

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

Magistrado Ponente

SP 1526 - 2018

Radicación 46263

Aprobada acta número 145

Bogotá, D. C., nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**VISTOS:**

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **ROGELIO SILVA SILVA**.

**HECHOS:**

**ROGELIO SILVA SILVA**, propietario de un bus de transporte público afiliado a la Empresa “*Los Libertadores*”, que se encontraba protegido por una póliza gubernamental contra actos terroristas y otra empresarial para cubrir indemnizaciones por percances de todo tipo, incluidos actos violentos, encontró en esos seguros una magnífica posibilidad de obtener unos ingresos bastante significativos para superar sus dificultades económicas. En ese propósito diseñó un plan para incendiar su vehículo aparentando un atentado de una gravedad que se asemejara a un ataque terrorista, riesgo que cubría la póliza oficial.

Para ejecutar su propósito tuvo el cuidado de contratar a personas afines a organizaciones revolucionarias, conocedoras del impacto de llevar a cabo atentados altamente ofensivos, quienes para no dejar duda de la gravedad de la acción debían ejecutarla cuando el vehículo estuviera en servicio, condición además indispensable para reclamar el pago del seguro de la póliza estatal.

El 12 de diciembre de 2007, al incendiar el bus en la vereda Suescún del municipio de Tibasosa, cuando cubría la ruta entre Bogotá y Sogamoso, varios pasajeros que no alcanzaron a salir del bus murieron incinerados y otros sufrieron graves quemaduras.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El 20 de diciembre de 2007, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama, el Fiscal Once de la Unidad de Reacción Inmediata le imputó a **ROGELIO SILVA SILVA** cargos como “*determinador*” con dolo eventual de las conductas punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, tentativa de homicidio en concurso homogéneo y sucesivo, y tentativa de estafa agravada.

El 14 de febrero del siguiente año, ante el Juzgado Penal Municipal de Tibasosa le adicionó la “*autoría intelectual*” del delito de incendio.

El 2 de mayo de 2008, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz del Río, en la audiencia de formulación de

acusación, el fiscal doce seccional sintetizó los cargos en los siguientes términos:

*“Como autor determinante, con dolo eventual, por los delitos descritos en el Código Penal, Libro Segundo, Título Primero, de los delitos contra la vida y la Integridad Personal, Capítulo Segundo, del Homicidio, artículo 103, con circunstancias de agravación contenidas en los numerales 2, 4 y 7, del artículo 104 ibidem, en concurso homogéneo y sucesivo, igualmente en concurso homogéneo y sucesivo con el punible de homicidio agravado en grado de tentativa, en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal, y con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 58 numeral 1, 4, 10 y 15 de la misma obra; así como también por el delito de estafa, previsto en el artículo 246 del Código Penal, como atentado al Título VII, Delitos contra el Patrimonio Económico, Capítulo Tercero, con la circunstancia de agravación contenida en el numeral 4 del artículo 247, modificado por la Ley 1142 de 2007; en calidad de autor, igualmente, por el delito de incendio, previsto en el Título XII, de los delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo II de los delitos de Peligro Común, artículo 350 del Código Penal, como autor intelectual.”*

La audiencia preparatoria se realizó en cuatro sesiones, desde el 23 de mayo hasta el 21 de octubre de 2008.

El juicio oral inició el 25 de octubre de 2010 y concluyó el 5 de septiembre de 2014, con la audiencia de lectura del sentido condenatorio del fallo.

El 26 de septiembre del mismo año se dio a conocer el contenido de la sentencia.

De acuerdo con esa manifestación condenó a **ROGELIO SILVA SILVA** a la pena principal de 53.33 años de prisión como *“autor responsable a título de dolo directo y eventual por los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado tentado, ambos en concurso homogéneo, que a su vez concursan de manera heterogénea con la conducta de incendio.”* (fs. 45 sentencia)

A su vez, declaró prescrita la acción penal por la conducta de estafa.

El 16 de abril de 2015, la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia que fue apelada por la defensa.

Contra dicha decisión, el defensor sustentó el recurso extraordinario de casación que la Corte admitió el 24 de agosto de 2016, respecto de dos de los quince cargos formulados.

### **DEMANDA DE CASACION**

En el **primer cargo**, con fundamento en la causal segunda de casación (*artículo 181 numeral 2º, de la Ley 906 de 2004*), el demandante denuncia la nulidad de la sentencia debido a la anfibología de la argumentación.

Sostiene que el Tribunal sentó las bases para condenar al acusado por la *“autoría, como determinador con dolo eventual”* de los delitos de incendio, homicidio y homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, de acuerdo a las definiciones de la acusación. Estima, sin embargo, que la motivación es equívoca, pues en su criterio el Tribunal asumió inicialmente que el procesado actuó a título de *“coautor como determinador con dolo eventual”*, pero luego dudo al referirse a otras modalidades de intervención del acusado.

No le queda claro, entonces, si el Tribunal encontró al acusado responsable como “*autor determinador con dolo eventual*”, como lo sostuvo la fiscalía en la acusación, o como “*autor con dolo eventual*”, deducción que en su parecer se perfila en la parte motiva de la sentencia, o incluso como “*autor de delitos de omisión en posición de garante.*” En consecuencia, al no especificar los términos de la imputación, concluye que el Tribunal infringió el derecho de defensa. Por esta razón, aclara que el cargo lo propone no como un problema de incongruencia, sino de motivación.

Con base en lo anterior, muestra que el Tribunal en la parte considerativa sostuvo tres posturas diferentes. En la primera, expresó lo siguiente:

*“De conformidad con el artículo 28 del Código Penal concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes. Autor es el que realiza la conducta por sí mismo (autor directo o inmediato), o, utilizando a otro como instrumento (autoría mediata), y, coautores, los que mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte (artículo 29 ibídem).*

*“Son partícipes, a términos del artículo 30 ídem, el determinador y el cómplice. Es determinador, quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica.*

*“Claro, el nuevo Código Penal, la Ley 599 de 2000, no contempló la determinación como forma de autoría sino de participación, con lo cual, si ese traslado de sede tiene algún sentido, el instigador no es autor, y desde esa perspectiva y desde la dogmática seguida por la defensa, podemos estar de acuerdo con ella en el sentido de que el autor intelectual tiene el dominio del hecho (por eso es autor) mientras el determinador no lo tiene. La doctrina y la jurisprudencia nacional, a pesar de los importantes esfuerzos, creemos, incluye algunas formas de determinación respecto de las cuales se estaría más cerca de la autoría intelectual o simplemente de la coautoría, como es el caso del mandato, pues este implica un acuerdo de voluntades frente a un objeto que debe ser precisado en aspectos mínimos esenciales, así, como respecto de la*

