos factores de exclusión como no considerar a aquellas personas que no contribuirían en el desarrollo de la investigación.

2.3. Técnica e Instrumento de Investigación

2.3.1. Técnica de Investigación

TÉCNICA DE LA ENTREVISTA

Es una técnica de recolección de datos mediante la cual una persona requiere a otra o a un conjunto de interlocutores datos, información sobre un determinado tema.

Busca obtener información objetiva que profundice en temas sustanciales y que sea incisiva en el objetivo de preguntar a profundidad.

A través de esta quien hace la entrevista se acerca a los puntos de vista, juicios, opiniones planteados por otras personas. En la investigación realizada los datos, información obtenidas han sido producto de la aplicación de esta técnica.

2.3.2. Instrumentos de investigación.

Para la presente investigación los instrumentos fueron:

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A OPERADORES DE JUSTICIA:

Mediante este instrumento se recogió información relacionada a la Variable Iter Criminis. Estuvo conformada de 20 ítems, fue respondida por fiscales, jueces, algunos vocales.

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A ESTUDIANTES DE DERECHO DEL SEXTO AÑO, ABOGADOS, LITIGANTES.

A través de este instrumento se pudo obtener información sobre el Delito del Reglaje desde la perspectiva de los estudiantes del Sexto Año de Derecho, también Abogados y litigantes. Este instrumento estuvo constituido de 10 reactivos que los participantes respondieron con objetividad.

2.3.3. Técnicas de análisis e interpretación de datos

Se tomaron en cuenta las siguientes:

- a. Clasificación de datos: Para separar los datos útiles de la investigación.
- b. Codificación de datos: Consistió en asignar códigos a los datos previamente clasificados.
- c. Tabulación de datos: Ayudó en la elaboración de cuadros y gráficos estadísticos, con los datos procesados.
- d. Análisis e interpretación de resultados: Se han realizado a los datos, información consignados en las tablas estadísticas y dio sentido a la información obtenida.

III. RESULTADOS

Tabla 1

Iter Criminis

Categorías	f(i)	h(i)
Deficiente [20-33>	28	35%
Regular [33-46>	24	30%
Buena [46-60]	28	35%
Total	80	100%
Media aritmética	38.3	

Fuente: Data de resultados

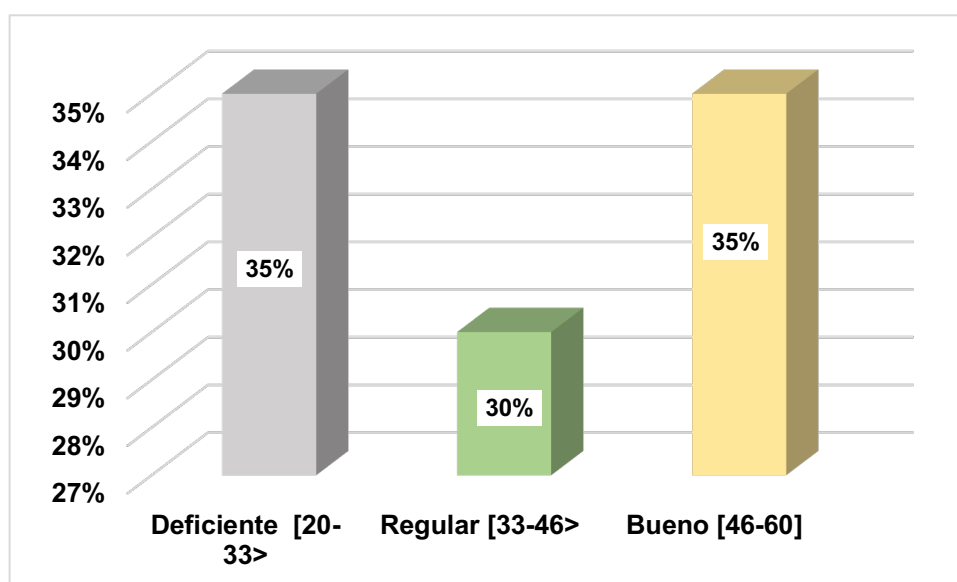


Figura 1. Iter Criminis

En cuanto al Iter Criminis, el 35% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 30% regular, sin embargo un 35% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 38.3 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular en cuanto a la comprensión adecuada de esta variable.

Tabla 2

Delito de Marcaje.

Categorías	f(i)	h(i)
Deficiente [10-17>	31	39%
Regular [17-24>	28	35%
Bueno [24-30]	21	26%
Total	80	100%
Media aritmética	19.1	

Fuente: Data de resultados

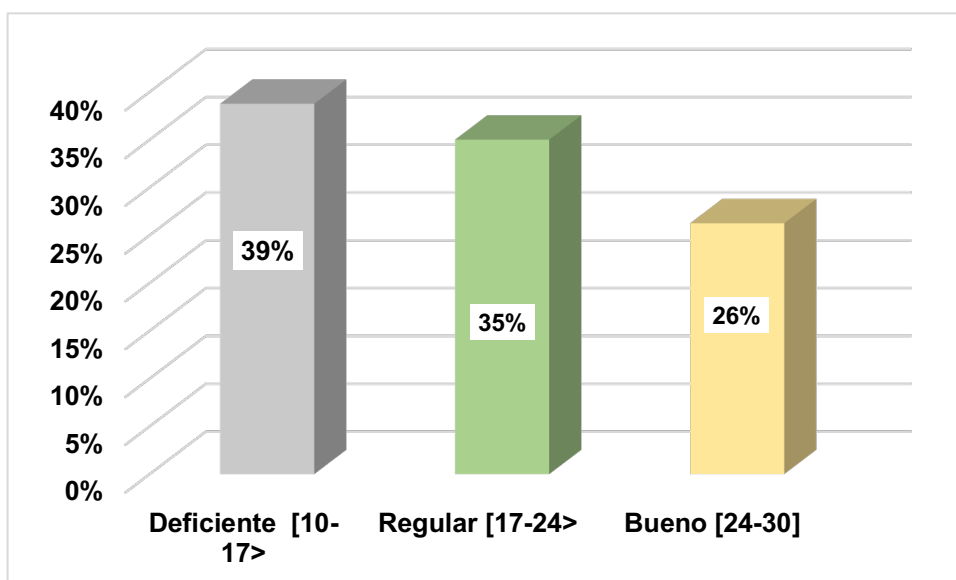


Figura 2. Delito de Marcaje.

En cuanto al delito de marcaje, el 39% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 35% regular, sin embargo un 26% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 19.1 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular en cuanto a la relación del delito de marcaje con el Iter Criminis.

Tabla 3

Idea de Delinquir.

Categorías	f(i)	h(i)
Deficiente [10-17>	30	38%
Regular [17-24>	25	31%
Bueno [24-30]	25	31%
Total	80	100%
Media aritmética	19.2	

Fuente: Data de resultados

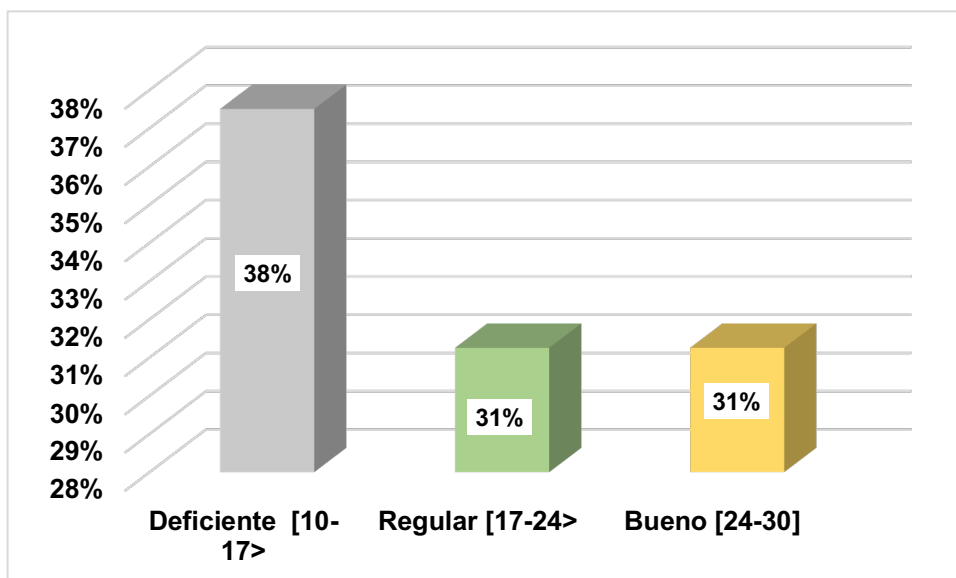


Figura 3. Idea de Delinquir

En cuanto a la importancia otorgada a la idea de delinquir, el 38% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 31% regular, un 31% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 19.2 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular.

Tabla 4

Actos Preparatorios.

