



El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

Providencia. N° SP6759-2014 Rad. (38242)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

FUERO INDÍGENA:

NO SE CUMPLEN EL ELEMENTO PERSONAL CUANDO SE HA SURTIDO UN PROCESO DE ACULTURACIÓN Y EL DE CONGRUENCIA CUANDO LA VÍCTIMA ES MUJER MENOR DE EDAD E INDÍGENA Y LA SANCIÓN ESPECIAL NO CUMPLE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

ANTECEDENTES RELEVANTES

«En el mes de abril de 2003, el procesado MGM, quien se desempeñaba como Director del Semi-internado Público (...) en la Comunidad (...), accedió en varias ocasiones mediante violencia a la menor XXX, de 15 años de edad (...), quien cursaba cuarto de primaria, con ocasión de lo cual quedó embarazada y dio posteriormente a luz una niña.»

Como consecuencia de lo anterior, MGM fue condenado por el delito de acceso carnal violento agravado. El procesado recurrió en casación alegando: 1) **nulidad por violación del principio del juez natural**, ya que pertenece a una comunidad indígena, reside en el resguardo y allí sucedieron los hechos; 2) **violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad por distorsión** de la declaración extra-juicio rendida por la víctima, en la que se retracta de lo dicho.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

FUERO INDÍGENA - Elementos: Elemento personal, no se cumple cuando se ha surtido un proceso de aculturación

«No obstante, en la ponderación de la “aculturación”, entendida como la pérdida de la identidad cultural del acusado, desde luego, en cuanto tiene incidencia con el delito cometido, constata la Colegiatura que según se acreditó, GM es un individuo con bachillerato pedagógico, que cursó cinco semestres de estudios universitarios en ciencias sociales, integrante de la planta de personal docente de la (...) desde el (...) de (...)

de (...), ascendido el (...) de (...) de (...) al citado cargo de (...), el cual ejercía cuando en (...) de (...) tuvieron lugar los hechos investigados, y después se desempeñó como profesor en el Internado del (...), amén de que reside en la ciudad de (...) desde (...), a donde aproximadamente cada mes concurría la víctima con su familia desde la Comunidad de (...).

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que se trata de una persona con permanente acceso a la cultura mayoritaria, máxime si nació en (...) el (...) de (...) de (...), habla perfectamente español, realizó estudios de bachillerato y universidad, se desempeñó por varios años como docente de colegios públicos, ha residido por más de diez años en la capital del Departamento de (...), convivía en unión libre con RR - también docente - con quien tuvo una hija que para la época de los hechos tenía 5 años de edad, igualmente tuvo un hijo (22 años de edad) con HT, dos más (19 y 17 años) con EG, y otros dos (11 y 5 años) con FM, además de que no aludió a su condición indígena en el acto de vinculación procesal, de modo que no puede afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, o peor aún, que sea propio de su particular cosmovisión nativa del mundo.

Es pertinente señalar que la “aculturación” corresponde a un fenómeno que trasciende las barreras de lo simple y llanamente jurídico o legal, en cuanto comporta una ponderación sociológica.

En efecto, así como hipotéticamente debería conocer la jurisdicción indígena de un delito cometido por una persona que no tenga la condición de indígena, cuando se demuestre su estrecha y prolongada vinculación y coexistencia con los usos, prácticas y costumbres de una determinada comunidad indígena, siempre que, desde luego, se cumpla con los otros elementos ya referidos, también se impone reconocer que la condición de indígena para efectos de acceder a la jurisdicción especial no se consigue porque el gobernador de un cabildo así lo declare, o porque el nacimiento haya tenido lugar en un resguardo, en cuanto es menester que no se haya producido la aducida

aculturación, esto es, que el indígena por nacimiento haya perdido su identidad nativa al mantenerse en estrecho vínculo y por un tiempo importante, con la cultura dominante, como ocurre en este caso con el acusado MGM, según atrás se destacó.

Entonces, no se configura el elemento personal para que opere la jurisdicción indígena en el caso de la especie».

FUERO INDÍGENA - Elementos: Elemento de congruencia, no se cumple dependiendo del carácter del delito y cuando la víctima es mujer, menor de edad e indígena / DERECHOS DE LA MUJER - Protección a la mujer indígena

«En cuanto atañe al factor congruencia, referido a que “el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley” (Cfr. CC T-349/96, citada en CC T-364/11), lo cierto es que por el carácter del delito y como la víctima es mujer, menor de edad e indígena, puede advertirse que cuenta con especial protección en el ámbito constitucional y legal, y por ello, según lo ha puntualizado la Corte Constitucional, el juez debe ejercer un control más intenso, en punto de constatar “la existencia de esa institucionalidad en el resguardo interesado en ejercer la autonomía jurisdiccional” (CC T-617/10).

(...)

Acreditadas las especiales protecciones constitucionales y legales de la víctima, encuentra la Sala que en el Capítulo Décimo del Reglamento Interno del Pueblo Indígena (...), el cual trata de las “sanciones a las infracciones” se dispone:

“Violación: agresión sexual, corrupción de menores: Si es entre menores de edad, comparecerán con sus padres ante el Cabildo y Concejo de Ancianos. Si es mayor de edad reparará según acuerdo de las partes el daño y de acuerdo a la edad del agredido, se determina su gravedad, para la asignación de latigazos y castigo de 1 a 8 años” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, considera la Colegiatura que en punto del factor analizado no se cumple con el plus de protección constitucional y legal especial dispuesto a favor de la víctima, específicamente en cuanto se refiere a sus especiales condiciones de mujer, menor e indígena, pues palmario se advierte que si el asunto correspondiera a la jurisdicción indígena, no se cumpliría con las exigencias de verdad, justicia y reparación, más puntualmente en cuanto se refiere a la justicia, pues el acusado no recibiría la condigna sanción.

(...)

La protección constitucional a los derechos de las víctimas no tiene excepciones en el ámbito nacional, se extiende a todo el territorio, máxime cuando las víctimas de los comportamientos delictivos son mujeres, respecto de quienes, conforme al artículo 43 de la Carta Política, no puede existir ningún tipo de discriminación; peor aún si son niños, cuyos derechos prevalecen en el orden interno, según el artículo siguiente superior, de suerte que so pretexto de privilegiar los derechos de los infractores indígenas no se pueden desproteger los de las víctimas pertenecientes a esas comunidades».

FUERO INDÍGENA - Elementos: Elemento de congruencia, no se cumple cuando la sanción del delito no es proporcional y atenta contra la dignidad humana

«En el caso objeto de estudio puede observarse que no se cumple el “factor congruencia”, emanado del artículo 246 superior, al disponer que tendrá lugar la jurisdicción indígena “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, pues si uno de los componentes fundamentales que inspiran tanto a la Carta Política como los ordenamientos penales patrios, es el de la dignidad humana, que en el ámbito de las víctimas alude, entre otros derechos al de conseguir la condigna sanción para los infractores, con mayor razón si se trata de delitos sexuales, acorde con la política criminal vigente que ha llevado a excluir cualquier tipo de beneficios a los autores de estas conductas, amén de que es sabido y aquí se encuentra demostrado que las jurisdicciones especiales indígenas imponen sanciones leves por la comisión de este tipo de conductas, no se concreta una protección efectiva y respetuosa de la dignidad humana de las víctimas en estos casos.

Si como ya se advirtió, los indígenas constituyen en nuestra sociedad una población en extremo vulnerable, son acreedores a un ámbito de protección mayor de sus derechos, en cuanto nada justifica un trato desigual, que sólo contribuye a aumentar la inequidad social, a la poste violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, pues mientras las víctimas de afrentas sexuales de la sociedad mayoritaria no pertenecientes a etnias indígenas encuentran una respuesta adecuada del Estado mediante la imposición de sanciones proporcionales al daño causado, las víctimas de estos conglomerados se ven avocadas a soportar sanciones frágiles que se traducen en impunidad».

DECISIÓN:

No casa

**Providencia. N° SP7135-2014 Rad. (35113)
M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**POSICIÓN DE GARANTE DE LOS MIEMBROS DE LAS
FUERZAS ARMADAS**

(CASO DE LA MASACRE DE MAPIRIPÁN)

ANTECEDENTES RELEVANTES

El día 15 de julio de 2014, y por 5 días, un grupo al margen de la ley permaneció en la población de Mapiripán violentando y cometiendo toda clase de vejámenes a sus habitantes. De estos hechos fue informado el mismo día el comandante de la Séptima Brigada del Ejército Nacional, quien luego de pedir un reporte escrito, se abstuvo de ejecutar acción alguna.