*comisión de un delito, el pacto resulte viciado desde la perspectiva civilista.*

En la segunda, el casacionista transcribe los apartes en los cuales el Tribunal se refiere a los excesos en que puede incurrir el instigado, y de ellos destaca los siguientes:

*“Es decir, que considerando el grado de peligrosidad o riesgo creado, se entiende, con el primer delito o directamente determinado, se prueba el dolo a través de razonamientos inferenciales, también estamos frente a la concepción de los delitos de omisión incluida en el artículo 25 del Código Penal, pues quien crea una situación antijurídica de riesgo próximo para un bien jurídico, se coloca en la cuarta posición de garantía establecida en la norma en mención...”*

En un tercer aparte, destaca las siguientes conclusiones del Tribunal:

*“En el escrito de acusación se dice que esta se hace “en calidad de autoría, como determinador con dolo eventual.” Se nota cierta confusión dogmática frente al código de 2000, Ley 599, en la cual el determinador concurre como partícipe y no como autor; pero no con respecto al decreto Extraordinario 100 de 1980, anterior al código penal que, en su artículo 23, llamó también autor a quien “determine a otro a realizarlo.*

*“En la audiencia de formulación de acusación, según acta visible a folios 408 del cuaderno 2, se dice: “... con fundamento en los hechos se acusó a Rogelio Silva Silva, como autor determinador con dolo eventual.*

*“Resalta la misma imprecisión dogmática, se repite, frente al actual código penal, pero no del anterior.*

*“Si entendemos la dogmática manejada por quien, para entonces, estaba a cargo del proceso, es decir, si en el escrito y en la audiencia manejó los conceptos de autor determinador, equiparando autoría a determinación, y respecto del delito de incendio manejó la categoría de autor intelectual, y si autor y determinador son equivalentes, como lo precisaba el profesor Reyes Echandía en citas que hizo el A quo, no tenemos en el fondo un problema dogmático que tenga consecuencias en relación con la congruencia acusación – sentencia, como que lo que se quiso realmente imputar fue la autoría intelectual, o sea la que en el código del 80 derivaba de la determinación; pero como esa categoría dogmática corresponde a una modalidad de*

*coautoría, en la medida en que, ciertamente lo que se presenta es división de trabajo y existe dominio funcional del hecho, para los efectos de la sentencia, sin lugar a equívocos, debe decirse que la imputación (en la acusación) se hizo bajo la modalidad de coautor con dolo eventual.”*

Eso, en criterio del demandante, significa que el Tribunal estimó que el acusado actuó, a la vez, como “*determinador con dolo eventual, como coautor con dolo eventual y como autor de delitos de omisión en posición de garante.*”

Tales consideraciones son en su opinión incomprensibles, como lo prueba, en su decir, el siguiente aparte:

*“Claro, lo primero que tiene que decirse es que, seguramente, en el plan no estaba causar las muertes y lesiones a los pasajeros, conductor y ayudante, es decir, si de coautoría directa, de autor intelectual, o autor determinador se trata, lo es respecto del delito de incendio: y, lo que tiene que auscultarse es si esa coautoría lo vincula también como autor o coautor con dolo eventual en relación con las muertes y lesiones ocasionadas en los hechos.”*

En su opinión, aunque confirmó la sentencia de primera instancia, el Tribunal no supo definir el grado de participación de **SILVA SILVA**. Al final, y eso lo deduce del hecho de haber confirmado la decisión de instancia, parece que el Tribunal estimó que el acusado obró como “*autor determinador con dolo eventual*”.

Estas imprecisiones, a su juicio, revelan la construcción anfibológica de la sentencia acusada, y el contra sentido en que incurrió el Tribunal al sostener que una “*persona es, en simultánea, autor y determinador de unos delitos específicos.*” Asimismo aduce que es contradictorio afirmar que se puede

ser, al mismo tiempo, coautor de un delito de comisión y autor de un delito de omisión.

Ante este vicio de garantía solicita que la Corte decrete la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, con el fin de que se precise el grado de participación con que actuó el acusado.

En el **segundo cargo** demanda la infracción directa de la ley con base en la causal primera de casación (*artículo 181 numeral 1 de la Ley 906 de 2004*).

En su criterio, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 (*dolo eventual*) y dejó de aplicar el 23 de la misma obra (*culpa con representación*).

Advierte que **ROGELIO SILVA SILVA** fue acusado como “*autor determinador con dolo eventual*”, una calificación no muy ortodoxa dogmáticamente hablando, y condenado como “*coautor con dolo eventual*.”

Según advierte, en la sentencia se sostuvo que el acusado actuó en calidad de coautor con dolo eventual, lo cual significa, a juzgar por la argumentación del Tribunal, que mostró total indiferencia frente a la producción del resultado dañoso y no hizo nada para evitar la muerte de quienes viajaban en el automotor incendiado.

Sin entrar a discutir el tema fáctico, refiriéndose a lo expuesto en la sentencia, resalta que según la declaración de

Diego Lizcano Achagua, el Tribunal advirtió que el incendio del bus debía realizarse no cuando estuviera parqueado, sino en carretera, prestando el servicio y anunciándose al momento de ejecutar la conducta como miembros de las FARC.

En detalle transcribe lo dicho por la corporación acerca de la ejecución de la conducta:

*“Y se pone en marcha el plan, como no había resultado efectivo el contacto de Francisco Abril Estupiñán se contrata a Mendoza Tibaná. Recuérdese que Mendoza Tibaná consigue otras dos personas, Carlos N. y Diego Lizcano Achagua y que éste declaró sobre la forma en que debía actuar, presentándose como miembros de las FARC,, y cosas que percibió mientras esperaban el bus en Duitama, como que Mendoza Tibaná se contactó vía celular con alguien que decía que era el dueño del bus. Esta última circunstancia, la comunicación vía celular, es lo que lleva al a quo, en una afirmación que corresponde a la experiencia común, que resulta indiferente en donde se encontraba ROGELIO SILVA SILVA, pues tenía medios tecnológicos para comunicarse con su mandatario, incluso, para dirigir la acción contratada.”*

Después de transcribir otros apartes y de las referencias a la autoría directa del delito de incendio y a la cavilación en torno a la muerte y lesiones de los ocupantes del bus, que el Tribunal consideró *“que seguramente en el plan no estaba causar las muertes y lesiones de los pasajeros, conductor y ayudante”*, destaca las siguientes reflexiones del juzgador:

