



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Enero 31 de 2019 n.º 1

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

ESTATUTO DE ROMA – Principio de integración

El instituto de la responsabilidad del superior por omisión establecido en el literal a del artículo 28 del Estatuto de Roma hace parte integrante del Código Penal

Al desatar los recursos de alzada respecto de la sentencia proferida por una Sala de Justicia y Paz, la Corte advirtió que el instituto de derecho penal internacional consagrado en el *Estatuto de Roma* y denominado *responsabilidad del superior por omisión*, hace parte del *Código Penal Colombiano*, en virtud de la norma rectora de *integración*, por lo que puede aplicarse a conductas delictivas de lesa humanidad, de guerra, genocidio o agresión, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. Consecuentemente, legalizó el cargo de *acceso carnal violento en persona protegida* elevado respecto de un postulado de la justicia transicional. Así mismo, efectuó importantes precisiones sobre su diferenciación con otras modalidades de autoría, tales como la *mediata en aparatos organizados de poder*, la *posición de garante* y la *actuación por otro*. Igualmente profundizó en el examen de varios *patrones de macrocriminalidad* identificados en el caso atribuible a un grupo armado ilegal, siendo de especial relevancia aquél referido a la *violencia sexual, étnica y de género*.

SP5333-2018 (50236) del 5/12/18

M. P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad: violencia sexual, étnica y de género || **DERECHOS DE LA MUJER - Perspectiva de género:** protección especial || **CONFLICTO ARMADO INTERNO - Mujer víctima:** discriminación por razón de su género || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad:** violencia sexual, étnica y de género, pensamiento patriarcal mediante el uso de expresiones de subordinación, control y apropiación de la sexualidad femenina || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad:** violencia sexual, étnica y de género, estatus de poder del perpetrador

«En el asunto que suscita la atención de la Corte, luego de analizar los distintos informes allegados por la Fiscalía, la Magistratura declaró este punible como un **patrón de macro criminalidad** y en su denominación incluyó que **las víctimas de violencia sexual fueron escogidas por su etnia y raza y no simplemente por su género** - como lo refirió el ente investigador- por lo que circunscribió en el patrón esa particularidad.

Efectuadas las anteriores precisiones, la Sala mantendrá la sentencia de primera instancia en cuanto identificó un **patrón de macrocriminalidad** que identificó como **“de violencia sexual étnica y de género”**.

Véase, en primer lugar, que de acuerdo con la información provista por la Fiscalía, al 76.3% de los casos de violencia sexual registrados a nivel nacional en relación con el conflicto les subyace como consideración relevante **“el estatus de poder del perpetrador”**. La construcción mental y social de dicho estatus debe entenderse, como primera línea de razonamiento, a partir de la existencia de estructuras heteropatriarcales, cuya preservación se sustenta en la construcción de masculinidades hegemónicas, que se identifican por la violencia hacia lo no masculino - lo gay y femenino - .

En ese sentido, la investigación empírica ha detectado que la construcción de la identidad paramilitar tuvo por eje resaltar “valores masculinos de honor y valentía, y promovió la venganza como forma de resolución de conflictos” y, en ese contexto, “la hipersexualidad masculina es entonces aceptada como una ley natural en los grupos paramilitares, lo cual implica una visión objetivizante de las mujeres”.

Nótese cómo, de acuerdo con lo declarado por D.L.M.U., durante el evento de violencia sexual que sufrió, los agresores - dos hombres - “se reían, se burlaban”, y la penetraron por la vagina con “una botella de vidrio”, lo cual denota que su comportamiento no estuvo orientado, al menos únicamente, por la satisfacción delictiva de la pulsión sexual, sino también por el propósito destructivo de la corporalidad femenina. Ello se hace particularmente obvio al constatarse que **la totalidad de los casos de violencia sexual atribuidos a miembros de la estructura paramilitar comandada por el postulado fueron cometidos contra mujeres**, y que en algunos casos se les injuriaba con **expresiones típicamente utilizadas por el sistema de pensamiento patriarcal para subordinar, controlar y apropiarse de la sexualidad**, como “perra” o “usted es mía”.

Más aún, la noción, basada en el género, de la existencia de un estatus de privilegio de los agresores sobre las mujeres víctimas, es algo que se hace evidente a partir de situaciones como la narrada por Y.R.I.M.M. Relató que tras ser conducida ante un comandante y rehusar tener relaciones sexuales con él, éste manifestó “*que nunca una mujer lo había despreciado*” y procedió a violarla. Tal situación denota la creencia, desde luego equivocada, de que la condición masculina conlleva control y derechos sobre la corporalidad femenina.

Así, no cabe duda de que los casos de delitos sexuales identificados por el Tribunal tienen un evidente componente de violencia de género.

De otro lado, que esos hechos tienen también un ingrediente de **discriminación étnica** es algo que la Sala infiere de distintas circunstancias, todas ellas acreditadas en la actuación.

En primer lugar, se tiene que de los treinta casos de violencia sexual auscultados por la Fiscalía y el a quo - veintiséis de ellos no imputados y cuatro imputados y confesados por ZS -, todos fueron perpetrados **contra mujeres**

afrodescendientes; y si bien es cierto que la población en la región sobre la cual el Bloque Pacífico ejerció influencia es predominantemente de raza negra, también lo es - como se sigue de los informes de Policía Judicial allegados al trámite - que en esa región del país existe presencia importante de otros grupos humanos y etnias. En efecto, la población indígena estimada en el Departamento del Chocó para el año 2011 era de 54009 individuos, en varios municipios existen grupos de blancos y mestizos significativos e, incluso, en algunos de ellos, “os mestizos descendientes de antioqueños...conforman el grupo más representativo” de las comunidades humanas presentes.

En ese entendido, que el 100% de casos de agresión sexual se hayan realizado en perjuicio de mujeres negras sería estadísticamente imposible - o cuando menos altamente improbable - si el factor racial no hubiese sido una consideración relevante en la elección de las víctimas para los perpetradores.

En segundo lugar, la información acopiada indica que el 81.2% de los individuos señalados como responsables de las agresiones sexuales documentadas no eran de raza negra, sino blancos o mestizos. Esta circunstancia, considerada de manera conjunta con el hecho de que ninguna mujer no afrodescendiente fue víctima de delitos de esa naturaleza, indica claramente que el factor étnico no fue indiferente para quienes participaron en tales conductas.

Dicha relación entre las características étnicas de víctimas y victimarios - en la que se reprodujo mayoritariamente el patrón de sometimiento de las mujeres negras a los hombres blancos y mestizos-, hace imposible aprehender el verdadero alcance del patrón de violencia sexual atribuido al Bloque Pacífico sin consideración a las aristas de etnia que tales interacciones criminales envuelven. Téngase presente, a ese efecto, que la gama de imágenes estereotípicas de la mujer negra - lo que involucra una asociación necesaria entre el género y la raza - apareja un alto contenido de cosificación e hipersexualización, cuyo origen puede rastrearse a la época colonial:

“La imagen de mujeres “negras”, hipersexualizadas y asociadas con la animalidad, las despojó de toda humanidad y cercanía con el modelo dominante de femineidad, justificando así con total impunidad, la violación, la cual fue usada entre

otras cosas, como un arma de represión contra ellas....”

Ello explica, de una parte, que las violaciones perpetradas contra mujeres negras por miembros del Bloque Pacífico estuvieran precedidas de interacciones y expresiones que hacían patente ese estereotipo y lo revelaban como un factor motivacional de los delitos (por ejemplo, que *“tenía un cuerpito bueno para hacerme un par de mellos”*) y, por otra, que las víctimas, en una buena proporción, no fueran elegidas aleatoriamente, sino identificadas con anterioridad y extraídas por la fuerza de sus hogares para efectos de ser atacadas luego de ser señaladas como *“muy buenas”* o hacérseles saber que las habían *“estado mirando”*.

Así las cosas, la Sala estima adecuada la identificación del patrón macrocriminal fijado por el a quo, que denominó **“violencia sexual étnica y de género”**, y en esos términos permanecerá inmodificado».

RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Concepto || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Elementos** || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Evolución en el Derecho Internacional** || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Aplicación:** tiene cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales como en el de estructuras jerarquizadas ilegales || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Demostración:** no es necesario que los subordinados hubieren sido condenados ni que estén identificados || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - elementos:** es necesario acreditar la relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - diferencia con la autoría imputable por la posición de garante** || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Diferencia con la autoría mediata en aparatos organizados de poder** || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Diferencia con la autoría imputable al actuar por otro en calidad de miembro o representante de una persona jurídica o de una persona natural**

«La responsabilidad del superior por omisión.

Finalmente, otro mecanismo desarrollado por la ciencia jurídica para atribuir responsabilidad penal como autores a quienes no participan material o funcionalmente de manera directa en la comisión de un delito es el de la **responsabilidad del superior militar por omisión**, cuya consagración normativa más relevante se encuentra en la actualidad en el **artículo 28 del Estatuto de Roma**, que, en cuanto interesa resaltar ahora, prevé:

“a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

Se trata de un título de imputación cuyo origen parte de la comprensión de que *“las leyes de la guerra imponen a un comandante militar el deber de adoptar las medidas apropiadas que estén en su poder para controlar las tropas bajo su mando para prevenir actos que constituyan violaciones de las leyes de la guerra y que sean de probable ocurrencia ante la ocupación de territorios hostiles por soldados sin control; y a aquél puede atribuírsele responsabilidad personal por no tomar tales medidas cuando ocurran violaciones”*.

Ese principio - el de la **responsabilidad del superior por omisión** - fue positivizado en un instrumento internacional por primera vez en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. El numeral 2º del primer precepto mencionado señala que *“el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese*

subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Tales desarrollos - aunados a los que en el contexto de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Ruanda y Yugoslavia se produjeron - llevaron a que, en el **Estatuto de Roma**, se aprobara el aludido **artículo 28**, que consagró la **responsabilidad del superior por omisión** como una forma de participación en el crimen de un tercero.

En efecto, ese precepto prevé que *“el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”.*

[...] Lo primero que debe indicarse es que esta forma de responsabilidad tiene cabida tanto en el contexto de **comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales**, conforme lo tienen discernido tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional. En ese orden, la noción de “comandante militar” no debe entenderse en términos orgánicos, es decir, como una alusión a las Fuerzas Militares legal y constitucionalmente establecidas, sino funcionalmente, esto es, en referencia a la actividad bélica o de la milicia, regular o irregular.

Efectuada la anterior precisión, se tiene que los **elementos estructurantes** que permiten atribuir responsabilidad penal a un individuo a través del literal (a) del artículo 28 en cita son los siguientes:

(i) Que el sujeto ostente la posición de **comandante militar** de una organización, bien sea porque le ha sido **formalmente** atribuida, ora porque actúa **de facto** como tal.

Ciertamente, es posible que la comandancia ejercida por el agente sea formal, esto es, que el individuo haya sido expresamente designado como jefe militar de la estructura, pero puede suceder también que, sin habersele nominado como tal, ejerza de hecho como comandante militar de la organización.

(ii) Que miembros de la estructura que aquél comanda cometan **delitos de competencia de la Corte Penal Internacional** - crímenes de lesa humanidad o de guerra, genocidio o agresión -.

Este elemento consiste en la comprobación de que se ha perpetrado un delito base - alguna de las infracciones criminales sobre las cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional -, siempre que en su comisión haya tomado parte, como autor, coautor o cómplice, cuando menos un subordinado del comandante.

No es necesario, a efectos de responsabilizar al comandante por el delito de sus subordinados, que estos hayan sido condenados y ni siquiera que estén plenamente identificados; basta que en el diligenciamiento cometido contra el superior se compruebe más allá de toda duda la ocurrencia de los ilícitos, por un lado, y que estos fueron perpetrados por miembros de las fuerzas controladas por el superior, por otro, así no se logre su precisa individualización.

(iii) Que los autores materiales de los delitos se encuentren, al momento de su comisión, bajo el **mando y control efectivo** del comandante militar, o bajo su autoridad y control efectivo, según el caso.

De acuerdo con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la figura en examen, resulta esencial que el comandante detente **control efectivo** los subordinados que han cometido el delito, o lo que es igual, que tenga la habilidad material de prevenirlo o reprimirlo, o de castigar a los responsables, derivada de su mando - tratándose de comandantes de iure - o de su autoridad - en el caso de comandantes de facto -.

Ello implica que cualquier grado de control inferior o de menor entidad al efectivo - incluso la facultad o potestad de ejercer influencia sustancial sobre el comportamiento de las tropas -, hace imposible responsabilizar al comandante por los delitos que éstas cometan. Significa, así mismo, que la valoración del control efectivo del jefe sobre sus subordinados no depende de la existencia de mandos medios entre ellos, ni tampoco de la concurrencia de mando efectivo entre dos o más superiores, pues la única circunstancia fáctica que resulta relevante a este respecto es la capacidad material, real y comprobable que le asista al cabecilla para

prevenir o reprimir los delitos, o denunciarlos a las autoridades competentes.

Se ha admitido que algunas circunstancias indicativas (aunque no necesariamente determinantes) de control efectivo sobre las tropas pueden serlo, entre otras, la ostentación de un título formal de jerarquía sobre aquéllas, la existencia de órdenes previas impartidas (siempre que se acredite su acatamiento) y la facultad de modificar las estructuras de la organización, remover o promover a sus integrantes y disponer la iniciación o culminaciones de operaciones.

(iv) Que el comandante **se abstenga de ejercer control** apropiado sobre las fuerzas a su cargo, de modo omita la toma de las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o juzgamiento.

Este elemento comprende dos comportamientos que, aunque tienen en común su naturaleza omisiva, son materialmente diferentes:

Un primer supuesto fáctico consiste en que el comandante **se abstiene** de implementar las medidas **necesarias y razonables para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados**.

El verbo prevenir significa “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” o “precaer, evitar, estorbar o impedir algo”, mientras que reprimir implica “contener, refrenar, templar o moderar”. Así, el deber de prevenir es exigible antes de que los delitos de los subordinados se cometan y supone, precisamente, la carga de evitar que lleguen a ejecutarse; en contraste, el de reprimir debe cumplirse concomitantemente a la perpetración de los delitos, cuando estos están sucediendo, de modo que la obligación del superior se concreta en interrumpirlos, contenerlos o hacer que cese su ocurrencia.

El segundo supuesto fáctico consiste en que el superior **omite** implementar las **medidas necesarias y razonables para garantizar que los delitos de sus subordinados sean castigados**, de tener competencia para ello, ora para que sean conocidos por las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento; deber que, se insiste, es exigible tanto de quienes fungen como jefes de fuerzas

regulares como de quienes comandan estructuras ilícitas

Esta hipótesis tiene aplicación cuando el comandante no pudo conocer los delitos antes de su consumación o durante ésta sino después, cuando ya habían ocurrido, pues de lo contrario, la responsabilidad deviene del incumplimiento del deber de prevenir o reprimir las conductas punibles.

El concepto de medidas **“razonables y necesarias”** ha sido interpretado a partir de la específica posición del comandante, el grado de control que ejerce sobre las tropas y sus competencias al interior de la organización, de suerte que deben ser examinadas en cada caso concreto. Ejemplos de tales medidas son entrenar adecuadamente a los subordinados en materias de derecho internacional humanitario, exigir reportes del devenir de las operaciones de las tropas y adoptar medidas disciplinarias cuando haya lugar a ellas, entre otras.

Nótese que la configuración normativa de la responsabilidad del superior, en lo que atañe al comportamiento castigado, está circunscrito a una omisión, de modo que si su conducta excede la simple pasividad y cae en el ámbito de la acción - por ejemplo, porque ordena la comisión del delito o la incentiva -, ya no será procedente imputarle el ilícito a través de esta figura, sino como autor, determinador o instigador, según el caso.

Es posible, desde luego, que el comandante no adopte todas las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de sus subordinados, pero que sí despliegue algunas medidas, aunque estas, en últimas, resulten insuficientes para tal propósito.

Tal comportamiento no tiene la potencialidad de eximir al superior de responsabilidad, pues lo que de él se exige es, se reitera, la implementación de todas las medidas razonables que sean necesarias para evitar, detener o castigar las conductas punibles de las fuerzas a su mando, de modo que, aún en tal escenario, pueden, por razón del incumplimiento parcial de sus deberes de control, imputársele aquéllas.

(v) Que tuviera **conocimiento** de que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo tales delitos o estaban por cometerlos, o que, en razón de las circunstancias del momento, **hubiere debido saberlo**.

En relación con el elemento subjetivo del comportamiento penado, el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma contempla, igualmente, dos escenarios distintos.

En el primer supuesto, el comandante se abstiene de tomar las medidas razonables y necesarias que le son exigibles para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de sus subordinados a pesar de saber que los mismos se estaban cometiendo o que sus fuerzas se proponían cometerlos. Se trata, pues, de un elemento mental que, en el marco de la tradición jurídica colombiana, corresponde al **dolo**, pues el comportamiento omisivo del superior responde a que quiere la ocurrencia de los delitos cometidos por sus subordinados, ora a que, aunque no la quiere, le resulta irrelevante. La jurisprudencia internacional ha indicado que el conocimiento puede tenerse por probado mediante evidencia indirecta, como la cantidad y el alcance de los delitos, la cantidad de tropas involucradas, el involucramiento de oficiales o jefes en su realización, entre otros, y que no es necesario que el superior esté al tanto de la identidad precisa de los ejecutores materiales.

En el segundo escenario, el comandante **no tiene conocimiento** de la comisión de los ilícitos, pero **“en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”** que se estaban cometiendo o estaban por cometerse.

Se trata, entonces, de un comportamiento **culposo**, pues la omisión penada no es consecuencia de que el comandante haya dirigido su voluntad al incumplimiento de sus deberes de supervisión, sino de un proceder **negligente** en razón del cual, a pesar de que debía conocer la ocurrencia actual o inminente de conductas punibles de sus subordinados, la ignora y, por consecuencia, no toma las medidas razonables y necesarias para prevenirlas, reprimirlas o castigarlas.

Para discernir si el comandante militar debía saber sobre la comisión de las conductas punibles de sus fuerzas deben examinarse las circunstancias concretas de cada caso, teniendo en cuenta elementos como el número, naturaleza y alcance de los delitos realizados por los subordinados, la cantidad de tropas a su mando y las condiciones logísticas de la operación de la organización y la ubicación geográfica del superior y de sus tropas, entre otras.

Naturalmente, la imputación de responsabilidad al superior militar por el incumplimiento culposo de sus deberes de prevención, represión o sanción sólo resultará procedente cuando el delito base esté previsto por la legislación penal sustantiva en la modalidad culposa, pues en la tradición jurídica nacional, las contribuciones negligentes a delitos que sólo existen como dolosos no es punible.

(vi) Además de los elementos anteriormente examinados, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha establecido como un requisito esencial de la atribución de responsabilidad a los comandantes militares que exista una **relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas**.

En tal sentido, ese Tribunal ha mantenido que la violación de los deberes de prevención y represión del comandante militar debe haber facilitado o alentado la comisión de los mismos, o cuando menos, incrementado el riesgo de su ocurrencia. De ahí que, aunque no se requiere que el comportamiento omisivo del superior entrañe una contribución sustancial a la conducta punible, sí resulta necesario que comporte un mínimo aporte a su realización.