Categorías	f(i)	h(i)
Bajo [10-17>	12	15%
Regular [17-24>	20	25%
Alto [24-30]	48	60%
Total	80	100%
Media aritmética	22.9	

Fuente: Data de resultados

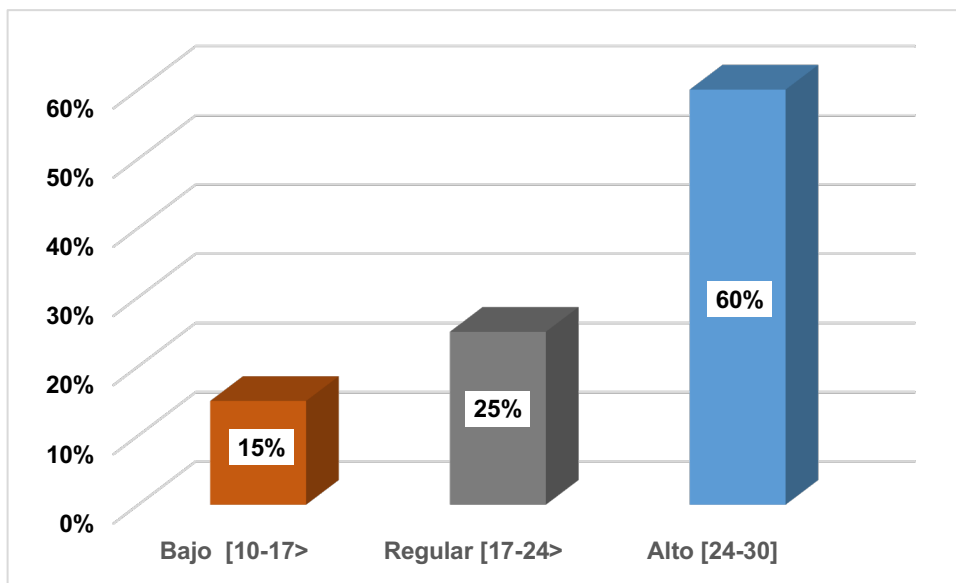


Figura 4. Actos Preparatorios

En cuanto a los actos preparatorios, el 15% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, el 25% regular, sin embargo existe un 60% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 22.9 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto.

Tabla 5

ACOPIAR O ENTREGAR INFORMACION, VIGILAR O SEGUIR

Categorías	f(i)	h(i)
Bajo [5-8>	13	16%
Regular [8-11>	13	16%
Alto [11-15]	54	68%
Total	80	100%
Media aritmética	11.4	

Fuente: Data de resultados

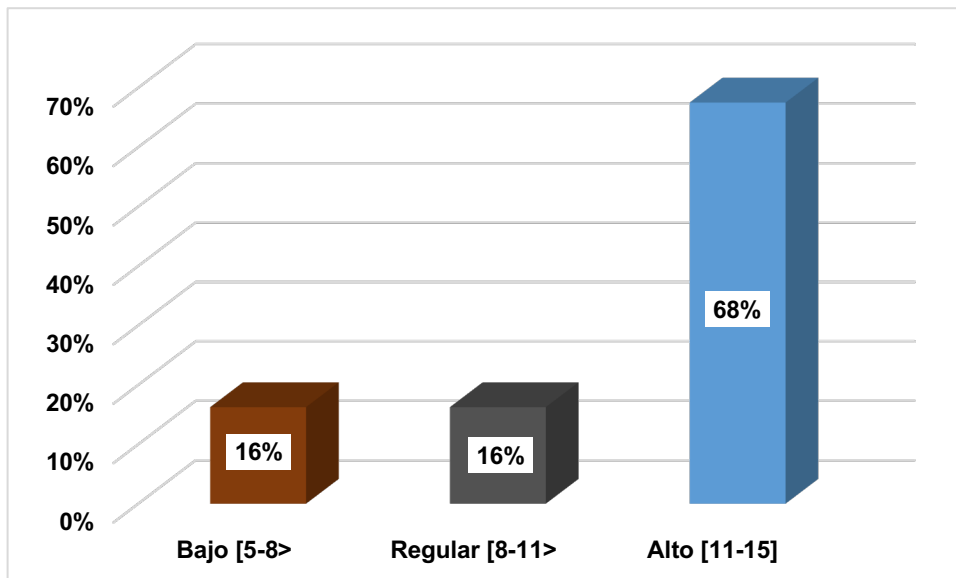


Figura 5. ACOPIAR O ENTREGAR INFORMACION, VIGILAR O SEGUIR

En cuanto a los actos de acopiar o entregar información, vigilar o seguir, el 16% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, otro 16% regular, sin embargo existe un 68% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 11.4 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto.

Tabla 6

Facilitar la Comisión de otros Delitos

Categorías	f(i)	h(i)
Bajo [5-8>	6	8%
Regular [8-11>	18	22%
Alto [11-15]	56	70%
Total	80	100%
Media aritmética	11.5	

Fuente: Data de resultados

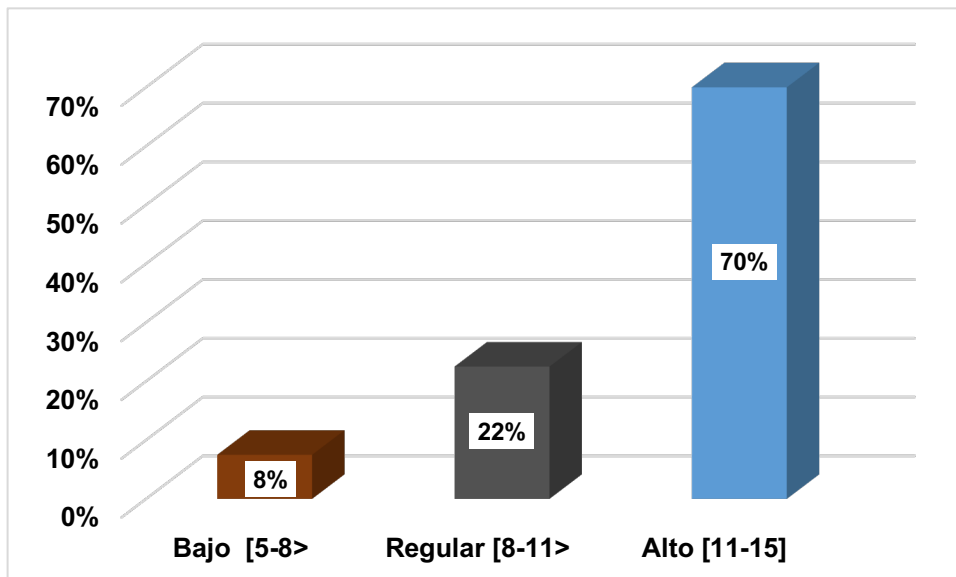


Figura 6. FACILITAR LA COMISION DE OTROS DELITOS

En cuanto a facilitar la comisión de otros delitos, el 8% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, otro 22% regular, sin embargo, existe un 70% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 11.5 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto, en la comisión de otros delitos a partir del marcaje.

Tabla 7

Prueba de normalidad – Kolmogorov – Smirnov para una muestra

Prueba de Kolmogorov-Smirnov para una muestra							
		Idea de delinquir	Actos Preparatorios	ITER CRIMINIS	Acopiar o entregar información.	Facilitar la Comisión de otros delitos.	DELITO DE MARCAJE
N		80	80	80	80	80	80
Parámetros normales ^{a,b}	Media	19,13	19,21	38,34	11,41	11,51	22,93
	Desviación estándar	5,149	5,622	10,345	3,137	2,392	4,968
Máximas diferencias extremas	Absoluta	,116	,115	,136	,156	,145	,186
	Positivo	,116	,111	,102	,126	,072	,077
	Negativo	-,112	-,115	-,136	-,156	-,145	-,186
Estadístico de prueba		,116	,115	,136	,156	,145	,186
Sig. asintótica (bilateral)		,010 ^c	,010 ^c	,001 ^c	,000 ^c	,000 ^c	,000 ^c

a. La distribución de prueba es normal.

b. Se calcula a partir de datos.

c. Corrección de significación de Lilliefors.

En la Tabla 7, se obtuvieron los valores de Kolmogorov – Smirnov, la cual fue utilizada porque se está frente a una muestra mayor de 80, los resultados que se obtuvieron fueron menores a 0.05 lo cual permitió afirmar que se está frente a datos no paramétricos, de manera que se utilizó la correlación de Rho de Spearman. Lo cual arroja datos interesantes que ayudan a validar las hipótesis planteadas.

Prueba de hipótesis

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 01

Hipótesis nula: $H_0: \rho = 0$

“Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018, no existe una relación muy estrecha”.

Hipótesis alterna: $H_a: \rho \neq 0$

Esta Hipótesis planteaba que “Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018, existe una relación muy estrecha”.

2°: Nivel de significación:

$\alpha = 005$ (prueba bilateral)

3°: Estadígrafo de Prueba:

Coefficiente de Correlación de Rho de Spearman

Correlaciones			Idea de delinquir	Acopiar información
Rho de Spearman	Idea de delinquir	Coefficiente de correlación	1,000	0,85**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	80	80
	Acopiar Información.	Coefficiente de correlación	0,85**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	80	80

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Conclusión:

De acuerdo a los resultados obtenidos se acepta la hipótesis alterna y se rechaza la hipótesis nula; por lo que se puede señalar que existe relación estrecha, con un valor de correlación de Rho de Spearman de 0,85 (Correlación significativa).

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 02

Hipótesis nula: $H_0: \rho = 0$

“Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018, no existe una relación muy estrecha”

Hipótesis alterna: $H_a: \rho \neq 0$

“Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha”

2°: Nivel de significación:

$\alpha = 005$ (prueba bilateral)

3°: Estadígrafo de Prueba:

Coefficiente de Correlación de Rho de Spearman

			Correlaciones	
			Actos Preparatorios	Facilitar la Comisión de otros delitos.
Rho de Spearman	Actos Preparatorios	Coefficiente de correlación	1,000	0,830**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	80	80
	Facilitar la Comisión de otros delitos.	Coefficiente de correlación	0,830**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	80	80

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Conclusión:

De acuerdo a los resultados obtenidos se acepta la hipótesis alterna y se rechaza la hipótesis nula; por lo que se puede señalar que existe relación directa, con un valor de correlación de Rho de Spearman de 0,830 (Correlación importante).

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

Hipótesis nula: $H_0: \rho = 0$

“Entre el Iter Criminis y el delito de marcaje no existe una relación significativa en la Provincia de Ica, 2018”.

Hipótesis alterna: $H_a: \rho \neq 0$

“Entre el Iter Criminis y el delito de marcaje existe una relación significativa en la Provincia de Ica, 2018”.