Como consecuencia, el mencionado comandante de la fuerza pública fue condenado en segunda instancia por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo concurriendo los de secuestro agravado. La defensa presentó recurso de casación, que una vez admitido, procede la Sala a pronunciarse sobre los siguientes cargos: *i) Nulidad, el defensor denuncia la pretermisión del debido proceso ante la falta de individualización de los delitos por los que se profirió condena ii) Falta de consonancia entre la acusación y la sentencia, Pone de presente que su asistido fue acusado en calidad de garante (por omisión), de los delitos de homicidio y secuestro agravados pero condenado finalmente como coautor (por acción).iii) Violación indirecta de la ley sustancial. Pregonar un error de hecho por falsos juicios de existencia, que condujo a la indebida aplicación de las normas relacionadas con los delitos de homicidio y secuestro, con la consecuente exclusión evidente de artículo 2º del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980). Para el demandante, el Tribunal concluyó equivocadamente que el General UR, como Jefe de la Séptima Brigada, tenía el mando operacional sobre la Brigada Móvil N° 2 y el Batallón «Joaquín París»*

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

CASO MASACRE DE MAPIRIPAN

FUERO MILITAR - Conductas en relación con el servicio: Excluidos los delitos de lesa humanidad

«La Corte Constitucional al revisar una acción de tutela interpuesta por el apoderado de la parte civil, luego de destacar cuáles delitos cometidos por militares con ocasión del servicio deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria y cuáles por la justicia penal militar, hizo énfasis en que este caso no podía ser calificado como acto relacionado con el servicio,

cualquiera fuera la forma de imputación (acción u omisión) y el grado de participación, pues encajaba en los denominados delitos de lesa humanidad o grave violación a los derechos humanos.

Luego de destacar que el fuero militar no es aplicable cuando las conductas: i) se producen en una situación que ab initio busca fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta; (ii) surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se desvía el curso de esa actividad; (iii) no se impiden graves violaciones a los derechos humanos (miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado), concluyó que:

...el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados.

(...)

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto

relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho. (Resaltado ajeno al texto)».

VÍCTIMAS - Cuantificación diferente a individualización

«Aquí se trata de ilícitos atentatorios de la vida como derecho personalísimo más importante, seguido de los ataques al bien jurídico de la libertad individual. Pero es bueno precisar la diferencia entre cuantificación e individualización de las víctimas; la primera tiene lugar con el número total, en tanto que la segunda con la identificación de las mismas.

(...)

Por lo tanto, le asiste razón al casacionista cuando en el libelo pone en evidencia que no se sabe el número de víctimas, pero no sucede lo mismo en cuanto a su individualización, lo cual no tiene la entidad suficiente para anular la decisión, porque es evidente la configuración de atentados contra la vida y la libertad individual respecto de específicas personas, mucho menos ello apareja desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron realizados tales comportamientos.

En efecto, se logró acreditar cabalmente la occisión del comerciante SBS, del despachador del aeropuerto JRV, un joven de color amigo de GB, dueño de una droguería, AN; ATM, alias (...), TN, apodada (...), JP, EM y MA. La misma suerte corrió un joven oriundo de (...) de apellido C quien fue ultimado por no portar sus documentos. Se conoció, así mismo, del homicidio de un muchacho de raza negra originario del departamento del (...).

(...)

Bajo estos parámetros, para la Sala la falta de cuantificación de las víctimas no impide estructurar la forma como ocurrieron los hechos, pues se insiste varias fueron identificadas o individualizadas, motivo

por el que se avizora que la censura no tiene vocación de prosperar ».

PRUEBA - Hecho notorio: Conocido después de la sentencia de segunda instancia, reconocimiento en casación /PRUEBA - Hecho notorio: Concepto

«Cuatro de las personas excluidas como víctimas en la decisión internacional, fueron considerados en este proceso penal interno como tales, específicamente MA, HFMC, DAMC y GCR, lo cual no fue conocido en las instancias en cuanto la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produjo tres años después de haberse adoptado en fallo de condena por parte del Tribunal Superior de Bogotá, impone precisar lo siguiente:

Como se trata de un evento de público conocimiento y notoriedad, el valor demostrativo de la decisión de la citada Corte Internacional impone ser tenida en cuenta ahora, máxime su pertinencia con el tema en estudio, pues en las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso penal en atención a la norma rectora de remisión del artículo 23 de la Ley 600 de 2000), se trata de un hecho notorio.

(...)

Consecuentemente, la Sala en esta altura procesal no puede desconocer esta información, y por ello, se deberá excluir también aquí como víctimas a MA, HFMC, DAMC y GCR.

Sin embargo, tal exclusión no tiene alguna incidencia en los aspectos punitivos, si se tiene en cuenta que aunque la condena refirió el concurso heterogéneo y homogéneo entre los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado y un delito de falsedad, la sanción se impuso atendiendo la sumatoria de las penas mínimas para cada una de las conductas delictivas individualmente consideradas, sin que el fallador de segunda instancia haya agregado el aumento de hasta en otro tanto que imponía la figura concursal».

POSICIÓN DE GARANTE - Servidor público: Tiene deberes de competencia institucional y por organización

«Desde el artículo 1º de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de «obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la

vida o la salud de las personas», se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.

En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2° del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Así mismo, del artículo 6° del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos».

POSICIÓN DE GARANTE - Miembros de la fuerza pública: Presupuestos

«Ya tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem).

A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977.

(...)

De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de

su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.

“Estos deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien si puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas”

No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10° y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé,

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

(...)

Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.
2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.
3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.
4. Producción del resultado.

Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa

(...)

Así, omitió lo que le era exigible y posible para interrumpir el curso causal provocado por los agresores contra la población civil de Mapiripán y evitar los resultados ilícitos que se produjeron entre el 15 y el 20 de julio de 1997, dada su pertenencia al Ejército Nacional, rango y posición en el estamento militar, la misión institucional asignada a dicho ente, el conocimiento que tenía acerca de la presencia en la población de los sujetos armados y los actos que estaban desarrollando de aislar e incomunicar a sus

moradores, retener a algunos de ellos con la advertencia anunciada de la masacre que se cernía, y la capacidad de acción que le era demandable ameritaba una reacción en defensa de los ciudadanos.

De manera que la salvaguardia exigible para el inculpatado deviene de la protección a los bienes jurídicos que debió dar a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y Brigadier General del Ejército Nacional, así como la competencia asignada administrativamente en ese territorio, además, porque conoció de manera clara y oportuna la advertencia del posible ataque y que luego se materializó sometiendo los agresores a los pobladores.

(...)

Esa gravedad de los hechos informados le impedía quedarse inmóvil pretextando que el territorio donde estaban ocurriendo los mismos no pertenecía al área de su jurisdicción, porque se insiste, al menos debió informar al comandante que en su entender tenía que repeler esos hechos, en este caso el Jefe de la Brigada Móvil N° 2, o a su superior, pues así como lo aclaró el entonces comandante de la Cuarta División del Ejército, General AAU, un comandante no puede realizar operaciones en un área que no es de su jurisdicción, pero si puede coordinar, es decir, informar a otro comandante para que él pueda contrarrestar al enemigo.

(...)

Y si el deber de evitar el resultado le corresponde a quien tiene que garantizar su evitación, un militar debe proteger y defender el bien jurídico contra todas las formas que puedan lesionarlo para garantizar la indemnidad del mismo, aquí para cumplir con su deber de protección a la población de Mapiripán el procesado debía: (i) informar de esa delicada situación a su comandante superior o (ii) trasladar esa información al Comandante de la Brigada Móvil N° 2 a fin de que tomara las acciones pertinentes, toda vez que Hernán Orozco nunca se dirigió a esa brigada móvil para informar lo que estaba sucediendo.

(...)