Desde luego, dicha exigencia sólo tiene cabida de cara a los deberes de prevenir y reprimir, pues el deber de sancionar sólo adquiere vigencia cuando los delitos ya se han consumado, de suerte que es un imposible lógico construir una relación entre su incumplimiento y la configuración de las infracciones.

A partir de las consideraciones que anteceden, la Sala llega a las siguientes **conclusiones**:

(i) La característica común a los desarrollos teóricos atrás examinados es que todos ellos constituyen herramientas por medio de las cuales el orden normativo asimila al autor a un individuo que, respecto de un delito, no reúne las características que lo identifican, y le prodiga, en consecuencia, idéntico trato jurídico.

(ii) El instituto de la **responsabilidad superior por omisión prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma se diferencia de las demás categorías analizadas, así:**

(ii.i) Frente a la responsabilidad atribuible a quien detenta **posición de garante**, se advierte que la imputación por vía del artículo 28 no requiere la existencia de un deber jurídico de

evitación de resultados antijurídicos. Esta distinción adquiere especial importancia en casos en que se valora la responsabilidad de superiores militares de organizaciones ilícitas, en quienes no recae un deber normativo de evitación.

(ii.ii) En cuanto a la **autoría mediata en aparatos organizados de poder**, se observa que ésta requiere que el individuo preste un aporte esencial a la comisión del delito, bien sea porque profirió la orden de su comisión a través de los órganos de la estructura, ora porque estableció un ideario en cuyo marco se encuadra el ilícito. En contraste, la responsabilidad del superior no reclama la prestación de un aporte esencial por parte del comandante, pues para imputarle responsabilidad por el delito de sus subordinados basta con que su omisión haya facilitado el ilícito o incrementado el riesgo de su ocurrencia, a pesar de lo cual su conducta es asimilada, para todos los efectos jurídicos, a los de un verdadero autor.

Por igual razón, es claro que, en el ámbito de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, el comportamiento del jerarca siempre será doloso, mientras que, tratándose de la responsabilidad del superior militar, su compromiso penal puede devenir tanto de un comportamiento doloso como de uno culposo, esto último, siempre que los delitos de sus subordinados existan en la modalidad culposa.

Adicionalmente, mientras en la categoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder la punibilidad tiene fundamento en que el jerarca controla la voluntad de los miembros de la organización, la responsabilidad del superior por omisión se fundamenta en que el jefe militar renuncia, dolosa o culposamente, a ejercer el control de las tropas bajo su mando o autoridad.

(ii.iii) Finalmente, en punto al **actuar por otro**, se tiene que, a diferencia de ésta, la responsabilidad del superior por omisión no está determinada por la existencia de un vínculo de representación legal, de hecho o de derecho, entre el autor del ilícito y la persona en quie recaen los elementos especial del tipo penal. El comandante no obra como representante de sus fuerzas, pero por virtud del mando y control que ostenta sobre ellas, debe responder por los delitos que estas cometan».

ESTATUTO DE ROMA - Principio de integración: el instituto de la responsabilidad

del superior por omisión establecido en el literal a del artículo 28 del Estatuto de Roma hace parte integrante del Código Penal || **REONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Aplicación || JURISPRUDENCIA - Precedente:** criterio de la Sala sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder no constituye subregla que impida aplicar el instituto de la responsabilidad del superior por omisión || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: aplicación || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Autoría y participación:** al no estar reguladas expresamente corresponde al operador jurídico acudir a las nociones establecidas en el Código Penal || **ESTATUTO DE ROMA - Constituye un tratado de derechos humanos || RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Aplicación:** sólo opera en asuntos en los que se investiga y juzga la comisión de delitos internacionales de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión || **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO - Aplicación:** de la Regla 153 referida a la responsabilidad del superior por omisión || **LEY PENAL COLOMBIANA - Principio de integración:** aplica frente a normas y postulados de derechos humanos consignados en la Constitución Política, tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia

«La aplicabilidad del artículo 28 del Estatuto de Roma al derecho interno.

Establecidas las características fundantes de la responsabilidad del superior, conforme fue prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma, se hace necesario, antes de abordar el examen del caso concreto, establecer si esa previsión, contenida en un tratado internacional aprobado y ratificado por Colombia, es aplicable directamente al ordenamiento para la solución de este caso.

Con tal propósito, resulta indispensable, en primer lugar, aludir un antecedente jurisprudencial que puede resultar relevante.

Mediante providencia de 5 de diciembre de 2011, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá realizó control de lealtad formal y material de los cargos imputados por la Fiscalía a los postulados JGML y OEMO.

En dicha decisión, la mencionada Corporación atribuyó al primero nombrado responsabilidad por varios centenares de hechos con base en la figura de la responsabilidad del superior militar.

Al examinar el recurso de apelación interpuesto contra esa determinación, esta Sala, en auto de 26 de septiembre de 2012, modificó la decisión de primera instancia para señalar que “la responsabilidad de ML en su condición de comandante del frente ‘William Rivas’ debe predicarse bajo la figura del autor mediato en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable y no como responsabilidad del superior”.

En sustento de ello, adujo que i) el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 indica que es autor mediato “aquel que se vale de quien actúa atípica o justificadamente”; ii) “la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como quiera que se trata de una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio”, y; iii) “La Sala ha sostenido que la teoría aplicable en materia transicional dentro del caso colombiano es la autoría mediata en aparatos organizados de poder”.

Adicionalmente, y de cara al caso concreto, consideró que i) el postulado ejerció como comandante del frente “William Rivas” de las A.U.C., y ii) “los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado”.

A partir de las consideraciones plasmadas en el proveído citado - y que llevaron a la Sala a modificar la providencia emitida por el Tribunal para **negar la atribución de responsabilidad al postulado con base en la figura de la responsabilidad del superior** -, la Corte afirma, en esta ocasión, que **dicha decisión no constituye un precedente en el que se haya sentado como subregla la no aplicabilidad de ese particular mecanismo de imputación al ordenamiento interno**.

De un lado, porque sin dificultad se advierte que, en esa oportunidad, esta Corporación no expuso un criterio en el sentido de que el razonamiento presentado por el Tribunal fuese equivocado - es decir, nunca afirmó que la conclusión en el sentido de que la figura de la responsabilidad del superior por omisión al ordenamiento nacional sea errada o contraria al orden jurídico -, sino que estimó que el instituto de la **autoría mediata en aparatos organizados de poder** es **“una institución penal aplicable a conflictos**

internos como el que padece nuestro territorio”.

Tal aserto, sin embargo, no implica que la **responsabilidad del superior por omisión** sea incompatible con el orden jurídico interno. Dicho de otra manera, que la autoría mediata en aparatos organizados de poder sea *“una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio”* y haya sido invocada reiteradamente por las autoridades judiciales para abordar casos de criminal organizada, de ninguna manera significa la exclusión de otras construcciones conceptuales orientadas a lograr la imputación de resultados antijurídicos, siempre que las mismas tengan fundamento normativo.

En igual sentido, que *“la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder”* es una circunstancia que - aunque cierta - en modo alguno conlleva la negación de la aplicación de otros desarrollos conceptuales y dogmáticos.

De ahí que la determinación adoptada en el caso de ML en el sentido de descartar la responsabilidad del superior por omisión no se sustentó en la existencia de obstáculos normativos o conceptuales para aplicar ese mecanismo de imputación, sino en la orientación jurisprudencial previa que privilegió la responsabilidad por cadena de mando sobre otras herramientas jurídicas de atribución de resultados.

Ello se hace particularmente evidente al constatar que ninguno de los precedentes invocados **en el auto de 26 de septiembre de 2012** para afirmar que en casos como el examinado lo *“pertinente”* es la aplicación de la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder (lo cual, se insiste, no puede asemejarse a una subregla prohibitiva respecto de otras formas de imputación), simplemente contienen consideraciones alusivas al desarrollo de aquélla y su capacidad de resolver casos como los sometidos a adjudicación en el trámite de Justicia y Paz, pero allí **no se consignó ningún razonamiento orientado a descartar la viabilidad de aplicar el instituto de la responsabilidad del superior, conforme aparece consagrada en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional**.

En segundo lugar, porque de la revisión del auto de 26 de septiembre de 2012 se observa que el

caso allí resuelto podía ser solucionado a través de la figura de la **autoría en aparatos organizados de poder**, específicamente porque *“los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado”*, de suerte que la Sala no se enfrentó a un caso en el que ese instituto resultare insuficiente para la atribución de responsabilidad penal.

En ese orden - y considerando que la vinculatoriedad de los precedentes jurisprudenciales está condicionada a la similitud fáctica y jurídica que exista entre los distintos asuntos - surge evidente que las **subreglas** sentadas por la Sala en esa providencia no tienen aplicación a eventos en los que, por el contrario, no están comprobados los elementos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, uno de ellos, que la persona investigada haya tenido participación directa en los hechos imputados, bien sea ordenándolos, promoviendo o incentivándolos, ora construyendo políticas o directrices organizacionales que lleven a su comisión.

Puesto de otra manera: de lo resuelto por la Sala en la providencia en cita puede deducirse, como **subregla**, que el instituto de la **autoría mediata en aparatos organizados de poder** es aplicable a aquellos casos en que se cumplen los requisitos para imputarle responsabilidad a una persona por medio de esa categoría, pero nada dice dicha providencia sobre los institutos jurídicos que deben o pueden aplicarse cuando tales requisitos no se encuentran satisfechos (como sucede, como en este caso y según se precisará más adelante, si la persona investigada no tomó parte activa en la comisión de los ilícitos, ni ordenándolos ni promoviendo).

De lo expuesto en precedencia se sigue que **la Sala no ha sentado un precedente** a partir del cual se deduzca una prohibición de aplicar en el orden interno la figura de la **responsabilidad del superior por omisión** al cual deba atenerse en este asunto, o del que deba apartarse motivadamente.

Efectuada la precisión anterior, **la Corte anticipa su conclusión en el sentido de que el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, que consagra la responsabilidad del superior por omisión, hace parte integrante del derecho nacional y es aplicable a este caso.**

Las razones son las que se exponen a continuación.

(i) En primer lugar, debe anotarse que el **proceso judicial de Justicia y Paz** está regulado primordialmente por la **Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012.**

Esa normatividad contiene las reglas especiales de procedimiento que se aplican en el ámbito de ese procedimiento sui generis, pero no regula de manera íntegra y absoluta todos los aspectos adjetivos del mismo, ni contiene tampoco regulación comprehensiva sobre las facetas penales sustanciales que rigen la actuación.

Por tal razón, la **Ley 975 de 2005** establece que en todo lo que allí no está previsto - en aspectos procesales -, “se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”. De igual modo, refiere, para distintos asuntos sustanciales, al Código Penal.

Uno de los puntos que carece de regulación expresa en las Leyes específicamente promulgadas para el trámite de **Justicia y Paz** es el de las formas de participación criminal y los títulos de imputación, pues aunque la Ley 975 de 2005 alude a los institutos de **“autores o partícipes”**, no los define ni precisa su contenido, por lo cual la comprensión de tales categorías está necesariamente vinculada con lo que al respecto dispone la Ley 599 de 2000.

Dicho de otra forma, para precisar y aplicar las nociones de **autoría y participación** utilizadas en el trámite especial de **Justicia y Paz, corresponde al operador jurídico acudir al Código Penal.**

Ahora bien, la Ley 599 de 2000, específicamente en los artículos 29 y 30, consagra las nociones de autor - mediato e inmediato-, coautor, cómplice, determinador, interviniente y autor por actuar por otro.

Aunque de manera explícita los citados artículos no consagran la responsabilidad de los jefes y otros superiores por omisión, tal categoría dogmática, se establece en el ordenamiento jurídico penal interno a través del **artículo 93 de la Carta Política, la regla 153 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario** como fuente formal del derecho, el **artículo 28 del Estatuto de Roma** y el **artículo 2 del Código Penal colombiano**, éste último al señalar en su tenor que **“las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren**

consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”.

Véase, así mismo, que **dichas normas y postulados sobre derechos humanos**, como se sigue de la simple lectura de los textos legales citados, no están circunscritos o limitados a constituir un criterio interpretativo que deba seguir el operador judicial, sino que se erigen en verdaderos mandatos, pues, se reitera, **hacen “parte integral” del Código Penal.**

En esa óptica, la Sala observa que **el artículo 28 del Estatuto de Roma cumple con las condiciones exigidas para ser incorporado al texto del Código Penal, porque i) se encuentra consignado en un tratado internacional que fue ratificado y aprobado por Colombia, esto último, mediante la Ley 742 de 2002, y ii) ese precepto se ocupa de “derechos humanos”,** al punto que compone, a nivel global, uno de los principales instrumentos internacionales para su protección.

Ciertamente, que **el Estatuto de Roma es un tratado sobre derechos humanos** es algo que se desprende de su mismo contenido - en cuanto está orientado a evitar la impunidad respecto de graves violaciones de aquéllos -, y que ha sido expresamente reconocido por la Corte Constitucional [...].

[...] Desde luego, no todas y cada una de las previsiones del Estatuto atañen directamente a la protección de los derechos humanos, textos éstos de carácter sustancial, pues varias de ellas se ocupan simplemente de aspectos administrativos, organizacionales, procedimentales y operativos de la Corte Penal Internacional. Pero, lo cierto, es que los preceptos atinentes a los títulos de imputación sí tienen categoría de disposiciones sustanciales y a su vez de normas internacionales de derechos humanos y es a través de ellas que se materializa la atribución de responsabilidad penal por la comisión de delitos internacionales y, por esa vía, se materializa uno de los fines últimos del Estatuto, en concreto, el de lograr la punición de los mismos y prevenir su futura realización.

Ello es particularmente cierto del modo de responsabilidad previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la del superior por mando o jefatura militar, pues por esa vía lo pretendido es reducir el margen de impunidad y hacer posible

atribuir resultados criminales que no hacen parte del plan criminal de la organización y se imputa a quienes, sin haber tomado parte material o directa en los mismos, se encontraban en una situación que les hacía exigible tomar medidas para su prevención, represión o sanción. En ese orden, el modo de responsabilidad de que trata el mencionado artículo 28 del Estatuto refleja una de las más importantes herramientas establecidas en ese instrumento para la protección de los derechos humanos.

[...] **el artículo 2° de la Ley 599 de 2000** - aplicable, como se explicó, al trámite de Justicia y Paz -, **ordena la aplicación directa de aquellas normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia, dentro de los cuales se encuentra el artículo 28 del Estatuto de Roma;** hermenéutica que, además de sustentarse en el tenor del primero precepto mencionado, refleja además el criterio de la Sala, según el cual *“al operador judicial...le compete modular la eventual aplicación de las normas internacionales”* en un caso concreto y, para tal fin, *“no es necesario que la legislación colombiana consagre un determinado instituto”*

(ii) **Las obligaciones internacionales asumidas por Colombia al ratificar y aprobar el Estatuto de Roma hacen necesaria la aplicación al orden interno de la figura de la responsabilidad del superior** por omisión a los casos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio que investiguen y juzguen las autoridades nacionales.

Ciertamente, al hacerse parte de dicho instrumento, el país reconoció que *“es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*.

[...] de negarse la posibilidad de aplicar de manera directa en el orden interno el instituto de la responsabilidad del superior, las autoridades nacionales estarían siempre y en todo caso en la imposibilidad de llevar a juicio a los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad a quienes tales conductas no puedan serles atribuidos a través de otros títulos de imputación, o lo que es igual, que Colombia se encuentra permanente e indefectiblemente imposibilitada para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, en cuanto nunca podría llevar a juicio a quienes, en el ámbito del derecho penal internacional, serían

criminallymente responsables en condición de superiores.

Puesto de otra manera, si la ratificación y aprobación del Estatuto de Roma supone para Colombia la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores y coautores mediatos e inmediatos de delitos internacionales, a sus determinadores, sus cómplices o encubridores, y a los jefes militares de estructuras armadas regulares o irregulares cuya conducta se subsuma en la descripción del artículo 28 de esa codificación, surge evidente que la única forma de honrar dicho compromiso internacional es a través de la aplicación, en el derecho vernáculo, de las categorías que permitan judicializarlos.

De negarse la aplicación de la **responsabilidad superior por omisión** a aquéllos casos en que sus elementos estructurales están configurados, el procedimiento criminal resultaría no sólo en el quebrantamiento de un deber internacional, sino también en la activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional respecto de ese asunto, específicamente, por actualizarse la hipótesis de que el Estado “no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Y es que si bien las teorías de la posición de garante y de autoría mediata en aparatos organizados de poder permite cerrar la brecha de impunidad y materializar los deberes de investigación y juzgamiento respecto de algunos casos de delitos cometidos por miembros de organizaciones ilícitas, lo cierto es que su capacidad de rendimiento es menor que la ofrecida por el instituto de la responsabilidad del superior por omisión, pues existe un espectro de situaciones fácticas que no pueden ser abordadas por aquéllas, pero sí por ésta.

En ese orden, **la interpretación según la cual el artículo 2° de la Ley 599 de 2000 incorpora al texto del Código Penal el mecanismo de imputación previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma** i) no sólo permite un mayor espectro de garantía de los derechos humanos, específicamente, el de justicia que les asiste a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, ii) sino que también se ajusta adecuadamente a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia, conforme quedó previamente explicado.

(iii) Véase, de otra parte, que la **hermenéutica propuesta por la Sala respecto del artículo 2°**

de la Ley 599 de 2000 y su consecuencia de **incorporar como precepto normativo del Código Penal la figura de la responsabilidad del superior por omisión definida en el artículo 28 del Estatuto de Roma**, encuentra adicional ratificación en las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Al efecto, téngase presente que las reglas del Derecho Internacional Humanitario - condensadas en los Convenios de Ginebra, pero también en la costumbre internacional -, no constituyen simple enunciados desiderativos, sino que “forman parte integrante del derecho consuetudinario de los pueblos o *ius cogens* y por ello las mismas presentan una fuerza vinculante internacional”. [...]

La Regla 153 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, identificada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, aplica para este caso, sin importar que el conflicto armado sea internacional o interno; dicha regla indica que “los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables”.

De ahí que, entonces, el Estado Colombiano no sólo tiene la obligación internacional de evitar la impunidad respecto de delitos internacionales, conforme quedó señalado atrás, sino también la de garantizar la efectividad de la figura de la responsabilidad del superior, específicamente en cuanto - como sucede en este asunto, en el que a ZS se le imputó el delito de acceso carnal violento en persona protegida - aquéllos se abstienen de tomar todas las medidas razonables para evitar que sus subordinados cometan crímenes de guerra o para castigar a los responsables.

Precisamente, en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional indicó que el Estatuto de Roma y la Regla 153 recién transcrita constituyen “*un mandato de adecuación de la legislación y la jurisprudencia del derecho interno*”; mandato que, en lo que al problema examinado respecta, cumplió el legislador cuando, en el **artículo 2° de la Ley 599 de 2000**, estableció que “*las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios*

internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”, y que cumple la Sala al explicitar que, en virtud de ese expreso mandato legal, la figura de la responsabilidad del superior, en los términos del artículo 28 del Estatuto de Roma, hace parte del texto mismo del referido Código.

