

ESTA PROVIDENCIA ES DE RESERVA, POR LO QUE SE PUBLICA SOLO SU EXTRACTO DADA SU IMPORTANCIA

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: SALA DE CASACIÓN PENAL
NÚMERO DE PROCESO	: 34788
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP5553-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 23/09/2015
DELITOS	: Concierto para delinquir
ACTA n.º	: 334
FUENTE FORMAL	: Ley 600 de 2000 art. 327 / Constitución Política de Colombia de 1991 art. 235

TEMA: FUERO - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones, relación con los crímenes de lesa humanidad cometidos por el grupo con el que se concertó para ser elegido congresista

«Si bien en la actualidad el ex Senador ERCA ya no ostenta la calidad de Congresista en ejercicio, sujeción funcional que radica la competencia de la Sala Penal para su investigación y juzgamiento en única instancia, el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política consagra la prórroga del fuero para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas, cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo.

Como se recordará, el Concierto para Delinquir en la modalidad de promover grupos armados al margen de la Ley por el que fue procesado y condenado el ex Congresista, es una de las conductas que de conformidad con el precedente judicial de la Sala, puede tener nexo o relación con las funciones deferidas por el Constituyente a quienes por voluntad popular son ungidos como representantes de todos los colombianos en el Congreso de la República.

Esas funciones conglobantes de representación popular, a las que se llega a través del ejercicio de la política, le imprimen a la conducta de concertación con grupos armados que se lleva a cabo con ocasión de tal actividad, toda la virtualidad para permear las funciones discernidas al Congresista, en la medida en que los vínculos con los grupos irregulares que contribuyeron a su elección, necesariamente compromete y degrada la gestión en pro de sus patrocinadores, que gestaron en Colombia un proyecto político para infiltrar el Estado a través de alianzas con servidores públicos de elección popular a nivel local, regional y nacional, como lo destaca la historia judicial del paramilitarismo en Colombia

Sin abundar en más razones porque desde el año 2009 ha sido pacífica y reiterada la tesis anterior, debe la Sala analizar si el especial fuero congresional se prorroga en el caso que concita su atención, esto es, en el evento en que los acuerdos políticos celebrados por el Congresista con un “aparato organizado de poder”, adicionalmente puedan ampliar su ámbito a los crímenes de Lesa Humanidad perpetrados por el grupo armado ilegal, según el vínculo que hubiera llegado a tener con éste.

Como de lo que se trata es de dilucidar si tal conducta estuvo en un momento dado relacionada con las funciones desempeñadas por el aforado constitucional, a tal ejercicio discursivo se aplica el mismo raciocinio abordado por esta colegiatura cuando vislumbró la relación que existía entre ellas y la promoción de grupos armados al margen de la Ley en el entorno político en que se configuraron las espurias relaciones.

En tal sentido y considerando que la posible atribución al Congresista de los delitos de Lesa humanidad cometidos por el grupo con el que se concertó, pudieron tener origen en el mismo comportamiento reprochado, similar ámbito de acción y teleología, al menos en las circunstancias que rodean la conducta endilgada al ex Senador CA, no habría razón para deslindar estos conexos sucesos de las funciones que desempeñó como Congresista, ya que la promoción del “aparato organizado de poder” sirve a los intereses político-funcionales del concertado a través de sus diversas expresiones y designios MACROCRIMINALES, comprendidos en ellos, los delitos de Lesa Humanidad que cometa el grupo armado ilegal de llegarse a establecer el CONTROL o DOMINIO de la organización que pudo haber ejercido el ex servidor público».

APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: elementos, casos de congresistas asociados con paramilitares / **APARATO ORGANIZADO DE PODER** - Autoría mediata: aplicación de la teoría del dominio del hecho, explicación

«La Sala, en decisión del 23 de febrero de 2010, radicado 32805, acogió la tesis imperante de la AUTORÍA MEDIATA para estructurar desde la dogmática penal la forma de intervención en el hecho punible de quienes deben responder por los delitos que comete una organización criminal, expresando:

“En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones guerrilleras.

Los comentaristas proclaman que dichos individuos estrictamente no son coautores ni inductores y proponen que su responsabilidad se edifice a partir de la autoría mediata, teniéndose como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo

que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jerarcas que ordenan el crimen."