Aunque las Fuerzas Armadas están organizadas y distribuidas territorialmente de modo que sus diferentes unidades asumen de primera mano la custodia de una zona específica, ello no significa que el cumplimiento de la misión constitucional por parte de cada unidad militar esté limitado exclusivamente al área de su jurisdicción, ya que cuando la circunstancias lo ameriten, pueden actuar en áreas diferentes a la propia, desde luego con la previa coordinación táctica.

Esa distribución territorial de tareas entre los distintos estamentos de las Fuerzas Armadas, no sirve de excusa

para no prestar apoyo cuando la población civil lo requiera en cualquier lugar de la patria, menos cuando el primer llamado a responder en un determinado sitio se le ha solicitado ayuda, como ocurrió en el caso materia de estudio.

(...)

En suma, el deber de salvamento del bien jurídico en cabeza de los miembros de las fuerzas militares, no sólo se relaciona con la capacidad física de evitar un resultado antijurídico dentro de un territorio perteneciente a su jurisdicción, sino con la posibilidad de que a través de su accionar administrativo de información o comunicación se active la cadena de mando que garantice la eficaz y oportuna intervención de la fuerza pública en defensa de la población civil, con mayor razón frente a graves violaciones de derechos humanos.

(...)

Así las cosas, siempre será el primer llamado al salvamento de los pobladores de un determinado territorio, aquél que tenga asignada esa jurisdicción con competencias operacionales y administrativas y cuente con los medios técnicos y humanos para repeler la acción o neutralizar la fuente de riesgo que puede concretarse en la causación de un daño y, por tanto, de él se reputará la posición de garante, de modo que al omitir su deber de intervención o información, el resultado le será atribuible a título de autor.

Ese mismo grado de responsabilidad se extiende a los casos en los que el primer respondiente carece de los medios para evitar el resultado y busca apoyo en otras unidades de igual o superior rango, las que por virtud de tal requerimiento adquieren también posición de garantes no obstante no tener asignada el área donde ocurre el suceso y, por tanto, deben ejecutar las acciones necesarias para interrumpir el curso causal de la acción delictiva, o en caso de no contar con esa capacidad de reacción, al menos deben transmitir la información a quien sí tenga esa posibilidad de respuesta efectiva. Por manera que si no actúan, el resultado les será imputable como autores al haber asumido la condición de garante a partir del conocimiento de las circunstancias que imponían agotar los medios para que se dé una reacción eficaz por quien sí tiene los recursos operativos».

POSICIÓN DE GARANTE - Hechos ocurridos antes de la Ley 599 de 2000: Se fundamenta en el bloque de constitucionalidad, elementos

«Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al

margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos.

Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.
2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.
3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.
4. Producción del resultado.

Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa».

CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: No se desconoce si se acusa como autor por comisión por omisión y se condena como autor por acción, con fundamento en los mismos hechos

«Para ambas figuras la pena es la misma, óptica bajo la cual pese a la diferencia en la valoración dogmática no hay alguna violación de garantías que amerite la anulación procesal, (CSJ SP 5 dic. 2007, rad 26513).

(...)

Ciertamente, la congruencia fáctica en ambos proveídos se advierte porque al procesado se le endilgó el no haber desplegado alguna operación militar para evitar la acción de los miembros de las autodefensas, estando en el deber legal y constitucional de hacerlo en su condición de Comandante de la Brigada Séptima, conducta frente a la cual ha ejercido su defensa técnica y material, de ahí que no se ajuste a la realidad la manifestación del impugnante acerca de que se le sorprendió en el fallo de segundo grado con algo desconocido.

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

Que en últimas se le hubiese tratado como coautor por acción y no como autor de comisión por omisión dada la posición de garante, ninguna relevancia tiene en relación con las garantías y con la pena que se le impuso, pues con sustento en los hechos debidamente demostrados, se tiene que UR adecuó su conducta a esta última (autor)».

CONDUCTA PUNIBLE - Omisión impropia: Sólo permite la autoría como forma de participación

«Vale la pena destacar aquí que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, cabe afirmar que para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

(...)

La posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, de ahí que en el delito de omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

Así las cosas, lo que corresponde es ajustar o aclarar que la condena por los delitos concursales atentatorios de los bienes jurídicos de la vida y la libertad personal, no se les imputa a los militares enjuiciados, UR y OC como obra positiva de ellos, sino que su comportamiento omisivo, ante la relación de equivalencia frente a la acción positiva de los tipos penales que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad a título de autores en los mismos.

En estas condiciones el reproche obliga a la Sala a aclarar que la responsabilidad penal se atribuye a título de autor, lo que no afecta las garantías de los procesados».

ERROR DE TIPO - Noción / ERROR DE PROHIBICIÓN - Noción / ERROR DE TIPO - Lo constituye el error en detentar la posición de garante

«Si en el error de tipo el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal; en tanto que en el error de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal que excluye su responsabilidad, en otras palabras cree que le es permitido actuar así, no se representa la ilicitud, cuando el militar yerra sobre el deber jurídico que le corresponde en manera alguna puede catalogarse como un error de prohibición, porque la posición de garante en el delito de omisión impropia hace parte del tipo objetivo, por ende esa condición está propiamente en el tipo.

Esa falta de conocimiento de elementos constitutivos del delito trasciende en la atipicidad subjetiva y consecuente exclusión de la responsabilidad dolosa, salvo que legalmente esté prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable de manera degradada.

Un error concurre en el juicio que se construye al valorar voluntaria y conscientemente una situación dada, teniendo trascendencia para el derecho penal cuando recae en los supuestos fácticos, probatorios o jurídicos que estructuran la materialidad y la responsabilidad por la conducta punible juzgada, con incidencia en los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, mas no cuando aquél se involucra con aspectos ajenos o intrascendentes a las fuentes del reproche para el caso concreto.

El conocimiento excluye el error, aquél también motiva la conducta, hace posible la comprensión de lo permitido o prohibido, define lo exigible, y eso ocurre en este caso con el inculpatado, en cuanto no tenía una información equivocada de sus deberes, de los mandatos constitucionales, penales o de los reglamentos militares, estaba formado y concientizado en las diferencias entre la capacidad operativa y administrativa y en este último campo también estaba actualizado su deber de comunicación y coordinación que le correspondía cuando conociera de situaciones de orden

público que demandaran actos de defensa para la población civil.

(...)

La postura mayoritaria de la Sala es que no es dable reconocer la ausencia de conocimiento de la ilicitud del actuar omisivo al representarse el militar de alto rango equivocadamente la realidad del deber jurídico que le correspondía de reaccionar en defensa de las personas, es decir, del deber legal de evitar un resultado o ser garante de la no producción de lesión a un derecho, porque precisamente su carrera está signada por esos fines de protección, que implican de manera obvia, preparación, conocimiento, experiencia de mando y operación.

(...)

Como corolario de lo expuesto, se descarta el obrar equivocado del procesado, ya que sin ninguna dificultad podría representarse una situación tal para conocer sus deberes de salvamento con respecto a los habitantes de la localidad y las consecuencias jurídicas de su omisión, dada su experiencia, antigüedad, rango, profesionalismo y las circunstancias específicas del caso concreto.

DECISIÓN:

No Casa

SALVAMENTO DE VOTO

DR. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO

CABALLERO

DR. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

CONDUCTA PUNIBLE - Omisión impropia: Error de tipo y prohibición / ERROR DE PROHIBICIÓN - Lo constituye el error en detentar la posición de garante

«Dogmáticamente también es posible que en delitos de omisión y concretamente en los de comisión por omisión, se presenten errores de tipo, los cuales pueden recaer: (i) sobre la situación de hecho lo que se equipara a decir que el agente no tiene un conocimiento actual sobre el aspecto fáctico, error que de resultar vencible la conducta sería punible a través del remanente culposo (numeral 10° del artículo 32 del Código Penal), pero si aquel es insuperable, ésta resultaría atípica; (ii) sobre la capacidad individual de acción concreta, esto es, erradamente se cree que no se tiene la posibilidad de salvamento del bien jurídico, cuya solución es la misma que la anterior; y (iii) sobre la posición de garante, es decir equivocadamente el sujeto cree que frente a una situación concreta de riesgo cuyas circunstancias conoce a plenitud, no tiene el deber de salvamento. En

este último, se trata de un error de prohibición, pues si bien la posición de garante hace parte del tipo objetivo, lo que se afecta es la conciencia sobre la antijuridicidad del comportamiento, se cree que ese “no actuar” no es contrario a derecho, o mejor, el sujeto se abstiene de obrar por la creencia errada de que la realización de la acción que le era exigible, no estaba ordenada por la ley.