2º: Nivel de significación:

$\alpha = 005$ (prueba bilateral)

3º: Estadígrafo de Prueba:

Coefficiente de Correlación de Rho de Spearman

			Correlaciones	
			Iter Criminis	Delito de Marcaje
Rho de Spearman	Iter Criminis	Coefficiente de correlación	1,000	0,750**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	80	80
	Delito de Marcaje	Coefficiente de correlación	0,750**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	80	80

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Conclusión:

De acuerdo a los resultados obtenidos se acepta la hipótesis alterna y se rechaza la hipótesis nula; por lo que se puede señalar que existe relación estrecha, con un valor de correlación de Rho de Spearman de 0,750 (Correlación significativa).

Análisis e interpretación de resultados

El análisis de resultados se realizó a través de la comparación de los resultados obtenidos en la presente investigación con los resultados de otros estudios, los cuales se encuentran ubicados como antecedentes, para luego ser fundamentados con las bases teóricas, logrando cumplir con la triada.

En la Tabla 1, se observa que el 35% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 30% regular, sin embargo un 35% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 38.3 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular en cuanto a la comprensión adecuada de esta variable.

En la Tabla y Gráfico 2, correspondiente se observa que el 39% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 35% regular, sin embargo un 26% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 19.1 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular en cuanto a la relación del delito de marcaje con el Iter Criminis.

En la Tabla 3, se observa que el el 38% de los sujetos muestrales manifiestan que es deficiente, el 31% regular, un 31% manifiesta que es bueno; finalmente la media aritmética fue de 19.2 lo cual hace que recaiga en la categoría de regular.

En la Tabla 4, el 15% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, el 25% regular, sin embargo existe un 60% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 22.9 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto.

En la Tabla 5, se observa que el 16% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, otro 16% regular, sin embargo existe un 68% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 11.4 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto.

En la Tabla 6, el 8% de los sujetos muestrales manifiestan que es bajo, otro 22% regular, sin embargo, existe un 70% que manifiesta que es alto; finalmente la media aritmética fue de 11.5 lo cual hace que recaiga en la categoría de alto, en la comisión de otros delitos a partir del marcaje.

IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La Hipótesis Específica 1 planteaba: “Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018, existe una relación muy estrecha” esto se corrobora con el resultado de correlación de Rho de Spearman de 0,85 (Correlación significativa) en ese Novoa (1984) manifiesta en torno al iter criminis:

Comprende dos momentos: el primero es interno, se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera de la psique del individuo, aquí se encuentran la idea, la toma de decisiones para cometer el delito; el segundo momento en la realización del acto delictivo, aquí encontramos la realización de los actos preparatorios de los ejecutivos y la consumación (p.32).

El cumplimiento de los estadios mencionados por el autor citado deja en claro que entre la posibilidad de llevar a cabo el delito y reunir información para concretizarlo se da una relación muy marcada, ya que todo lo anterior ayuda en la concreción de la conducta delictiva, es por eso, que debe ser tomado muy en cuenta de parte de los operadores de justicia.

A su vez la Ley N° 29859, Ley contra el Marcaje, deja en claro como los que cumplen esa tarea están entre el público, no son los que llevan a cabo la acción, colaboran con sus ideas, labores de seguimiento, estudio, se camuflan, entran, salen a instituciones bancarias con total parsimonia, juegan un rol fundamental en el trabajo de los ejecutores que si portan armas, manejan autos, los primeros (ideólogos) se apoyan en equipos de comunicación de alta gama, pero, todo ello permite realizar el ilícito penal con la seguridad de salir airosos, es por ello que se afirma en la presente investigación que entre quienes dan la idea para delinquir y el acopio de información se da una significativa relación.

En la Hipótesis Específica 2 se planteó “Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha” esta queda contrastada y validada con lo señalado en el valor de correlación de Rho de Spearman de 0,830 (Correlación importante), lo indicado está respaldado por lo expresado de parte de Castañeda (2016) quien en torno al iter criminis señala “cuando hay la decisión firme de cometer ilícitos penales de parte del sujeto esto se concretiza mediante hechos, nos

encontraremos en la etapa de ejecución del delito. Pero, no cualquier manifestación externa de la resolución de delinquir es punible. , los actos preparatorios serán excepcionalmente punibles” (p. 36), de acuerdo a lo expresado por el autor citado, la etapa previa a la consumación de un delito es punible en todos sus extremos, ya que así no se llegue a consumir determinada conducta delictiva, también los actos preparatorios cuentan para lo que es la idea de tentativa, por lo que no debe dejar de castigarse, para tratar de corregir conductas equivocadas, eso sí, los fiscales, jueces, vocales deben ser razonables al momento de administrar justicia, porque si no los Establecimientos Penitenciarios se seguirán abarrotando de presidiarios de poca monta con avezados delincuentes. Es así que, el Iter Criminis se refleja en la vía, recorrido que un sujeto al margen de la ley, recorre desde que se imagina, idea cómo cometer su fechoría, atravesando por la organización (reunión de medios, materiales) hasta ejecutar lo preparado. Comprender este conjunto de pasos es manejar lo relacionado al iter criminis. Como lo confirman Muñoz; Garcia (2010) es muy relevante el “conocer las fases anteriores de la realización” (p.38). Tal como se puede deducir, los actos preparatorios son de mucha importancia en la comisión del delito, es por ello, que los administradores de justicia deben tenerlos muy en cuenta al momento de emitir sus fallos correspondientes.

En la Hipótesis General se dejó establecido que “Entre el Iter Criminis y el delito de marcaje existe una relación significativa en la Provincia de Ica, 2018” la misma que se da por contratada y validada con el valor de correlación de Rho de Spearman de 0,750 (Correlación importante) podemos comenzar la discusión de esta hipótesis recurriendo a Salas (2007) en relación al iter criminis plantea: “la efectivización del hecho delictivo es un proceso que tiene dos momentos, en el primero, están las ideas, toma de acuerdos y decisión para acometer(primer momento); en el otro, cuando se ejecuta el delito” (p.49) , por ello, la planificación es elemental para que se configure todos los requisitos para estar frente a algún delito, si solo se da una de ellas se debe meritarse adecuadamente de parte de los operadores de justicia para no cometer injusticias, dar fallos objetivos, sin apasionamientos, así en el delito de marcaje es para los que cometen este delito el contar con los suficientes datos, información de sus víctimas para llevar a cabo su acción delictiva, es por ello, que los operadores de justicia deben estar un paso delante de los que cometen este ilícito penal para sancionarlos ejemplarmente.

V. CONCLUSIONES

Con el resultado de correlación de Rho de Spearman de 0,85 (Correlación significativa) se demuestra que “Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018, existe una relación muy estrecha”.

El valor de correlación de Rho de Spearman de 0,830 (Correlación importante). Demuestra que “Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha”.

El valor de correlación de Rho de Spearman de 0,750 (Correlación importante) demuestra que “Entre el Iter Criminis y el delito de marcaje existe una relación significativa en la Provincia de Ica, 2018”.

VI. RECOMENDACIONES

A los operadores de justicia para que regularmente actualicen, capaciten al Personal a su cargo en temas relevantes del Derecho Penal como lo es el iter criminis.

A las autoridades del Poder Judicial para que de manera regular se realicen aclaraciones, mediante charlas sobre aspectos actualizados del delito de marcaje.

A las Autoridades de la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” de Ica para que en la Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho, Mención Ciencias Penales se realicen en forma regular ponencias sobre iter criminis, delito de marcaje.

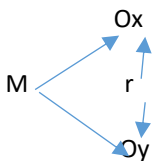
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANGO DURLING, Virginia. El Iter Criminis. República de Panamá: Ediciones Panamá Viejo, 2001.
- Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español Parte General. Barcelona: Ariel, 1997. —. Obras Completas. Lecciones de Derecho Penal. Parte Primera Fundamentos del Sistema Penal. Lima: Ara Editores, 2005.
- Bustos Ramírez, Juan. «Política Criminal y Estado.» Revista Peruana Ciencias Penales, 1995: 130- 132.
- Caro Jonh, José Antonio. Normativismo e imputación Jurídico Penal. Lima: Palestra Editores, 2010.
- Carnevali, Raúl. Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimiento de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial. Polit. Crim, (1): 1-17, 2006.
- Carrara Francesco. Cuestiones sobre la Tentativa. Santa fe de Bogotá: Temis S.A., 1992.
- Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte General - Volumen I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004. Cobo del Rosal, Manuel. Derecho Penal Parte General. 5º edición. Temis, 1999
- García, María Isabel Sanchez. El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela pena. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- Garrido Montt, Mario. Etapas de ejecución del delito autoría y participación. Santiago de Chile: Jurista de Chile, 1984
- Maradiaga, J. B. C. (2013). Las etapas del iter criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. Revista de Derecho, (12), 97-132.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). Derecho Penal: parte general (8ª edición). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España.

- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. «Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del Enemigo: el delito de Reglaje en el Perú.» (Idemsa) 2013.
- Pozo, J. H. (1987). Manual de Derecho Penal (2ª edición). Editorial Eddili. Lima, Perú.
- Quintero Olivares, G. (2010). Parte general del Derecho Penal. Editorial Aranzadi. Madrid, España.
- Rodríguez-Ramos, L. (2010) Compendio de Derecho Penal: parte general (2ª edición). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España.

VIII.ANEXOS

- MATRIZ DE CONSISTENCIA
- INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
- JURISPRUDENCIA DEL DERECHO COMPARADO SOBRE ITER CRIMINIS
(COLOMBIA)
- JURISPRUDENCIA DE PERÚ.