*“Para el caso, se repite, ante la altísima probabilidad de riesgo derivada de la misma manera como debía ejecutarse la conducta de incendio contratada y si se tiene en cuenta las condiciones personales del acusado, transportador de muchos años, el requisito o condición para la configuración del dolo eventual se cumple, pues, lo **evidente es que nadie hizo nada para evitar tan catastróficos resultados**, como hubiera sido el haber pactado (pacto delictivo, claro) con conductor y ayudante que obraban conforme a sus planes, sino que lo **dejó librado a lo que hicieran sus mandatarios**,*

*quienes se vieron precisados a precipitar la catástrofe ante la reacción del ayudante, que se abalanza contra Diego Lizcano, y el conductor que comienza a manejar en zigzag como forma de impedir en parte la acción de los intrusos. (Resaltado en el texto)*

Al atribuirle la conducta a título de dolo eventual el Tribunal incurrió en indebida selección del precepto subjetivo. En su opinión, el tema fáctico corresponde a la noción más pura de la culpa con representación, pues *“entre la motivación –si el autor si se preocupó por las consecuencias de su acto— y la decisión final –que actuó con dolo eventual porque se despreocupó de esos efectos— hay una protuberante contradicción. Y es esa contradicción –asegura el demandante— descrita de manera objetiva, –sin asomo de valoración— es la que pone de relieve la violación directa de la ley sustancial.”*

De manera que si el Tribunal reconoció que se diseñó un plan para causar el incendio, que durante su realización uno de sus ejecutores se comunicó con su mandante, y que se contrataron personas condenadas por rebelión con el fin de garantizar el resultado con la *“seriedad”* con que usualmente los insurgentes ejecutan este tipo de conductas, la imputación subjetiva es equivocada. Lo acertado era atribuirle el resultado a título de *“culpa con representación”*, pues asegura que los fragmentos de la decisión expuestos indican que el acusado *“no dejó librado al azar el resultado del incendio provocado.”*

En consecuencia, **SILVA SILVA** debe ser condenado como autor del concurso de conductas punibles de homicidio y lesiones culposas a una pena que oscila entre 32 a 180 meses de prisión y no por la que se le impuso.

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACION**

El **demandante** se remitió a lo expuesto en los cargos admitidos por la Corte.

El **Fiscal**, por su parte, pidió no casar la sentencia. Acerca de los cargos manifestó que en el primero de ellos la confusión que dogmáticamente se advierte en la sentencia no afecta el derecho de defensa. Asume que el supuesto fáctico se mantuvo inalterable y que el procesado fue acusado como autor directo del delito de incendio y como autor con dolo eventual respecto de los demás homicidios.

En su criterio, en las sentencias no se exploraron otras opciones y seguramente no existe la claridad deseada en la parte dogmática, pero eso no afecta el derecho de defensa, pues el procesado fue acusado de los cargos por los cuales fue condenado. Incluso aclaró que en el curso del juicio la defensa propuso tres solicitudes de nulidad, una de ellas relacionada con la variación del núcleo fáctico, al considerar que en la acusación se le imputaron los homicidios a título de dolo eventual y se habría cambiado a la de comisión por omisión. En ese aspecto los jueces fueron claros en defender la inmutabilidad de la acusación y por eso las alusiones a la omisión y a la posición de garante son dichos de paso que no afectan la esencia de la decisión.

Advierte que las imprecisiones dogmáticas no invalidan la sentencia y sostiene que el tema fáctico no fue desbordado

con la asignación de consecuencias jurídicas idénticas desde el punto de vista punitivo.

En cuanto a la discusión de si actuó con dolo eventual o con culpa con representación, tema del segundo cargo, los hechos son inequívocos. Probatoriamente ese supuesto no admite discusión y el cargo tiene ese límite. Lo probado indica que el acusado tenía pleno conocimiento de que el bus salió de Bogotá hacia Sogamoso, y no obstante en ese curso se ejecutó el incendio que concluyó con la destrucción del vehículo y la muerte de algunos de sus ocupantes, con el fin de cobrar el seguro por actos de terrorismo. Es decir, dejó librado al azar el resultado más grave, previsible y disvalioso. Actuó, por tanto, con dolo eventual.

El **apoderado de víctimas** defiende la misma conclusión de la fiscalía. Considera que así haya ambigüedad en la sentencia no se afecta el derecho de defensa ante la claridad del supuesto fáctico. Las discusiones en ese sentido son a su juicio reflexiones teóricas que no inciden en la asignación de la responsabilidad. Por eso, ninguna causal de casación, a su juicio, permite quebrar la legitimidad de la sentencia.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

La Corte abordará la discusión desde dos puntos de vista. En primer lugar, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte, señalará los eventos en que procesalmente la sentencia es nula, los efectos procesales de ese vicio y determinará en la exposición si el cargo corresponde a ese

planteamiento. Luego tratará temas relacionados con la posición de garante, autoría y participación, dolo eventual y culpa con representación. A partir de estos conceptos definirá los cargos propuestos.

**1.-** En la dogmática del recurso de casación cuando se plantea la nulidad de la sentencia es necesario demostrar, *(i)* que la decisión carece totalmente de motivación; *(ii)* que su fundamentación es incompleta; o, *(iii)* que es ambivalente o contradictoria.

La Sala, al respecto, ha precisado que en la primera línea se omiten las razones fácticas y jurídicas que sirven de base a la decisión, mientras que en la segunda el análisis es tan deficiente que no permite comprender la argumentación. En la tercera —que fue la seleccionada por el casacionista—, los argumentos contradictorios o excluyentes de la decisión impiden conocer su sentido. (CSJ SP 10 de agosto de 2000, Rad. 3.066, 27 de febrero de 2001, Rad. 15402 y 13 de marzo de 2013, Rad. 37.285, entre otras). Con base en esta tercera alternativa, el recurrente denuncia, entre otros problemas, que la contradicción inherente a la sentencia no permite conocer si el acusado actuó activa u omisivamente y tampoco cuál fue su grado de participación.

La Sala no abordará el tema desde la perspectiva de la nulidad del fallo, como lo sugiere el demandante. En su lugar, resolverá los dos cargos simultáneamente, conforme a su inescindible relación, como un problema de hermenéutica y

no de argumentación contradictoria. En ese marco definirá las implicaciones de las referencias a la modalidad de la conducta (activa y omisiva), precisará el grado de participación y su conexidad con la imputación subjetiva a título de dolo eventual, desde un plano fundamentalmente normativo, pues los cargos no cuestionan el planteamiento fáctico ni el análisis probatorio.