La aludida Regla 153 sí ratifica la obligación que tienen las autoridades nacionales de perseguir penalmente a quienes, en condición de superiores, son responsables por omisión por los delitos internacionales cometidos por sus subordinados, y sustenta entonces la hermenéutica propuesta por la Sala respecto del artículo 2° de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, **la Sala reitera que, en aplicación del artículo 2° de la Ley 599 de 2000, ha de tenerse como parte integrante del Código Penal el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma.**

Desde luego, la figura de atribución de responsabilidad penal que ese precepto consagra **sólo tiene aplicación en asuntos en los que se investiga y juzga la comisión de delitos internacionales**, esto es, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión.

Ello es así, esencialmente, porque la aplicación de ese mecanismo de imputación, como quedó esbozado, está intrínsecamente asociada a la obligación que tiene el Estado de evitar la impunidad respecto de graves violaciones de derechos humanos y, además, corresponde a un instituto dogmático cuyo desarrollo y consagración se hallan asociados al consenso de la comunidad global respecto de la postura que deben asumir las naciones frente a aquéllas conductas que, por estar revestidas de especial gravedad, han sido elevadas a la categoría de punibles internacionales.

De ahí que ese específico precepto internacional - el que consagra la responsabilidad del superior militar por omisión - no imponga a los Estados ninguna obligación o responsabilidad frente a la configuración del derecho interno en lo que atañe a las respuestas legislativas contra los delitos que carecen de trascendencia internacional».

RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Se configura || RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Elementos: abstención de adopción de medidas razonables y

necesarias frente a los delitos de los subordinados || **RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN - Elementos:** dolo, en virtud del conocimiento de que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo o por cometer los delitos || **CONFLICTO ARMADO INTERNO - Violencia sexual contra la mujer en el marco del conflicto armado:** reconocimiento || **CORTE PENAL INTERNACIONAL - Estatuto de Roma:** vigencia en el ordenamiento jurídico || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Aplicación retroactiva de la Ley penal:** improcedencia || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas:** acreditación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Reparación integral:** para disponerla no resulta necesaria la condena del autor || **POSICIÓN DE GARANTE - No se configura || APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** no se configura || **AUTOR - Miembro o representante de una persona jurídica o de una persona natural:** no se configura || **ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA - Crimen de guerra || ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA - Se configura || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad:** violencia sexual, étnica y de género || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** legalización de los cargos, en segunda instancia

«[...] la Corte encuentra que los cuatros hechos de violencia sexual imputados a ZS **no le son atribuibles por posición de garantía, ni tampoco por la vía de la autoría mediata en aparatos organizados de poder o la figura del actuar por otro.**

(i) No puede sostenerse que el postulado tuviera el deber jurídico de evitar resultados antijurídicos ocasionados por sus subordinados. Ciertamente, RAZ hacía parte de una estructura armada ilícita y, en tal condición, no pesaba sobre él un mandato normativo que supusiera para él una posición de garantía formal.

Como el postulado no era el comandante una fuerza armada regular sino de un ejército ilícito, de él no era predicable un deber legal o constitucional de evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos constituyo de posición de garantía por organización institucional.

Tampoco por virtud de la organización por injerencia puede atribuirse a RZ una posición de garantía que le hiciera exigible evitar los casos de violencia sexual ejecutados por militantes del Bloque que dirigía, pues aquélla sólo se consolida

ante la creación de un riesgo próximo para el bien jurídico. Aunque la estructuración de una organización ilícita con planes de control territorial y lucha antisubversiva entraña la creación de ciertos riesgos jurídicamente desaprobados, de ese hecho no se desprende un peligro cercano para la formación, libertad e integridad sexuales, menos por cuanto los estatutos del Bloque al que perteneció el procesado, según se demostró en la actuación, prohibían a los combatientes tomar parte en conductas lesivas de ese interés protegido.

(ii) El instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder tampoco permite responsabilizar a RZS por esos hechos, porque la violencia sexual no hacía parte del ideario delictivo del Bloque que él dirigía - de hecho, estaba estatutariamente prohibida, según se demostró - y las pruebas descartan que los cuatro delitos imputados hubiesen sido ejecutados por órdenes suyas.

(iii) Los delitos sexuales imputados a ZS no fueron cometidos por él en condición de representante de hecho o de derecho de los autores materiales de los mismos, ni tales conductas están tipificadas como delitos especiales en los que sus elementos estructurales estén disociados entre los perpetradores y su representante jurídico. La figura del actuar por otro, en consecuencia, resulta en todo inaplicable a este asunto y no puede utilizarse para solucionarlo.

Visto lo anterior, entonces, **la Sala examinará el caso con fundamento en la responsabilidad del superior por omisión de que trata el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma**, en los términos en que fue precisada anteriormente.

A tal fin, se hace necesario anotar, en primer lugar, que ZS ejerció, entre 1996 y marzo de 1999, como responsable financiero y logístico del Bloque Pacífico - Héroes del Chocó y, desde marzo de 1999 hasta su desmovilización, producida en diciembre de 2004, como comandante militar de esa organización [...].

[...]

Ahora bien, recuérdese que los cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento en persona protegida imputados a ZS cuya legalización reclama la Fiscalía ocurrieron en marzo de 1998, marzo de 2001 y, dos de ellos, en octubre de 2004.

(i) En relación con el hecho sucedido en marzo de 1998 de que fue víctima E.G.P.P., la Corte advierte que no es posible atribuirle responsabilidad penal a RAZS por su comisión.

Ciertamente, para esa época no se había ratificado el Estatuto de Roma ni, como es obvio, había entrado en vigencia la reglamentación sustantiva, lo cual sucedió el 1° de julio de 2002. Para ese momento tampoco había sido promulgada la Ley 599 de 2000, cuyo articulado contiene el precepto normativo que autoriza la aplicación directa del literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma.

Debe desde ya precisarse que por razón de la reserva que hizo Colombia al tratado de Roma, las disposiciones procedimentales que regulan la competencia de la Fiscalía para investigar, solo en esta materia tales mandatos entraron en vigor el primero de noviembre de 2012, pero el tema sustantivo relacionado con el literal A del artículo 28 del Estatuto de Roma entró en vigencia el primero de julio del año 2002.

En esas condiciones, imputarle a ZS el hecho acaecido en marzo de 1998 comportaría una violación de sus garantías fundamentales y, específicamente, del debido proceso, en cuanto ello conllevaría **la aplicación retroactiva de la Ley penal en perjuicio suyo**.

En consecuencia, este cargo concreto no será legalizado.

A pesar de ello, se mantendrá la decisión del a quo en cuanto resolvió indemnizar a la víctima del hecho, atendiendo a que (i) la víctima está identificada, (ii) la materialidad de la conducta de acceso carnal violento se acreditó y (iii) está probado que los victimarios del hecho punible hacían parte de la estructura paramilitar.

Ciertamente, y aunque uno de los apoderados de víctima que recurrió la sentencia de primer grado adujo que no es posible ordenar la reparación por un hecho delictivo cuyo autor no ha sido condenado, la Sala observa, inicialmente, que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, **“la condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible”**. Idéntica disposición contiene el artículo 5° de la Ley 975 de 2005.

De otro lado, y si bien es cierto que de acuerdo con el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas tienen derecho a *“una pronta*

e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito”, también lo es que la Corte Constitucional, en sentencia C - 575 de 2006, estableció que *“todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron”*, de lo cual se sigue como conclusión clara que **no resulta necesaria la condena para efectos de disponer la reparación.**

Por su parte, el artículo 42 *ibídem* prevé que *“cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexos causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”*; norma que fue derogada por el artículo 41 de la Ley 1592 de 2012, pero que recobró vigencia con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de este último dispuesta en sentencia C - 286 de 2014, en la que expresamente se expresó su reviviscencia.

(ii) Tampoco respecto del hecho sucedido en abril de 2001 en perjuicio de L.P.P. es posible legalizar los cargos contra ZS, pues aunque para ese momento ya había sido promulgada la Ley 599 de 2000, sus efectos sólo empezaron a producirse el 24 de julio de 2001. Adicionalmente, en ese momento no había empezado a regir la parte sustantiva del Estatuto de Roma, de suerte que, en síntesis, para la fecha en que ocurrió ese delito **no existía la norma que permitiría responsabilizar al postulado por su comisión.**

Sin perjuicio de ello, también respecto de este caso se mantendrán las medidas de reparación ordenadas por el a quo, por las mismas razones expuestas en precedencia.

(iii) Distinto sucede con los hechos acaecidos en octubre de 2004, de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R., frente a los cuales RAZS **tiene responsabilidad como superior militar de los autores materiales.**

(a) Es indudable que, para el momento en que esos delitos sucedieron, el postulado ejercía como comandante militar del Bloque, función que le

fue asignada explícita y formalmente con ocasión de la reestructuración de esa organización producida a principios de 2002. Este hecho aparece comprobado no sólo a partir de las labores de georreferenciación y dilucidación de la estructura armada allegadas por la Fiscalía, sino también de la propia admisión que de tal circunstancia hizo el propio ZS en el curso del proceso.

(b) La ocurrencia de los dos delitos no ofrece controversia, y tampoco se discute que en uno y otro intervinieron miembros del Bloque que para entonces comandaba RZ - incluso, en el hecho del que fue víctima M.L.P.R. participó un comandante del Bloque conocido como Raúl o “La Móvil” -, conforme lo tuvo por probado el a quo y no fue objeto de inconformidad de ninguna de las partes o intervinientes.

La imputación jurídica por esos dos hechos fue efectuada con base en el tipo penal de que trata el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, que define el delito de **acceso carnal violento en persona protegida**, así:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esas conductas punibles, tanto por sus aristas fácticas en el caso concreto como por la denominación jurídica que le otorgó el legislador, corresponde a lo que, en el artículo 8° del Estatuto de Roma, está consagrado como un **crimen de guerra** [...].

[...] e) *Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional [...].*

[...] vi) *Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.*

Los elementos estructurales de ese delito en el marco del derecho penal internacional aparecen señalados con mayor riqueza en los elementos de los crímenes - que hacen parte integrante del Estatuto -, así:

“Artículo 8 2) e) vi)-1 Crimen de guerra de violación.

Elementos.

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.”

Véase, en tal sentido, que (a) la definición de “violación” ofrecida en el numeral 1° del precepto recién transcrito coincide sustancialmente con la que del concepto de “acceso carnal” contiene el artículo 212 de la Ley 599 de 2000, según la cual “se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”; (b) el elemento de violencia definido en el instrumento internacional es consistente con el que, en el derecho colombiano, permite calificar el acceso carnal como violento; (c) los hechos de violencia sexual imputados a ZS ocurrieron en el curso de un conflicto armado no internacional, según es ampliamente conocido y reconocido por diferentes estamentos académicos y estatales; (d) resulta imposible que los perpetradores materiales de los accesos carnales violentos, en tanto eran combatientes de una fuerza armada, desconocieran la existencia del conflicto armado.

(c) Las pruebas aportadas por la Fiscalía demuestran que ZS, además de fungir formalmente como comandante militar del Bloque, ejercía sobre sus fuerzas **mando y control efectivo**, de modo que contaba con la

capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos.

Ciertamente, el nombrado reconoció ser el encargado de la dirección y supervisión de la organización, por lo que en él recaían las facultades de ordenar operaciones, movimientos de tropas y hostilidades, así como las de reubicar personal, desplazarlo y sancionarlo. [...]

[...] la potestad disciplinaria que tenía ZS sobre los hombres a su mando - y que ratifica el control efectivo que ostentaba sobre su conducta - queda constatado a partir del relato que ofreció, en el cual evocó un evento en que sancionó con pena de muerte a uno de sus subordinados.

Esos hechos, todos admitidos por el propio postulado, ponen de presente que su condición de comandante militar del Bloque para la época de los hechos no estaba limitada a una designación simplemente formal, sino que las órdenes que impartía en ejercicio de su cargo eran efectivamente acatadas por los combatientes, al punto de poder disponer sobre la vida de ellos como consecuencia de la imposición de una sanción por las conductas que ejecutaban.

[...] ZS **no tomó medidas para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de acceso carnal violento que le fueron imputados** es algo que no es controvertido, y que aquél reconoció abiertamente en el curso del proceso. Reconoció que confió en alias “[...]”, un subordinado suyo, para que vigilara a las tropas, como también que no realizó ningún acto positivo para evitar la ocurrencia de conductas de esa naturaleza, al punto que afirmó que “(le) faltó tener más control de esos grupos”.

(e) El Tribunal tuvo por demostrados todos los elementos de la **responsabilidad del superior** atrás referidos, pero concluyó que el comportamiento omisivo de RAZ fue negligente, no doloso, y, como “*el delito de acceso carnal violento en persona protegida no consagra la modalidad culposa, ni puede sancionarse a título de culpa*”, no es posible atribuirle responsabilidad por los hechos imputados.

La Sala estima, en contrario, que en la actuación obra información permisiva de colegir razonablemente que el postulado **estaba al tanto** de la recurrente ocurrencia de casos de violencia sexual cometidos por miembros del Bloque que comandaba y que, a pesar de ello, resolvió abstenerse de tomar medidas para prevenirlos o

reprimirlos, de suerte que su comportamiento cae en el ámbito del **dolo**.

Digase, en primer lugar, que si bien a ZS sólo le fueron imputados cuatro delitos sexuales (porque sólo esos confesó “por línea de mando”), la Fiscalía, en el curso del proceso, presentó un total de 30 casos atribuibles al Bloque Pacífico - Héroes del Chocó, y fue a partir de ese grupo de hechos que, en el caso concreto, el ente acusador elaboró los patrones de macrocriminalidad que fueron objeto de análisis en el fallo de primer grado. En ese orden, aun cuando la posible responsabilidad penal del postulado está circunscrita únicamente a los hechos por los que se le formuló imputación, todo el universo fáctico subyacente al **patrón de violencia sexual** es susceptible de apreciación a efectos de establecer, inferencial o evidenciarmente, el elemento subjetivo del comportamiento omisivo atribuido a ZS.

Dicho lo anterior, y de acuerdo con el patrón de macrocriminalidad develado en este asunto acogido por el Tribunal, se tiene que (a) varias de las víctimas dijeron haber reportado a los comandantes del Bloque los hechos de violencia sexual que padecieron ; (b) algunos hechos tuvieron ocurrencia en campamentos de las Autodefensas ; (c) varios casos de violencia sexual fueron ejecutados por comandantes de la organización armada (como sucedió incluso con uno de los imputados a ZS), al punto que los superiores ordenaban a sus subalternos sustraer a las víctimas de sus residencias para llevarlas a “*donde el patrón*”; (d) algunos de los hechos sucedieron de manera pública, en presencia de un número significativo de miembros del grupo armado, como lo relataron A.D.M.M., P.V.M. y L.P.P., quienes dieron cuenta de agresiones sexuales sucedidas frente a centenares de combatientes, y; (e) no se trató de conductas aisladas en el tiempo, sino recurrentes y prolongadas, que ocurrieron reiteradamente entre los años 1997 y 2004 .

Precisamente por lo anterior, el fallo de primera instancia tuvo por demostrado que “*la violencia sexual contra las mujeres no sólo era cometida por patrulleros u hombres de bajo rango, ni a cubierto o a espaldas de sus comandantes, sino también por éstos o con su conocimiento y aprobación o beneplácito, expreso o tácito*”.

De lo anterior se deduce razonablemente que RAZS, en condición **de comandante militar** del Bloque, necesariamente debía estar enterado de

las frecuentes agresiones sexuales infligidas por hombres bajo su mando a las pobladoras de las regiones que controlaba; así lo indican la naturaleza masiva del fenómeno, su repetitividad en el tiempo, las condiciones modales y espaciales en que las violaciones ocurrían, la utilización de instalaciones paramilitares para su ejecución, la intervención de cabecillas de la organización en su comisión y las quejas presentadas ante estos por las ofendidas, además de haber aceptado la responsabilidad por tales conductas.

[...] la Sala estima evidente que, de haber obrado activamente mediante la toma de **medidas razonables para prevenir los casos de violencia sexual**, ZS hubiese podido evitar - o cuando menos disminuir el riesgo de su comisión - los delitos de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R. Esa conclusión se desprende no sólo de la verificación de que las órdenes que aquél impartía eran efectivamente acatadas por sus subalternos, sino también de que esas dos conductas punibles sucedieron en el año 2004, es decir, cuando ya durante varios años se venían produciendo agresiones sexuales contra las pobladoras de la región, y aproximadamente tres años después de que el postulado asumiera como comandante militar del grupo.

Ello revela que la adopción de medidas preventivas y represivas a cargo de ZS habría podido prevenir estos delitos o reducir significativamente la probabilidad de su ocurrencia, pues para entonces habría podido construir una cultura de respeto por el derecho internacional humanitario entre la tropa, o haber sancionado o removido de la estructura a quienes previamente se habían visto involucrados en casos de violencia sexual.

Así las cosas, **satisfechos los elementos estructurales de la responsabilidad del jefe militar por omisión** previstos en el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, la Sala **legalizará los cargos de acceso carnal violento en persona protegida** elevados contra RAZS, respecto de los hechos cometidos en perjuicio de C.A.G.A. y M.L.P.R. (hechos 145 y 212), de acuerdo con el artículo 138 del Código Penal, y lo condenará por los mismos a título de jefe militar, en concurso homogéneo». «[...] la Corte encuentra que los cuatros hechos de violencia sexual imputados a ZS **no le son atribuibles por posición de garantía, ni tampoco por la vía de**

la autoría mediata en aparatos organizados de poder o la figura del actuar por otro.

(i) No puede sostenerse que el postulado tuviera el deber jurídico de evitar resultados antijurídicos ocasionados por sus subordinados. Ciertamente, RAZ hacía parte de una estructura armada ilícita y, en tal condición, no pesaba sobre él un mandato normativo que supusiera para él una posición de garantía formal.

Como el postulado no era el comandante una fuerza armada regular sino de un ejército ilícito, de él no era predicable un deber legal o constitucional de evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos constituyo de posición de garantía por organización institucional.

Tampoco por virtud de la organización por injerencia puede atribuirse a RZ una posición de garantía que le hiciera exigible evitar los casos de violencia sexual ejecutados por militantes del Bloque que dirigía, pues aquélla sólo se consolida ante la creación de un riesgo próximo para el bien jurídico. Aunque la estructuración de una organización ilícita con planes de control territorial y lucha antisubersiva entraña la creación de ciertos riesgos jurídicamente desaprobados, de ese hecho no se desprende un peligro cercano para la formación, libertad e integridad sexuales, menos por cuanto los estatutos del Bloque al que perteneció el procesado, según se demostró en la actuación, prohibían a los combatientes tomar parte en conductas lesivas de ese interés protegido.

(ii) El instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder tampoco permite responsabilizar a RZS por esos hechos, porque la violencia sexual no hacía parte del ideario delictivo del Bloque que él dirigía - de hecho, estaba estatutariamente prohibida, según se demostró - y las pruebas descartan que los cuatro delitos imputados hubiesen sido ejecutados por órdenes suyas.

(iii) Los delitos sexuales imputados a ZS no fueron cometidos por él en condición de representante de hecho o de derecho de los autores materiales de los mismos, ni tales conductas están tipificadas como delitos especiales en los que sus elementos estructurales estén disociados entre los perpetradores y su representante jurídico. La figura del actuar por otro, en consecuencia, resulta en todo inaplicable a este asunto y no puede utilizarse para solucionarlo.