(...)

Lo primero que debe aclararse es que aunque el conocimiento respecto de que se ostenta la posición de garante, es un elemento de la tipicidad, no puede olvidarse que su contenido no es sólo sobre lo fáctico sino también y en esencia sobre lo normativo, dado que implica el conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, pues si el agente sabe que es garante, al mismo tiempo deduce cuáles son las obligaciones que se derivan de esa calidad y que de apartarse de esos deberes, incurre en una infracción al orden jurídico, es decir, tiene conciencia acerca de la antijuridicidad de su omisión, lo cual constituye uno de los elementos de la culpabilidad junto con la capacidad de la misma (imputabilidad) y la exigibilidad de otra conducta.

De allí que se diga que el error de prohibición es una circunstancia que afecta la culpabilidad y no la tipicidad, motivo por el que su reconocimiento, si se trata de un error invencible comporta una causal eximente de responsabilidad que conlleva a la absolución, pero si se estructura el error vencible se genera responsabilidad penal pero la sanción es atenuada.

(...)

La Corte considera importante resaltar que aunque en el presente asunto, podría verse como diáfana la responsabilidad plena del acusado frente al resultado en su calidad de miembro de la fuerza pública, según emana del artículo 217 superior, ello no implica que en los casos de imputación a título de garante, no tengan cabida causales eximentes o atenuantes de responsabilidad, pues no obstante que en nuestro ordenamiento jurídico la fuente de la posición de garante es estrictamente normativa, estando las situaciones que dan lugar a ella, consagradas en la Ley de forma expresa (Art. 25 del C.P), de todas maneras son las particularidades de la situación fáctica, las que realmente conducen a edificar el reproche penal por esta vía (omisión impropia por posición de garante); de lo contrario, se incurriría en una especie de responsabilidad objetiva fundada en una presunción iures et de iuri, en la que bastaría con verificar si el agente se halla en cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 25 de la normatividad penal

sustancial, o en este caso, de la descrita en el artículo 217 constitucional, para ser responsable del resultado derivado de su conducta omisiva, sin hacer mayores consideraciones sobre los aspectos específicos del hecho concreto.

Es decir, no basta la constatación de que concurre la imputación objetiva del resultado para derivar responsabilidad penal, pues este es un presupuesto del tipo objetivo que muchas veces se satisface a partir de un análisis en abstracto de los elementos que la componen y de la constatación entre la norma que impone el deber y la función que ejerce el sujeto, debiendo el intérprete abordar en el caso específico, los demás elementos de la responsabilidad, estudiando la existencia de eximentes de responsabilidad, grados de participación distintos a la autoría o coautoría, formas de culpabilidad diversas al dolo, atenuantes punitivas, en fin todas las categorías dogmáticas de la teoría del delito, en un sistema penal de acto y no de autor.

(...)

De otro lado, cuando se aborda el tópico relativo a la imposibilidad de que el acusado hubiera actuado bajo un conocimiento errado sobre sus deberes, en respuesta a la proposición consignada en el proyecto inicial sobre la existencia de un error directo de prohibición de naturaleza vencible, prácticamente se sienta la regla de que ningún miembro de la fuerza pública puede incurrir en una equivocación o errada interpretación acerca de cuál tiene que ser su actuación en defensa de la población civil, por el simple hecho de que tal deber emana de la Constitución Nacional.

Sin embargo, no se tiene en cuenta que ésta es una obligación que se impone en abstracto y que la valoración de su cumplimiento o no, debe estudiarse atendiendo las particularidades del caso concreto y las eventualidades propias de cada situación, pues de lo contrario se estaría fijando para los miembros de la Fuerza Pública una suerte de responsabilidad objetiva, ya que una vez establecida su posición de garante, la cual de acuerdo con las consideraciones del fallo se reputaría en todos los casos dado el mandato constitucional, sería innegable su responsabilidad penal, entrando a sobrar la carga del operador judicial de demostrar también la imputación subjetiva del resultado.

(...)

No obstante aceptar la existencia de un error de prohibición directo, coincidimos los suscritos Magistrados con la posición de la mayoría acerca de que dada la preparación del entonces General y la inminencia de que se causaría el grave resultado que finalmente se produjo, su comportamiento no puede

excusarse, debiendo responder penalmente por su omisión, pues las calidades del alto oficial le permitían superar la apreciación errada de sus deberes en la situación concreta.

Aunque no disintamos en torno a que las condiciones del procesado como oficial de alto rango le permitían intervenir para evitar la libre acción de los paramilitares, nos alejamos de la postura mayoritaria respecto de que esas circunstancias descartan la posibilidad de un error en su conducta, pues las mismas lo que determinan es si la equivocación era vencible o invencible, más no si existió esa errada interpretación de su deber en las específicas circunstancias del caso».

ERROR DE PROHIBICIÓN - Modalidades: Error de prohibición directo e indirecto / ERROR DE PROHIBICIÓN - Consecuencias: Según la teoría estricta de la culpabilidad / ERROR DE PROHIBICIÓN - Consecuencias: Según la teoría estricta del dolo

«El error sobre la antijuridicidad de la conducta, errada creencia de que se actúa lícitamente, puede provenir de diversas fuentes: errores de prohibición directos: (i) desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción; (ii) apreciación errónea respecto del alcance de la norma, por ejemplo el sujeto cree que no está vigente o que no es aplicable; errores de prohibición indirectos: (iii) equivocada creencia acerca de que existe una causal de justificación que ampara mi comportamiento pero que en realidad el ordenamiento jurídico no la prevé (iv) error sobre los presupuestos fácticos de una causal que la ley sí prevé como justificante, por ejemplo, el agente cree que está siendo objeto de una agresión, actual e inminente lo que se conoce como legítima defensa putativa, por lo que reacciona dañando físicamente a su agresor, pensado que su acción está autorizada por el orden jurídico en defensa de su propio derecho, en estos casos se da el tratamiento de los errores de tipo, pues en últimas la equivocación, aunque también normativa, principalmente recae sobre lo fáctico y en esa medida excluye el dolo, pues si el tipo subjetivo se compone del conocimiento actual de los hechos y de la voluntad de realizar el comportamiento, el error sobre alguno de estos dos aspectos, afecta la tipicidad de la conducta, como no ocurre con los errores de prohibición propiamente dichos, en tanto que éstos afectan la culpabilidad de la acción delictiva, dejando intacto el dolo.

Se dice que el error sobre la prohibición, incide en la culpabilidad del comportamiento de acuerdo con la teoría estricta de la culpabilidad, toda vez que el

conocimiento potencial sobre su ilicitud es uno de sus componentes, junto con el de la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta, como no acontece con la teoría estricta del dolo, propia del esquema causalista, en la que el dolo se compone del conocimiento sobre los hechos, la voluntad de realización de la conducta y el conocimiento actual sobre su antijuridicidad.

Es así que las consecuencias derivadas de un error, difieren según la teoría que se aplique, pues por ejemplo en la teoría estricta del dolo, donde los yerros son de hecho o de derecho, ambos reciben el tratamiento del error de tipo, pues se prevé que si es invencible, comporta una causal de inculpabilidad, mientras que si es vencible y si el yerro proviene de culpa se sanciona a través del tipo culposo, siempre que la ley tenga prevista esta modalidad para el delito que se trate en el caso concreto».

ERROR DE PROHIBICIÓN - Modalidades: Error de prohibición directo e indirecto, evolución legislativa, aplicación del principio de favorabilidad

«Cuando en el Código Penal derogado, se hablaba sobre un error de derecho, hoy asociado con un error de prohibición indirecto, numeral 3° del artículo 40 del D. Ley 100 de 1980, éste se refería a situaciones en las que el agente actúa con el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, solo que piensa que la misma se encuentra amparada por una causal de justificación, lo cual no corresponde con el presente caso.

(...)