TITULO	PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGIA
<p>El Iter Criminis y el delito de Marcaje en la Provincia de Ica, 2018</p>	<p>Problema General: ¿Cuál es la relación existente entre el iter criminis y el delito de Marcaje en la Provincia de Ica, 2018? Problema Especifico 1: ¿Qué relación existe entre la idea de delinquir y acopiar información? Problema Especifico 2: ¿Qué relación existe entre los actos preparatorios y facilitar la comisión de los delitos?</p>	<p>Objetivo general: Demostrar la relación existente entre el iter criminis y el delito de marcaje en la Provincia de Ica, 2018. Objetivo Especifico 1: Describir la Relación existente entre la idea de delinquir y acopiar información. Objetivo Especifico 2: Determinar la relación existente entre los actos preparatorios y facilitar la comisión de los delitos.</p>	<p>Hipótesis General: Entre el iter Criminis y el delito de marcaje existe una relación significativa. Hipótesis especifica 1: Entre la idea de delinquir y el acopiar información, en la Provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha. Hipótesis especifica 2: Entre los actos preparatorios y el facilitar la comisión de otros delitos, en la provincia de Ica 2018 existe una relación muy estrecha</p>	<p>Variable X: EL ITER CRIMINIS</p> <p>Indicadores Vx:</p> <ul style="list-style-type: none"> Idea de delinquir Actos preparatorios <p>Variable Y: DELITO DE MARCAJE</p> <p>Indicadores Vy:</p> <ul style="list-style-type: none"> Acopiar o entregar información, vigilar, seguir Para facilitar la comisión de Delitos 	<p>Tipo y Diseño de la Investigación: Tipo: por su finalidad es Basica. Por su nivel de profundidad es Correlacional. Por su relación con el Derecho: Dogmática y Sociofuncionalista.</p> <p>Diseño:</p>  <p>En donde: M= muestra de jueces y fiscales R= factor de correlación Población: 200 ind. Muestra : 80 ind. Técnica de rec. De datos: encuesta Instrumentos de Recolección de datos: Cuestionario a Jueces y Fiscales, cuestionario abg. Litigantes</p>

8. ¿Se puede considerar como autor intelectual a quien realiza los actos Preparatorios?
- A. Siempre B. A Veces C. Nunca
9. ¿Considera que los Actos Preparatorios deben ser sancionados como parte del Iter Criminis?
- A. Siempre B. A Veces C. Nunca
10. ¿Los legisladores deben contemplar cambios en la legislación?
- A. Siempre B. A Veces C. Nunca

ITER CRIMINIS EN EL DERECHO COMPARADO (COLOMBIA)

Proceso No 25974

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 140.

Bogotá D.C., agosto ocho (8) de dos mil siete (2007).

VISTOS

En atención a que la mayoría de la Sala no estuvo de acuerdo con el proyecto de sentencia de casación presentado por el Magistrado Ponente, se procede a decidir de fondo sobre los temas definidos en providencia del 28 de septiembre de 2006, orientados a verificar la eventual vulneración de garantías de los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, con ocasión del fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de julio de 2004, confirmatorio del dictado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 28 de julio de 2003, que los condenó como coautores del delito de tentativa de homicidio agravado en el periodista *Yamid Amat Ruiz*. Al primero también lo condenó como autor del punible de rebelión. En la misma decisión ordenó compulsar copias para que se investigara el delito de porte de explosivos.

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

HECHOS

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

“El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la PIZZERIA D’OMO de la carrera 21 No. 39 – 70 de Bogotá a JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentarse contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro”.

ACTUACIÓN PROCESAL

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

Clausurada parcialmente la instrucción respecto de los sindicados *BUITRAGO GONZÁLEZ* y *PUERTAS TRIANA*, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá calificó el mérito del sumario el 26 de abril de 2002 con resolución de acusación en contra de aquellos como presuntos coautores del concurso de delitos que sustentó la medida de aseguramiento, a la vez que ordenó compulsar copias para investigar a “*los restantes vinculados*”, providencia que al ser impugnada por la defensa, fue objeto de confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá mediante resolución del 15 de agosto del mismo año.

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

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

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

Interpuesto recurso de apelación contra el fallo de primer grado por parte de los defensores de los procesados, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 26 de julio de 2004, pero lo modificó en el sentido de dosificar en diez (10) años la pena accesoria, al tiempo que dispuso compulsar copias para que, por separado, se investigara el delito de porte de explosivos.

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

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

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

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

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

“e) Como el Tribunal ordenó compulsar copias para que independientemente se investigara ‘el delito de porte de explosivos’, instrumento que sería utilizado para cometer el homicidio, se hace necesario determinar su concurrencia como causal de agravación del delito de homicidio en el grado de tentativa”.

En el trámite casacional se recibió concepto del Ministerio Público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

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

(i) “*Tentativa: actos preparatorios, principio de ejecución e idoneidad de la conducta*”.

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, porque atendiendo a la naturaleza de la acción y al plan preconcebido por el agente, aún faltaba emprender una actividad decisiva para que el bien jurídico fuera puesto en peligro, esto es, la colocación del material explosivo que debía ir adherido a la puerta delantera derecha del vehículo de la víctima objeto del atentado, como lo aseguró el procesado en su indagatoria. Por tanto, afirma que pese a la clara intención criminal de los acusados y a lo apropiado del medio para obtener el resultado, el comportamiento analizado no es idóneo.

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

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

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

Entonces, manifiesta que observa una violación de derechos fundamentales al calificarse el asunto como tentativa de homicidio agravado, dado que se le otorgó una connotación jurídica que no corresponde, lo cual condujo a que se desconociera la garantía fundamental de la legalidad, pues el sentenciador dedujo los elementos de la tentativa sin que estos hubieran sido acreditados en el diligenciamiento y, por tanto, el comportamiento de los procesados deviene atípico.

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

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

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

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

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

En las tres primera hipótesis, quien domina el hecho es el hombre de atrás porque el coaccionado, el que actúa en error, el menor y el inimputable, son verdaderos instrumentos de aquél. No ocurre lo mismo cuando quien domina el hecho lo hace a través de un aparato

organizado de poder, porque en tal caso, el ejecutor material actúa con voluntad, también domina el hecho, es un *instrumento doloso*, mientras que quien se sirve del aparato organizado de poder es el *autor detrás del autor*.

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

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

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

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

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

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

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

(iii) Concurrencia del delito de porte de explosivos

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

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

No obstante, como el comportamiento se subsumió en las causales de agravación 8ª y 10ª y el acusador hubiera podido deducir la otra causal de agravación, pero no lo hizo, considera que ahora no es posible subsanar el yerro en la calificación a través de una nueva investigación que indague una vez más por el hecho ya juzgado, porque sería violatorio del principio de cosa juzgada, o el de la prohibición de la doble valoración, pues sería tanto como enjuiciar el mismo comportamiento – que para esta actuación fue tenido como homicidio

agravado conforme a las causales 8ª y 10ª del artículo 104 – para que en otra investigación sea tenido como delito contra la seguridad pública.

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

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

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

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

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

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

Con el propósito de establecer si la conducta adelantada por los procesados

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

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

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

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

Es decir, considera la Sala que si tal como lo expresó *JHON JAIRO BUITRAGO* en su injurada, para el momento en que se produjo su captura había pasado dos veces por el lugar donde se encontraba el vehículo Mercedes Benz, “*sobre la acera al frente de la puerta del Canal*”¹, es claro que de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar el artefacto explosivo y conseguir su propósito.

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

¹ Fol. 127. c.o. No. 1.

características del instrumento con el cual se perpetraría la agresión, no era posible que los inculcados instalaran el dispositivo al vehículo sin que su objetivo de encontrar dentro del mismo, como ocurre con las “bombas lapa”², las cuales se adhieren mediante un imán en la parte baja de los vehículos y son activadas mediante sensores de movimiento, controles remotos, detonadores o temporizadores incorporados al explosivo.

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

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

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

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

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

Por su parte, la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con

² Conocidas por ser utilizadas por el grupo separatista Euskadi Ta Askatasuna (ETA) en España.

su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el *iter criminis* se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar.

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

Ahora, en punto del peligro efectivo para el bien jurídico es necesario expresar que la temática de la tentativa en casos como el analizado, no puede quedar simple y llanamente en la verificación físico – empírica de la proximidad de la conducta al resultado pretendido, más propia del causalismo, como si la ciencia penal no hubiera avanzado sobre el particular al abandonar la simple constatación de la relación causa – efecto, para propugnar, tanto por la exigencia de la responsabilidad subjetiva con todas las consecuencias que ello supone, conocimiento de hechos, conciencia potencial de la antijuridicidad, ausencia de error, miedo o coacción insuperables, como en la necesidad de dotar de sentido a las normas, entendidas no como simples decisiones inmotivadas y neutras del legislador, sino como preceptos dirigidos a mantener la convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas y la confianza en las relaciones sociales (teoría de la prevención positiva de la pena) a partir de restaurar la confianza en el derecho cuando alguien la ha defraudado, amén de interpretar las normas no solo lógicamente, sino dentro de un contexto social específico para el cual se hayan destinadas de conformidad con lo definido por la política criminal.

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

Es igualmente relevante precisar que no se trata de confundir la idoneidad del medio utilizado por los agresores con la capacidad letal del artefacto hallado en poder de *JHON JAIRO BUITRAGO*, como lo sugiere la Procuradora Delegada en su concepto, pues si bien lo primero encuentra acreditación dentro del diligenciamiento con lo manifestado por el mismo procesado en su injurada, al decir que “*la bomba (...) por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes*” (subrayas fuera de texto), así como con lo dicho por los peritos expertos en explosivos, quienes dijeron que “*se trata de un artefacto explosivo de fabricación casera, compuesto aproximadamente por mil gramos de una sustancia*

amarillenta al parecer pentonita, utilizando como multiplicador trescientos cincuenta gramos aproximadamente quince (15) centímetros, con un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón) (...) es un artefacto letal en un radio de acción de diez (10) metros” (subrayas fuera de texto), también se encuentra demostrada la idoneidad de la conducta.