Visto lo anterior, entonces, **la Sala examinará el caso con fundamento en la responsabilidad del superior por omisión de que trata el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma**, en los términos en que fue precisada anteriormente.

A tal fin, se hace necesario anotar, en primer lugar, que ZS ejerció, entre 1996 y marzo de 1999, como responsable financiero y logístico del Bloque Pacífico - Héroe del Chocó y, desde marzo de 1999 hasta su desmovilización, producida en diciembre de 2004, como comandante militar de esa organización [...].

[...]

Ahora bien, recuérdese que los cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento en persona protegida imputados a ZS cuya legalización reclama la Fiscalía ocurrieron en marzo de 1998, marzo de 2001 y, dos de ellos, en octubre de 2004.

(i) En relación con el hecho sucedido en marzo de 1998 de que fue víctima E.G.P.P., la Corte advierte que no es posible atribuirle responsabilidad penal a RAZS por su comisión.

Ciertamente, para esa época no se había ratificado el Estatuto de Roma ni, como es obvio, había entrado en vigencia la reglamentación sustantiva, lo cual sucedió el 1° de julio de 2002. Para ese momento tampoco había sido promulgada la Ley 599 de 2000, cuyo articulado contiene el precepto normativo que autoriza la aplicación directa del literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma.

Debe desde ya precisarse que por razón de la reserva que hizo Colombia al tratado de Roma, las disposiciones procedimentales que regulan la competencia de la Fiscalía para investigar, solo en esta materia tales mandatos entraron en vigor el primero de noviembre de 2012, pero el tema sustantivo relacionado con el literal A del artículo 28 del Estatuto de Roma entró en vigencia el primero de julio del año 2002.

En esas condiciones, imputarle a ZS el hecho acaecido en marzo de 1998 comportaría una violación de sus garantías fundamentales y, específicamente, del debido proceso, en cuanto ello conllevaría **la aplicación retroactiva de la Ley penal en perjuicio suyo**.

En consecuencia, este cargo concreto no será legalizado.

A pesar de ello, se mantendrá la decisión del a quo en cuanto resolvió indemnizar a la víctima del hecho, atendiendo a que (i) la víctima está identificada, (ii) la materialidad de la conducta de acceso carnal violento se acreditó y (iii) está probado que los victimarios del hecho punible hacían parte de la estructura paramilitar.

Ciertamente, y aunque uno de los apoderados de víctima que recurrió la sentencia de primer grado adujo que no es posible ordenar la reparación por un hecho delictivo cuyo autor no ha sido condenado, la Sala observa, inicialmente, que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, **“la condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible”**. Idéntica disposición contiene el artículo 5° de la Ley 975 de 2005.

De otro lado, y si bien es cierto que de acuerdo con el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas tienen derecho a *“una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito”*, también lo es que la Corte Constitucional, en sentencia C - 575 de 2006, estableció que *“todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron”*, de lo cual se sigue como conclusión clara que **no resulta necesaria la condena para efectos de disponer la reparación**.

Por su parte, el artículo 42 ibídem prevé que *“cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexos causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”*; norma que fue derogada por el artículo 41 de la Ley 1592 de 2012, pero que recobró vigencia con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de este último dispuesta en sentencia C - 286 de 2014, en la que expresamente se expresó su reviviscencia.

(ii) Tampoco respecto del hecho sucedido en abril de 2001 en perjuicio de L.P.P. es posible legalizar los cargos contra ZS, pues aunque para ese

momento ya había sido promulgada la Ley 599 de 2000, sus efectos sólo empezaron a producirse el 24 de julio de 2001. Adicionalmente, en ese momento no había empezado a regir la parte sustantiva del Estatuto de Roma, de suerte que, en síntesis, para la fecha en que ocurrió ese delito **no existía la norma que permitiría responsabilizar al postulado por su comisión**.

Sin perjuicio de ello, también respecto de este caso se mantendrán las medidas de reparación ordenadas por el a quo, por las mismas razones expuestas en precedencia.

(iii) Distinto sucede con los hechos acaecidos en octubre de 2004, de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R., frente a los cuales RAZS **tiene responsabilidad como superior militar de los autores materiales**.

(a) Es indudable que, para el momento en que esos delitos sucedieron, el postulado ejercía como comandante militar del Bloque, función que le fue asignada explícita y formalmente con ocasión de la reestructuración de esa organización producida a principios de 2002. Este hecho aparece comprobado no sólo a partir de las labores de georreferenciación y dilucidación de la estructura armada allegadas por la Fiscalía, sino también de la propia admisión que de tal circunstancia hizo el propio ZS en el curso del proceso.

(b) La ocurrencia de los dos delitos no ofrece controversia, y tampoco se discute que en uno y otro intervinieron miembros del Bloque que para entonces comandaba RZ - incluso, en el hecho del que fue víctima M.L.P.R. participó un comandante del Bloque conocido como Raúl o “La Móvil” -, conforme lo tuvo por probado el a quo y no fue objeto de inconformidad de ninguna de las partes o intervinientes.

La imputación jurídica por esos dos hechos fue efectuada con base en el tipo penal de que trata el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, que define el delito de **acceso carnal violento en persona protegida**, así:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esas conductas punibles, tanto por sus aristas fácticas en el caso concreto como por la

denominación jurídica que le otorgó el legislador, corresponde a lo que, en el artículo 8° del Estatuto de Roma, está consagrado como un **crimen de guerra** [...].

[...] e) *Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional* [...].

[...] vi) *Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.*

Los elementos estructurales de ese delito en el marco del derecho penal internacional aparecen señalados con mayor riqueza en los elementos de los crímenes - que hacen parte integrante del Estatuto -, así:

*“Artículo 8 2) e) vi)-1 Crimen de guerra de violación.
Elementos.*

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.”

Véase, en tal sentido, que (a) la definición de “violación” ofrecida en el numeral 1° del precepto recién transcrito coincide sustancialmente con la que del concepto de “acceso carnal” contiene el artículo 212 de la Ley 599 de 2000, según la cual “se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así

como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”; (b) el elemento de violencia definido en el instrumento internacional es consistente con el que, en el derecho colombiano, permite calificar el acceso carnal como violento; (c) los hechos de violencia sexual imputados a ZS ocurrieron en el curso de un conflicto armado no internacional, según es ampliamente conocido y reconocido por diferentes estamentos académicos y estatales; (d) resulta imposible que los perpetradores materiales de los accesos carnales violentos, en tanto eran combatientes de una fuerza armada, desconocieran la existencia del conflicto armado.

(c) Las pruebas aportadas por la Fiscalía demuestran que ZS, además de fungir formalmente como comandante militar del Bloque, ejercía sobre sus fuerzas **mando y control efectivo**, de modo que contaba con la capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos.

Ciertamente, el nombrado reconoció ser el encargado de la dirección y supervisión de la organización, por lo que en él recaían las facultades de ordenar operaciones, movimientos de tropas y hostilidades, así como las de reubicar personal, desplazarlo y sancionarlo. [...]

[...] la potestad disciplinaria que tenía ZS sobre los hombres a su mando - y que ratifica el control efectivo que ostentaba sobre su conducta - queda constatado a partir del relato que ofreció, en el cual evocó un evento en que sancionó con pena de muerte a uno de sus subordinados.

Esos hechos, todos admitidos por el propio postulado, ponen de presente que su condición de comandante militar del Bloque para la época de los hechos no estaba limitada a una designación simplemente formal, sino que las órdenes que impartía en ejercicio de su cargo eran efectivamente acatadas por los combatientes, al punto de poder disponer sobre la vida de ellos como consecuencia de la imposición de una sanción por las conductas que ejecutaban.

[...] ZS **no tomó medidas para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de acceso carnal violento que le fueron imputados** es algo que no es controvertido, y que aquél reconoció abiertamente en el curso del proceso. Reconoció que confió en alias “[...]”, un subordinado suyo, para que vigilara a las tropas, como también que no realizó ningún acto positivo

para evitar la ocurrencia de conductas de esa naturaleza, al punto que afirmó que *“(le) faltó tener más control de esos grupos”*.

(e) El Tribunal tuvo por demostrados todos los elementos de la **responsabilidad del superior** atrás referidos, pero concluyó que el comportamiento omisivo de RAZ fue negligente, no doloso, y, como *“el delito de acceso carnal violento en persona protegida no consagra la modalidad culposa, ni puede sancionarse a título de culpa”*, no es posible atribuirle responsabilidad por los hechos imputados.

La Sala estima, en contrario, que en la actuación obra información permisiva de colegir razonablemente que el postulado **estaba al tanto** de la recurrente ocurrencia de casos de violencia sexual cometidos por miembros del Bloque que comandaba y que, a pesar de ello, resolvió abstenerse de tomar medidas para prevenirlos o reprimirlos, de suerte que su comportamiento cae en el ámbito del **dolo**.

Digase, en primer lugar, que si bien a ZS sólo le fueron imputados cuatro delitos sexuales (porque sólo esos confesó “por línea de mando”), la Fiscalía, en el curso del proceso, presentó un total de 30 casos atribuibles al Bloque Pacífico - Héroes del Chocó, y fue a partir de ese grupo de hechos que, en el caso concreto, el ente acusador elaboró los patrones de macrocriminalidad que fueron objeto de análisis en el fallo de primer grado. En ese orden, aun cuando la posible responsabilidad penal del postulado está circunscrita únicamente a los hechos por los que se le formuló imputación, todo el universo fáctico subyacente al **patrón de violencia sexual** es susceptible de apreciación a efectos de establecer, inferencial o evidenciarmente, el elemento subjetivo del comportamiento omisivo atribuido a ZS.

Dicho lo anterior, y de acuerdo con el patrón de macrocriminalidad develado en este asunto acogido por el Tribunal, se tiene que (a) varias de las víctimas dijeron haber reportado a los comandantes del Bloque los hechos de violencia sexual que padecieron ; (b) algunos hechos tuvieron ocurrencia en campamentos de las Autodefensas ; (c) varios casos de violencia sexual fueron ejecutados por comandantes de la organización armada (como sucedió incluso con uno de los imputados a ZS), al punto que los superiores ordenaban a sus subalternos sustraer a las víctimas de sus residencias para llevarlas a *“donde el patrón”*; (d) algunos de los hechos

sucedieron de manera pública, en presencia de un número significativo de miembros del grupo armado, como lo relataron A.D.M.M., P.V.M. y L.P.P., quienes dieron cuenta de agresiones sexuales sucedidas frente a centenares de combatientes, y; (e) no se trató de conductas aisladas en el tiempo, sino recurrentes y prolongadas, que ocurrieron reiteradamente entre los años 1997 y 2004 .

Precisamente por lo anterior, el fallo de primera instancia tuvo por demostrado que *“la violencia sexual contra las mujeres no sólo era cometida por patrulleros u hombres de bajo rango, ni a cubierto o a espaldas de sus comandantes, sino también por éstos o con su conocimiento y aprobación o beneplácito, expreso o tácito”*.

De lo anterior se deduce razonablemente que RAZS, en condición **de comandante militar** del Bloque, necesariamente debía estar enterado de las frecuentes agresiones sexuales infligidas por hombres bajo su mando a las pobladoras de las regiones que controlaba; así lo indican la naturaleza masiva del fenómeno, su repetitividad en el tiempo, las condiciones modales y espaciales en que las violaciones ocurrían, la utilización de instalaciones paramilitares para su ejecución, la intervención de cabecillas de la organización en su comisión y las quejas presentadas ante estos por las ofendidas, además de haber aceptado la responsabilidad por tales conductas.

[...] la Sala estima evidente que, de haber obrado activamente mediante la toma de **medidas razonables para prevenir los casos de violencia sexual**, ZS hubiese podido evitar - o cuando menos disminuir el riesgo de su comisión - los delitos de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R. Esa conclusión se desprende no sólo de la verificación de que las órdenes que aquél impartía eran efectivamente acatadas por sus subalternos, sino también de que esas dos conductas punibles sucedieron en el año 2004, es decir, cuando ya durante varios años se venían produciendo agresiones sexuales contra las pobladoras de la región, y aproximadamente tres años después de que el postulado asumiera como comandante militar del grupo.

Ello revela que la adopción de medidas preventivas y represivas a cargo de ZS habría podido prevenir estos delitos o reducir significativamente la probabilidad de su ocurrencia, pues para entonces habría podido construir una cultura de respeto por el derecho

internacional humanitario entre la tropa, o haber sancionado o removido de la estructura a quienes previamente se habían visto involucrados en casos de violencia sexual.

Así las cosas, **satisfechos los elementos estructurales de la responsabilidad del jefe militar por omisión** previstos en el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, la Sala **legalizará los cargos de acceso carnal violento**

en persona protegida elevados contra RAZS, respecto de los hechos cometidos en perjuicio de C.A.G.A. y M.L.P.R. (hechos 145 y 212), de acuerdo con el artículo 138 del Código Penal, y lo condenará por los mismos a título de jefe militar, en concurso homogéneo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS EN CASOS DE FLAGRANCIA

Las rebajas conferidas por la Ley 1826 de 2017 no aplican por favorabilidad para delitos distintos de los enlistados en el procedimiento especial abreviado

Para fundar la inadmisión de la demanda de casación, la Corte estimó indispensable unificar la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de precisar que la aplicación por *favorabilidad* de las rebajas punitivas de la Ley 1826 de 2017, respecto de la *aceptación de cargos* en casos de *flagrancia*, sólo es dable cuando se proceda por los delitos de menor entidad expresamente previstos en la referida normatividad, regulatoria del procedimiento especial abreviado. En estas condiciones, considero que en el caso analizado no resultaba dable el descuento punitivo incoado por el actor, al soportarse la admisión de responsabilidad en el tipo penal de *porte ilegal de armas de fuego*.

AP5266-2018 (52535) del 5/12/18

M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACIÓN - Finalidades: unificación de la jurisprudencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** aceptación o allanamiento a cargos, flagrancia, favorabilidad || **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No es aplicable cuando los supuestos de hecho de las normas derogada y vigente o coexistentes no son equiparables en estricto sentido**

«... por ser éste un caso de allanamiento a cargos, reglado por el artículo 57 de las Ley 1453 de

2011, la Corte encuentra oportuno e ineludible, en cumplimiento de la labor pedagógica y de unificación de la jurisprudencia que le está atribuida, tratar el tema relacionado con la procedencia de dar aplicación a disposiciones de **Ley 1826 del 12 de enero de 2017**, publicada en el Diario Oficial No. 50.114, a través de la cual el Congreso de la República **“establece un procedimiento penal especial abreviado y... regula la figura del acusador privado”**; esto con el propósito de **armonizar los criterios de la Sala**, en concreto respecto del **monto de las rebajas de pena por aceptación de cargos, en casos de captura en flagrancia**, modificados por la nueva ley.

En relación con ese tópico, en la sentencia **CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989**, en la que la Corte casó parcial y oficiosamente el fallo de instancia, en el sentido de modificar la pena principal impuesta al procesado que se allanó a cargos por el delito de hurto calificado y agravado, así razonó:

“El 6 de julio de 2017, es decir, con posterioridad a los hechos, pero con anterioridad a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia, entró en vigor la Ley 1826 de 2017... [en la que] fueron modificados varios artículos del Código de Procedimiento Penal y se le adicionó a éste el Libro VII, sobre “Procedimiento especial abreviado y acusación privada”, conformado por los artículos 534 a 564.

El procedimiento especial abreviado en mención se aplica a las conductas punibles que requieren querrela para el inicio de la acción penal y a los delitos que se enlistan en el numeral 2° del artículo 534 del C. de P. P., entre los que se encuentran: “(...) hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240), hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales del 1 al 10), (...)”, es decir, la conducta punible por la que se procede en el presente caso.

(...)

En resumen, la Ley 1826, para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, contiene **un tratamiento punitivo más favorable por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la Ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la pena)**. Por consiguiente, al cumplirse los presupuestos de operatividad del principio de favorabilidad de la ley penal, en el presente caso debe aplicarse de preferencia y con retroactividad, lo dispuesto por la normatividad de 2017. (Negrillas fuera de texto).”

Posteriormente, en **sentencia de tutela CSJSTP, 30 oct. 2018, rad. 101.262**, en la demanda interpuesta contra un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que negaron la reducción de la pena impuesta al procesado, tras el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al considerar improcedente la aplicación favorable de la Ley 1826 de 2017, la Corte, después de agotar el examen sobre los presupuestos de procedibilidad del mecanismo constitucional contra decisiones judiciales, concluyó que en ese caso no estaban colmados, y agregó:

“No obstante, en gracia de discusión, no se advierte la existencia de una vía de hecho, dado que el Tribunal fue claro en su decisión al indicar que, en el caso, del demandante, no podría aplicarse favorablemente el artículo 539 de la Ley 906, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017...”

(...)

Es razonable esta decisión por cuanto, la misma norma establece sus parámetros de aplicación, esto es, procede para las conductas punibles enlistadas en el artículo 534 del C.P.P., adicionado por el 10 de la Ley 1826 de 2017, dentro de las cuales no se encuentra el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del C.P.).”

Por último, en la **sentencia de tutela CSJSTP, 31 oct. 2018, rad. 10.1256**, por virtud de una demanda cuyo tema es análogo al definido en el caso inmediatamente antes referido, como quiera

que además la conducta imputada era la prevista en el artículo 366 del Código Penal, la Sala consideró procedente el amparo invocado, con fundamento en los siguientes motivos:

“(...) debe recordarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para que se pueda aplicar el principio de favorabilidad deben concurrir: i) sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra.

De acuerdo con lo anterior, las autoridades judiciales cognoscentes del asunto efectuaron una **errónea interpretación del parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, de que trata el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017**, con desconocimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 6° del Código Penal, pues consideraron que la rebaja de pena por aceptación de cargos allí prevista, solo procede en los casos de flagrancia de los delitos enlistados en el artículo 534 de la misma Ley 906, lo cual no es acertado.

Y a tal conclusión se arriba, teniendo en cuenta que ya la Sala de Casación Penal de esta Corporación se pronunció sobre ese aspecto en particular, en decisión SP1763-2018 del 23 de mayo de 2018, proferida dentro del Radicado No. 51989...

(...)

Contrastando el contenido de este precedente con las decisiones adoptadas por el Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa misma ciudad, refulge evidente que las autoridades judiciales accionadas efectuaron una interpretación equivocada de los alcances del parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, por cuanto, aunque el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos por el cual fue condenado..., no se encuentra dentro de las conductas punibles señalada en el artículo 534 de la misma codificación, sí se trata en el sub lite de un caso de captura en flagrancia, tal y como se da cuenta en los documentos aportados al plenario.”

[...] “Por consiguiente, la rebaja deprecada por el aquí accionante, en aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, resulta

procedente y por lo tanto su pretensión en sede de tutela está llamada a prosperar.”

Los pronunciamientos citados antes, conforme se anticipó, evidencian la necesidad de abordar desde una **perspectiva unificadora** el problema jurídico relacionado con la **posibilidad de dar aplicación a las rebajas que por aceptación de cargos** se prevén en el artículo 539 de la Ley 906 de 2004, que fue adicionado mediante el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017.