**2.-** En el primer cargo el demandante cuestionó la falta de precisión dogmática de la sentencia –no fáctica— en relación con la modalidad de la conducta. En tal sentido denunció su inexactitud a la hora de establecer si el acusado transgredió el deber de garante y si en tal virtud incurrió en un delito de omisión y si obró como autor, determinador o autor intelectual. No explicó cuál sería la consecuencia de que se hubiera optado por la imputación a título de autoría y el beneficio de tratarlo como determinador, ni de qué manera dicha incertidumbre incidiría en el ejercicio del derecho de defensa.

La posible indefinición acerca de la modalidad de la conducta no tiene las implicaciones que denuncia el censor. Hay que aclarar en ese sentido que la referencia a la “*posición de garante*” no fue tratada para imputar la conducta al autor desde la perspectiva de los delitos de omisión. La posición de garante y la imputación que se derivaría del hecho de asumir voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo, como lo destacó la fiscalía, no es sino un dicho de paso o una

referencia conceptual sin mayores implicaciones a la hora de imputar jurídicamente el comportamiento.

Las providencias de instancia permiten verificar que inicialmente el juzgado trató el asunto no como un argumento esencial de la decisión y por eso la mención del Tribunal a ese tópico no tiene la finalidad de corregir y menos de explorar la posibilidad de imputar un comportamiento omisivo -dato del cual se apoya el casacionista para decir que algo va de la acción a la omisión—, de manera que la reflexión frente a ese tema no tiene la importancia que se le atribuye frente a la supuesta e improbable construcción anfibológica que se denuncia.

En efecto, la alusión a la *“posición de garante”* a la cual se refirió el juzgado al tratar la intensidad del daño y la imputación jurídica del resultado al autor en el ámbito de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, no la empleó para diseñar una imputación desde la perspectiva del injusto omisivo, y menos como argumento central de su decisión, pues su mención, como se infiere del siguiente párrafo, se explica únicamente en el interés de aclarar la teoría de la acusación:

*“Señala además que en los contratos de servicio público de pasajeros el propietario del bus asume la posición de garante, por ende es quien tiene el deber jurídico de velar por la seguridad de las personas en sus desplazamientos y además asume la obligación de evitar que se produzcan resultados dañosos, especialmente en lo que tiene que ver con la afectación a la vida e integridad de las personas; luego es innegable que con la acción desplegada por el acusado se creó una fuente de riesgo representada por los elementos y las*

*condiciones bajo las cuales se iba a desarrollar la conducta punible, aquí más que la violación al deber objetivo de cuidado, lo que ocurrió fue un comportamiento trascendente constituido en una acción atribuida al titular del derecho de dominio del vehículo, señor SILVA que tuvo incidencia directa en el resultado... (Fl. 7)*

En ese orden, las referencias a la posición de garante fueron empleadas para eludir planteamientos de tipo omisivo, toda vez que posteriormente en la decisión se expresó al respecto lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, no se puede desconocer que tanto en el escrito de acusación como en la formulación de la misma, no se tocó el tema de la posición de garante y por ende de la responsabilidad cuando se trata de comisión por omisión. Luego no se tratará este tópico en este proveído como máxima garantía para el procesado.”<sup>1</sup>*

Por esta razón la reflexión del Tribunal sobre el tema fue mucho más lacónica. Simplemente expresó que de acuerdo con el numeral 4 del artículo 25 de la ley 599 de 2000, *“la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente”* es una modalidad de posición de garante que caracteriza al injusto omisivo.

Con todo, así la mención sea incidental, para despejar inquietudes frente al contenido de la imputación es necesario precisar lo siguiente: actualmente la posición de garante no se puede considerar como un elemento exclusivo de imputación de delitos de omisión. En una concepción normativista del sistema penal que se sintetiza en una elaboración monista de la imputación objetiva, entendida como teoría general de la

---

<sup>1</sup> Fs. 21 de la sentencia de primera instancia.

conducta punible –y no únicamente como forma de atribución de resultados—, acción y omisión se equiparan a partir del criterio de evitabilidad, con lo cual las dos modalidades de injusto se identifican desde el plano normativo.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la sentencia SU 1184 de 2001, se refirió a esas características en los siguientes términos:

*“En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.” (Se subraya)*

Por lo tanto, a partir de una teoría del hecho punible con acento en criterios normativos, la posición de garante no es un parámetro exclusivo para definir criterios de imputación del injusto omisivo, pues en el estado del arte eso implicaría reducir su rendimiento a una especie de injusto, siendo que su finalidad es servir de elemento de cohesión para conjugar una teoría única de imputación que envuelve bajo los mismos fundamentos axiológicos a los delitos de acción y de omisión.

Así, las referencias empleadas en la providencia se ubican a lo sumo en lo que podría llamarse la primera línea

de reflexión de la imputación objetiva, esto es, como un método de imputación jurídica del resultado al autor, y por esa razón la mención a la posición de garante, además de que no tiene el defecto que se le atribuye por no hacer parte de la médula de la decisión sino de reflexiones periféricas de la providencia, no significan necesariamente que el Tribunal se hubiese inclinado por una imputación omisiva frente a un comportamiento activo.

**3.-** El tema es mucho más sensible en relación con la intervención del acusado en la ejecución de la conducta. Sin embargo, que así sea, y que la sentencia no sea precisamente un modelo de claridad, precisión y coherencia, no implica que sea sofisticada. A lo sumo, las imprecisiones conceptuales que se le atribuyen bordean problemas de subsunción en el tipo de participación que, según se indicará, son intrascendentes en este caso.

En la decisión del Tribunal se afirmó que el núcleo de la discusión se centraba en la intervención del acusado. Así se expresó en el siguiente aparte al referirse a la conducta de incendio:

*“No se plantea discusión en torno de la existencia u ocurrencia de esta conducta punible y tampoco en cuanto a que, entre sus ejecutores o autores materiales, está quien para ese entonces era menor de edad, D. L. A; y según él, Belisario Mendoza Tibaná y otro. La discusión se limita, pues, a determinar si el aquí acusado, **ROGELIO SILVA SILVA**, fue la persona que ordenó quemar el bus del cual era propietario.*”

En similares términos se pronunció el Juzgado al referirse al punto:

*“Para el juzgado no es relevante que el procesado haya o no estado en su casa para el día de los hechos, que haya efectuado varias diligencias o que haya venido detrás de su vehículo, pendiente para que se cumpliera con el ilícito encomendado; lo anterior porque no nos encontramos frente a la figura de la coautoría donde existe dominio común del hecho y cada uno materialmente cumple con su tarea para perfeccionar el hecho; sino frente a la determinación o autoría intelectual en la que la persona quiere ejecutar el injusto, se vale de otra para que esta lo haga a cambio de una promesa, dádiva, halago, mandato, etc.” (Pag. 38)*

De modo que la inquietud frente a la primera conducta, consistente en determinar si el acusado ordenó la ejecución de la conducta, el Tribunal la decidió positivamente a partir del análisis del testimonio del menor D.L.A, uno de los autores materiales junto a Belisario Mendoza Tibaná, alias “El Gato”, y de la complicada situación económica de **SILVA SILVA**, hecho que explicaría su interés por obtener una importante cifra por el pago del seguro estatal y de la indemnización empresarial por el siniestro.