En efecto, no hay duda que el comportamiento realizado por los acusados resulta idóneo e inequívocamente dirigido a causar la muerte al periodista, pues está demostrado que para realizar tal cometido fueron enviados directamente por el comandante del Frente 53 de las FARC, para lo cual recibieron un artefacto de gran poder explosivo, se reunieron en un hotel de Bogotá con otros guerrilleros y el día de su aprehensión estuvieron acechando a la víctima para colocar la bomba en su vehículo y provocar su inmediata explosión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes responden penalmente al serles impuestas medidas de seguridad.

Autores como el profesor alemán Clauss Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como

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

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

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

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

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

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

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

“Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar ‘políticas’ de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al ‘enemigo’ o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo”.

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

“Un ‘experto’ en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria”³ (subrayas fuera de texto).

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

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

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

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

En efecto, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal de Jerusalén condenó a Eichmann como autor de los crímenes por los cuales fue acusado, argumentando para ello que se trataba de

³ Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815.

la figura de la “*autoría mediante aparatos organizados de poder*”, caracterizada porque la persona ubicada en la cabeza imparte la orden, desconoce quién la ejecutará, pero confía en que algún miembro de la organización la cumplirá (fungibilidad del ejecutor), sin que el denominado “*hombre de atrás*” precise de acudir a la fuerza o al error dentro de la concepción tradicional de la autoría mediata.

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

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

Entonces, con fundamento en la teoría sucintamente reseñada se pretende extender al “*hombre de atrás*” la atribución de que con sus órdenes está tomando parte en la ejecución del hecho, tanto en sentido literal como jurídico penal⁴.

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

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

⁴ La Cámara Federal en Argentina empleó en sentencia del 9 de diciembre de 1985 la teoría de Roxin, a fin de condenar como autores mediatos a los Comandantes de sucesivas Juntas Militares que tuvieron el poder desde 1976 con relación a los homicidios, secuestros, torturas y robos que en cada caso fueron comprobados. Por razones de votación de los Magistrados, finalmente se los condenó como cómplices necesarios.

Y de otro, que como ya se dilucidó en el numeral segundo de las consideraciones, en tales situaciones, la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo⁵, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin, de manera que ninguna incidencia tienen tales planteamientos en punto de la conducta aquí analizada.

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

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

Sobre el particular considera la Sala lo siguiente:

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

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

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

Como esa circunstancia no se incluyó en el pliego de cargos, resulta completamente viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo. Conviene

⁵ Partidario de esta tesis es el profesor Günther Jakobs.

recordar que el legislador consagró tal conducta como delito autónomo, en orden a garantizar la convivencia y a prevenir la puesta en peligro de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el orden público, entre otros.

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

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

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

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JORGE LUIS QUINTERO MILANES YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

SALVAMENTO DE VOTO

Ref.: Casación 25974

MP Dra. María del Rosario González de Lemos
Actor: Jhon Jairo Buitrago González y O.

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

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

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

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

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

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

A partir de ese referente teórico, insisto en que los justiciables no alcanzaron a poner en peligro la vida del periodista, porque para ese efecto debían realizar varias acciones; la primera, esperar a que el vehículo pasara por el lugar donde se encontraban; la segunda, adherir el explosivo a una de las puertas del vehículo en que se movilizaba el personaje y, la tercera, activar el artefacto.

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

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

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Bogotá., D.C, Agosto de 2007

ACLARACIÓN DE VOTO

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

Ello por cuanto, como con acierto se precisa en la decisión adoptada por la Sala, “en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al

sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión”.

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

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

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

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

Considero, en este sentido, que resultaba suficiente a los fines de la casación precisar, como así se hizo, que “*como el artefacto explosivo que fue hallado en poder de uno de los acusados, iba a ser utilizado para acabar con la vida del periodista de la Cadena Caracol, esa situación permitía deducirles, además, la circunstancia contenida en el numeral 3° del artículo 104 del Código Penal consistente en que el homicidio se cometa por medio de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo*”.

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

Son estas breves consideraciones las que me obligan aclarar mi voto a la decisión mayoritaria.

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso a las decisiones de la Sala mayoritaria, comedidamente salvo mi voto, porque desde mi punto de vista, cuyo horizonte se fija en el derecho penal constitucionalizado, no es factible afirmar que los procesados,

JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA incurrieron en el delito de *tentativa de homicidio* agravado.

En el presente asunto, probablemente, debido a que el implicado, JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ confesó ser miembro del grupo armado ilegal FARC y que su misión consistía en asesinar un periodista de la Cadena Radial Colombiana (Caracol), la Sala mayoritaria dejó

de lado toda la doctrina y la jurisprudencia reiterada, que desarrolla la exigencia constitucional del *derecho penal de acto*, para conceder mayor importancia al *derecho penal de autor*; y, por ello, en atención a que ese grupo se caracteriza por el despliegue de atentados con utilización de artefactos explosivos, la Sala no constató lesión o puesta en peligro efectiva contra la vida del periodista, sino que anticipó la protección a ese bien jurídico, en una forma que la normatividad vigente no autoriza; y, entonces, tomó por actos ejecutivos de un homicidio, los que no eran más que actos preparatorios y, por ende, no se adecuaban típicamente en la modalidad tentada.

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

“Las proposiciones del derecho no son principios lógicos superiores que se puedan deducir jurídicamente. Ellos reflejan originalmente experiencias de moral social a que se les da forma jurídicamente” (*Herbert Weider, Berlín, 1970, pág. 35, citado por Sergio Politoff*).

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

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

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

Me preocupa sobremanera y por ello me vi precisado a salvar el voto, que la decisión mayoritaria comporta dos problemas esenciales: i) la expansión por vía jurisprudencial de las categorías dogmáticas hacia extremos que no le corresponden (*la tentativa a los actos*

preparatorios) y ii) la anticipación de la respuesta protectora de la norma, sin constatar lesión o riesgo para el bien jurídico considerado en concreto, por estimar que el implicado es peligroso (*retorno al derecho penal de autor*).

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

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

En Colombia no son punibles ni la confección de la idea criminal, ni lo que piense quien quiere delinquir, ni los actos preparatorios, salvo que estos constituyan una conducta punible autónoma, como por ejemplo, adquirir una arma sin permiso de autoridad competente. La conducta empieza a producir consecuencias penales a partir del momento en que se despliegan actos *idóneos e inequívocos* dolosamente encaminados a la producción del resultado criminal.

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

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

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

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

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

Como la Constitución Política también reafirma el principio *pro libertatis*, y concede la facultad a las personas de disfrutar de sus derechos hasta el límite del derecho de los demás⁶, es claro que no cualquier comportamiento en contra de la ley será sancionable, sino aquellas acciones u omisiones culpables que pasen por el tamiz del principio de antijuridicidad material, pues si no existe lesión o puesta en peligro de un bien, no es legítimo que las autoridades intervengan para aplicar una pena, como se hizo en el presente caso, donde sólo se comprobaron actos de preparación para un eventual homicidio, pero no se verificó que hubiese iniciado su ejecución a través de acciones idóneas e inequívocas.

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

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

Al parecer, e interpretando en modo aislado el precepto constitucional, debido a que todos respondemos por infringir la Constitución y las leyes, entonces, en tal mandato Superior estaría la fuente del “*normativismo puro*” en Colombia.

Quienes así piensan, no encuentran necesario el principio de antijuridicidad material, porque, según ellos, es suficiente que una persona se aparte de la Constitución o de la Ley, con culpabilidad, para que pueda ser sancionada.

⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 95, numeral 1.

La última apreciación es incompatible con la legislación vigente. A partir del balance constitucional, terreno jurídico donde ha de resolverse la cuestión, se infiere que en Colombia todo el derecho sancionador, sea cual fuere su estirpe (*administrativa, penal, disciplinaria, fiscal, etc.*), participa y debe participar de la noción de bien jurídico protegido, y, por ende, si el comportamiento contrario a derecho no lesiona o pone en peligro algún bien que la ley proteja, entonces ese comportamiento de acción u omisión no será sancionable, por no ser antijurídico, o por no conllevar ilicitud sustancial.

Cuando se trata de homicidio, las conductas que lo intentan empiezan a ser punibles a partir de la realización de actos idóneos e inequívocos para su ejecución; antes de ello no se genera antijuridicidad material (*ni lesión ni puesta en peligro efectivo*) y por ende, no es atinado predicarse la tentativa ni imponerse una sanción.

En los anteriores términos doy a conocer las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto.

Cordialmente,

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Fecha ut supra

ITER CRIMINIS EN EL PERÚ

ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA

La consumación en el delito de robo está condicionada a la disponibilidad de la cosa sustraída, conforme con lo establecido por la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A. Esta disponibilidad no se dio al ser intervenidos los encausados, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución, recuperándose el objeto del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso

de casación interpuesto por el sentenciado **YERSON EDGAR CASTILLO MINAYA**

–por la causal del numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; y, en consecuencia, establecer si se aplicó correctamente dentro del desarrollo del *iter criminis* (camino del delito), el grado de consumación del delito de robo agravado, conforme con lo establecido en la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A–, contra la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa (página setecientos treinta y dos), que declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la Resolución número treinta y nueve, que contiene la sentencia condenatoria del veintinueve de octubre de dos mil cinco, y la revocó en los extremos del grado de ejecución del delito y de la pena impuesta a los sentenciados Miguel Ángel Villaverde Blas y Yerson Edgar Castillo Minaya; y, reformándola, declararon que el delito es consumado y modificaron la pena de ocho a doce años de pena privativa de libertad efectiva. Y declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa del citado encausado, y confirmó la apelada en el extremo que se le condenó como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Francisco Javier Oruna Peña, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

DEL ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

1. El encausado Yerson Edgar Castillo Minaya fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal.

1.1. El representante del Ministerio Público formuló requerimiento mixto (página veinticuatro del cuaderno del expediente judicial) y acusó a Yerson Edgar Castillo Minaya, como autor, y a Miguel Ángel Villaverde Blas, como cómplice primario, por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, prescrito en el artículo ciento ochenta y ocho (tipo base), concordante con los numerales dos (durante la noche) y cuatro (con el concurso de dos o más personas), del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal; en perjuicio de Francisco Javier Oruna Peña.