En el numeral 3° de la citada norma, se señalaba: “No es culpable, 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación”, descripción que corresponde al error de derecho, hoy error de prohibición indirecto, mientras que el error directo de prohibición, no se encontraba previsto como causal de inculpabilidad en ese artículo del Código Penal de 1980, dada la norma rectora consagrada en el citado artículo 10° del derogado estatuto, acerca de que la ignorancia de la ley no era una causal exculpante de la conducta delictiva, como sí lo consagra ahora el Código Penal de 2000, en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599, asignándole como sanción la del tipo doloso pero atenuada, pues un error sobre la antijuridicidad de la conducta (conocimiento de que es contraria al orden jurídico) no excluye el dolo.

De lo anterior, surge claro que resulta más favorable para los intereses del acusado, la aplicación del Código Penal de 2000, pues si bien no era la norma vigente para la época de los hechos, esta sí permite el reconocimiento de una equivocada concepción del

sujeito activo sobre la existencia, aplicación, vigencia o interpretación de la norma que impone una conducta acorde con el ordenamiento jurídico, siempre que se cumplan los presupuestos fácticos y probatorios que sustenten una conclusión en tal sentido, en orden, ya sea de eximir de responsabilidad, caso en el que se hablaría de un error directo de prohibición invencible, o de reconocerla pero con un menor juicio de culpabilidad a través de una sanción inferior, error vencible».

ERROR DE PROHIBICIÓN - Consecuencias: Según la teoría estricta de la culpabilidad / ERROR DE TIPO - Consecuencias: Según la teoría estricta de la culpabilidad

«En la Ley Penal Sustancial del año 2000, en cuanto a la vencibilidad del error de prohibición bajo la teoría estricta de la culpabilidad, se ofrece una solución mucho más coherente, justa y mayormente acogida en la actualidad, pues deja atrás la máxima sobre que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y hace expresa la clara diferenciación que debe hacerse entre los errores de tipo y los de prohibición, pues en estos últimos su evitabilidad determina la punibilidad con la pena del delito doloso atenuada, pues de todas formas en ellos subsiste el dolo, mientras que en los primeros no.

Es decir, como el error sobre el tipo excluye el dolo, es justo que su sanción en caso de resultar vencible, se reproche como una conducta culposa, mientras que en los errores de prohibición aunque concurre una equivocación sobre la conciencia potencial de la antijuridicidad, el agente despliega una acción dolosa, al conocer todos los elementos del tipo y querer su realización, sólo que equivocadamente considera que su comportamiento se encuentra justificado o no es contrario al ordenamiento jurídico, motivo por el que el reproche es más drástico cuando se trata de errores de prohibición, pues se impone la pena del tipo doloso atenuada, mientras que en el error sobre el tipo, se irroga la sanción para el delito culposo».

ERROR DE PROHIBICIÓN - Error vencible

«El anterior desarrollo en torno al error de prohibición, permite en el presente caso reiterar que el procesado incurrió en un yerro sobre la apreciación de la antijuridicidad de su comportamiento, pues aun contando con un conocimiento actual de los hechos, quiso omitir la acción que de él se esperaba, de allí que su comportamiento sea doloso, pero bajo la errada creencia de que las especiales circunstancias derivadas de la incursión de la Brigada Móvil II en jurisdicción del Batallón Joaquín París, le permitían dejar a cargo de otros oficiales la actividad de salvamento sobre

Mapiripán, creyendo que quedaba jurídicamente relevado de ese deber.

No obstante el reconocimiento de un error sobre la conciencia de la antijuridicidad en el comportamiento de JHU, la Corte considera que ese error era vencible, pues podía actualizar el conocimiento sobre la ilicitud de su omisión, superando su equivocada percepción, simplemente aplicando las normas que regulan el ejercicio de la profesión militar que imponen una coordinación y apoyo a todo nivel con el objeto de hacer efectivos los fines propios de las fuerzas armadas y que vienen dados desde la Constitución, mucho más si se tienen en cuenta las condiciones particulares del acusado, quien en su posición de General de la República, contaba con la formación suficiente para discernir que su no acción era una actitud reprochada por el orden jurídico y que le acarrearía responsabilidad frente al resultado que finalmente se produjo».

CONDUCTA PUNIBLE - Omisión impropia

«Es posible atribuir el resultado dañoso a UR, a título de dolo y como autor, pues aunque el hecho fue consecuencia de la acción antijurídica de un tercero que no fue acordada con el procesado, caso en el cual se le atribuiría la coautoría lo que no corresponde a este caso, de todas formas el acusado estaba en el deber legal de interrumpir el devenir de los hechos y tenía la capacidad para hacerlo, lo cual hace que se le traslade el resultado que se produjo por una conducta omisiva de su parte.

Para la Sala emergen nítidos los elementos de la imputación objetiva a cargo del acusado por vía de la figura de la posición de garante, al mismo tiempo que el elemento subjetivo de la conducta en razón de que incumplió voluntariamente la realización de sus deberes a pesar del conocimiento que tenía acerca de los hechos y de las consecuencias que se derivarían de los mismos.

En efecto, aunque el libelista se queje de la falta de demostración de la intencionalidad en el comportamiento del General en retiro, pues nunca se acreditó que su conducta hubiera sido el resultado de la voluntad del acusado para que se ocasionara la muerte de varios de los habitantes de Mapiripán y se sometiera a su población, en la medida en que éste no se alió con los paramilitares que cometieron el hecho, afirmación esta última con la que coincide la Sala, de todas formas debe precisar la Corte que en las conductas punibles de comisión por omisión, el resultado antijurídico se traslada a todo aquél que teniendo la posibilidad y el deber legal de evitar el mismo, voluntariamente decide apartarse de la obligación que le imponía intervenir,

siendo este aspecto el que claramente concurre en la conducta del General UR».

**Providencia. N° CP087-2014 Rad. (42808)
M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

CONCEPTO FAVORABLE DE EXTRADICIÓN A LOS ESTADOS UNIDOS DEBIDO A QUE LA CONDUCTA SE TIPIFICA EN COLOMBIA COMO TRÁFICO DE SUSTANCIAS PARA PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS

(ESPECÍFICAMENTE LA EFEDRINA Y SEUDOEFREDINA)

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Corte emite concepto sobre la solicitud con fines de extradición elevada por el gobierno de los Estados Unidos de América. Se pronuncia la Sala sobre el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

EXTRADICIÓN - Principio de doble incriminación: Concerto para delinquir / EXTRADICIÓN - Principio de doble incriminación: Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos (efedrina y pseudoefedrina)

«De acuerdo con el numeral 1° del artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, la doble incriminación se presenta cuando el hecho que es motivo de la extradición está «previsto como delito en Colombia y es reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años».

La Corte tiene dicho que para establecer si la conducta que se le imputa al requerido en el país solicitante es considerada como delito en Colombia, debe hacerse una comparación entre las normas que allí sustentan la sindicación, con las de orden interno para establecer si éstas también recogen los comportamientos contenidos en cada uno de los cargos.

Tal confrontación se hace con la normatividad que está en vigor al momento de rendir el concepto, puesto que lo emite dentro del trámite de un mecanismo de cooperación internacional, razón por la cual la aplicación del principio de favorabilidad que podría argüirse como producto natural de la sucesión de leyes no entraría en juego, por cuanto las domésticas no son las que operarán en el extranjero. Lo que a este propósito determina el concepto es que, sin importar la denominación jurídica, el acto desarrollado por el ciudadano cuya extradición se demanda sea igualmente considerado como delictuoso en el territorio patrio.

(...)

Los cargos imputados contra AOM, concretados en el concierto para el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, tienen su correspondencia en el Código Penal colombiano, específicamente en el artículo 340, inciso 2º, modificado por los artículos 8º de la Ley 733 de 2002, 14 de la Ley 890 de 2004 y 19 de la Ley 1121 de 2006.

(...)

Además, la importación de la sustancia vedada, tiene correspondencia en la legislación punitiva patria, toda vez que el artículo 382, modificado por los artículos 14 de la Ley 890 y 12 de la Ley 1453 de 2011, tipifica el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.

(...)

La norma en cita, en cuanto hace a su descripción típica, refiere como sujeto activo a quien «ilegalmente», introduzca (incluso en tránsito), saque, transporte o posea, elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína, drogas de origen sintético o cualquier otro estupefaciente que produzca dependencia, señalando algunas de las sustancias utilizadas con ese propósito.

Además, se remite a las sustancias contempladas en los cuadros I y II de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y las que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin.