Con base en esos elementos de juicio, concluyó que el procesado –a quien, se resalta en la sentencia, se acusó como “*autor intelectual*”—, indujo a los autores materiales a realizar la conducta de incendio, acción que además provocó un número plural de muertos y lesionados. Sobre esa base, en cuanto al primer injusto, estimó lo siguiente:

*“Reitérese, la acusación por éste delito se hizo a título de autor intelectual, categoría dogmática que permite también considerar a*

*quien así actúa como coautor, en la medida en que mantiene cierto grado de dominio del hecho.”*

De acuerdo a los antecedentes de la actuación, el Tribunal buscó guardar la necesaria congruencia jurídica entre los términos de la acusación *-estimó que el actor obró como autor determinante—* y el fallo de primer grado, bajo la consideración de que el juzgado sintetizó la responsabilidad frente al delito de incendio en los siguientes términos:

*“Para este despacho, entonces, existen pruebas (a) de referencia admisibles (b) directas y (c) razonamientos inferenciales válidos que nos permiten en conjunto, no insularmente o fragmentariamente, concluir sin lugar a dubitación alguna que el encartado debe responder por el incendio en calidad de determinante con dolo directo de primer grado.”*

Conclusión que reafirmó al señalar posteriormente lo siguiente:

*“Por lo que se concluye que el material probatorio recaudado, se reitera, sin ningún asomo de duda, analizado en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, señala al encausado como el determinante de los delitos de que se le imputaron con la calificación referida por la fiscalía, excepto en lo que tiene que ver con la tentativa de estafa agravada por lo ya expuesto.”*

El asunto, entonces, no tiene la ambigüedad o imprecisión que se le atribuye. Primero, porque la unidad temática de las sentencias permite inferir que en ellas se consideró que el acusado obró como determinante –aspecto que la defensa debatió en su oportunidad con amplitud—, y segundo, porque bajo esas circunstancias el contraste entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia es una discrepancia que no afecta la validez del acto y que no tiene

implicaciones en el derecho de defensa o en el debido proceso, teniendo en cuenta que aún en caso de imprecisiones frente a los tipos de autoría y participación, estas serían irrelevantes, pues como lo ha definido la Corte en casos similares, la pena del determinador es equivalente a la del autor (CSJ SP del 31 de agosto de 2011, Rad.20756).

Al margen de lo expuesto, las indecisiones dogmáticas las alegó el recurrente en su momento por la vía de la nulidad, como bien pudo hacerlo también solicitando aclaración de la acusación (*artículo 339 del Código de Procedimiento Penal*), acto complejo en el cual se originan las imprecisiones jurídicas –que no fácticas— sobre los temas de autoría y participación. De manera que estas imprecisiones conceptuales denunciadas no inciden en el derecho de defensa como lo pretende el censor, sino que tienen su corrección en la aplicación de la ley.

**4.-** La Corte abordará el tema a resolver desde la óptica de un derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos (*artículo 11 del Código Penal*). A partir de ese punto de vista, entonces, tratará los temas inherentes a la autoría y participación, determinación y la imputación del resultado a título de dolo eventual.

Existe consenso en sostener que es autor quien recorre íntegramente el tipo penal; quien realiza la acción descrita en el verbo rector. Frente a esta elaboración no hay mayores inquietudes. Tampoco en relación con la coautoría propia e impropia. La primera sintetiza la realización conjunta del tipo

penal. La segunda se refiere a la ejecución de la conducta mediante división de trabajo. Es esta una noción funcional de autoría (*artículo 29 del Código Penal*).

Dichas formas de intervención las complementa el dispositivo amplificador de la participación, que incluye al determinador, al cómplice, al interviniente y al autor en lugar de otro (*artículo 30 del Código Penal*).

Conforme a esta fórmula, determinador es quien induce a otro a realizar un injusto doloso, entre otras modalidades, mediante consejo, mandato, precio, coacción superable o error, etc. Eso significa que el determinador no ejecuta materialmente la conducta y por lo tanto no tiene el “*dominio del hecho social*.” Pese a ello, el artículo 30 del Código Penal equipara al autor y al determinador con la misma pena.<sup>2</sup> Sin embargo, el Tribunal ideó una tercera opción al señalar que el acusado debía responder como “*autor determinador*”, categoría conceptual que trastoca desde el punto de vista legal y material la teoría de la autoría y participación y que incluso no corresponde a la elaboración fáctica que hizo en la sentencia. Con todo, esta imprecisión no tiene las dimensiones que el demandante le atribuye.

---

<sup>2</sup> *Esta equiparación punitiva ha sido cuestionada por crear ficciones que desconocen los diferentes grados de intervención y la ponderación del aporte en la materialización de la conducta punible. Igualmente algún sector critica la punibilidad de la participación en delitos especiales propios cuando el instigador no tiene las calidades exigidas en el tipo penal y por lo mismo no infringe el deber, como si lo hace el autor, tema que consideran que preocupa por sus implicaciones frente al principio de proporcionalidad.*

En este margen, si se asume, como en general se expuso en la sentencia, que **ROGELIO SILVA SILVA** contrató a Belisario Mendoza Tibaná para que incendiara su vehículo de servicio público de pasajeros, no hay dificultades al atribuirle el primer evento: debe responder como determinador y los ejecutores como autores materiales del delito de incendio (*artículo 350 del Código Penal*). La cuestión es si los homicidios y lesiones subsiguientes se deben imputar como determinador con dolo eventual, en lo cual no se debe olvidar que el delito de incendio, además de interferir la seguridad pública, involucra un peligro común.

Si algo queda claro en la sentencia es que **SILVA SILVA** no ejecutó materialmente la conducta. Así lo definieron el Juzgado y el Tribunal al amoldar la sentencia a la acusación, en la que se sostuvo que el principal acusado no ejecutó el comportamiento por sí mismo sino a través de otros a quienes indujo por precio o pago. Es decir que el supuesto fáctico carece de la complejidad que tiene la defectuosa adscripción a la forma de intervención en la conducta punible. Desde este punto de vista, entonces, no se trata de una providencia sofisticada cuyos términos sean ininteligibles, sobre todo si se considera que en la acusación se imputaron subjetivamente los injustos de incendio, homicidio agravado y lesiones a título de “*autor determinador, con dolo eventual,*” en una secuencia en donde bien podría sostenerse que la autoría se refiere al delito de incendio y la determinación a la participación en los demás injustos.