Los parámetros que analizó la Corte para constatar en esa decisión la intervención del acusado a título de AUTOR MEDIATO en los homicidios perpetrados por el grupo armado en la luctuosa MASACRE DE MACAYEPO, señalan a su vez los criterios que deben concurrir en el caso en estudio, a saber, la estrecha vinculación del concertado con el aparato organizado de poder y su poder jerárquico en el mismo, a partir de los cuales se pueda sustentar el PODER DE MANDO que define el DOMINIO sobre el "aparato organizado de poder".

En ese orden de ideas, la Sala esbozó como pautas que le permitieron cimentar la condena proferida a título de AUTORÍA MEDIATA en los crímenes cometidos por la organización armada al margen de la Ley, las siguientes:

"El procesado controlaba "desde arriba" el aparato de poder, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio. Los grupos paramilitares son estructuras organizadas de manera vertical en donde existe compartimentación y las jerarquías superiores trazan los planes generales de acción y un amplio grupo de subalternos está presto a cumplir dichas directrices.

La "masacre de Macayepo" fue una acción ejecutada dentro del decurso "normal" de actividades de la agrupación paramilitar "Bloque Héroes de Montes de María" que conformó, apoyó y asesoró el acusado. La demostrada existencia de sesiones con los jefes militares de la banda y los diálogos cifrados son muestra de cómo se dinamiza el perfeccionamiento de una orden dentro de las organizaciones armadas ilegales."

Para concluir a partir de tales supuestos y de las evidencias acopiadas, que el procesado:

"...no sólo organizó el grupo de autodefensas autor de la masacre, sino que además desarrolló comportamientos propios de un miembro de ese tipo de agrupaciones armadas ilegales, todo lo cual permite reprocharle a título de autor mediato los múltiples homicidios acaecidos en desarrollo de dicha incursión paramilitar."

Es importante precisar que los fundamentos que construyen la tesis de la AUTORÍA MEDIATA, no suponen y menos autorizan a prescindir de la constatación de las "exterioridades de la acción" (CSJ SP, 2 Sept de 2009, Rad. 29221), y ello implica que los parámetros deducidos en la decisión atrás citada que armonizan con la doctrina y jurisprudencia comparadas, deben integrarse al juicio de atribución del hecho.

Y en esos fundamentos del derecho comparado fluye la doctrina mayoritaria del DOMINIO DEL HECHO - sobre el que se edifica la AUTORÍA MEDIATA -, surgida a partir de la evolución de las posturas teóricas que buscan explicar las distintas

formas de intervención en el hecho delictivo desde los conceptos de AUTORÍA y PARTICIPACIÓN, la cual postula que AUTOR, en términos generales, es quien domina finalmente el hecho típico controlando el curso causal de los acontecimientos, y serán partícipes, los que carecen de ese poder de ordenación

CLAUS ROXIN distingue tres formas de dominio del hecho: dominio del hecho por acción, dominio del hecho funcional y dominio del hecho por dominio de la voluntad, siendo este último el que adquiere relevancia en la teoría de la Autoría Mediata a través de aparatos organizados de poder, que a su vez preconiza tres modalidades de dominio: dominio de la voluntad por coacción, por error, o en virtud de aparatos organizados de poder, ubicándose en este extremo lo que la teoría alemana de la autoría ha identificado como "dominio por organización" en la que se inscribe el modo de funcionamiento del aparato organizado de poder que está a disposición del "hombre de atrás".

Ese dominio que se ejerce de manera indirecta y automática desde las altas cúpulas de la estructura, sobre la organización y sus integrantes, exige una caracterización del "hombre de atrás" que se concreta en la definición del PODER DE MANDO, consustancial al nivel superior estratégico que ocupa.

Coincidan la doctrina y jurisprudencia comparada en que por su posición y el funcionamiento automático del aparato delictivo, el autor mediato emite la orden o dispone el designio criminal sin necesidad de relacionarse con las estructuras ejecutoras, pero ello supone una juiciosa ponderación de la posición que ocupa el "hombre de atrás" respecto de la organización, su ascendiente, el nivel de mando y la forma de contribución en los hechos criminales.

Un importante precedente judicial a nivel latinoamericano sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder, es la sentencia del 7 de abril de 2009 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del PERÚ, contra ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, la cual puntualiza estos aspectos al analizar las condiciones marco que estructuran el dominio de la organización, de carácter subjetivo y objetivo, inscribiéndo en estas últimas el PODER DE MANDO».

APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: elementos, casos de congresistas asociados con paramilitares

«Entendida esta primera arista de la teoría que sustenta la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, surge entonces necesario evaluar, si de los elementos de juicio que suministra la sentencia condenatoria proferida en contra del ex Senador CABALLERO ADUEN, emerge, como elemento primario de imputación, el PODER DE MANDO que pudo haber ejercido sobre la organización ilegal, asunto que deberá ser auscultado a través de la forma de vinculación al grupo paramilitar con el que se concertó.

Prima facie se advierte, de la lectura de los hechos sucintamente consignados en precedencia, que la asociación surgida entre el ex Senador y el grupo armado ilegal no tuvo alcances distintos a la simbiótica promoción política para beneficio mutuo electoral, atendidas las manifestaciones de los testigos y del propio jefe de la agrupación armada HGS, que dan cuenta del DOMINIO político que el señalado cabecilla ejercía en cada uno de los sectores de injerencia, auspiciado por el control militar y social que allí ostentaba, lo que le permitía decidir los asuntos electorales imponiendo candidatos o restringiendo el ejercicio electoral de los menos "afortunados", siendo esa la razón por la cual el ex Congresista llega a coherenciar con el "aparato organizado".

(...)

Lo anterior, además de indicar que los designios de la alianza no fueron más allá de los intereses coyunturales de índole política y electorera, denota que el DOMINIO de la organización no lo tenía el Congresista sino el jefe paramilitar con el que se concertó, y que ni siquiera a nivel político el aforado ejercía un liderazgo superior al que, advierten los testigos, tenía el jefe paramilitar HGS quien controlaba las células más básicas de la comunidad organizada como son las Juntas de Acción Comunal e inclinaba de manera decisiva la balanza electoral a favor de los candidatos de su predilección.

Por lo demás, tampoco existe prueba que indique algún ascendiente o liderazgo del aforado sobre la estructura ilegal y sus dirigentes como para poder inferir la emisión de órdenes que se pudieran cumplir en línea vertical hacia los ejecutores de los hechos criminales en virtud del DOMINIO del aparato criminal, todo lo contrario, el predominio político logrado a sangre y fuego por el grupo armado sin mas acicate que el miedo de la población y el apoyo que lamentablemente recibieron esos grupos ilegales por parte de ciertos sectores sociales e institucionales, empoderaba de manera importante el accionar del grupo armado como para poder pensar que fuera determinante a efectos de su creación y sostenimiento, el aporte del Congresista.

La coyuntural circunstancia política que llevó a algunos miembros del Congreso de la República a asociarse y promover el funcionamiento de grupos armados en Colombia, no los pone de manera inmediata en la cúspide de la estructura jerárquica del aparato organizado de poder con el que se concertaron, como para poder visualizar el "nivel superior estratégico" desde el que se debe apreciar el PODER DE MANDO que garantiza que las órdenes explícitas o implícitas emitidas por el AUTOR MEDIATO se van a cumplir con la automaticidad que reclama el funcionamiento del aparato criminal, a menos que, como sucedió en el caso que ocupó la atención de la Sala al avocar los prolegómenos de la AUTORÍA MEDIATA en los hechos de la masacre de MACAYEPO, se pueda establecer que el procesado "compartió mando con los jefes paramilitares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio" o que creó o contribuyó a la conformación del grupo armado ilegal y

mantuvo el apoyo a las acciones ejecutadas por éste "dentro del decurso normal de actividades de la agrupación militar".

Cualquier otra forma de relación del ex Congresista con el grupo armado, que no pueda explicar el DOMINIO o CONTROL sobre la fuente de riesgo que representa el aparato organizado de poder con el que se concertó, o que no revele la posibilidad de emitir órdenes o la subordinación a él de sus miembros, habría que buscarla en los terrenos de la intervención directa en el hecho a través de los dispositivos de la autoría material, - DOMINIO DE LA ACCIÓN -, de la coautoría, - CO DOMINIO FUNCIONAL del hecho, o en el ámbito de la PARTICIPACIÓN, pero esta situación plantea un nivel de discusión distinto que exige la constatación de la materialidad de los ilícitos o concreto devenir de los hechos cometidos por el "aparato" y el rol e interacción de los intervenientes en el trazado macrocriminal de la organización, pues ya no se estaría en el ámbito de un injusto de organización, sino de un injusto individual.

(...)