1.2. El Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria, el tres de diciembre de dos mil catorce, llevó a cabo la audiencia de control de acusación (página uno del cuaderno de debate). Por Resolución número once, del tres de diciembre de dos mil catorce (página tres del cuaderno de debate), entre otros, declaró sobreseída la causa penal contra Yerson Edgar Castillo Minaya en calidad de cómplice primario por el delito de robo agravado en perjuicio de Francisco Javier Oruna Peña, y por Resolución número trece, de la misma fecha (página cinco del cuaderno de debate), se declaró saneado el requerimiento de la acusación fiscal, y dictó auto de enjuiciamiento contra Miguel Ángel Villaverde Blas. El extremo del sobreseimiento fue impugnado (vía recurso de apelación) por el representante del Ministerio Público.

1.3. El Juzgado Penal Colegiado, por resolución número uno, del diecinueve de diciembre de dos mil catorce (página catorce del cuaderno de debate), dictó auto de enjuiciamiento contra Miguel Ángel Villaverde Blas, y llevado a cabo el juicio oral, por resolución número trece, del treinta de marzo de dos mil quince, emitió sentencia (página ciento veintinueve del cuaderno de debate) en la que absolvió de la acusación fiscal a Miguel Ángel Villaverde Blas, por el delito de robo agravado, por la agravante del numeral cuatro, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, y lo condenó como autor del delito de robo agravado, por la agravante del numeral dos, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, y le impuso doce años de pena privativa de libertad, y fijó en quinientos soles el monto por concepto de reparación civil.

1.4. La citada sentencia fue impugnada por Miguel Ángel Villaverde Blas, por resolución número catorce del trece de abril de dos mil quince (página ciento sesenta y dos del cuaderno de debates), se concedió el recurso de apelación y se ordenó que se eleve el expediente, así como la impugnación del Ministerio Público, en el extremo del sobreseimiento del encausado Yerson Edgar Castillo Minaya.

1.5. La Sala Penal de Apelaciones, luego del trámite correspondiente, por Resolución número veintiuno (Sentencia de Vista), del uno de julio de dos mil quince (página doscientos cuarenta del cuaderno de debates), aclarada por resolución número veinticuatro del siete de julio de dos mil quince (página doscientos sesenta y ocho del mismo cuaderno), declaró nulo el sobreseimiento de Yerson Edgar Castillo Minaya, así como declararon de oficio la nulidad de la sentencia apelada en todos sus extremos, absolutorio y condenatorio del encausado Miguel Ángel Villaverde Blas, y ordenaron para el caso del primer procesado que el *A-Quo* proceda conforme con lo indicado en dicha resolución, y respecto del segundo encausado, se realice nuevo juicio oral.

1.6. El Juzgado Penal Colegiado emitió auto de enjuiciamiento por resolución número veinticinco del diecisiete de julio de dos mil quince

(página doscientos ochenta y nueve del cuaderno de debates) y citó a audiencia de juicio oral a los acusados Yerson Edgar Castillo Minaya, como presunto autor, y Miguel Ángel Villaverde Blas, como presunto cómplice primario, por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo

agravado (prescrito en los numerales dos y cuatro, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve; concordante con el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal).

1.7. El juicio oral se llevó a cabo el diez de setiembre de dos mil quince; por resolución número treinta y nueve (Sentencia), del veintinueve de octubre de dos mil quince (página cuatrocientos cuarenta y cinco del cuaderno de debates) señaló que no concurre la agravante del numeral dos –durante la noche–, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal; y condenó a Yerson Edgar Castillo Minaya y Miguel Ángel Villaverde Blas como coautores del delito contra el patrimonio, robo agravado en grado de tentativa, descrito en el numeral cuatro –pluralidad de agentes, dos o más personas–, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, concordante con el tipo base del artículo ciento ochenta y ocho, y artículo dieciséis del Código Penal, en agravio de Francisco Javier Oruna Peña, a ocho años de pena privativa de libertad; y fijó en la suma de quinientos soles el monto por concepto de reparación civil, que deberán pagar los encausados, en forma solidaria.

- 1.8. Contra la referida sentencia, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación (página quinientos del cuaderno de debate), así como también el sentenciado Yerson Edgar Castillo Minaya (página quinientos ocho). Los recursos de apelación fueron concedidos por Resolución número cuarenta y uno del seis de noviembre de dos mil quince (página quinientos dieciocho del cuaderno de debates), y se ordenó que se eleven los actuados a la Sala de Apelaciones.

DEL ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

2. La Sala Penal de Apelaciones, por resolución número cuarenta y ocho del seis de julio de dos mil dieciséis (página seiscientos dieciséis del cuaderno de debate), resolvió se corra traslado a los sujetos procesales con los escritos de fundamentación de los recursos de apelación por el plazo de cinco días.

2.1. Por Resolución número cuarenta y nueve del uno de agosto de dos mil dieciséis (página seiscientos veinticinco, del tomo III, del cuaderno de debates), se admitieron a trámite los recursos de apelación, del Ministerio Público y el encausado Yerson Edgar Castillo Minaya; se comunicó a las partes procesales que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.

2.2. Por Resolución número cincuenta del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis (página seiscientos cuarenta del cuaderno de debates), se señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, reprogramada por resoluciones número cincuenta y uno, cincuenta y dos, cincuenta y cuatro, cincuenta y cinco, cincuenta y seis, cincuenta y siete (páginas seiscientos cincuenta y ocho, seiscientos sesenta y tres, seiscientos ochenta, seiscientos ochenta y nueve, setecientos siete, setecientos diez del cuaderno de debates).

2.3. La Sala Penal de Apelaciones llevó a cabo la audiencia de apelación de sentencia el veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, de conformidad con el acta de registro (página setecientos veintiuno del cuaderno de debates).

2.4. Llevada a cabo la audiencia de apelación de sentencia, el veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en

audiencia la sentencia de apelación el nueve de marzo de dos mil diecisiete, conforme con lo determinado por las actas de páginas setecientos veinticinco y setecientos cuarenta y cinco, del tomo III, del cuaderno de debates.

- 2.5.** La sentencia de vista recurrida en casación es la que declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la resolución número treinta y nueve que contiene la sentencia condenatoria de veintinueve de octubre de dos mil quince, y revocó la sentencia apelada en los extremos del grado de ejecución del delito y la pena impuesta a los sentenciados Miguel Ángel Villaverde

Blas y Yerson Edgar Castillo Minaya; y, reformándola, se declaró que el delito es consumado y se modificó la pena a doce años de pena privativa de libertad efectiva. Es pertinente señalar que este es el extremo por el cual se declaró bien concedido el recurso de casación.

DEL ITINERARIO DEL RECURSO DE CASACIÓN

3. Leída la sentencia de vista, el sentenciado Yerson Edgar Castillo Minaya, el veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete, interpuso recurso de casación (página setecientos cincuenta) contra la citada sentencia, por las causales uno, tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

3.1. Por Resolución número cincuenta y nueve, del veintisiete de marzo de dos mil diecisiete (página setecientos ochenta y dos del cuaderno de debates), la Sala de Apelaciones resolvió conceder el recurso de casación al recurrente y ordenó se eleven los actuados a esta Alta Corte.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema del cinco de abril de dos mil dieciocho (página ochenta y cinco del cuadernillo de casación formado por este Supremo Tribunal), declaró inadmisibile el recurso de casación por las causales de los numerales uno y cuatro del referido artículo —por inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal y material, así como manifiesta ilogicidad en la motivación—, y declaró bien concedido el recurso de casación por la causal del numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, porque la instancia de mérito no habría

aplicado correctamente dentro del desarrollo del *inter criminis* (camino del delito) el grado de consumación del delito de robo agravado, conforme con la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A.

3.3. Llevada a cabo la audiencia de casación el once de abril de dos mil diecinueve se instaló la audiencia y se realizaron los actos correspondientes; conforme acta que antecede, la defensa del encausado Castillo Minaya ratificó los extremos de su casación y solicitó se case la sentencia y se confirme la sentencia de primera instancia, encontrándose así expedita para sentencia.

3.4. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público (con las partes que asistan).

ASPECTOS GENERALES

HECHOS OBJETO DE ACUSACIÓN

4. Los hechos objeto de acusación consisten en que se le atribuyó al imputado Yerson Edgar Castillo Minaya, que el diez de febrero de dos mil catorce, aproximadamente a las dieciocho horas con treinta minutos, cuando el agraviado Francisco Javier Oruna Peña retornaba a su domicilio – luego de haber concluido sus labores como chofer de combi–, por inmediaciones de la campaña Chimbote, en la intersección de los jirones Cahuide y Chávez, del pueblo joven La Unión, observó que a su lado izquierdo, en sentido diagonal, se acercaba un auto de marca Station Wagon, color plomo, que se estacionó a unos metros de él, y con la creencia de que este continuaría su marcha, también continuó la suya.

Sin embargo, fue interceptado por la espalda por un joven de veintiún años de edad, quien fue identificado posteriormente como Miguel Ángel Villaverde Blas, quien mediante forcejeo, lo acogotó, lo redujo al suelo y le sustrajo el celular. Luego, subió corriendo al referido vehículo, donde lo esperaba el encausado Yerson Edgar Castillo Minaya, dándose ambos a la fuga con dirección al restaurante Los Patos.