Bajo esta consideración el Juzgado actuó conforme a la simetría que le impuso ese perfil y el Tribunal corroboró dicha decisión. Desde luego que deambuló por los conceptos de autoría, coautoría y participación, sin mayores precisiones y con confusiones conceptuales que no le aportan claridad a la decisión, pero eso no significa que la sentencia sea sofisticada, ambigua o incomprensible. A lo sumo se trata de un problema de hermenéutica relacionado con la posible selección indebida del tipo de participación, que en caso de infracción llevaría a la Corte a adecuar el comportamiento al precepto correcto. Sin embargo, esa corrección es innecesaria en la medida que en las definiciones penales el autor y el determinador se sancionan con la misma pena (*Artículo 30 del Código Penal*).

**5.-** La imprecisión jurídica de la acusación que también se plasma en las sentencias de primera y segunda instancia, tiene origen en la indebida comprensión de las consecuencias que se pueden explorar de la equiparación punitiva que en el artículo 30 del Código Penal se hace del determinador con el autor. Estas reflexiones que son admisibles en cuanto a la respuesta punitiva pero no respecto de la estructura dogmática, llevaron al Tribunal a incurrir en imprecisiones que le restan claridad a la argumentación que elaboró para seleccionar el tipo penal que corresponde a la modalidad de intervención del acusado en el injusto.

Equiparar al autor con el determinador desde el punto de vista dogmático es una opción que posiblemente se puede defender con mayor propiedad en legislaciones en las que se

identifica al autor con el determinador, como lo hace el Código Español, el cual en el artículo 28 dispone lo siguiente:

*“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

*También serán considerados autores:*

*a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.”*

Muy similar era la definición, como lo refiere el Tribunal en su decisión, del Decreto 100 de 1980, que en el artículo 23 indicaba:

*“Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.”*

En esa misma orientación puede mencionarse a la teoría del autor amplio, conforme a la cual *“todo causante es autor y la participación una forma de autoría atenuada.”*<sup>3</sup> En este modelo que se sustenta en el dogma causal, la participación constituye una *“modesta contribución”* al hecho que ejecuta el autor material, sin que por ello deje de ser autoría.

Para la Corte es claro, aún antes y sobre todo después de la Ley 599 de 2000 que el determinador no es autor<sup>4</sup>, pues en palabras de la Sala,

---

<sup>3</sup> Zafaronni, Eugenio Raúl y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar. Pag. 485.

<sup>4</sup> Cfr. SP del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, SP del 15 de mayo de 2013, Rad. 33118 y AP del 24 de abril de 2013, Rad. 40198, entre otras.

*“Mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución.”*

Y lo reafirmó explícitamente en el AP del 24 de abril de 2013, Rad. 40198, al señalar lo siguiente:

*“Antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000 puntualizó la Colegiatura que el autor y determinador son figuras sustancialmente diferentes, al señalar:*

*“En ese sentido ha de precisar la Sala que no obstante prever el artículo 23 del Código Penal (de 1980, se precisa) igual tratamiento punitivo para el autor material y el instigador del hecho punible, al señalar que ambos incurrirán en la pena prevista para el tipo realizado, no significa que ontológicamente tengan igual connotación jurídica...”*

Con todo, con tal de sostener la importancia del liderazgo del inductor, en la providencia no faltan referencias a la autoría intelectual, categoría que lleva a complicaciones innecesarias por las confusiones que crea frente a la ya clásica distinción entre autoría y participación, que tiene en el principio de accesoriedad de la participación del determinador su mejor referente de distinción.

Es cierto que la Sala en la CSJ SP del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, definió al autor intelectual como la *“persona que idea, diseña o programa el itinerario de una conducta punible y se liga en relaciones de acuerdo común, división material del trabajo e importancia de aportes con los autores materiales, resultando*

*todos en proyecciones de coautoría*”. Según ello, el autor intelectual estaría antes que el determinador pero más acá que el autor material.

Una elaboración de ese tipo, que hunde sus raíces en un concepto extensivo de autor, enreda la distinción entre autoría y participación e incluso propicia afirmaciones -como la de la sentencia de segunda instancia—, según la cual, contrariando el fundamento de la figura, el autor intelectual, por ser autor, domina el hecho, cuestión muy difícil de sostener en relación con quien idea o planifica la conducta pero no la ejecuta, salvo que se piense bajo la teoría de la equivalencia de las condiciones que toda contribución a la ejecución del hecho es autoría.

**6.-** Pues bien, fácticamente el tema es claro: **ROGELIO SILVA SILVA** ejecutó la conducta a través de otros, y en eso la decisión es enfática. El punto de inflexión consiste entonces en la equivocada argumentación acerca de la interpretación de la norma jurídica que define el rol del determinador y del autor material. Así, conforme a lo expresado en la sentencia, el procesado ideó el plan y seleccionó conforme lo requería el impacto mediático de la acción a quienes debían ejecutarla, entre las cuales contactó a Belisario Mendoza Tibaná, alias “*El Gato*”, una persona con nexos con las Farc, quien a su vez la ejecutó a través de Carlos N y el menor D.L.A.

No se observa, por tanto, ambigüedad en la descripción del tema fáctico, ni en los detalles ni en el tema probatorio. El

asunto es de interpretación normativa, en cuya elaboración el Tribunal fue relativamente impreciso, más no al punto de incurrir en argumentaciones que impidan captar el sentido del fallo y sus consecuencias. Optó el Tribunal por una tesis desacertada con tal de sustentar una simetría conceptual inaceptable entre autor y partícipe, que tampoco desquicia el fallo, como se precisará en seguida al tratar conjuntamente el tema de la participación y la atribución del segundo resultado a título de dolo eventual.

El demandante en su planteamiento supone que no se sabe si su defendido actuó como autor o partícipe, lo que constituye la médula de su primer nivel de argumentación, y en un segundo momento insiste que la atribución del segundo resultado a título de dolo eventual es equivocada. Los dos temas, que se tratan en cargos diferentes, se sustentan en un parámetro idéntico: la indebida selección de los preceptos que regulan la participación y la imputación subjetiva del segundo resultado.