A fin de consolidar el criterio que mejor convenga a una hermenéutica respetuosa del principio de legalidad y de valores afines que buscan la realización de la igualdad ante la ley y la vigencia del orden justo, la Corte recuerda que el postulado de la **favorabilidad en materia penal** está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, con el siguiente dictado: *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”*

Así mismo, el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, establece que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

Por su parte, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, preceptúa que *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

De esos perentorios mandatos queda claro que en materia penal la aplicación de la ley favorable, aun cuando sea posterior, no puede ser restringida. No obstante, es igualmente sabido que el principio al cual se alude no se encuentra fincado en la existencia de **dos normas** que disciplinando la misma materia, le dan un tratamiento disímil, con consecuencias jurídicas distintas, sino que su operatividad depende de

que la **sucesión, tránsito o coexistencia de leyes** con repercusión sustancial, que, además, han regido entre el momento de la ocurrencia del hecho y durante el trámite del proceso, hasta que se le pone fin con una decisión definitiva, una de ellas se ofrezca más o menos restrictiva que la otra.

Dicho en otros términos, habitualmente del **principio de favorabilidad** se trata cuando surge la *“necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, [porque]... un hecho [ha tenido] nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos”*.

Se reitera que, por igual se puede presentar el conflicto entre **normas coexistentes**, como lo ha reiterado la jurisprudencia (CSJAP, 16 jun. 2006, rad. 19215, CSJSP, 11 nov. 2008, rad. 24663, entre muchos otros), al confrontar algunas situaciones análogas, reguladas de manera distinta en la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000, pero frente a supuestos de hecho equivalentes [...].

[...] Lo indicado hasta ahora permite concluir que el principio de favorabilidad tiene su específica aplicación frente al conflicto que surge cuando dos o más normas regulan de manera distinta supuestos fácticos asimilables, derivando consecuencias jurídicas distintas, en cuanto alguna supone mayor restricción en tanto que la otra reporta beneficios, sin pueda identificarse ningún criterio de razonable diferenciación.

En consecuencia, **la favorabilidad de la ley no se predica cuando los asuntos o supuestos de hecho regulados por las normas derogada y vigente o por las coexistentes en el tiempo, no son equiparables en estricto sentido** y el propio legislador, en ejercicio de la potestad de configuración, razonablemente ha determinado el criterio diferenciador que justifica los efectos jurídicos disímiles, sin que implique, por tanto, una reglamentación desigual para supuestos iguales o análogos, que la torne arbitraria y contraria a la Constitución».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: flagrancia, las rebajas conferidas por la Ley 1826 de 2017 no aplican por favorabilidad para delitos distintos de los enlistados en el procedimiento especial abreviado

|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad || **PRINCIPIO PRO HOMINE - No se vulnera** || **PRINCIPIO PRO LIBERTATIS - No se vulnera** || **PRINCIPIO DE IGUALDAD - No se vulnera** || **PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO - No es susceptible de aplicación de las rebajas punitivas de la ley 1826 de 2017**

«[...] procede la Corte a cotejar, en lo que resulte conducente para el tema, las regulaciones contenidas en la Ley 1826 del 12 de enero de 2017, no sin antes anotar que en dos de las decisiones sobre el punto, a las que se aludió antes (**CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989 y STP, 31 oct. 2018, rad. 101256**), la Sala **interpretó** que al comportar el procedimiento abreviado de la mencionada ley elementos de **mayor favorabilidad** (rebajas de hasta la 1/2 o la 1/3 o 1/6 parte de la pena sin hacer diferencia sobre los casos de captura en flagrancia), estos deben preferirse a los fijados en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, el cual contiene un tratamiento desfavorable cuando el procesado que se **allana a cargos ha sido aprehendido en flagrancia**; esa selección normativa preferente se funda, a la vez, en que se cumplen “los presupuestos de operatividad del principio”.

En importante, por igual, tomar en cuenta que el Acto Legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial 48.263 y modificado en lo pertinente por el artículo 3 del Decreto 379 de 2012, reformó el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política, señalando en el artículo 2 que:

“El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un parágrafo 2° del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente. (Negrilla fuera de texto).”

Tal es el origen constitucional de la ley, **“Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”**, que va ilustrando la finalidad de la norma y, por

tanto, los casos para los cuales se promulgan las modificaciones y adiciones a la Ley 906 de 2004, entre ellas, al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, en relación con las “conductas punibles que requieren querrela”, para dar inicio a la acción a la acción penal.

Sobre el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de que trata la misma ley, se adicionó por el artículo 8 el Libro VIII, TÍTULO I, DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO, que contiene los siguientes preceptos:

“Artículo 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así:

Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:

- 1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.*
- 2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. Artículo 134A), Hostigamiento (C.P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C.P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233), hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240); hurto agravado (C.P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C.P. artículo 249); corrupción privada (C.P. artículo 250A); administración desleal (C.P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272); falsedad en documento privado (C.P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C.P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad*

monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).

(...)

PARÁGRAFO. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.

Artículo 11. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 535, así:

Artículo 535. Integración. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto por este código y el Código Penal.

(...)

Artículo 16. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 539, así:

Artículo 539. Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado.

Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena...

El beneficio punitivo será de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral.

PARÁGRAFO. Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito.

(...)

Artículo 44. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.”

Ahora bien, sobre el proyecto de Ley Número 48 de 2015 (Cámara) y 171 de 2015 (Senado) , “por medio del cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado”, convertido en la Ley 1826 de

2017, texto definitivo que se aprobó en Sesión Plenaria del 23 de noviembre de 2016 , en la Exposición de Motivos, acogidos durante los debates en las dos Cámaras, se señaló, respecto al “tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana”, que:

[...] “[...] este proyecto busca descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana... que pese a generar un gran impacto en la sociedad suponen individualmente un grado reducido de afectación al bien jurídico, se diseña un procedimiento abreviado que haga más ágil su juzgamiento.

(...)

Como respuesta a este cambio, la presente propuesta modifica los artículos 71, 72, 73 y 76 de la ley 906 de 2004 con respecto a la figura de la querrela con el fin de referirse a “conductas punibles” y no solo a los delitos, que son apenas una de sus formas.

En efecto, en la modificación pretendida al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, se define claramente el grupo de conductas que, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible, requieren de la presentación de una querrela para el inicio de la acción penal.

(...)

II) Procedimiento especial abreviado

Este proyecto de ley crea un procedimiento especial abreviado para las conductas contravencionales en materia penal y para el delito de hurto de celulares que se basa en dos audiencias principales: una en la que se comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo.

Como características más relevantes de este procedimiento especial para las contravenciones se encuentran las siguientes:

Se suprime el acto de imputación. En cambio, la comunicación de los cargos se hará, como regla general, a través del traslado del escrito de acusación y se leerán en la audiencia concentrada. Excepcionalmente, se podrán comunicar los cargos anticipadamente cuando medie solicitud de medida de aseguramiento.

Precisamente, si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en

la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado.

(...)

iii) Acusador privado Así como la asignación de un tratamiento procesal diferenciado surge como el desarrollo natural de la caracterización de algunas de las conductas delictivas como contravenciones, la posibilidad de optar por una acusación privada es una de las instituciones que mayor provecho permiten sacar de los nuevos cambios procesales introducidos en el modelo abreviado. La consagración de un procedimiento abreviado y la posibilidad de conversión de la acción penal de pública a privada se encuentran íntimamente vinculadas en el intento por establecer un diseño procesal que permita un tratamiento más eficiente para las conductas punibles de menor lesividad.

Ello explica por qué países vecinos como Perú, Venezuela, Guatemala, Argentina (Chubut), Costa Rica, Ecuador, Chile y México contemplan la posibilidad de otorgar la titularidad de la acción penal en conductas punibles de menor lesividad a autoridades distintas a la Fiscalía (o la entidad pública encargada ordinariamente de la acusación)². Estos ordenamientos tienen en común, no solo que contemplan mecanismos simplificados que permiten un tratamiento diferenciado para las conductas punibles atendiendo a su grado de lesividad social, sino también que todos ofrecen la posibilidad de “convertir” la acción penal de pública a privada dentro del marco del procedimiento especial previsto para aquellas conductas que son consideradas de menor lesividad o impacto social.

Siguiendo esta tendencia, este proyecto de ley establece la posibilidad de convertir la acción penal de pública a privada y con ello dar su titularidad a un acusador privado que interviene mediante apoderado en el proceso penal.

Hoy ello es posible gracias a la aprobación del Acto Legislativo número 06 de 2011, por medio del cual se modificó Parágrafo 2° del artículo 250 de la Constitución con el fin de permitir la posibilidad de que atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible, el legislador asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación.”

Pues bien, armonizada la exposición de motivos con el contenido de las normas reseñadas, resulta lógico deducir que **el procedimiento**

abreviado previsto en la Ley 1826 de 2017 fue diseñado excepcionalmente para servir de regulador a la investigación y juzgamiento, de las conductas punibles expresamente consagradas en artículo 5°, que requieren querrela para promover la acción penal y las adicionadas en el artículo 10 (534 de la Ley 906 de 2004), determinando expresamente que rige aun “para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo”, como lo indica el parágrafo de la norma. Por tanto, no es correcto sostener que preceptos legales coexistentes, en concreto el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y la Ley 1826 de 2017, regulan los mismos supuestos de hecho, pues, al contrario, es inequívoco que en esta última, fue voluntad del legislador extraer del plexo normativo un listado de conductas punibles que consideró **menos lesivas de los bienes jurídicos, para darles un tratamiento razonablemente preferente, diferente del que se mantuvo para delitos de mayor gravedad.**

En consecuencia, **la Sala debe modular los razonamientos expuestos en la providencia CSJSTP, 31 oct. 2018, rad. 101256 y puntualizar que conforme parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, las rebajas conferidas por el allanamiento a los cargos, no aplican para delitos distintos de los enlistado en la misma**, que fija como excepción en el parágrafo del artículo 16, “*las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito*”.

Así mismo, la Corte encuentra necesario precisar que remitidos a los antecedentes de la Ley 1826, los criterios teleológicos que la informaron, así como a las razones de política criminal que le dieron origen, según ya se dejó visto, lo abreviado del procedimiento y los beneficios sustanciales derivados de su aplicación, especialmente en materia de justicia premial, se explican por la naturaleza de las conductas punibles que, en opinión razonable del legislador, dentro de la libertad de configuración que se le confiere, **representan una gravedad menguada**, criterio diferenciador, que justifica el trato más benigno, así como la no inclusión en su ámbito de cobertura de otros delitos, haciendo selección de las primeras para someter su investigación y juzgamiento al procedimiento especial.

Esa realidad mencionada **desautoriza cobijar por virtud del principio de favorabilidad los**

delitos que no hacen parte del plexo limitado por la Ley 1826, amén de que al relacionar el contenido de los artículos 539 y 534, en cuanto se refieren a los hechos regidos por la norma, en el ámbito procesal y sustancial, es inequívoco que convergen exclusivamente al listado de las conductas punibles ya enunciadas, por los motivos a los cuales se viene haciendo referencia.

Por lo anterior se reafirma que **frente a conductas delictivas distintas de las enlistadas en el artículo 534 de la Ley 906 de 2004, no hay lugar a predicar la aplicación favorable de las reformas introducidas por la Ley 1826 de 2017, específicamente en relación con las rebajas por aceptación de cargos**, respecto de las cuales reitera la norma, se aplicarán en las proporciones dispuestas, de acuerdo con el momento en que se produzca la aceptación de cargos: *“previo a la audiencia concentrada dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena[;] (...) de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral (...) “también... en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”*; entendiéndose por tales, aquellos eventos que la Ley 906 de 2004, exceptúa de los beneficios derivados de aceptación de cargos; restricción en la que quedan incluidos, por razón de esa disposición, también los hechos gobernados por el procedimiento abreviado.

La razonable hermenéutica que determina la Sala, **lejos está de contender** con los postulados constitucionales y legales de **favorabilidad** y de **igualdad ante la ley**, o con los criterios **“pro-libertatis”** y **“pro-homine”**, que según enseña la jurisprudencia constitucional, se derivan de la filosofía humanista que inspira el

constitucionalismo colombiano pues, como ha quedado demostrado, **las normas coexistentes, esto es, la Ley 1826 de 2017 y el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004, no regulan supuestos de hechos idénticos**, salvo por la referirse a la captura en situación de flagrancia, pues la nueva ley se circunscribe a un listado expreso de **“conductas punibles de menor lesividad”**, en tanto que el artículo 57 de la Ley 1453, que superó, por demás, el tamiz de constitucionalidad sobre el trato diferenciado de las rebajas de pena por aceptación de cargos si el procesado fue retenido en flagrancia, aplica por regla general, para todos los delitos.

Consecuentes con todo lo que viene de exponerse, la Corte precisa, frente a las razones que se expusieron sobre el tema en decisiones anteriores, que **la Ley 1826 de 2017, se aplicará de preferencia, respecto de las rebajas de pena por allanamiento a cargo, en los casos de captura en flagrancia que no se gobernaron por la misma**, como sucedió, por ejemplo, en el tratado en la **sentencia CSJSP, 23 may. 2018, rad. 51989, siempre que se proceda por alguna de las conductas punibles expresamente previstas en la misma ley**, en cuanto para la entrada en vigencia de ésta no se hubiera fallado en forma definitiva, si no se presenta alguna de las prohibiciones de beneficios por allanamiento.

Como quiera que en este caso **el delito por el que se profirió condena contra el acusado, tras el allanamiento a cargos, fue el de porte ilegal de armas de fuego, no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad, respecto de la Ley 1826 de 2017**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS **Posibilidad excepcional de variar la calificación jurídica en la sentencia, manteniendo el alcance de la aceptación de responsabilidad.**

Tras advertir la violación directa de la ley sustancial por parte de los juzgadores de instancia, la Sala encontró necesario casar la

sentencia impugnada, pues la condena impuesta al allanado a cargos se fundamentó en el delito de *violencia intrafamiliar*, pese a que en realidad su comportamiento se adecuó al tipo penal de *lesiones personales dolosas agravadas*, conforme al criterio jurisprudencial vigente, por referirse la situación fáctica a una agresión de expareja que ya no compartía sitio de residencia. Así, en aras de adoptar la decisión

consecuente, consideró razonable mantener el alcance de la aceptación de responsabilidad, modificando lo atinente a la calificación jurídica de la conducta y efectuando la redosificación punitiva respectiva.

SP2706-2018 (48251) del 11/07/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Evolución legislativa || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferencia entre violencia contra la mujer en el contexto de la familia y violencia de género** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** sujetos activo y pasivo calificados, deben hacer parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica || **PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD - Aplicación** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** es necesaria la convivencia de la pareja bajo un mismo techo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura:** en agresiones de exparejas que ya no comparten sitio de residencia

«En cuanto a la segunda temática en cuestión, esbozada en el cargo segundo de la demanda y que a la postre fue la que condujo a que fueran superados sus defectos, han de hacerse las siguientes precisiones con base en lo decidido por la Corte en el proveído **SP 8064-2017**, en el que se examinó lo atinente a los casos en los que ocurren **agresiones entre parejas que cesaron su convivencia**, han finiquitado su hogar, a efectos de establecer si en ese evento se configura el delito de **violencia intrafamiliar**.

Para contextualizar el modo en que se introdujo este punible en el ordenamiento jurídico, su antecedente se encuentra en la Ley 294 de 1996, “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Esta normatividad, después de referir la importancia de asegurar la “armonía y unidad” familiar (artículo 1.º) y de regular lo atinente a las medidas de protección orientadas a preservar esa meta por conducto de las comisarias de familia, sin perjuicio de la competencia de los jueces penales cuando se trate de comportamientos delictivos, dispuso:

“ARTÍCULO 22. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años”.

El precepto fue subrogado por el artículo 229 del Código Penal, Ley 599 de 2000, (cfr. CSJ SP, 26 Sep. 2002, rad. 15869), conforme al cual:

“El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor”.

En la decisión en cita, se hizo mención de la evolución legislativa de este canon en los siguientes términos:

“El artículo 1º de la Ley 882 de 2004 amplió el alcance de la agravante en atención a la condición de los sujetos pasivos de la acción, incluyendo a la mujer, así:

“La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato, del que habla el artículo anterior recaiga sobre un menor, una mujer, un anciano, una persona que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.

En la exposición de motivos de la citada legislación se manifestó:

“Los factores de violencia intrafamiliar, que se han penalizado en el artículo 299 de la Ley 599 de 2000, no soportan el peso de incidencia que día a día se cometen. La visión del macho latinoamericano, en el que la mujer es objeto de uso, tiende a agravar el conflicto. El estrés de la población y la falta de oportunidades de desarrollo y superación que tiene el hombre socialmente frente al empoderamiento femenino, han acrecentado el nivel de violencia contra la mujer especialmente en regiones apartadas de las capitales, sin importar estrato social o nivel educativo”.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 también modificó las normas anteriores, al incrementar la pena establecida en el primer inciso de 4 a 8 años de prisión, precisar que se entiende por “anciano” “una persona mayor de sesenta y cinco (65) años” y agregar que a “la

misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo”.

Por último, a través de la Ley 1850 de 2017, “por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia [...]”, se redujo el quantum de sesenta y cinco (65) años señalado en el inciso segundo, a sesenta (60).

De este recuento se observa cómo pese a que el tipo penal se asocia a la sanción de toda forma de violencia en el seno de la familia, se le introdujeron paulatinamente modificaciones que destacaron la protección que allí merecen los menores, los adultos mayores y en especial las mujeres, en tanto al interior del hogar se verifican constantes agresiones en su contra por la posición que por tradición y cultura se le atribuye al hombre, producto de estereotipos de dominación.

En esa medida, es necesario **distinguir** -aun cuando ostenten rasgos similares- lo que constituye **violencia en contra de la mujer en tal contexto, es decir, en la familia** -con perjuicio de las relaciones de solidaridad y apoyo recíproco que surgen entre sus integrantes-, **de la violencia de la que es víctima por razón de su género**, de aquella “directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino. Lo que diferencia a este tipo de violencia de otras formas de agresión y coerción es que el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer”.

En otras palabras, respecto al tipo penal de violencia intrafamiliar, es imprescindible darle contenido a la naturaleza de los ataques en los que la mujer es sujeto pasivo de la conducta desde una hermenéutica afin al bien jurídico tutelado con esta infracción, esto es la familia, para determinar si la violencia física o psicológica de la que es objeto, como elemento normativo, se ajusta a la previsión del artículo 229 del Código Penal.

Con relación a la reseña acotada en precedencia, las no recurrentes traen a colación con el fin de validar la calificación jurídica de los hechos realizada en este asunto que el artículo 2.º de la

Ley 294 de 1996, refiere que “para los efectos de la presente ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, **aunque no convivan en un mismo hogar**;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”. (Resaltado fuera de texto).

A partir de lo consignado en el literal b) de este precepto, sostienen que en este caso se configura la violencia intrafamiliar por cuanto entre LOD y DLCC, en virtud de su hijo en común, se daba ese supuesto, lo que hacía irrelevante que no habitaran todos la misma residencia.

Sin embargo, desde la esfera normativa tal aproximación resulta discutible, si se tiene en cuenta que el canon en comento restringe su aplicación “para los efectos de la presente ley” y que el delito allí incluido fue reemplazado por el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, pues esta legislación en su artículo 474 dispuso derogar “el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales”.