La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contempla en su artículo 3º el deber de los Estados firmantes de tipificar como delitos, entre otros:

La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines.

Y en el cuadro I anexo del instrumento internacional, se relacionan las siguientes sustancias:

Ácido lisérgico.

Efedrina.

Ergometrina.

Ergotamina.

1 - fenil - 2 - propanona.

Seudoefedrina.

Las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

(...)

De lo expuesto, colige la Corte que siendo la efedrina y la pseudoefedrina sustancias controladas, su manejo al margen de la ley se encuentra sancionado por nuestro país, en atención al contenido del artículo 382 del Código Penal, que debe observarse en ilación con la Convención atrás citada y las disposiciones que complementan el tipo punitivo.

Por lo anterior, se cumple el requisito de la doble incriminación en el asunto que concita la atención de la Corte.»

DECISIÓN:

Conceptúa favorablemente

Providencia. N° CP079-2014 Rad. (43222)

M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EN EL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA ES ACONSEJABLE QUE EL MINISTERIO PÚBLICO LLEVE A CABO UNA ENTREVISTA CON EL REQUERIDO Y SU DEFENSOR PARA VELAR POR LOS DERECHOS DEL AQUÉL Y EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Sala se pronuncia respecto a la petición de extradición elevada por el gobierno de los Estados Unidos, frente a la cual el requerido se acoge a la modalidad simplificada.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA - Trámite: Verificación del respeto a garantías fundamentales por el Ministerio Público

«La Corte, de manera respetuosa, echa de menos el acta en la que, como suele ocurrir en estos casos en los que el requerido se acoge a la modalidad simplificada de la extradición, consta la entrevista personal sostenida por el representante del Ministerio Público con el mencionado ciudadano y su defensor, diligencia en la que de manera personal y directa el Procurador Delegado constata los presupuestos del mecanismo en cuestión, dada la trascendencia de las garantías fundamentales comprometidas.

La presunción de autenticidad a que se refiere el agente del Ministerio Público en su concepto opera respecto de los documentos públicos, naturaleza que no tienen los escritos a través de los cuales el solicitado y su defensor se acogieron al trámite de la extradición simplificada. En todo caso, dicha presunción se refiere a la certeza de la identidad de sus autores, como así lo enseña el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que cita

el Delegado. Pero tal presunción no necesariamente acredita que la manifestación de voluntad expresada por los firmantes esté exenta de vicio. Es por esto que debido a la trascendencia de las garantías fundamentales que se involucran en el trámite jurídico - administrativo de la extradición es aconsejable que el Ministerio Público, como así lo hace en la mayoría de ocasiones, procure el contacto personal con el ciudadano solicitado y su defensor, para así velar por sus derechos y el interés de la sociedad».

DECISIÓN:

Conceptúa favorablemente

Providencia. N° SP6700-2014 Rad. (40105)

M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SENTENCIA EN QUE LA SALA ESTIMA QUE SE CONFIGURÓ UN FALSO JUICIO DE IDENTIDAD Y PROCEDE A APLICAR EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO PARA EMITIR SENTENCIA ABSOLUTORIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

LYJ fue condenado en primera y segunda instancia por el delito de homicidio agravado, a 42 años y 4 meses de prisión. Disconforme, recurrió en de casación al amparo de la causal de violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad por distorsión. Manifiesta el defensor, que el vicio se presentó porque los juzgadores tergiversaron los elementos de persuasión practicados, en particular los testimonios de los agentes de la Policía Nacional (...) «*los que al no ser valorados con total y fidedigno apego a su contenido les permitieron extraer el grado de certeza necesario para condenar, no obstante que esas declaraciones no constituyen prueba fehaciente y contundente de que su defendido haya sido el protagonista de los hechos investigados.*»

PRINCIPALES ARGUMENTOS:**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia**

«Por más que se tenga a los citados testigos como prueba directa del exacto y fidedigno señalamiento escuchado a la “comunidad”, ello no le resta a esa parte del testimonio de los uniformados, en ese concreto particular, la condición de prueba de referencia, pues se trata, ni más ni menos, que de la reproducción de una declaración hecha por un tercero fuera del juicio, en contra de otra persona como probable autora de una conducta punible (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).

El tema ya se encuentra pacíficamente decantado por la jurisprudencia de esta Corporación, abordado y analizado en recientes decisiones (CSJ SP, 27 feb.

2013, rad, 38773 y SP, 9 oct. 2013, rad. 36518), a cuyas consideraciones se remite la Sala, pues en síntesis, con base en las mismas puede afirmarse que en todos los eventos en los que a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia.

(...)

Su narración ni siquiera era admisible como prueba de referencia válida, por cuanto no se demostró por la Fiscalía alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 como condición de legalidad para aceptar entre el acervo probatorio un elemento de persuasión de esas características».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Configuración / IN DUBIO PRO REO - Cuando no se logra la certeza racional

«El reproche prospera y a favor del encausado se impone la aplicación del apotegma in dubio pro reo (artículo 29 Constitución Política y 7° de la Ley 906 de 2004), ya que como lo tiene decantado de manera inveterada la Sala de Casación Penal, ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria.

Por virtud de lo anterior y en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 449 del Estatuto Penal Adjetivo se ordenará la libertad inmediata de LYJ siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial, además se dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares impuestas en su contra, y se librarán al efecto las órdenes correspondientes».

DECISIÓN:

Casa y absuelve

Providencia. N° SP6699-2014 Rad. (43524)

M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

- **PASOS PARA LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA**
- **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PUNIBILIDAD REFERIDAS COMO CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN O ATENUACIÓN NO SE EQUIPARAN A LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA PUNIBILIDAD**
- **S.P.A. NO OBSTANTE ALGUNAS DILIGENCIAS SE REALIZAN DE FORMA CONCENTRADA, ÉSTAS SIGUEN SIENDO DIFERENTES E INDEPENDIENTES**

ANTECEDENTES RELEVANTES

«Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada SRV, en contra de la sentencia (...), por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior (...) la condenó como coautora responsable del concurso de delitos constitutivos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, cometidos en su condición de Juez.»

En su escrito de impugnación, el defensor expresó su inconformidad frente al proceso de dosificación punitiva y la negativa de conceder la prisión domiciliaria.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Pasos / DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistemas de cuartos: Criterios de valoración

«La Sala traerá a colación lo que pacífica y reiteradamente ha sostenido sobre la forma de interpretar y aplicar las normas que regulan las diferentes etapas que debe agotar el fallador para establecer la sanción, del siguiente tenor (CSJ SP, 30 nov. 2006, Rad. 26227; CSJ AP, 29 sept. 2010, Rad. 34939; y CSJ SP, 9 oct. 2013, Rad. 39462, entre otros pronunciamientos):

«...[l]o primero que ha de hacer el juez es fijar los límites mínimos y máximos de la pena, establecidos en el tipo penal por el que se procede, disminuidos y aumentados en virtud de las circunstancias modificadoras de punibilidad concurrentes, que se aplican con base a las reglas que prescribe el artículo 60 del Código Penal, conformándose de esta manera el llamado marco punitivo.

Enseguida procede establecer el ámbito punitivo de movilidad, para lo cual se ha de dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, determinados con base en los fundamentos no modificadores de los extremos punitivos, esto es, las circunstancias de menor y mayor

punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 ídem, ámbito que viene a servir de barrera de contención para limitar la discrecionalidad judicial, pues el juez sólo podrá ejercer su arbitrio en la dosificación dentro del tracto formado por los respectivos cuarto.

Pero a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

Obtenidos esos tres tractos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además, en los casos de tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda».

Acorde con lo anotado, lo primero que debe contestársele al impugnante es que no es cierto que el juzgador de primera instancia haya omitido delimitar los cuartos medios de movilidad punitiva, dentro de los cuales finalmente dosificó las penas que le impuso a la acusada RV.

Si de acatar la jurisprudencia de la Corporación se trata, el fallador realizó adecuadamente la labor dosificadora, puesto que si bien el artículo 60 del Código Penal alude a la división en cuatro cuartos: “uno mínimo, dos medios y uno máximo”, en el precedente citado la Corte sostuvo que estrictamente “sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad”, en referencia al primero o mínimo, al segundo incluyendo los dos medios y al tercero o máximo.