Transcurridos unos minutos, el agraviado logró encontrar a un patrullero con los efectivos policiales José Antonio Morales Trinidad e Irving Pedro Polo Macedo, quienes, luego de narrarles lo sucedido, comenzaron la búsqueda. A las siete de la noche, aproximadamente, los referidos efectivos policiales se percataron de que el referido vehículo salía del restaurante Los Patos. El agraviado reconoció a Miguel Ángel Villaverde Blas como la persona que le arrebató el celular. Luego, los efectivos policiales se identifican y le solicitan devuelva el celular; ante su negativa, uno de los efectivos policiales procede a timbrar al número de celular sustraído, lo que permitió ubicarlo en la guantera del referido vehículo.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

5. El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial emitió sentencia contenida en la Resolución número treinta y nueve del veintinueve de octubre de dos mil quince (página cuatrocientos cincuenta del cuaderno de debates), en la que respecto al extremo que se declaró bien concedido, señaló los argumentos siguientes:

5.1. En el fundamento nueve punto cinco y nueve punto seis de la sentencia, se concluyó que la conducta realizada por el acusado Yerson Edgar Castillo Minaya fue la de cómplice primario; sin embargo, su conducta desplegada se encuadra dentro de los parámetros de la coautoría, por haber planificado y acordado la comisión del robo, distribuyéndose los aportes con su coencausado Miguel Ángel Villaverde Blas, siendo su rol el de trasladar a su coimputado para la realización del robo y, conforme con los hechos, no concurre la agravante (durante la noche) del numeral dos, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal.

5.2. En el fundamento nueve punto siete de la sentencia, concluyó que el delito de robo agravado, desplegado por los sentenciados Miguel Ángel Villaverde Blas y Yerson Edgar Castillo Minaya, no se consumó. Los hechos quedaron en grado de tentativa, conforme con el contenido de la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A, fundamento diez (literal b). Se sostiene que se recuperó el celular del agraviado, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución en contra de los acusados, quienes fueron intervenidos se le encontró en posesión del celular marca LG, de propiedad del agraviado, en la guantera del vehículo. Todo ello se acredita de la declaración del agraviado Francisco Javier Oruna Peña y los testigos efectivos policiales Irving Polo Macedo y José Morales Trinidad.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

6. La Primera Sala de Apelaciones emitió la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y ocho del nueve de marzo de dos mil diecisiete (página setecientos treinta y dos del cuaderno de debates), señaló los argumentos siguientes:

- 6.1.** En el fundamento seis punto cuatro, respecto a la apelación del representante del Ministerio Público, se señaló que con las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales intervinientes Irving Pedro Polo Macedo y José Antonio Morales Trinidad, así como la declaración testimonial del agraviado Francisco Javier Oruna Peña, debidamente corroborada con el acta de intervención policial, acta de registro vehicular y hallazgo, así como con el acta de incautación, se acreditó que el diez de febrero de dos mil catorce, a las dieciocho horas con treinta minutos, aproximadamente, los sentenciados Miguel Ángel Villaverde Blas y Yerson Edgar Castillo Minaya (apelante) interceptaron, acogotaron y sustrajeron el celular al agraviado Francisco Javier Oruna Peña, para luego darse a la fuga e ingresar al restaurante Los Patos.
- 6.2.** En ese lugar continuaron libando licor. Luego de unos minutos el agraviado encontró al patrullero con los efectivos policiales José Antonio Morales Trinidad e Irving Pedro Polo Macedo, quienes luego de narrarles lo sucedido, comenzaron la búsqueda, a la media hora, es decir, a las diecinueve horas, aproximadamente. En el trayecto divisaron que del restaurante Los Patos salía el auto de marca Station Wagon de color plomo, donde el agraviado reconoció a Miguel Ángel Villaverde Blas como la persona que le arrebató el celular. Luego de ser identificados y ante su negativa de devolver el celular, proceden a timbrar al número de celular, que fue ubicado en la guantera del vehículo.
- 6.3.** En síntesis, se llegó a determinar que: **i)** Hubo sustracción del bien (celular) al agraviado utilizando la fuerza (cogoteo). **ii)** No hubo persecución, luego del robo los sentenciados ingresaron al restaurante Los Patos, donde continuaron libando licor. **iii)** De manera circunstancial y a los treinta minutos de ocurridos los hechos es que los efectivos policiales intervinientes y el agraviado ubican a los sentenciados en el vehículo utilizado en el robo. **iv)** Existió negativa de los sentenciados por parte del apelante (Yerson Edgar Castillo Minaya), respecto a la ubicación del celular sustraído. **v)** El celular fue hallado en la guantera del vehículo donde fugaron los sentenciados, en razón de la llamada que realizó el efectivo policial.

Así, se concluye que el delito quedó consumado y no en grado de tentativa, como erróneamente lo ha señalado el Colegiado de primera instancia, pues sí hubo posibilidad de disposición. Y pese a que se detuvo a los autores y se recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

7. Este Tribunal Supremo, garante y protector del control de las garantías constitucionales, verificará el motivo de casación. En este caso, establecer si se aplicó correctamente dentro del desarrollo del *inter criminis* (camino del delito) el grado de consumación del delito de robo agravado, conforme con la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A, la cual establece que para que se considere consumado el delito de robo es necesario que el agente efectúe actos de disposición sobre el bien.

7.1. En principio, cabe destacar que en la audiencia de casación, conforme se anotó anteriormente, la defensa del casacionista se ratificó en el cuestionamiento formulado contra la sentencia de vista. De ese modo, se determina que el ámbito de pronunciamiento de esta Sala Suprema se circunscribe a verificar si se da el supuesto de vulneración de la causal prevista en el numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve,

del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la ley penal resulta fundada o no.

SOBRE LA CAUSAL DE CASACIÓN REFERIDA A LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE PRECEPTO PENAL MATERIAL O DE OTRAS NORMAS JURÍDICAS NECESARIAS PARA SU APLICACIÓN

8. La casación penal, en un sistema establecido por el Código Procesal Penal, opera como un recurso de carácter extraordinario.

8.1. La causal de casación invocada es la prescrita en el numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, que se divide en los supuestos casacionales siguientes: **a)** indebida aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; **b)** errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; y **c)** falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

8.2. En el presente caso, el supuesto de casación invocado es el correspondiente al literal b; esto es, expresamente por errónea interpretación de precepto penal

material o de otras normas jurídicas, sustentado en la necesidad de corregir una interpretación efectuada por un órgano jurisdiccional de inferior jerarquía.

8.3. El autor Jorge Carrión Lugo⁷ explica esta causal y señala: “Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional, en su resolución, le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla”.

DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA

9. Los hechos descritos en el fundamento cuatro de la presente sentencia de casación fueron calificados en el delito de robo agravado, prescrito en el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, del cinco de junio de dos mil uno, que sanciona al agente que: “Se apodera

ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”; concordado con la agravante del numeral cuatro, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número treinta mil setenta y seis, que prescribe: “La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: [...] 4. Con el concurso de dos o más personas”.

9.1. El artículo dieciséis del Código Penal, prescribe: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

9.2. Este Supremo Tribunal, en la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trecientos uno-A, del treinta de setiembre de dos mil cinco, en el fundamento ocho, ha establecido:

⁷ CARRION LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003, pág. 218.

[...] el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a esta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho —resultado típico— se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando solo sea por un breve tiempo; es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.

9.3. En el fundamento nueve de la referida Sentencia Plenaria, ha señalado:

Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa —de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos, permite desestimar de plano teorías clásicas como la aprehensión o *contrectatio* [...]. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición. [...] Fundamento diez: Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz, o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; b) si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ*, y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

9.4. En doctrina nacional, Ramiro Salinas Siccha⁸, sostiene respecto a la disponibilidad:

[...] la posibilidad de disposición debe ser libre, espontánea y voluntaria, sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad de disposición del bien por parte del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción, el agente es inmediatamente perseguido. Sin duda, al momento de la fuga, el sujeto activo puede tener la posibilidad de disponer del bien, ya sea destruyéndolo o entregándole a un tercero, etc.; pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito.

9.5. El Tribunal Supremo español se adhiere a la teoría de la *illatio*, al cual identifica con el criterio de la disponibilidad potencial. En la STS 1419/2002, del

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores, 2006, p. 128.

veintinueve de julio de dos mil dos, sostiene que: “La teoría de la *illatio* requiere para la consumación del delito de hurto o robo que el autor o autores hayan logrado poner los objetos del hurto o del robo a buen recaudo. Se estima el recurso”, y en la STS 5426/2003, del ocho de septiembre de dos mil tres, lo siguiente:

[...] es pacífica y constante la doctrina de esta Sala cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba; es decir, cuando aquel pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa. Todo comportamiento anterior, en consecuencia, no se comprende dentro de la esfera de la consumación.

SOBRE EL CASO CONCRETO

10. Señalamos que, en este caso, no está en discusión la responsabilidad penal de los encausados Yerson Edgar Castillo Minaya y Miguel Ángel Villaverde Blas, como coautores, en los hechos tipificados como delito de robo agravado. Corresponde evaluar si la Sala de Apelaciones aplicó correctamente, en el caso concreto, el nivel de desarrollo del delito de robo agravado (consumado o tentativa), conforme con la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco, al modificar el delito de robo agravado en grado de tentativa, por el delito de robo agravado consumado, por el que había sido sentenciado el casacionista en primera instancia y, con ello, la pena de ocho a doce años de pena privativa de libertad efectiva.

10.1. En la línea de interpretación, descrita en el fundamento noveno de la presente sentencia de casación, es evidente que para determinar el grado de consumación del delito de robo agravado es necesario que el agente se encuentre en plena capacidad para disponer del bien, aunque esto sea breve, luego de culminada la conducta ilícita (acción) de la sustracción.