De los hechos atribuidos al ex Congresista ERCA, no existe ninguna circunstancia que indique que mas allá de la concertación con un grupo armado al margen de la ley para poder desarrollar sus campañas políticas y abrirse un espacio en las zonas de injerencia, por la cual ya fue condenado, esta persona haya tenido alguna participación en los delitos de Lesa Humanidad que puedan ser atribuidos al grupo armado ilegal.

La lectura de los hechos contenidos en la acusación y en la sentencia tan sólo arroja que el ex congresista acudió al grupo armado ilegal que desde la década del 80 hacía presencia en los Departamentos del (...) y (...) con el fin de sellar alianzas que le facilitaran su ejercicio proselitista dado el control político y militar que el grupo armado ejercía en zonas en las que de vieja data el ex Senador adelantaba sus campañas políticas.

No resulta adecuado a los fines de aplicación del principio de proporcionalidad que orienta la axiología jurídica y que en el campo del derecho penal obliga a modular su intervención en la esfera individual del ciudadano, disponer en su contra una investigación por los delitos perpetrados por el grupo armado ilegal - no conocidos ni investigados, sino supuestos - y su presunta participación en los crímenes de lesa humanidad que la organización ilegal haya perpetrado, cuando los cargos por los cuales es llamado a juicio y los hechos por los que finalmente es condenado, indican que se concertó con el grupo armado ilegal con una finalidad política orientada a posibilitar y fortalecer sus aspiraciones electorales, y no para cometer los delitos que enlista en inciso 2º del tipo penal endilgado, esto es, genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado y homicidio, entre otros.

Si a este predicamento de tipo normativo se suma el hecho de la inexistencia de materialidad delictiva sobre la cual fundar "la sospecha" de que el congresista tuvo

alguna intervención - como AUTOR MEDIATO u otro título de imputación - en concretos ataques a determinados bienes jurídicos, se termina construyendo una hipótesis delictiva que bien puede conducir, en los terrenos del silogismo judicial, a una suerte de entimema que presume la entidad del injusto a partir de una sentencia condenatoria que se asume como notitia criminis, la cual no revela elemento alguno que sujete su responsabilidad como AUTOR MEDIATO de los crímenes de Lesa Humanidad cometidos por el aparato organizado de poder».

AUTO INHIBITORIO - Inexistencia del hecho

«Bajo los parámetros de razonabilidad advertidos en precedencia, la inexistencia de fundamentos para avocar al sentenciado a una nueva investigación penal bajo cualquiera de las formas de imputación que prevé el ordenamiento jurídico y de conformidad con el pronóstico factico que arroja la sentencia condenatoria proferida en su contra por el delito de Concierto para Delinquir Agravado en la modalidad de promoción de grupos armados a margen de la Ley, que no registra concretos sucesos delictivos cometidos por la estructura armada ilegal imputables al aforado, debe la Sala poner término a la INVESTIGACIÓN PREVIA ordenada, bajo los parámetros de la INEXISTENCIA DE LA CONDUCTA que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, para este momento procesal se impone como necesaria la decisión de INHIBIRSE de abrir instrucción, por las razones consignadas en precedencia y porque, adicional a ello, las pesquisas dispuestas preliminarmente para indagar en la hipótesis delictiva que originó la compulsa origen de esta investigación previa, arrojaron la INEXISTENCIA de sindicaciones en contra del aforado que lo vinculen a los crímenes cometidos por la estructura criminal con la que se concertó para fines proselitistas, motivos que fundamentan con suficiencia la solución jurídica prevista en el artículo 327 de la Ley 600 de 2000».

NOTA DE RELATORÍA: PROVIDENCIA CON RESERVA LEGAL

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 31653 | Fecha: 01/09/2009 | Tema: FUERO - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones, relación con los crímenes de lesa humanidad cometidos por el grupo con el que se concertó para ser elegido congresista

Rad: 27032 | Fecha: 15/09/2009 | Tema: FUERO - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones, relación con los crímenes de lesa humanidad cometidos por el grupo con el que se concertó para ser elegido congresista

Rad: 32805 | Fecha: 23/02/2010 | Tema: APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: elementos, casos de congresistas asociados con paramilitares

Rad: 29221 | Fecha: 02/02/2009 | Tema: APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: elementos, casos de congresistas asociados con paramilitares

Rad: AV 19-2001 CSJ del Perú | Fecha: 07/04/2009 | Tema: APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: aplicación de la teoría del dominio del hecho, explicación