Al respecto se debe precisar lo siguiente:

En la conducta dolosa el autor se figura o representa mentalmente el fin, luego selecciona los medios y después ejecuta el comportamiento. En la conducta culposa el agente inicia una acción extratípica (sin relevancia para el derecho penal) en cuyo desarrollo infringe el deber objetivo de cuidado que se concreta en el resultado lesivo y relevante. Desde este punto de vista la propuesta del impugnante, según la cual los homicidios y las lesiones personales consecuenciales al delito

de incendio han debido imputársele al partícipe a título de culpa con representación es inaceptable, pues para hacerlo habría que admitir que el acusado no creó un riesgo concreto contra el bien jurídico de la seguridad pública con el primer acto (incendio) y como si éste fuera indiferente para el derecho penal (extratípico).

Tal conclusión desbordaría los supuestos de hecho de la sentencia. En efecto, según lo expuesto en las instancias, **ROGELIO SILVA SILVA** se propuso incendiar el bus de su propiedad con el fin de reclamar el pago de dos seguros y especialmente obtener un beneficio indebido proveniente de la póliza oficial que amparaba al automotor contra actos terroristas. Es decir, que con esta conducta creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó efectivamente en el resultado inicial e interfirió de esa manera el bien jurídico de la seguridad pública. No se puede sostener, entonces, de acuerdo a la sistemática del delito culposo, que esta primera acción sea indiferente para el derecho penal *-como ocurre con las acciones extratípicas que configuran la conducta culposa—*, y que el evento compuesto por un número plural de víctimas pueda imputársele a título de culpa con representación, pues dicho concepto repele la facticidad reconocida en la sentencia y la sistemática del delito culposo.

Desde luego que por fuera del sistema y a partir de un análisis descontextualizado de las particularidades del injusto culposo, el demandante distrae la atención para sostener la inadmisibile tesis de que el segundo resultado compuesto por una pluralidad de víctimas no fue querido y que a lo sumo el

acusado debió prever, con lo cual encubre el núcleo de la discusión, que no reside en la infracción al deber objetivo de cuidado que caracteriza a la culpa *–con o sin representación–*, sino en el dolo que en este caso gobierna la totalidad de la conducta y que propició los resultados subsiguientes, que el censor vanamente intenta desgajar con el fin de defender una tesis francamente inaceptable.

De acuerdo con la sentencia, el procesado delineó una conducta para incendiar el vehículo con la condición de que los operarios del atentado lo hicieran de tal modo que no quedaran dudas de un ataque terrorista, para lo cual debían identificarse como miembros de las FARC y ejecutar la acción cuando el bus estuviera en servicio, condición necesaria para obtener \$ 364 millones provenientes de la afectación de la póliza gubernamental *–según el literal b) la póliza no cubre actos similares si el bus no se encuentra en servicio–*, y otros \$ 270 millones adicionales del Fondo de Auxilio Mutuo de la Empresa a la cual estaba afiliado el automotor.

Este recuento *–entre paréntesis–* se asemeja al caso Thomas, acaecido en 1875 y tratado en la literatura penal como paradigmático de un comportamiento doloso. En este, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto en caso de hundimiento. Aunque no tenía interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que sería inevitable porque había tripulación a bordo. Con base en este antecedente histórico, para la Sala la disyuntiva bien pudiera plantearse no entre dolo eventual y culpa con representación, sino entre dolo de consecuencias necesarias y

dolo eventual, lo cual reafirma la dificultad de admitir el inaceptable planteamiento del demandante acerca de la imputación subjetiva a título de culpa con representación.

Pero en fin, el núcleo de la cuestión consiste ahora en determinar si la muerte de varios pasajeros y las lesiones personales de otros que no alcanzaron a abandonar el bus cuando se incendiaba fue querida, en lo cual el demandante para defender su tesis de la imputación culposa pone el acento en la teoría de la voluntad. La Sala no ignora la aguda discusión sobre estos temas y tampoco desconoce que la cuestión está lejos de saldarse a favor de una u otra opción.<sup>5</sup> En tal sentido, en la SP del 12 de abril de 2014, Rad. 36312, la Sala se ha inclinado por una posición intermedia que le concede un plus al elemento cognitivo sobre el volitivo, al señalar lo siguiente:

*“Sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre los criterios que se han acuñado para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, dígase que la fórmula que acoge el Código Penal para caracterizar la primera de dichas categorías hace prevalecer el elemento cognitivo sobre el volitivo, pues este último concurre de forma menguada.*

*Se dice, entonces, que en esta concepción del dolo eventual la voluntad es casi irrelevante y, en contraste, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo (CSJ SP, 15 de septiembre de 2004, rad. 20860, reiterada en rad 32964)*

---

<sup>5</sup> No faltan incluso opiniones que pretenden explicar políticamente la diferencia entre culpa con representación y dolo eventual. En tal sentido sostienen que este modelo subjetivo de imputación se ideó para atribuir determinados comportamientos a los social demócratas, por lo cual optan por defender la tesis de una imputación subjetiva a título de culpa con representación agravada.

Aun cuando otros enfoques sostienen por el contrario que en estos casos “no se trata de comprobar si el autor tuvo voluntad de realizar ciertas consecuencias no principales de su acción, sino de si tuvo el conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo,”<sup>6</sup> el artículo 19 del Código Penal permite sostener la concurrencia del conocimiento y voluntad (*La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*). Esta definición legal debe entenderse en el sentido de considerar que dicha regulación se refiere al dolo directo y al de consecuencias necesarias. En cambio, al definir el dolo eventual (*También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*), el conocimiento adquiere una mayor relevancia que la voluntad, pues el resultado si bien no se quiere, tampoco se desprecia: la infracción penal es prevista como probable pero se deja, como dice la fórmula, librado el resultado al azar.

De acuerdo con ese esquema, si en el dolo eventual el conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo -de lo cual en este caso no hay duda—, tiene un relativo liderazgo sobre la voluntad, la tenue diferencia entre la culpa con representación y el dolo eventual de quienes encuentran en el elemento volitivo el mayor obstáculo para su distinción, se supera al conferirle al elemento cognitivo un plus como sustento de la imputación subjetiva a título de dolo eventual.

Por lo tanto, no fue desatinada la decisión del Tribunal al inferir de la manera como se planeó el acto y del

---

<sup>6</sup> Bacigalupo, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho Penal. Tomo I*, Ed. Marcial Pons. 2009. Pag. 540

conocimiento concreto de las especiales circunstancias en que debía realizarse la conducta, encomendada precisamente por su dificultad a conocedores de las operaciones de alto impacto que ejecutan grupos al margen de la ley, que el procesado conocía el riesgo efectivo para los ocupantes del bus de servicio público que debía ser incendiado aparentando un acto terrorista.