10.2. Para evaluar el problema jurídico planteado, debemos tener en cuenta que conforme con el suceso histórico de los hechos, objeto de imputación y juzgamiento, se realizó en dos momentos:

Primero. Se estableció que el diez de febrero de dos mil catorce, a las dieciocho horas con treinta minutos, aproximadamente, cuando el agraviado Francisco Javier Oruna Peña retornaba a su domicilio, a su lado izquierdo se estacionó, en sentido diagonal, un auto de marca Station Wagon, de color plomo, y fue interceptado por la espalda por el encausado Miguel Ángel Villaverde Blas, quien mediante forcejeo lo acogotó, lo redujo

y le sustrajo su teléfono celular, luego de lo cual subió corriendo al vehículo donde lo esperaba el encausado Yerson Edgar Castillo Minaya (chofer) dándose ambos a la fuga con dirección al restaurante Los Patos.

Segundo. Se produjo luego de unos minutos, cuando el agraviado encontró un patrullero con los efectivos policiales José Antonio Morales Trinidad e Irving Pedro Polo Macedo, a quienes luego de contarles lo sucedido, comenzaron la persecución, se percataron de que el referido vehículo salía del restaurante Los Patos, donde el agraviado reconoció a Miguel Ángel Villaverde Blas como la persona que le arrebató el celular. Al pedirles que devuelvan el celular, se negaron; no obstante, uno de los efectivos policiales timbró al número de celular y este se ubicó en la guantera del referido vehículo.

10.3. Identificados estos dos momentos, cabe la pregunta de si existió disponibilidad del bien sustraído y, con ello, si el delito de robo agravado se consumó o no.

10.4. La Sala de Apelaciones, conforme con lo descrito en el fundamento seis punto tres, de la presente sentencia casatoria, concluyó que el delito de robo agravado se consumó y no quedó en grado de tentativa. Sustentó su razonamiento en las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Irving Pedro Polo Macedo y José Antonio Morales Trinidad, así como en la declaración del agraviado Francisco Javier Oruna Peña, corroborado con el acta de intervención policial, acta de registro vehicular y hallazgo, y acta de incautación, y concluyó que el delito se consumó porque sí hubo posibilidad de disposición, pese a que se detuvo a los autores y se recuperó el botín en su integridad.

10.5. El numeral uno, del artículo ciento cincuenta y ocho, del Código Procesal Penal, prescribe que en la valoración probatoria el juez se encuentra obligado a observar las máximas de la experiencia, y en la acreditación de los hechos el referente principal se encuentra comprendido por los elementos típicos del delito que se trate y, lógicamente, el grado de consumación del mismo.

10.6. Así, con relación a la valoración probatoria en segunda instancia, este Supremo Tribunal, en la Casación N.º 05-2007-Huaura, del once de octubre de dos mil siete, en el fundamento siete, estableció:

[...] con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o

valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos —las denominadas “zonas opacas”—, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados. No obstante, existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es incommovible, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto —el testigo no dice lo que lo menciona el fallo—; **b)** puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

10.7. Así, el artículo cuatrocientos veinticinco, numeral dos, del Código Procesal Penal, prescribe:

[...] La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

10.8. En virtud de lo antes citado y del principio de inmediación, está claro que la Sala de Apelaciones no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia, o que dicha valoración, entre otros, infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

10.9. En esa línea de análisis se determina que efectivamente la Sala de Apelaciones está facultada legalmente para modificar el grado de consumación del delito, a mérito de la impugnación del Ministerio Público. En el presente caso, del delito de robo agravado, en grado de tentativa a consumado; sin

embargo, está supeditado a una actuación probatoria en audiencia de apelación, ello —conforme a lo antes anotado—, en respeto al principio de inmediación.

10.10. Con relación a la errónea interpretación, conforme con la causal invocada del numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, importa que la Sala de Apelaciones le dé un sentido que no tiene a la norma aplicable al caso, constituyendo ello una modalidad de infracción, dado que la elección de la norma legal

es correcta, lo cual no sucede así al momento de efectuar una interpretación de la misma, por lo que es errada.

10.11. Veamos, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, al fundamentar que el delito de robo agravado se consumó y modificó la pena impuesta de ocho a doce años de pena privativa de libertad, efectuó una distinta valoración a las pruebas personales —declaraciones de los efectivos policiales

José Antonio Morales Trinidad e Irving Pedro Polo Macedo, y del agraviado Francisco Javier Oruna Peña— vertidas en primera instancia, que fueron objeto de inmediación por el juez de dicha instancia, así como de las documentales —tales como las actas de intervención policial, registro vehicular y hallazgo, e incautación (aunque en el caso de estas últimas, no se exigen imprescindiblemente de inmediación por el juez de primera instancia)—.

10.12. En esa línea de razonamiento, se verifica que la Sala Penal de Apelaciones, en el contexto descrito, efectuó una errónea interpretación de la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco, al concluir que existió disponibilidad del bien sustraído y que el delito se consumó.

10.13. En el caso, el agraviado Francisco Javier Oruna Peña, en el referido juicio oral, señaló:

[...] luego de lo sucedido, él se levantó nervioso, asustado [...] estaba hablando, unos dos o tres minutos, se acercó un patrullero, [...] paró y le preguntaron qué había pasado, le indicó que lo habían asaltado y quitado su celular; la policía le señaló que se subiera a la camioneta, subió y se fueron, siguiéndoles. Les dijo que ellos se habían ido de frente, la camioneta ha seguido de frente, [...] les dijo a los señores policías que si no se equivoca era ese el vehículo, el auto que venía

acercándose [...], le dijo que ese es el auto en el que se habría subido el sujeto que le robó su celular. Le pidió que entregue el celular.

En ese sentido, los efectivos policiales Irving Pedro Polo Macedo y José Antonio Morales Trinidad, en juicio oral, ante el Colegiado, coinciden con la versión del agraviado de la forma y circunstancias en que fueron intervenidos los recurrentes.

10.14. En este caso, resulta clave la declaración de la víctima, quien señaló que luego de los hechos de los que fue víctima, avisó a los efectivos policiales, subió al vehículo policial y fueron siguiendo a los sujetos y fue él quien les dijo a la policía que se habían ido de frente en el vehículo Station Wagon; es decir, que el agraviado por su propia versión nunca los perdió de vista y por eso es que momentos después los policías los captura con el bien objeto de robo. Por tanto, no se dio acto de disposición sobre el teléfono celular sustraído, como acertadamente lo concluyó el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior del Santa, al sostener que el delito de robo agravado quedó en grado de tentativa, en coherencia con el fundamento diez, de la Sentencia Plenaria número uno-dos mil cinco/DJ-trescientos uno-A (literal b), por haberse recuperado el bien del agraviado, inmediatamente y sin interrupción, después de iniciada la persecución en contra de los acusados.

10.15. Entonces, el nivel del grado de consumación del delito de robo agravado tiene fundamento en el hecho de haber recuperado el agraviado el teléfono celular marca LG, en la guantera del vehículo, donde se transportaban los acusados, inmediatamente y sin interrupción después de iniciada la persecución luego ser intervenidos, Todo ello tiene apoyo en las declaraciones del agraviado Francisco Javier Oruna Peña y los testigos efectivos policiales Irving Polo Macedo y José Morales Trinidad, y es correcta.

10.16. Los numerales uno y dos, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal establecen que la Sala Penal de la Corte Suprema en casación está habilitada para decidir por sí el caso y, consecuentemente, resolver el fondo, en tanto que no sea necesario un nuevo debate, lo cual se considera que ocurre en el presente caso, en el cual se emite pronunciamiento de fondo, actuando como sede de instancia. Así, por los argumentos expuestos, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, que declaró que el delito de robo

agravado quedó en grado de tentativa y, con ello, la pena de ocho años de pena privativa de libertad.

10.17. En el presente caso se ha emitido pronunciamiento, respecto al sentenciado Yerson Edgar Castillo Minaya; sin embargo, dicha interpretación, conforme con lo señalado por este Supremo Tribunal, en la Casación cuatrocientos veintiuno-dos mil quince-Arequipa, fundamento jurídico treinta y tres, establece:

Conforme con lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer extensiva la resolución casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408, inciso 1, del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin *dikelógico* de que busca cumplir el recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria –positiva a aquellos coimputados que no recurrieron en casación.

Corresponde, así, que la decisión sea extendida al sentenciado Miguel Ángel Villaverde Blas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación formulado por el encausado Yerson Edgar Castillo Minaya contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, contenida en la Resolución número cincuenta y ocho, del nueve de marzo de dos mil diecisiete (página setecientos treinta y dos).
- II. **En consecuencia, CASARON** la sentencia de vista en los extremos antes citados.
- III. **ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA**, declararon infundado el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria contenida en la Resolución número treinta y nueve del veintinueve de octubre de dos mil quince; y confirmaron la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial, de la Corte Superior de Justicia del Santa, contenida en la Resolución número treinta y nueve del veintinueve de octubre de dos mil quince, que condenó a Yerson Edgar Castillo Minaya y Miguel Ángel Villaverde Blas — entendiéndose que por este último se realiza, por extensión, conforme con el fundamento

diez punto diecinueve de la presente sentencia casatoria—, como coautores del delito contra el patrimonio, robo agravado en grado de tentativa, prescrito en el primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, numeral cuatro, concordante con el tipo base del artículo ciento ochenta y ocho, y artículo dieciséis del Código Penal, en perjuicio de Francisco Javier Oruna Peña, y como tal, le impusieron a los acusados ocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva y fijó en quinientos soles el monto por concepto de reparación a favor del citado agraviado.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
QUINTANILLA CHACÓN
CASTAÑEDA OTSU
PACHECO HUANCAS
IEPH/mrce