Ahora, con posterioridad a las reformas introducidas por la Ley 882 de 2004 y 1142 de 2007, la Ley 1257 de 2008 “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, reprodujo dicha definición de familia como circunstancia de agravación para el homicidio en el numeral 1.º del artículo 104 del Código Penal y en el parágrafo del artículo 230 (maltrato mediante restricción a la libertad física), que limita esa acepción “para efectos de lo establecido en el presente artículo”, lo que ratificó en términos similares la Ley 1850 de 2017.

Por contera, partiendo del principio de estricta tipicidad, la conceptualización de grupo familiar allí prevista en principio tendría cabida respecto del artículo 230 en cita, no del 229 (violencia intrafamiliar), delito que busca proteger el núcleo familiar, la unidad doméstica.

En ese orden de ideas, la Sala señaló que para la materialización de este último en cuanto a las personas que mantienen una relación de pareja, con vocación de cohabitación y permanencia, **sí**

es imprescindible su convivencia de cara a la conformación de la unidad familiar entendida como bien jurídico tutelado, porque al margen de la definición que de familia existe en el derecho civil, fundada en la consanguinidad y en relaciones de afinidad, aquella noción para efectos del ilícito, en dicha hipótesis, involucra de forma insoslayable la comunidad de vida bajo un mismo techo, un hogar, delimitándose así la indeterminación que de otra manera ostentaría el injusto.

Bajo ese panorama, **la Corte reitera que es improcedente tipificar el delito de violencia intrafamiliar en agresiones de ex parejas que ya no comparten su sitio de residencia, con independencia de que tengan hijos en común o no**, al ser necesaria la convivencia de los protagonistas de esos hechos para la configuración del artículo 229 del Código Penal [...].

[...] De este modo, según ocurrió en este evento, las agresiones suscitadas entre personas que cesaron la construcción de un proyecto de vida conjunto bien pueden constituir afectaciones de otros intereses jurídicos, pero no de la familia, ni de la paz que la sociedad aspira que haya en ella, por cuanto en esos supuestos no puede afirmarse menoscabo de los vínculos de solidaridad y respeto propios de aquel acuerdo.

[...] En suma, el proceso lógico formal que supone la constatación de hechos concretos frente al tipo del artículo 229 del Código Penal, trasciende la mera observación de algún daño al ser imperativo un examen de las circunstancias individuales de los involucrados de cara al ámbito de protección del injusto, en particular cuando se trata de ex parejas, siendo las peculiaridades de cada caso las que delimiten en condiciones objetivas la comisión o no de violencia intrafamiliar».

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferente a lesiones personales agravadas || FEMINICIDIO - Violencia de género || DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer || DERECHOS DE LA MUJER - Ámbito de protección || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferencia entre violencia doméstica y violencia de género

«[...] en los eventos en los que la unidad y armonía familiar no resulten conculcadas, surge viable sopesar la lesión efectiva del bien jurídico quebrantado desde la integridad personal, la

libertad individual, la libertad sexual, sin descartar otros.

Desde la integridad personal, la conducta punible que se materializaría sería la consagrada en los artículos 111 y siguientes del Estatuto Punitivo, referentes a las lesiones personales que incluyen tanto las afectaciones físicas como psicológicas, las que en el contexto de relaciones de parejas que han culminado su vínculo pueden llegar a ser más gravosas que las primeras (coyuntura que de presentarse requerirá de todos modos del soporte suasorio correspondiente).

Entonces, realizada la distinción entre la **violencia doméstica y la violencia de género**, se advierte cómo en nuestro medio la última encuentra respuesta en la Ley 1761 de 2015, cuyo objeto es *“tipificar el **feminicidio** como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación”*. Esta normatividad, en su artículo 4.º, estableció como causal de agravación punitiva para las lesiones personales, incrementando la pena imponible en el doble, *“cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce años o en mujer por el hecho de ser mujer”* (Resaltado de la Sala).

En estas circunstancias, pese a que las múltiples reformas legislativas a las que se hizo alusión evidenciarían dispersión normativa en lo referente a la **protección de la mujer** por su condición social, por su vulnerabilidad ante la violencia frente a diversas causas; si llega a ser objeto de maltrato, agresión por quien en algún momento hubiese sido su compañero sentimental, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal entendida como aquella que percibe las proposiciones de los textos legales desde la relación que tienen con la institución jurídica de la que hacen parte, conduce a colegir que ese ataque dentro de un ambiente patriarcal, de dominación, subordinación, discriminación, se ajusta con mayor rigor a su condición de mujer más que a la de pareja o ex pareja. Lo cual no descarta la necesidad de acreditar probatoriamente la

presencia de tal elemento subjetivo en el autor respecto de la víctima, so pena de deducirse la citada causal de agravación a partir de criterios proscritos de responsabilidad objetiva, por la llana constatación del sexo [...].

[...] En ese sentido, en el derecho comparado se encuentra que el Tribunal Supremo Español señaló en su momento cómo no toda violencia física entre parejas debe tenerse automáticamente como violencia de género, en cuanto es menester que esa conducta sea manifestación de la discriminación, de la desigualdad, del despliegue de poder del hombre hacia la mujer.

[...] Valga aclarar que la Corte no desconoce que las relaciones de pareja constituyen un ámbito en el que se dan con mayor frecuencia agresiones hacia las mujeres, así ha tenido oportunidad de examinarlo la jurisprudencia y el riesgo de que se les haga víctimas se incrementa una vez cesa aquel vínculo, por la actitud de dominio que en ocasiones exhibe el hombre al asumir que la persona con la que sostuvo relaciones sentimentales es de su propiedad. No obstante, lo que se quiere recalcar es que **desde la perspectiva de protección del bien jurídico de la familia, no tiene cabida en los supuestos de ruptura de la misma sancionar esa clase de ataques por vía del artículo 229 del Código Penal**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, posibilidad excepcional de variar la calificación jurídica en la sentencia, manteniendo el alcance de la aceptación de responsabilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferente a lesiones personales** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** sujetos activo y pasivo calificados, deben hacer parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica, tener un hijo común es insuficiente para acreditar la unidad familiar y para suponerla perpetuamente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** control por el juez, protección de garantías || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida**

«[...] frente a este caso concreto, las referencias acerca del modo en que ocurrieron los sucesos materia de investigación y juzgamiento se compendian en la denuncia y en el informe de los agentes de policía que atendieron el asunto, los cuales sirvieron de base para la emisión de la

sentencia condenatoria producto del allanamiento [...].

[...] De acuerdo con la noticia criminis, el conflicto se suscitó por fallas en la comunicación entre los padres del menor DASC. en punto del régimen de visitas que habían acordado. Ahora, aunque este contexto podría sugerir la confluencia de un escenario que involucra a la familia, nótese que esta fue solo el telón de fondo para un acto de intolerancia por parte del procesado, su progenitora y su hermana hacia la víctima, atizado por el acompañamiento de la policía cuyo efecto disuasivo resultó nulo en ese devenir.

Así, la dinámica en la que la señora CV fue lesionada **en vez de enmarcarse al quebranto de la paz familiar** (inexistente desde que se rompió la relación), obedeció a una **riña ordinaria**, pues, se subraya, la agresión giró en torno a la entrega del infante.

En consecuencia, **la calificación jurídica aceptada por LOAD en la imputación, violencia intrafamiliar agravada** por la condición de mujer de la afectada, basada en que tenían un hijo en común pese a la ausencia de convivencia, deriva en la **indebida aplicación del precepto que consagra ese tipo penal** [...].

[...] En todo caso, debe aclararse que si bien las diligencias culminaron por **aceptación de cargos, lo que en principio excluiría cualquier injerencia de la judicatura en la calificación jurídica de los hechos efectuada por la Fiscalía**, a tono con la naturaleza de los mecanismos de terminación anticipada, ello encuentra **excepción de verificarse ostensible lesión a garantías fundamentales**.

Es decir, aun cuando en dichos eventos **está proscrito a los jueces llevar a cabo un control material de la acusación, esto no es óbice para prohiar el acatamiento al debido proceso en sede de conocimiento** de advertirse manifiestas, patentes, palmarias irregularidades (cfr. CSJ SP 06 Feb. 2013, rad. 39892, CSJ AP 2405-2018).

Teleología que **incluye los allanamientos**, según lo ha precisado esta Corporación, pues la renuncia al juicio y a las garantías inherentes a este de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía abreviada».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || JURISPRUDENCIA -

Precedente: fuerza vinculante, aplicación del criterio jurisprudencial a los casos iniciados previo a haberse establecido el último criterio

«[...] ya que se avizora la violación directa de la ley sustancial en razón a que el delito por el que se allanó AD no se compagina con el comportamiento por él desplegado, esto es, **no reúne los mínimos presupuestos de la tipicidad** por la que se le sanciona, en condiciones objetivas, normativas y probatorias, **la Corte casará el fallo impugnado** y a continuación examinará las consecuencias de esa determinación, en tanto le corresponde de oficio hacer efectiva la prevalencia del derecho material (artículos 228 de la Constitución Nacional y 180 de la Ley 906 de 2004) frente a un error relevante que bien puede explicarse en la ausencia de una postura definida de la Sala en este específico tema, para el instante en que se dictó sentencia.

Aun cuando la hermenéutica que soporta dicho diagnóstico proviene de un **pronunciamiento posterior a los fallos auscultados en sede extraordinaria** (contexto que se enmarcaría en la causal de revisión consagrada en el artículo 192, numeral 7.º, de la Ley 906 de 2004), **la naturaleza del recurso de casación impele a que la solución vigente de cara al problema jurídico que se aborda, sea la que deba tenerse presente a fin de conjurar el vicio** (cfr. CSJ SP 16731-2017), en lugar de permitirse la ejecutoria de una decisión que no se acompasa con la legalidad y que tratándose de la materia en cuestión, ha encontrado corrección mediante la rescisión de la cosa juzgada [...].»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, posibilidad excepcional de variar la calificación jurídica en la sentencia, manteniendo el alcance de la aceptación de responsabilidad || **LESIONES PERSONALES - Configuración || DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer:** perspectiva de género, generalidades || **LESIONES PERSONALES - Agravadas:** dosificación punitiva || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** criterios de valoración || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - La Corte hace un llamado de atención a los funcionarios para que previo a ejercer el ius puniendi utilicen mecanismos legales diversos para proteger la unidad familiar || **DERECHO**

PENAL - Última ratio || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: flagrancia, las rebajas conferidas por la Ley 1826 de 2017 no aplican por favorabilidad para delitos distintos de los enlistados en el procedimiento especial abreviado

«[...] ya que LOAD, tal como se corroboró en el registro pertinente, durante la formulación de la imputación **se allanó a cargos respecto de un factum puntual que con la modificación al delito de lesiones personales dolosas no sufriría alteración alguna** (por el contrario, este injusto **resulta menos gravoso y respeta la calificación jurídica** correspondiente desde el componente de legalidad, como garantía fundamental), **se mantendrá el alcance de su aceptación de responsabilidad**, según se anotó, libre, consciente, informada y autónoma, con la **disminución punitiva** correspondiente a aquella etapa procesal.

De esta manera, toda vez que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó a DLCC una incapacidad de siete (7) días, conforme el artículo 112, inciso 1.º, del Código Penal, la pena oscila entre dieciséis (16) y treinta y seis (36) meses de prisión. Ahora, se tendrá en cuenta la agravante contemplada en el artículo 119, inciso 2.º, ibidem, debido a que la Fiscalía explícitamente elevó juicio de reproche en contra de AD por haber golpeado a su víctima por el hecho de ser mujer, al instante de endilgar la causal de agravación que para la violencia intrafamiliar aparece en el inciso 2.º del artículo 229 ídem, aun cuando ello, como quedó visto, se apoyó en un criterio erróneo.

En este aspecto, en la imputación se hizo mención a la comisión de actos de violencia física antecedente, lo cual, desde la perspectiva de género, constituye un contexto de violencia contra la mujer surgida en el marco de relaciones de pareja y de familia que persistió con posterioridad al cese de ese vínculo, situación reportada en la denuncia y de la que se hizo referencia en la sentencia del a quo. Por ende, al tenor del artículo 60 ídem, los extremos punitivos equivalen a treinta y dos (32) meses el mínimo y setenta y dos (72) el máximo

[...] Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 61 de la codificación en cita, el **ámbito punitivo de movilidad** queda de la siguiente manera:

Cuarto mínimo 32 a 42 meses

Segundo cuarto 42 meses y 1 día a 52 meses

Tercer cuarto 52 meses y 1 día a 62 meses
Cuarto máximo 62 meses y un día a 72 meses

Acudiendo a los mismos **parámetros** sopesados por la juez de primer grado, se impondrá el mínimo fijado para la infracción dentro del primer cuarto, equivalente a treinta y dos (32) meses de prisión, al no enrostrarse en este caso ninguna de las causales de agravación punitiva genéricas previstas en el artículo 58 ídem».

[...] en cuanto a la reducción punitiva aplicable por el allanamiento a cargos en la formulación de imputación, pese a que la Sala recientemente (CSJ SP 1763-2018) admitió la procedencia del principio de favorabilidad con respecto a los casos de flagrancia en pos de aplicar el tratamiento benéfico que para esa hipótesis contempla la Ley 1826 de 2017 (hasta la mitad de la pena, al tenor del su artículo 16), frente al parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, incorporado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 (1/4 de ese guarismo, o sea 12.5%), se tiene que las **lesiones personales agravadas** (artículo 119, inciso 2.º, del Código Penal) **no se encuentran** dentro de la relación de delitos susceptibles de tramitarse bajo la égida del procedimiento especial abreviado (artículo 534 del Código de Procedimiento Penal). En consecuencia, en el sub examine **no opera aquella conceptualización.**

Así las cosas, el monto de treinta y dos (32) meses individualizado en precedencia se reducirá en doce punto cinco por ciento (12.5%) por cuenta del reconocimiento de responsabilidad -atendiendo la situación de flagrancia-, lo que equivale a cuatro (4) meses, quedando como sanción definitiva prisión por veintiocho (28) meses y pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese lapso.

Acerca de esta última variable, vale la pena anotar que dada la manera en que ocurrieron los hechos podría vislumbrarse la imposición de las penas accesorias incorporadas al artículo 43 del Código Penal por el artículo 24 de la Ley 1257 de 2008, esto es “la prohibición de aproximarse a la víctima y/o integrantes de su grupo familiar” (numeral 10) o “la prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar” (numeral 11).

Sin embargo, en su momento y a tono con el espíritu de la Ley 294 de 1996, modificada por dicha normatividad, el juez penal municipal con función de control de garantías que conoció del asunto dispuso la adopción de medidas de protección [...].

[...] Aunque pareciera contradictorio referirse al tema, conforme lo expuesto acerca de la no lesión de la unidad familiar ante hechos de violencia entre ex parejas que ya no conviven en la misma residencia, se quiere destacar que existen mecanismos diversos al **derecho penal, ultima ratio**, que resultan idóneos para salvaguardar aquel interés de la sociedad y con los que se prohija el restablecimiento de la armonía entre dichas personas si en sus disputas confluyen hijos en común, de protagonizar episodios que causen repercusión negativa en su adecuada formación. De ahí que las órdenes impuestas en ese entorno, se ofrecen propicias para solventar esa situación de la mejor manera posible.

En ese orden, **se hace un llamado a los funcionarios que conozcan de este tipo de eventos para que antes de acometer la respuesta estatal frente a los mismos a través del ius puniendi, verifiquen la procedencia de otro tipo de medidas legales que permitan velar por la protección de la paz familiar en un ambiente pedagógico, constructivista e interdisciplinario** que ausculte los motivos por los que se produce esa violencia, a fin de conjurar, en la medida de las circunstancias, los factores que la desencadenan, en lugar de optar con prevalencia por un enfoque represivo concebido únicamente para los sucesos de mayor repercusión y lesividad.

Con ello se evitaría el manejo de esta clase de conflictos con la misma violencia que los generan, teniendo en cuenta el alcance que apareja una sanción penal al individuo y que su imposición conllevaría el efecto contrario, si lo que se pretende es la unidad y concordia familiar. De hecho, la intervención del Estado en esos supuestos se deslegitimaría de no emplearse distintas alternativas eficaces con ese objetivo y la aplicación inicial de estas herramientas bien podría evitar a futuro, en un buen número de casos, la comisión de acontecimientos más graves».

(Texto resaltado por la Relatoría)

FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN
Control por el juez implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que contenga los elementos previstos en la ley y especialmente la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

La Sala casó parcialmente el fallo impugnado para absolver a los sentenciados del cargo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al detectar que la acusación omitió aspectos trascendentes del referente fáctico del punible, lo que impidió, en últimas, la demostración de sus elementos estructurales. En tal virtud, consideró necesario abordar los *parámetros* que tanto el Fiscal como el Juzgador deben tener en cuenta para establecer la situación fáctica importante. También ponderó que, aunque no puede efectuarse un *control material* del acto de acusación, sí es obligación del juez ejercer *labores de dirección* orientadas a que contenga los elementos normativamente exigidos y fundamentalmente la hipótesis de *hechos jurídicamente relevantes*.

SP5660-2018 (52311) del 11/12/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: dependen de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la norma penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinación de la relevancia jurídica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba

«En el ámbito penal, **la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma** (CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: **(i)** para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la

norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; **(ii)** el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y **(iii)** debe establecerse la **diferencia** entre **hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba**, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (*idem*).

[...] Frente a este tema, debe agregarse que la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación no solo conspira contra la claridad y brevedad de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sino que, además, puede dar lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información, sin que se agote el debido proceso probatorio».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: aspectos requeridos para establecerlos por parte del fiscal en la acusación y el juez en la sentencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estándar de conocimiento:** para la procedencia de la imputación y la acusación

«Diferencias entre los hechos jurídicamente relevantes que deben incluirse en la acusación y los hechos que, en abstracto, consagra el legislador en cada tipo penal

La Sala es consciente de que esta diferenciación no debería representar mayor dificultad para los abogados llamados a intervenir en la actuación penal. Sin embargo, en la práctica judicial este tipo de confusiones son frecuentes, lo que, generalmente, se traduce en acusaciones imprecisas, que afectan gravemente los derechos de los procesados, así como la eficacia y prontitud de la administración de justicia. Bajo ese entendido, se hacen las siguientes precisiones:

En el acápite anterior se dejó sentado que la relevancia jurídica de los hechos objeto de imputación, acusación y juzgamiento depende de

su correspondencia con la respectiva norma penal. Sin embargo, esa correspondencia **no implica** que el fiscal o el juez, al delimitar la premisa fáctica de la imputación o acusación (el primero) y de la sentencia (el segundo), puedan limitarse a transcribir el texto legal, pues ello conduciría al absurdo de que estas decisiones se tomen sobre **hechos en abstracto**, lo que, entre otras cosas, limitaría sustancialmente el derecho de defensa, por la simple razón de que resulta difícil, sino imposible, defenderse de una abstracción.