Claro está, lo ideal es que en estos eventos en los que hay concurrencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad, se especifiquen los cuartos medios, puesto que si la ubicación en los mismos depende del concurso de esas situaciones, habrá de sopesarse si, por lo menos en cantidad, unas priman sobre otras, por manera que si las de menor agravación superan a las de mayor, lo

justo es que la sanción se establezca en el primer cuarto medio y si ocurre lo contrario, que las de mayor punibilidad sean las que se presenten en mayor número, opere ello en el segundo cuarto medio.

No se trata, entonces, de una actuación discrecional, como sí sucede cuando el juez decide si aplica o no el mínimo punitivo, pues, en éste caso su intervención se limita a verificar si en la acusación se incluyeron circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego seleccionar el cuarto correspondiente.

Solo así podría explicarse que el legislador al determinar los límites legales de punición una vez fijadas las sanciones mínima y máxima, hable de cuartos medios y no de un cuarto intermedio, precisamente buscando que por criterios objetivos se determine cuál de esos cuartos medios es el que corresponde al caso concreto. De lo contrario, es el simple arbitrio del juzgador el que de manera indiscriminada le permite moverse en el cuarto intermedio y ninguna razón advertiría entonces la necesidad de separarlo a su vez en dos baremos diferentes.

En éste orden de ideas, si en el presente caso fueron deducidas una circunstancia de menor punibilidad y tres de mayor agravación, ello determina no solo que la pena debe tasarse en los cuartos medios de movilidad punitiva, sino también que específicamente procede en el segundo cuarto intermedio, debido a que las últimas superan en cantidad a las de menor agravación.

Así las cosas, como en este caso el sentenciador no especificó los dos cuartos medios, la Sala, actuando como fallador de instancia, procederá a delimitarlos a fin de verificar si la pena se ubicó o no en el marco correspondiente».

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PUNIBILIDAD - Referidas como circunstancias de agravación o atenuación: No se equiparan a las circunstancias que modifican la punibilidad

«La crítica que hace el recurrente por el hecho de que el juzgador aluda indistintamente a las circunstancias de mayor y menor punibilidad como atenuantes y agravantes, no tiene sentido alguno, no solo porque no está planteando un problema jurídico que merezca acaparar la atención de la Corte, sino porque es el mismo legislador el que de manera indiferente utiliza dicha terminología para referirse a las primeras.

(...)

De ahí que ninguna confusión genera que se llamen de una u otra manera, pues, es lo cierto que nada tienen que ver con las circunstancias modificadoras de la

punibilidad, atenuantes o agravantes, que se tienen en cuenta en un momento diferente, previo al de definir en cuál cuarto de movilidad punitiva deben establecerse las sanciones».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencias concentradas: Se trata en todo caso de diligencias independientes, legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Allanamiento a cargos: Oportunidad, realizarla durante la audiencia concentrada una vez culminada la imputación, es irregularidad intrascendente

«Sin desconocer que se trata de audiencias concentradas -las de legalización de captura, imputación y petición de medida de aseguramiento-, habida cuenta que suelen hacerse de manera continua y sucesiva, es lo cierto que son tres diligencias de naturaleza y con objetos completamente diferentes.

(...)

En este orden de ideas, que en la continuación de la diligencia de medida de aseguramiento el defensor haya exteriorizado la voluntad de su representada de allanarse a algunos de los cargos formulados el día anterior, no revive, como erradamente parece entenderlo, la audiencia de formulación de imputación ya culminada.

Cosa diferente es que la jueza de garantías, con la aquiescencia de las partes e intervinientes, haya aceptado verificar esa situación, propiciando de manera informal un allanamiento a cargos en un escenario que legalmente no se estableció para ese efecto, pues, de acuerdo con lo previsto en los artículos 293, 356 y 367 de la Ley 906 de 2004, la aceptación unilateral de responsabilidad únicamente procede en las audiencias de formulación de imputación, preparatoria y juicio oral.

Claro está, debe advertir la Sala que dicha irregularidad no amerita la invalidación de la actuación, toda vez que no fue trascendente, en tanto, no quebrantó la estructura del juicio, ni desconoció derechos y garantías de las partes e intervinientes; adicionalmente, a la imputada se le reconoció una rebaja de pena legal, correspondiente a la mitad, la cual es totalmente procedente, teniendo en cuenta el estadio procesal en que decidió aceptar los cargos.

(...)

Entonces, si la procesada quiso aceptar los cargos por tres peculados y seis prevaricatos formulados la fecha anterior, se entiende, sin mayores cuestionamientos, que se refería a los que fáctica y jurídicamente lucubraba la

Carrera 8 N° 12 A - 19. Bogotá D.C.

representante del ente instructor en esa diligencia, incluyendo, desde luego, las circunstancias de mayor punibilidad, sobre todo porque en ese acto, se repite, la investigada dijo entender la incriminación, lo que era de esperarse, habida cuenta de su condición de abogada penalista y ex-jueza penal del circuito.

De ahí que habiendo quedado clara la imputación en lo fáctico y lo jurídico, no era necesario que al día siguiente el fiscal repitiera su discurso ni que la juez de garantías volviera a citar los preceptos que contienen la calificación jurídica, siendo obvio que la imputada los conocía y aunque inicialmente dijo no allanarse a los cargos, posteriormente decidió aceptar su responsabilidad en dos de las conductas punibles endilgadas, lo cual hizo de manera libre, consciente y voluntaria».

DECISIÓN:

Confirma

**Providencia. N° AP3012-2014 Rad. (39156)
M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

LEGITIMIDAD DEL ACTOR POPULAR PARA PRESENTAR LA DEMANDA DE PARTE CIVIL

*SE TRATA DE PROVIDENCIA DE RESERVA QUE DADA SU
RELEVANCIA SE PUBLICA SU EXTRACTO*

ANTECEDENTES RELEVANTES

«Se pronuncia la Sala sobre la demanda de constitución de parte civil instaurada por el abogado JBR, quien dice actuar en calidad de apoderado de la parte civil, a quién identificó como “toda la colectividad”».

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

DEMANDA DE PARTE CIVIL - Legitimidad: Actor popular

«Debe advertirse que dicha demanda impone su rechazo por no recaer en el demandante la titularidad para ejercer la acción civil, pues no es perjudicado directo de la conducta punible y, además, carece de personería para reclamar el resarcimiento de los perjuicios a nombre de toda la comunidad.

(...)

Como se ve, la acción civil popular que se ejerce al interior del proceso penal con miras a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito que afecta bienes jurídicos colectivos, no puede entenderse de manera abstracta y genérica, de modo que cualquier ciudadano pueda arrogarse la representación de todo el pueblo colombiano como aquí ocurre.

El demandante parece entender que por ostentar la condición de abogado y mencionar escuetamente que los delitos imputados a los acusados en este juicio son de aquellos que protegen el bien jurídico de la administración pública, está autorizado para representar a toda la sociedad o a todos los colombianos y constituirse en parte civil en este asunto. Por esa razón, le resulta imposible señalar el daño que en concreto se le causó a un grupo de personas identificable con la conducta punible que dio origen al presente proceso.

(...)

Por lo expuesto, entonces, siendo que el demandante no es perjudicado directo de la conducta punible y, por ende, no es titular de la acción civil, ni cuenta con personería jurídica para actuar ideterminadamente en nombre de toda la comunidad, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, se rechazará la demanda de constitución de parte civil presentada».