Así, la gravedad intrínseca de la primera conducta (que involucra desde la tipicidad peligro común) y las singularidades de su problemática ejecución, permitían prever la posibilidad de un riesgo concreto para los pasajeros, debido a que al incendiar un vehículo de servicio público en plena operación *-condición indispensable para cobrar el seguro contra actos terroristas—*, y ante la necesidad de impactar con sus resultados catastróficos a las empresas aseguradoras, el peligro para los pasajeros no era una opción impensable, sino una concreta realidad.

En este punto la Sala podría recurrir a las más diversas opciones dogmáticas y cualesquiera fuese el punto de partida llegaría a la misma conclusión frente a la tozudez de los hechos, tanto para imputarle dolosamente el comportamiento al autor, como igualmente para descartar una insostenible imputación culposa, por cuanto para imputar la realización de un tipo a título de dolo (eventual) se requiere, como ocurre en este caso, que dadas las especiales circunstancias en que se ejecutó el hecho, este sea reconocido como posible, sin que dicha situación se considere como punto de reflexión para renunciar a la ejecución del comportamiento.

7.- Las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y la atribución subjetiva del resultado a título de dolo eventual al determinador permite resolver otro de los puntos colaterales que surgen de la demanda: la relación entre el determinador y el autor material que obra bajo órdenes del determinado.

La idea básica de la participación supone, tal como se indicó, que es determinador quien induce a otro a realizar la conducta antijurídica. Esa simpleza conceptual sin embargo se complica cuando el determinado induce a su vez a otro a realizar el comportamiento (*determinación en cadena*), o también cuando el determinado se desvía por su propia cuenta hacia resultados no previstos en el plan de autor. Sin embargo, el conocimiento de la creación del riesgo concreto que le incumbe al primer determinador no se elimina por el hecho de que un tercero realice la conducta en las mismas condiciones, en idénticas circunstancias y con iguales complicaciones y riesgos previstos inicialmente, como en seguida se verá.

Para empezar, véase que desde el plano dogmático la determinación supone los siguientes elementos:

(i) un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, (ii) la actuación determinante del inductor, (iii) un comienzo de ejecución del comportamiento, (iv) la carencia del dominio del hecho y (v) un actuar doloso.

La instigación a su vez puede ser directa y en cadena, como ocurre o puede suceder cuando entre el autor y el instigador media la intermediación de otro instigado.<sup>7</sup> En relación con esta última posibilidad, el artículo 30 del Código Penal se refiere a la determinación directa, lo cual no excluye la posibilidad de la instigación en “cadena”, siempre y cuando se reúnan los mismos requisitos indicados anteriormente, situación que en este caso no está en duda.

En efecto, lo central es que exista una conexión concreta<sup>8</sup> entre la conducta del instigador inicial y el autor material, relación que como primer elemento de la determinación en este caso surge del conocimiento del riesgo y de los efectos colaterales que envuelve la acción inicial, y no necesariamente de un contacto personal entre el autor y el primer determinador que es distinto. La relación personal entre el primer inductor y el autor material no es esencial ni necesaria para configurar la inducción en cadena, porque si este tipo de vínculos fuesen indispensables, otras instituciones más “despersonalizadas”, como la que se presenta en la autoría mediata en aparatos organizados de poder sería igualmente insostenible desde dicha perspectiva, pues en estas hipótesis el hombre de atrás ni siquiera sabe o conoce quién ejecutará la conducta.

Para la Sala, excluir la posibilidad de la denominada determinación en cadena cuando se presenta una relación

---

<sup>7</sup> Cfr. Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Comlibros. Medellín. Pag. 915 y ss.

<sup>8</sup> La relación debe ser concreta, no directa entre el autor y el determinador inicial. Cfr. Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Pag.739.

“*mediata*” entre el autor material y el determinador inicial, puede conducir a injustificadas lagunas de punibilidad. Lo que ocurre es que, en estos casos, debe existir un curso causal continuo que permita sostener que el resultado corresponde a las directrices ciertas y a las previstas como posibles por el primer instigador del comportamiento. Pensar, como sugieren algunos, que el inductor que podríamos llamar “*intermedio*” no inicia la ejecución del hecho antijurídico y que por lo tanto faltaría uno de los presupuestos de la inducción, es una tesis que solo se puede sostener a partir de una elaboración que fragmenta la conducta en perjuicio de su unidad, al aislar al inductor inicial del resultado final que ejecuta el autor.

En ese orden, si las reglas de la determinación exigen que el autor debe dar inicio a la ejecución del hecho, es claro que conforme al principio de accesoriedad de la participación, esa exigencia no se debe analizar a partir de la relación entre el inductor inicial y el intermedio, sino entre éstos y el autor material. De manera que no existe ningún obstáculo para imputar el resultado a título de dolo eventual al determinador inicial por el conocimiento del riesgo concreto que implicaba la ejecución del comportamiento y por todas las especificidades que rodean el plan de autor. En particular por el conocimiento del riesgo y de sus implicaciones concretas que se dejan en este caso libradas al azar y que no van más allá del plan de autor, de modo que no exceden el concreto riesgo previsto en la ejecución de la acción.

**8.-** Por todo ello, los cargos propuestos en la demanda no prosperan.

La incorrección en la selección del tipo de participación, de autor a determinador, que en últimas se plantea en el primer cargo como un asunto de argumentación contradictoria, no tiene repercusiones en las consecuencias punitivas de manera que la corrección en este sentido sería intrascendente. Asimismo, la selección del tipo subjetivo (dolo eventual en vez de culpa con representación) corresponde a la facticidad expresada en la sentencia, de manera que en esas condiciones la decisión no desborda la legalidad.

Para cerrar el círculo se debe agregar, según se expuso, que si es de la esencia de la determinación un actuar doloso, es insensato atribuir el resultado al determinador a título de culpa con representación pues se trata de conceptos que se excluyen. En otros términos, si se respeta la facticidad declarada en la sentencia –como la proposición del cargo lo impone al tratarse de asunto de pura hermenéutica—, se debe aceptar que **ROGELIO SILVA SILVA** contrató a terceros para ejecutar la conducta. En consecuencia, es inadmisibile desde ese punto de vista imputar al determinador las muertes de algunos ocupantes del bus y las lesiones de otros a título culposo, como lo sugiere el casacionista, pues la instigación, se insiste, se define técnicamente como la determinación dolosa que genera en el autor principal la decisión a la realización de un injusto doloso.

En virtud de 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 proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 16 de abril de 2015, mediante la cual condenó a **ROGELIO SILVA SILVA** por los cargos y con las razones expuestas en esta decisión.

Contra esta decisión no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