En este ámbito, la labor del **fiscal**, al realizar el “**juicio de acusación**”, y la del **juez**, al establecer la **premisa fáctica de la sentencia**, **abarca varios aspectos**, entre los que cabe destacar los siguientes: **(i)** la debida interpretación de la norma penal, que, finalmente, se traduce en la determinación de los hechos que, en abstracto, fueron previstos por el legislador; **(ii)** la delimitación de los hechos del caso objeto de análisis; **(iii)** la determinación acerca de si esos hechos, ocurridos bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajan o no en la respectiva descripción normativa; y **(iv)** la constatación del **estándar de conocimiento** que hace procedente cada una de esas decisiones -“*probabilidad de verdad*”, “*convencimiento más allá de duda razonable*”, etcétera-.

Así, por ejemplo, cuando el artículo 376 del Código Penal consagra múltiples verbos rectores, varias clases de drogas, diversas cantidades de estupefaciente, etcétera, establece, en abstracto, los eventos que pueden dar lugar a las diferentes consecuencias punitivas allí previstas. Resulta obvio que el fiscal, al establecer los hechos jurídicamente relevantes de la imputación y la acusación, y el juez, al precisar la premisa fáctica del fallo, tienen la obligación de precisar el tipo y la cantidad de droga, el verbo o los verbos rectores realizados por el sujeto activo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta, etcétera. Si, a manera de ilustración, no es posible establecer con precisión la cantidad de droga, deben especificarse los datos que permiten delimitar ese tema. Igualmente, si no se tiene un dato preciso acerca de la fecha de ocurrencia de los hechos, debe delimitarse el aspecto temporal, en cuanto sea posible.

Algo semejante sucede con las circunstancias de agravación punitiva y de mayor punibilidad. Así, por ejemplo, si el fiscal, en la acusación, y el juez,

en la sentencia, consideran que el homicidio se cometió por un motivo fútil, debe especificar, primero, qué fue lo que motivó la acción ilegal y, luego, debe realizar el respectivo juicio valorativo acerca de la falta de trascendencia o importancia del mismo. En todo caso, la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, en lo concerniente al agravante, no podrá tenerse por debidamente estructurada si el acusador o el juzgador se limitan a decir que el homicidio se cometió por un motivo fútil, sin referir la puntual motivación con que actuó el procesado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: control por el juez, implica el ejercicio de labores de dirección orientadas a que contenga los elementos previstos en la ley y especialmente la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación:** control por el juez, evolución jurisprudencial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación:** el juez no puede hacer control material, salvo violación flagrante a garantías fundamentales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación:** obligaciones de la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** funciones del juez, velar por la claridad de los cargos elevados || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** control por el juez, no abarca el insinuar u ordenar que el fiscal opte por una hipótesis fáctica en particular || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de formulación de imputación:** deberes del juez de control de garantías || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estándar de conocimiento:** para la procedencia de la imputación y la acusación

«En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha referido al **control material de la acusación**. Para presentar de mejor manera el alcance de la presente decisión frente a las que le preceden, resulta útil resaltar que esos controles operan de diferente manera en el proceso ordinario y en las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal.

Por resultar útil para solucionar el caso sometido a su conocimiento, en esta oportunidad la Sala únicamente abordará los controles de la acusación en el **trámite ordinario**. Sin embargo, en aras de la claridad, más adelante se referirá a algunas notas diferenciadoras del control que debe realizar el juez en los casos de terminación anticipada de la actuación penal.

En esencia, el **control material a la acusación** podría abarcar dos temas puntuales: **(i)** la existencia de razones suficientes para acusar, y **(ii)** la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes. A continuación se analizará el sentido y alcance de cada uno de estos aspectos, así como su tratamiento en el sistema procesal previsto en la Ley 906 de 2004.

[...] Según se indicó en el apartado anterior, la procedencia de la acusación está supeditada a la constatación de un determinado **estándar de conocimiento** acerca de la ocurrencia del delito y la posible participación que en el mismo haya tenido una persona en particular [...].

Al margen del debate sobre si un **control judicial** de esta naturaleza es presupuesto de un proceso justo, es claro que el mismo **no fue incluido** en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. En efecto: (i) ese aspecto no hizo parte de la respectiva reforma constitucional; (ii) no se estableció un escenario procesal para su realización, (iii) no se le asignó esa función a un juez en particular, y (iv) no se sometió la actuación de la Fiscalía a esa clase de limitaciones.

Lo anterior no significa que ese tipo de decisiones, cuya trascendencia en materia de derechos fundamentales y en el ámbito de la eficacia de la administración de justicia no admite discusión, puede ejercerse caprichosamente o de manera irresponsable. Por el contrario, la ausencia de un control judicial obliga al fiscal a realizar esos ejercicios con el mayor cuidado y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico, tal y como lo ha resaltado esta Corporación en diversas oportunidades.

En suma, el hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano haya optado por la fórmula del “*autocontrol*”, esto es, le haya confiado a la Fiscalía el estudio y la decisión acerca de la procedencia de la acusación -y de la imputación-, acarrea, como suele suceder con este tipo de prerrogativas, una inmensa responsabilidad, cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanciones penales y disciplinarias, precisamente por los graves daños que pueden causarse con su ejercicio inadecuado.

[...] Si la Fiscalía cumple con la obligación legal de expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, los jueces, por regla general, no ejercen control sobre el acierto de la calificación jurídica, salvo que se trate de casos

de evidente violación de los derechos fundamentales.

[...] Según se indicó en precedencia, la decisión de acusar -e imputar- fue objeto de reglamentación constitucional y legal. De allí se destacan las siguientes **obligaciones del fiscal**: (i) le corresponde generar y verificar la respectiva hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que, valga la redundancia, debe incluir los elementos estructurales del respectivo delito; (ii) tiene a cargo la verificación del estándar de conocimiento previsto por el legislador para la procedencia de la acusación -y la imputación-, lo que debe realizar con especial cuidado ante la ausencia de un control judicial sobre ese aspecto en particular; (iii) de manera sucinta y clara, debe comunicarle al sujeto pasivo de la pretensión punitiva los hechos jurídicamente relevantes; y (iv) debe cumplir los demás requisitos formales previstos en los artículos 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

También quedó claro que el juez de conocimiento no puede realizar un “control material” a la acusación, entendida como la constatación del estándar previsto en el referido artículo 336, porque ello podría comprometer su imparcialidad.

[...] Si, como antes se indicó, los yerros atinentes a la acusación pueden afectar los derechos fundamentales de quien es convocado en calidad de sujeto pasivo de la pretensión punitiva, al tiempo que puede menoscabar los derechos de las víctimas, congestionar injustificadamente el sistema judicial y dar lugar a que los recursos públicos se destinen a procesos que de antemano son inviables, y si se tiene en cuenta que la acusación constituye un elemento estructural del proceso, resulta imperioso analizar si **el juez de conocimiento tiene la posibilidad de ejercer las labores de dirección orientadas a que la acusación contenga los precisos elementos que consagra el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes**, o si, por el contrario, debe permanecer inactivo, aunque sea evidente que el fiscal pretende presentar una acusación “*insuficiente*” para dar inicio a un proceso verdaderamente viable, esto es, que permita resolver de fondo el conflicto social asociado a una conducta punible. **Para la Sala, el juez tiene la obligación de realizar ese tipo de controles, por lo siguiente:**

Primero. Según se ha resaltado a lo largo de este proveído, la acusación está asociada a diversos aspectos relevantes desde la perspectiva constitucional, atinentes a los derechos de los procesados y de las víctimas, así como a la eficacia de la administración de justicia y la destinación de los recursos públicos. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la **acusación constituye un elemento estructural del proceso**, del que inexorablemente depende el desarrollo de las demás fases procesales y la posibilidad de resolver de fondo el conflicto social penalmente relevante.

Segundo. Al generar la reforma constitucional orientada a la transformación del sistema de enjuiciamiento criminal, el constituyente derivado optó por **eliminar el control judicial a los fundamentos de la acusación**, esto es, a la verificación del **estándar de conocimiento** previsto en la ley para hacer el llamamiento a juicio, lo que coincide con el respectivo desarrollo legal. A ello, que no está exento de críticas, incluso atinentes al desconocimiento del estándar internacional sobre esta materia, no debe sumársele la imposibilidad de dirección judicial del proceso respecto de los aspectos formales del acto de acusación, no solo por la ya referida trascendencia de este tipo de actuaciones, sino además porque, no en vano, se dispuso la **intervención del juez**, en audiencia pública, lo que solo puede entenderse en el sentido de que este **debe salvaguardar los aspectos constitucionales atrás referidos, lo que está inexorablemente atado a que la Fiscalía presente una acusación en los términos establecidos en la ley.**

Tercero. En términos simples, **al juez le corresponde velar porque la Fiscalía presente una acusación que reúna los requisitos legales, mas no insinuar ni, menos, ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular** (CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad. 45594). En suma, el Juez debe limitarse a garantizar que el fiscal cumpla la ley [...].

[...]

Según se acaba de indicar, con este tipo de actos de dirección el juez no propone ni insinúa a la Fiscalía que emita la acusación en un sentido determinado. Su intervención se limita a **constatar que la acusación contenga los elementos previstos en la ley**, lo que, valga aclararlo, puede resultar beneficioso para el procesado en cuanto tendrá elementos para

preparar su defensa e incluso porque puede liberarse del gravoso juicio oral en el evento de que la Fiscalía se percate de que no están dadas las condiciones para formular la acusación. En todo caso, aunque es cierto que al juez le está vedado sugerir hipótesis delictivas, pues con ello podría afectar su imparcialidad, también lo es que tiene la obligación de constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplan los requisitos legales, pues de ello depende la realización de un proceso viable en el sentido indicado en párrafos precedentes.

[...]

Cuarto. Aunque se espera que la claridad del texto legal, el copioso desarrollo jurisprudencial sobre esta temática y las directrices emitidas por el Fiscal General de la Nación sean suficientes para que los fiscales delegados ajusten su comportamiento al ordenamiento jurídico, el juez debe garantizar que la actuación transcurra por los cauces adecuados. Para ello puede resultar especialmente útil la **“dirección temprana”** de la audiencia, que, en este evento, se reduce a recordar los requisitos legales del acto de acusación, puntualmente, la **obligación de presentar una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y la prohibición de incluir en la misma medios de prueba u otros aspectos impertinentes.**

Quinto. La intención del legislador de generar las herramientas jurídicas orientadas a que la acusación sea suficiente, esto es, que, contenga una **verdadera hipótesis de hechos jurídicamente relevantes**, se refleja en lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que *“abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen (...) las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”*, y es sabido que uno de esos requisitos consiste, precisamente, en la *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”*.

Estas dinámicas se avienen a las características del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 [...].

Sexto. Estas mismas actividades de **dirección de la audiencia deben ser realizadas por el juez**

de control de garantías, durante la imputación, en esencia porque: (i) no se discute que en el sistema procesal colombiano debe existir consonancia fáctica entre la imputación y la acusación; (ii) así, es claro que la imputación, en buena medida, determina el contenido de los cargos por los que se hace el llamamiento a juicio; (iii) al igual que la acusación, la imputación conlleva la posible afectación de los derechos del procesado, puede incidir en los derechos de las víctimas y, si no se somete a los requisitos legales, puede afectar la eficacia de la administración de justicia, generar la congestión injustificada del sistema judicial, dar lugar a la destinación de recursos públicos para procesos inviables, etcétera; (iv) esta forma de dirección del proceso no compromete la imparcialidad del juzgador, según se indicó en precedencia; y (v) el juez de garantías no está sometido a las mismas restricciones del juez de conocimiento, simple y llanamente porque no le compete decidir sobre la responsabilidad penal (C-396 de 2007) e incluso tiene a cargo analizar, en el ámbito de la medida de aseguramiento, si las evidencias presentadas por la Fiscalía son suficientes para “inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: imputación fáctica y jurídica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba || **DEBIDO PROCESO – Vulneración**

«Segundo cargo: Violación del debido proceso, por la indeterminación de la acusación.

Es cierto que el defensor hizo un planteamiento genérico sobre este tema, pero también lo es que **la acusación es imprecisa en lo que concierne al delito previsto en el artículo 376, lo que, finalmente, incidió en la delimitación del tema de prueba y en la consecuente demostración de los aspectos incluidos en el mismo.**

Como se observa en la transcripción hecha en el numeral 3, La Fiscalía expresó con claridad que los procesados conformaron una organización delincriminal denominada El Tablazo, que tenía como finalidad la consumación de delitos de tráfico de estupefacientes, homicidios, desplazamiento forzado, entre otros. Dejó

igualmente claro que OJBC y RFA eran los líderes, directores o cabecillas, y que YAGR, entre muchos otros, era uno de sus integrantes. Asimismo, se aclaró que el grupo delincriminal operó entre los años 2010 y 2014 en el municipio de Itagüí, concretamente en el sector de El Tablazo, y que sometieron a los habitantes del mismo a múltiples delitos: atentados contra la vida, cobro de “vacunas”, desplazamientos, etcétera. Aunque es cierto que la Fiscalía incurrió en el error de entremezclar hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba, también lo es que la premisa fáctica del delito de concierto para delinquir, así como las causales de agravación incluidas en los cargos (los delitos acordados, y el hecho de que BC y FA eran quienes encabezaban el grupo), se ajustan a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 340 del Código Penal.

[...] Así, es evidente que en la acusación no solo se mencionó la intención generalizada (como finalidad de la organización) de desplazar a los habitantes del sector El Tablazo, sino que, además, se hizo alusión a dos casos puntuales de materialización de ese propósito. Igualmente, frente al delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos resaltó que este era uno de los fines de la organización y que el mismo se materializó frente a diversas conductas punibles, entre ellas el cobro de “vacunas” y las actividades de “microtráfico” de estupefacientes.

Por tanto, en lo que concierne a estos delitos resulta notoriamente infundado lo que plantea el censor en el sentido de que la acusación fue insuficiente y que ello afectó la labor defensiva.

Sin embargo, la realidad es sustancialmente diferente frente al delito previsto en el artículo 376 del Código Penal. No se trata, como lo plantea el Fiscal Delegado ante la Corte, de la atribución de dos consecuencias jurídicas al hecho de que la banda delincriminal tuviera entre sus propósitos el tráfico de drogas. No, en la acusación se hizo alusión a ese propósito y, luego, se indicó que los integrantes de la organización, efectivamente, almacenaron y distribuyeron ese tipo de sustancias ilegales. Lo primero, en la habitación que les fue “arrendada” por sus víctimas, y, lo segundo, en ese mismo sitio y en las esquinas de ese sector, a través de actividades de “microtráfico”, que incluso se extendieron a otros barrios (esto último, según la acusación, estaba a cargo de HMD).

No obstante, la Fiscalía, al referirse a los hechos que podrían adecuarse a lo dispuesto en el artículo 376 del Código Penal, omitió el referente fáctico de varios elementos estructurales del mismo, pues, finalmente, en el cargo no se incluyó el tipo de droga ni su cantidad. Producto de esta omisión, esos aspectos no fueron incluidos en el tema de prueba, al punto que los jueces, para emitir la condena por este delito, tuvieron que mantener el mismo nivel de **indeterminación**.

Según se indicó en el numeral 3, los yerros frente al delito previsto en el artículo 376 del Código Penal tuvieron lugar, de la misma forma, en las audiencias de **formulación de imputación y acusación**. El **incumplimiento de los deberes de la Fiscalía en cuanto a la estructuración de la respectiva hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y la falta de dirección de los jueces** frente al cumplimiento por parte de la Fiscalía de las obligaciones previstas en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, dieron lugar a una actuación notoriamente **violatoria de las garantías del procesado**, que, además, dio lugar a que **varios aspectos estructurales del delito quedaran por fuera del tema de prueba** y, por tanto, no fueron demostrados durante el debate, tal y como se indica en la respuesta al siguiente cargo».

TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - No se configura || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR -
Requisitos: convencimiento más allá de toda duda

«Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción.

[...] «... al margen en los yerros en la estructuración del cargo, **el impugnante tiene**

razón en cuanto afirma que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes no se demostró más allá de duda razonable, lo que coincide con la petición de absolución que presentó el delegado de la Fiscalía por esta conducta en particular.

Y no pudo haber sido de otra forma, porque **la Fiscalía, al estructurar la acusación por este delito, no incluyó los referentes fácticos atinentes a la clase de droga y la cantidad de la misma, lo que dio lugar a que estos aspectos no fueran incluidos en el tema de prueba y, por tanto, no fueran objeto de demostración a lo largo del debate**. Ello explica por qué los juzgadores, al emitir la condena tuvieron que apelar a abstracciones

Así, aunque es claro que la Fiscalía acertó al estructurar la **hipótesis de hechos jurídicamente relevantes** atinentes al delito de concierto para delinquir, e incluyó los referentes fácticos del acuerdo orientado al tráfico de drogas, también lo es que **al delimitar el referente fáctico del delito donde se concretó dicho propósito omitió aspectos relevantes (la clase y cantidad de droga), lo que impidió la demostración de todos los elementos estructurales del punible previsto en el artículo 376 del Código Penal**.

Lo anterior constituye razón suficiente para acceder a la solicitud de la defensa, coadyuvada por el delegado de la Fiscalía para el trámite del recurso extraordinario de casación, orientada a que se **case el fallo impugnado y se absuelva al procesado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

COMPETENCIA POR EL FACTOR TERRITORIAL

Excepción por razones de urgencia que sustentan la escogencia del municipio donde se solicitó la intervención del juez de control de garantías

Al definir la atribución para continuar adelantando la audiencia preliminar de *control de legalidad* ante un Juez de Garantías de una locación distinta del lugar de ocurrencia de los hechos, la Sala estimó razonable recordar que ciertas *razones de urgencia* pueden validar la *excepción* a la regla general de *competencia* por el *factor territorial*, las cuales encontró

acreditadas en el caso, dado que el Fiscal peticionario acudió al Estrado Judicial ante el inminente vencimiento del término dispuesto para validar la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

AP061-2019 (54408) del 16/01/19

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia: respecto de audiencia preliminar, se circunscribe a evaluar la razonabilidad de la escogencia del juez de control de garantías, en situaciones excepcionales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** ejercicio por cualquier juez penal municipal || **COMPETENCIA - Factor territorial** || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** ratificación de línea jurisprudencial

«El artículo 39 de la Ley 906 de 2004, establece que **cualquier juez penal municipal puede ejercer la función de control de garantías.**

A pesar de la amplitud del tenor de la citada disposición, esta Corporación ha expuesto pacíficamente que la fijación de la competencia, en materia de control de garantías no puede obedecer:

“... al capricho o arbitrio del solicitante, sin paramientos en el elemento territorial, que sigue siendo factor fundamental para el efecto, como fácil se extracta de la sola lectura contextualizada de la totalidad del artículo modificado, en cuanto, remite siempre al lugar de ocurrencia del hecho.

Solo en casos excepcionales, por motivos fundados, es factible que la audiencia preliminar sea solicitada y realizada por un juez distinto al que tiene competencia en el lugar del hecho” (CSJ AP6115 - 2016 reiterada en CSJ AP8550 - 2017).

Esa posición ha sido justificada por la Corte con base en lo siguiente:

“En su redacción original, el artículo 39 del estatuto adjetivo establecía que el control de garantías sería ejercido por “un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito”, pero a partir de la modificación introducida por el

canon 48 de la Ley 1453 de 2011, esta función corresponde a “cualquier juez penal municipal”.