DECISIÓN:

Rechaza la demanda

**Providencia. N° SP6701-2014 Rad. (42357)
M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

S.P.A. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

(RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL PROCESO PENAL)

ANTECEDENTES RELEVANTES

El funcionario judicial JML, concedió una acción constitucional ordenando el pago de una serie de acreencias laborales. Por estos hechos fue condenado prevaricato por acción. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en el que se argumentó: i) vulneración al principio de congruencia, al señalar que desde la audiencia de imputación de cargos, la Fiscalía no especificó concretamente la norma de la Ley 550 de 1999 que infringió el juzgador al haber revocado íntegramente la decisión del Juez que conoció la acción de tutela en primera instancia; y, ii) que no se estructura la conducta punible endilgada

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Relación con otros derechos fundamentales

«Se ha dicho que el principio de congruencia o de coherencia es corolario indispensable del derecho de defensa, razón por lo cual, en términos de la Sala:

“el principio de congruencia le exige al juzgador condenar, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que acusó al procesado, sin lugar a sorprenderse a

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.” (CSJ. SP, rad. 39.492, del 26 de feb. de 2014)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: Imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes /SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Formulación de imputación y acusación, se circunscribe a lo fáctico

«En el proceso penal se singulariza el supuesto fáctico a partir de la formulación de imputación, audiencia en la cual se notifica al imputado del hecho jurídicamente relevante, es decir, de aquello que constituye el eje central de la conducta, de lo importante, lo trascendente, lo necesario, lo esencial o sustancial para ofrecer el conocimiento requerido al imputado para preservar los derechos y garantías procesales. Dicha imputación fáctica -que no jurídica- debe ser simétrica con la acusación, lo que no quiere decir que el fiscal no pueda, como consecuencia de la dialéctica del proceso, precisar circunstancias que delimitan y definen el comportamiento, siempre y cuando no se afecte o se modifique el núcleo básico o esencial de la imputación fáctica.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Imputación jurídica

«En cambio, la calificación jurídica que se comunica en la imputación es provisional, y la que se ofrece en el escrito de acusación puede ser modificada en la audiencia de formulación de acusación y en los alegatos finales únicamente por el fiscal como titular de la pretensión penal y solamente para resolver con criterio favorable la situación jurídica del procesado en la medida en que con esa decisión no se afecten garantías fundamentales. Este acto complejo se constituye así en referente necesario e indispensable para definir la congruencia entre acusación y sentencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Relación con el principio de progresividad del proceso penal

«A partir de una concepción estática de la acusación y del juicio, la defensa pretende encontrar en la inmutabilidad del escrito de acusación la razón de ser de la incongruencia que denuncia. Empero, una concepción dinámica del proceso penal permite señalar que el escrito de acusación es el inicio de un acto complejo que concluye con el alegato de conclusión final del juicio oral, acto en el cual se determina finalmente el hecho y sus circunstancias, y se especifica el delito por el cual se solicita condena.

Por lo mismo, no se puede aceptar, como lo pretende el defensor, que la formulación de cargos realizada en la audiencia de imputación, sea un acto inmodificable que formal y materialmente define con vocación de permanencia el contenido de los actos posteriores del proceso, hasta impedirle a la fiscalía moldear el núcleo de la conducta de acuerdo con la dinámica del proceso, mediante la inclusión de la totalidad de circunstancias que acompañan a la conducta y no solamente de las enunciadas en el escrito de acusación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Variación de la calificación jurídica

«En ese orden, de acuerdo con la estructura del proceso penal, la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar infracción al debido proceso, condenar por “delitos” distintos al formulado en la acusación, siempre y cuando, (i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, entre otros presupuestos (CSJ. AP, radicado 40.675, 18 de dic, de 2013). Por lo mismo, es insensato pensar que no se pueda circunstanciar la conducta en la formulación de la acusación y en los alegatos finales, máxime cuando el núcleo fáctico de la acusación se mantiene».

DECISIÓN:

Confirma

**Providencia. N° SP6944-2014 Rad. (41942)
M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS
REQUISITOS LEGALES: DETERMINACIÓN DE LA
PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE
DERECHO Y FUNCIONES PÚBLICAS**

ANTECEDENTES RELEVANTES

BQP, en calidad de alcalde municipal, celebró de manera irregular algunos contratos. Como consecuencia, fue condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Contra la precitada decisión, presentó demanda de casación elevando un cargo al amparo de la causal 2ª del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pues el juzgador tuvo en cuenta al graduar la pena una circunstancia de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

**CELEBRACION DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-
Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

«La conducta punible de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*” objeto de la condena impugnada extraordinariamente, tiene establecida como pena principal la “*inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años*”. La misma, de conformidad con el artículo 44 del Código Penal, priva al condenado de “*la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales*”.

No se excluían en el presente caso, la norma general del artículo 58-3 de la Ley 80 de 1993 y la específica del artículo 410 del Código Penal. Por ende, debía el juzgador imponer las sanciones de la primera, como en efecto lo hizo, y las adicionales del artículo 44 del Código Penal no contenidas en ella. Es decir, dentro del lapso legal de 5 a 12 años, las inhabilitaciones para elegir y ser elegido, para el ejercicio de cualquier otro derecho político y para la obtención de dignidades y honores conferidos por las entidades oficiales.

Se trata de una irregularidad que sólo se advierte y que no está al alcance de la Sala corregir pues hacerlo supondría el quebrantamiento de la prohibición constitucional de reforma en peor consagrada en el artículo 31 Superior, conforme a la cual el superior no le puede agravar la pena al condenado que sea recurrente único ».

DECISIÓN:

Casa Parcialmente

Providencia. N° SP6946-2014 Rad. (41637)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

S.P.A. GENERA NULIDAD NO LLEVAR A CABO LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN LOS EVENTOS QUE ES OBLIGATORIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

Producto de un accidente de tránsito, JFG fue condenado por lesiones personales culposas. El defensor presentó demanda de casación. La corte admitió un cargo por vulneración del debido proceso, en razón al desconocimiento del inciso 1° del artículo 522 de la ley 906 de 2004, norma que establece la conciliación de manera obligatoria y como requisito de procedibilidad en los delitos querellables.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de conciliación preprocesal: Finalidad / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de conciliación

preprocesal: Mecanismo de justicia restaurativa / JUSTICIA RESTAURATIVA - Concepto

«En la sistemática procesal penal regulada en la Ley 906 de 2004 la conciliación preprocesal se concibe como un mecanismo de justicia restaurativa que tiene como propósito resolver en forma consensuada el conflicto jurídico puesto a consideración de la autoridad judicial.

Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 518 ibídem, la Sala ha dicho que la justicia restaurativa es el procedimiento en el que participan la víctima y el infractor de una conducta punible, con miras a obtener un resultado concreto que atienda las necesidades y responsabilidades de las partes y su reintegración en la comunidad, bien sea a través de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (CSJ AP, 9 de sept. de 2009, rad. 32196)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de conciliación preprocesal: Obligatoria para los delitos querellables, de lo contrario genera nulidad

«En el procedimiento penal seguido bajo los trámites de la Ley 906 de 2004 la conciliación constituye requisito de procedibilidad cuando se trata de delitos querellables, de manera que debe intentarse de manera obligatoria como condición para ejercer la acción penal.

(...)

La Sala ha dicho, igualmente, que la no realización del referido trámite reviste la capacidad de generar la invalidez de la actuación por afectación al debido proceso en aspectos sustanciales, por cuanto para el ejercicio de la acción en relación con los delitos querellables es requisito de procesabilidad la celebración de una audiencia de conciliación preprocesal en los términos señalados por el artículo 522 de la Ley 906, en la que bien podrían las partes llegar a un acuerdo que pusiera fin a las diligencias (CSJ AP, 2 de dic. de 2008, rad. 29959).

(...)

Como lo menciona el casacionista y lo admite la Fiscal Delegada que intervino en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, los registros procesales dan cuenta que el ente investigador omitió promover la realización de audiencia de conciliación entre la lesionada y el entonces indiciado. Así lo indica la revisión integral de los discos compactos en los cuales constan las diversas actuaciones judiciales desarrolladas en el curso de la etapa de juzgamiento.

(...)

Quiere decir lo anterior que en este caso la Fiscalía no demostró oportunamente haber cumplido el requisito de

procedibilidad objeto de análisis, pese a lo cual solicitó la realización de audiencia de formulación de imputación, iniciándose así la correspondiente instrucción penal con violación evidente de lo dispuesto en el artículo 522 de la Ley 906 de 2004, situación constitutiva de irregularidad sustancial generadora de nulidad, por vulneración del debido proceso, conforme quedó dicho en precedencia.

Dicha invalidación no la dispondrá la Sala a partir del primer acto de investigación, como lo solicita la Delegada de la Fiscalía, pues los actos de parte, según criterio pacífico de la Corte, no son susceptibles de ese tipo de decisiones (CSJ AP, 14 de agos. de 2013, rad. 41375). La nulidad se declarará, conforme lo demanda el casacionista, desde, inclusive, la audiencia de formulación de imputación que en el presente caso comportó el primer acto de intervención judicial en la actuación procesal».

DECISIÓN:

Casa