Según lo ha explicado la Sala, este cambio normativo no puede entenderse como una autorización a las partes para escoger, sin limitación alguna, el juzgado de garantías al que quieren acudir. Por ello, en materia de audiencias preliminares, de manera preferente deben respetarse las reglas atributivas de competencia en razón del territorio, pero éstas pueden exceptuarse si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan. La resolución de este tipo de controversias debe tomar como puntos de partida el principio de razonabilidad y la mayor protección posible de las garantías procesales de quienes puedan verse afectados con las decisiones a adoptar”. (Cfr., entre otros, CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37674).

Dicho criterio, fue reiterado recientemente en la decisión CSJAP4206 del 26 de septiembre de 2018, Rad. 53746, en la que se indicó:

*“En AP4740-2016 se precisó que el trámite incidental en casos similares al que es objeto del presente estudio tiene como objetivo principal verificar **“los motivos de razonabilidad -lugar de los hechos, lugar de la captura, existencia de medios probatorios y razones de urgencia- en los que se sustenta la escogencia del municipio donde se solicitó la intervención del juez de control de garantías”.***

*Por tanto, de conformidad con la línea jurisprudencial reseñada, **la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a incidentes de definición de competencia en materia de audiencias preliminares se circunscribe a evaluar la razonabilidad de la escogencia del juez de control de garantías con base en situaciones excepcionales de cara al carácter prevalente del factor territorial** (lugar donde presuntamente se cometió la conducta punible), tales como que la solicitudes atinentes a la libertad del procesado fue radicada ante una autoridad judicial de la misma especialidad ubicada en el lugar donde a aquel se le capturó o está recluso por cuenta de una medida de aseguramiento que le fuera impuesta previamente, o en cumplimiento de una pena a la que fuera condenado en otro proceso. (Negrilla fuera de texto)».*

COMPETENCIA - Factor territorial: Excepción por razones de urgencia que sustentan la

escogencia del municipio donde se solicita la intervención del juez de control de garantías || **COMPETENCIA - Factor territorial:** lugar incierto, varios lugares o el exterior, criterio de la Fiscalía según donde están los elementos materiales probatorios

«[...] para el presente evento, de acuerdo con lo informado por el fiscal 43 delegado ante los jueces penales especializados, se puede inferir que el mensaje considerado como amenaza, pudo haberse emitido desde alguno de los elementos, - una Tablet, un disco duro y 2 computadores miniportátiles-, que fueron incautados en las diligencias de registro y allanamiento realizadas en el inmueble ubicado en la ciudad de Bello (Antioquia), en la que RCDB tenía fijada su residencia.

Por lo que en principio, atendiendo el **factor de competencia territorial**, correspondería a un **juez de control de garantías de dicha ciudad**, conocer de la diligencia preliminar solicitada.

No obstante, el representante de la Fiscalía acudió ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Tunja, a quien pidió la realización de la audiencia preliminar de *“control de legalidad recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación”*.

[...] el representante de la fiscalía al exponer la solicitud de legalidad indicó que el investigador de policía judicial le había remitido el informe realizado sobre la información extraída de los equipos incautados el día 29 de noviembre de 2018, el cual había impreso a las 4:35 p.m., **por lo que acudía ante el Juez de Control de Garantías, por razón del vencimiento de términos**.

Así las cosas, se tiene que el **motivo esgrimido por el Fiscal** para acudir ante el **juez de garantías de Tunja**, no se basó exclusivamente

en el hecho de hallarse en esa ciudad en la práctica de diligencias en otro proceso, sino especialmente **para evitar el fenecimiento del término de veinticuatro (24) horas que tenía para solicitar la legalidad de la evidencia recolectada**, situación que lo obligó a acudir **de urgencia** ante ese estrado judicial, como lo explicó con claridad en el curso de la audiencia.

Dicho motivo -vencimiento del término para solicitar la legalidad de la recuperación de la información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones-, resultaba suficiente para que la audiencia en mención, se pudiera realizar ante los jueces penales municipales con función de control de garantías de Tunja y no ante el **juzgado que por razón de la ocurrencia de los hechos**, debía conocer las diligencias, en tanto se configura una de las **excepciones al factor territorial como regla general, derivada de “razones de urgencia en los que se sustenta la escogencia del municipio donde se solicitó la intervención del juez de control de garantías”** (CSJAP4206 del 26 Sep. 2018, Rad. 53746, en el que se reiteró lo dicho en radicado AP4740-2016).

En esas condiciones y de forma consonante con los precedentes jurisprudenciales atrás citados, se dispondrá **mantener la competencia** para adelantar la aludida audiencia preliminar en el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Tunja, pues aun cuando los hechos objeto del trámite penal aparentemente no tuvieron ocurrencia en dicha ciudad, **si se estaba ante una situación excepcional que le permitía al ente acusador acudir ante los juzgados de control de garantías de Tunja**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

PREVARICATO POR ACCIÓN

No se configura: cuando la interpretación de las normas resulta razonable así no sea la más aceptada, según las particularidades del caso

Al confirmar la absolución respecto del cargo de *prevaricato por acción* que le fue atribuido a una Fiscal, la Corporación consideró oportuno señalar que el juicio valorativo sobre si una determinación resulta manifiestamente contraria a la ley, impone verificar en eventos de *interpretación* de normas, si la efectuada por el

funcionario, en la situación particular que decidió, siguió los parámetros de *razonabilidad*, así no resultare del todo ajustada a la más aceptada. También precisó que en este tipo de asuntos es necesario tener en cuenta el nivel de desarrollo *doctrinario* y *jurisprudencial*. Recordó además, que la correcta estructuración de la hipótesis de *hechos jurídicamente relevantes* y el desarrollo de un *programa metodológico* por el ente acusador, no pueden reemplazarse con planteamientos especulativos.

SP072-2019 (50419) del 23/01/19

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: modalidades según si recae sobre la valoración probatoria o frente a la interpretación o aplicación de normas || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** juicio valorativo || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** parámetros para determinarla cuando se refiere a la interpretación o aplicación de normas || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** debe tenerse en cuenta el nivel de desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las normas aplicables al caso

«El fallador de primer grado y el impugnante tienen claro que para realizar dicho análisis no basta con constatar la simple disparidad entre la resolución cuestionada y el ordenamiento jurídico, pues, valga aclararlo, ese tipo de correcciones pueden hacerse a través de los recursos y los demás instrumentos que consagra el ordenamiento jurídico. Se trata, según lo resaltan, de establecer que *“la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”*, tal y como lo ha expresado esta Corporación, entre otras, en las decisiones citadas en el fallo impugnado y en el escrito de apelación.

La determinación de si la **“resolución, dictamen o concepto”** es **manifiestamente contraria a la ley** entraña, según se dijo, un **juicio valorativo**, cuya orientación dependerá de la forma de trasgresión del ordenamiento jurídico, porque, a manera de ejemplo, será de una naturaleza cuando la misma **recae sobre la valoración probatoria** (CSJSP, 08 Mayo 2017, Rad. 48199, entre otras), y de otra sustancialmente diferente cuando el vicio atañe a **la interpretación o aplicación de las normas**.

Cuando, como en este caso, la acusación por el delito de **prevaricato por acción** se reduce a la **interpretación y/o aplicación de la ley** de una manera que resulta manifiestamente contraria a su verdadero sentido y alcance, resulta imperioso: **(i)** establecer cuáles fueron las normas trasgredidas; **(ii)** verificar cuál fue la interpretación que realizó el procesado, así como las circunstancias bajo las cuales aplicó o dejó de aplicar unas normas en particular; y **(iii)** realizar un juicio valorativo orientado a establecer si esa interpretación y/o aplicación puede considerarse como manifiestamente contrario a la ley, esto es, si obedece a un acto de arbitrariedad **“y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”**.

Igualmente, debe resaltarse que para realizar ese juicio de valor debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el **nivel de desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las normas aplicables al caso**, lo que adquiere especial trascendencia cuando se trata del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, pues no es un secreto que, incluso en la actualidad, más de una década después de su implementación, subsisten profundos debates acerca del sentido y alcance de ese cuerpo normativo, y, puntualmente, en lo que atañe a la interacción de los fiscales y los jueces (de control de garantías y de conocimiento), lo que, según se verá, tiene especial trascendencia para la solución de este caso.

Lo anterior no implica descartar, a priori, posibles actos de corrupción atribuibles a los fiscales o los jueces. Lo que se quiere resaltar es que ante un escenario de profundas transformaciones en el ámbito procesal penal, la Fiscalía debe tener especial cuidado al realizar el **“juicio de imputación”** o el **“juicio de acusación”**, de tal manera que puedan sancionarse, severamente, los delitos en que puedan incurrir los funcionarios, pero sin someter al rigor de un

proceso penal a quienes realizan interpretaciones razonables del ordenamiento jurídico o incluso a quienes han incurrido en errores en ese ámbito.»

PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura: cuando la interpretación de las normas resulta razonable así no sea la más aceptada, según las particularidades del caso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia:** la sentencia C-591 de 2005 no definió claramente los contornos de interacción entre fiscales y jueces en su trámite || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Medida de aseguramiento:** procedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Flagrancia:** su trámite está relacionado con el que debe surtir para la imposición de medida de aseguramiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia:** eventos en que la fiscalía puede conceder directamente la libertad

«El juicio valorativo acerca de la razonabilidad de la decisión que tomó la fiscal ZD

En primer término, la Sala debe aclarar que los argumentos que expondrá a continuación **no están orientados** a defender una determinada postura interpretativa como la más plausible o “correcta”. Según se indicó en el numeral 7.2, se trata de establecer si la decisión que tomó la procesada resulta **razonable** o si, por el contrario, constituye una **manifiesta** vulneración del ordenamiento jurídico.

Asimismo, debe resaltarse que el debate gira en torno a uno de los aspectos más complejos del sistema procesal regulado en la **Ley 906 de 2004**, como lo es la **interrelación de los fiscales y los jueces**, que incluso en la actualidad, más de 13 años después de la implementación del nuevo cuerpo normativo, sigue siendo objeto de análisis y debates.

También debe destacarse que **el artículo 302** fue analizado por la **Corte Constitucional** en la **sentencia C-591 de 2005**, lo que, a juicio del impugnante, le dio un sentido unívoco a esta norma, de tal suerte que la decisión de la procesada solo pudo ser producto de su intención de trasgredir el ordenamiento jurídico.

En todo caso, no puede perderse de vista que la sentencia C-591 fue emitida poco después de la implementación del nuevo sistema procesal, cuando no se avizoraban muchos de los aspectos que a lo largo de los años fueron considerados por la Corte Constitucional y por esta Corporación y que, en la actualidad, siguen siendo objeto de estudio y debate.

Como ya se conoce, el Tribunal plantea que la decisión tomada por GEZD **es razonable**, así no pueda ser catalogada como la más plausible, pues si bien es cierto **va en contravía de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-591**, también lo es que se ajusta a la **norma rectora** prevista en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004, que trata de la afirmación de la libertad.

En sentir de la Sala, los argumentos del Tribunal son acertados. A ellos se puede agregar lo siguiente:

Para los efectos de esta decisión, debe destacarse que el **artículo 302** regula, entre otras cosas, la **forma como deben interactuar los fiscales y los jueces en el proceso atinente a la captura en flagrancia y la posible imposición de medidas cautelares personales**. Se trata, sin duda, de un aspecto novedoso, pues en el sistema procesal regulado en la Ley 600 de 2000 estas tareas estaban a cargo del fiscal, sin perjuicio de algunos controles asignados a los jueces.

El debate propuesto por el apelante conduce irremediablemente a destacar que el procedimiento de captura en flagrancia está relacionado con el trámite que debe surtir para la imposición de una medida de aseguramiento, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal hizo énfasis en que en este caso no se avizoraba la procedencia de esa clase de medidas cautelares, lo que diferencia este caso de los que habían sido resueltos por ese organismo colegiado, así como de otros conocidos por esta Corporación. En efecto, el juzgador de primer grado plantea que ante la ausencia de motivos para solicitar la detención preventiva, no puede tildarse de manifiestamente contraria a la ley la decisión de la acusada de dejar en libertad al capturado, pues ello se ajusta a lo previsto en las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004.

Acorde con lo anterior, debe resaltarse lo siguiente: (i) la medida de aseguramiento es procedente luego de formulada la imputación; (ii)

la decisión de imputar o no es de competencia exclusiva del fiscal; (iii) los jueces no ejercen control material sobre el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación” (CSJSP, 11 Dic. 2018, Rad. 52311, entre otras); (iv) los jueces pueden imponer medidas de aseguramiento a solicitud del fiscal (Arts. 306 y 308), sin perjuicio de la posibilidad de que las víctimas presenten una petición en ese sentido -C-209 de 2007-; y (v) la procedencia de la medida de aseguramiento está supeditada a la presentación -por parte del fiscal- de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permitan inferir razonablemente que “*el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga*”, así como de los fines procesales o no procesales que justifican la afectación de la libertad.

De lo anterior se sigue que, en la práctica, si bien es cierto son los jueces quienes deciden sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento, también lo es que esos análisis están supeditados a las decisiones que tome el fiscal, porque si este no formula imputación y/o no solicita la medida cautelar, inexorablemente el capturado debe ser dejado en libertad.

Lo anterior no implica, como se resaltó en la decisión del 11 de diciembre de 2018, que los fiscales puedan ejercer arbitrariamente sus funciones. Por el contrario, en ese proveído se resaltó que esas amplias facultades tienen aparejada la obligación de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico, so pena de que puedan responder penal y/o disciplinariamente por sus acciones u omisiones.

En todo caso, al estructurar la imputación o la acusación por irregularidades en el ejercicio de las funciones asignadas a los fiscales, debe presentarse una **hipótesis de hechos jurídicamente relevantes suficientemente clara**, lo que implica precisar, entre otras cosas, cuál es la acción o la omisión objeto de reproche (CSJSP, 8 Marzo 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

El apelante da por sentado que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 es suficientemente claro, al punto que la decisión de la fiscal ZD solo puede ser producto de su arbitrariedad y de su propósito de trasgredir el ordenamiento jurídico. De esa forma, descalifica las conclusiones del Tribunal en torno a la incidencia que en este análisis deben tener las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, que, en opinión del fallador de primer

grado, hacen **razonable** la decisión de la procesada, y le resta importancia a las notas diferenciadoras de este caso, especialmente en lo que concierne a la improcedencia de la prisión preventiva. Sobre el particular, la Sala resalta lo siguiente:

En primer término, **no puede asegurarse que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 establezca con total claridad la forma cómo deben interactuar los fiscales y los jueces en el trámite que debe adelantarse cuando ocurre una captura en flagrancia**. La norma establece que el fiscal podrá otorgar la libertad cuando la captura haya sido ilegal (lo que se discute en este caso) o cuando “*de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva*”.

[...] En la sentencia **C-591 de 2005**, emitida recién entrado en vigencia el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional conoció de la demanda presentada en contra del artículo 302 de la Ley 906 de 2004. Según el actor, esta norma les atribuye a los fiscales la posibilidad de decidir sobre la legalidad de la captura y de realizar juicios valorativos acerca de los requisitos de la medida de aseguramiento, lo que está reservado a los jueces.

Ante esa propuesta, la Corte Constitucional se refirió a la importancia de la reserva judicial en materia de afectación de la libertad y el control de su afectación, e hizo hincapié en la necesidad de que el retenido sea físicamente dejado a disposición del juez. Luego, planteó lo siguiente:

“En tal sentido, el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.

No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que

conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. En otras palabras, de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías.

De igual manera, la medida es **razonable** ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. En este caso, igualmente, se propende por la defensa del derecho a la libertad personal, **ya que, en la práctica, el juez de control de garantías terminaría igualmente absteniéndose de imponer la medida restrictiva del derecho fundamental.**

Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario.

En este orden de ideas, si se entendiera que el fiscal puede además adelantar, en los casos de capturas en flagrancia, ciertos juicios de valor sobre la necesidad de la medida de detención preventiva, que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia, la disposición acusada sería contraria a la Constitución, por cuanto constituiría un desconocimiento de las competencias del juez de control de garantías.”

No puede afirmarse, como lo plantea el censor, que en este fallo quedaron claramente definidos los **contornos de la interacción de los fiscales y los jueces** frente al trámite que debe adelantarse en los casos de captura en flagrancia por delitos que ameriten detención preventiva, cuando el fiscal considera que no existen motivos para solicitar la medida cautelar. En efecto, el alto Tribunal resaltó, por ejemplo, que “la decisión sobre la legalidad de la aprehensión

realizada en flagrancia **queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías**, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal”, lo que genera dudas en torno a si, según esta postura, una vez decretada la libertad por parte del fiscal debe realizarse la respectiva audiencia de control, lo que, a su vez, puede incidir en el sentido de las irregulares atribuibles a los servidores públicos adscritos al ente acusador.

[...] Así, la Sala concluye que **tiene razón el Tribunal** en cuanto afirma que **si bien es cierto la fiscal GEZD no resolvió el caso a la luz de la interpretación más aceptada del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, también lo es que su decisión, según las particularidades del caso sometido a su conocimiento, resulta razonable a la luz de las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 ídem, porque no se avizoraba la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva** (lo que nunca fue rebatido por la Fiscalía), de tal suerte que debía resolverse si, bajo esta específica situación, resultaba viable poner fin a la privación de la libertad.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: tiene la carga de demostrar todos los elementos estructurales de la conducta punible, incluido el dolo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** la correcta estructuración de la hipótesis factual y el desarrollo de un programa metodológico no puede reemplazarse con especulaciones || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo:** demostración

«Una vez **descartado** que la decisión de la procesada pueda catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, **pierde relevancia el análisis del dolo.**»

Sin embargo, debe resaltarse que el impugnante incurre en **especulaciones inaceptables** para cuestionar las conclusiones del Tribunal sobre ese tema, pues, entre otras cosas, dijo, sin ningún fundamento, que la procesada formuló imputación en contra de JJMS y propició su condena porque se alertó ante lo resuelto por esta Corporación en la de decisión CSJSP, 27 Jun. 2012, Rad. 37733, en la que, según se acaba de

indicar, se analizaron unos hechos sustancialmente diferentes.

El impugnante desconoce que la **Fiscalía tiene la carga de demostrar todos los elementos estructurales de la conducta punible, incluso aquellos que, como el dolo, no son perceptibles por los sentidos**. Con ese fin, debió demostrar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse que la procesada “conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quiso su realización”.

Para tales efectos, **la correcta estructuración de la hipótesis factual y el consecuente desarrollo de un programa metodológico orientado a su demostración no podían reemplazarse con especulaciones**, a las que tuvo que apelar el censor por la evidente falta de actividad investigativa, lo que finalmente se tradujo en la celebración de varias estipulaciones

(con los yerros que ya fueron analizados), en virtud de las cuales no se practicaron pruebas en el juicio oral.

No sobra resaltar la importancia de la **actividad probatoria frente a este elemento subjetivo del delito de prevaricato por acción**, porque permite establecer en qué eventos las decisiones manifiestamente contrarias a la ley (lo que no se demostró en este caso) obedecen al desconocimiento o la incuria del sujeto activo (lo que puede incidir en la calificación de servicios o dar lugar a sanciones disciplinarias), y en qué casos son producto de su intención de trasgredir el ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden ser objeto de sanción penal.»

(Textos resaltados por la Relatoría)



Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá