



1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. VALDIVIESO REYES ÁLVARO - Rad. 110016000013200900583-01 (04-02-10) ALLANAMIENTO A CARGOS – Juez de conocimiento esta facultado para verificar que no haya violación de derechos fundamentales / HURTO EN SUPERMECADOS Y ALMACENES – La existencia de sistemas de seguridad y vigilancia que permiten la custodia y protección permanente de las mercancías no tornan en inidóneas las conductas encaminadas a apoderarse de las mismas.

“DE LA NULIDAD

(...)

“Hasta la sentencia de julio ocho (8) de dos mil nueve (2009), proferida dentro del proceso 31531, por la Honorable Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, ocurrida uno cualquiera de los mecanismos de consenso para la terminación anticipada del proceso penal, como por ejemplo, la aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones (arts. 351, 352, 356 nral. 5º y 367 ejusdem), el Juez de conocimiento no tenía más alternativa que, una vez verificada la legalidad de ellos sobre la base de un mínimo de prueba de la que se infiera la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad y que provenían de la voluntad libre, espontánea e informada del imputado, proceder a dictar sentencia condenatoria con el cuidado de conceder las rebajas punitivas y demás beneficios que hicieran parte del convenio respectivo.

“A partir de allí, se varió este precedente, para señalar que si bien puede ser una regla común, el juez de conocimiento está facultado para examinar el fondo del asunto en orden a determinar que no exista vulneración a derecho fundamental alguno, precisamente porque, como allí se dice, se renuncia por el imputado a ejercer el derecho de pedir la práctica de pruebas o su contradicción, pero no a sus derechos fundamentales dentro de los cuales, para el caso que nos ocupa, se concretan en el estudio y valoración de legalidad del delito y de la pena, y dentro de aquel toda la teoría del delito que incluye aspectos referidos al injusto típico u objetivo, el tipo subjetivo, la coparticipación, la antijuridicidad material, el principio de lesividad, la necesidad de la pena, entre otros.

“Por esta razón, para el Tribunal la sentencia que se revisa en esta instancia no está afectada de nulidad, pues el a quo actuó precisamente en ejercicio de una concepción del derecho penal acorde con los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en orden a hacer efectiva la garantía de la prevalencia del derecho sustancial.

“Otra cosa, muy distinta, es que haya acertado o no en el juicio valorativo emitido en su sentencia, como pasa a verse, con la advertencia que se negará, por improcedente, la petición de nulidad del fallo a revisar.

“ESTUDIO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

“Como se advirtió, el primer nivel toma como eje central de su argumentación la presencia de un delito imposible por tentativa inidónea pues en su sentir los bienes encontrados a los imputados nunca salieron de la esfera de protección del dueño del Supermercado, debido a que a través de las cámaras y sistema de vigilancia se tuvo control de los bienes y personas.

“Para el Tribunal el problema jurídico a dilucidar, entonces, es si ¿la existencia de sistemas de seguridad y vigilancia en los almacenes, pueden tornar en inidóneas las conductas desplegadas encaminadas a apoderarse de los bienes que allí se comercializan?

“El Artículo 27 del Código Penal señala que “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.”

“La conducta punible de hurto, en general, es de los llamados de resultado, pues para que se entienda perfeccionado debe verificarse el apoderamiento de uno o unos bienes muebles, que se entiende cuando ellos han salido de la órbita de protección de su propietario, poseedor o tenedor legítimo.

“Así que cuando se despliegan todos los pasos necesarios para lograr tal fin, es decir, se cumple el iter criminis, pero el

apoderamiento no ocurre por causas ajenas a los autores y partícipes, el punible queda en el grado de tentativa.

“Es necesario también distinguir con toda claridad los términos jurídicos de consumación y agotamiento del delito, entendiendo aquel como la materialización del verbo rector y éste como la efectivización del ingrediente subjetivo del tipo penal, aquella especial finalidad que persigue el autor con su proceder comportamental.

“En el delito de hurto, en general, y por vía de ejemplo, que exige ingrediente subjetivo – animus lucrandi-, puede perfectamente objetivamente consumarse sin agotarse, porque basta el ánimo o intención específica del agente seguida de los actos propios e inequívocamente dirigidos al apoderamiento, e incluso su físico contacto, remoción, etc., solo que el efecto final de aseguramiento ilícito, su arbitrario propósito de disponibilidad – y por esa vía la satisfacción de su ánimo, no se logra por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, dando lugar al dispositivo amplificador de la tentativa.

“En el caso que nos ocupa, es claro para la Sala que los imputados desarrollaron un plan delictivo ideado para apoderarse de bienes y mercaderías de las que se comercializaban en el Supermercado, al punto que incluso se dividieron las labores, adquirieron alimento para perros a fin de engañar al personal de seguridad al momento de salir del almacén. Ahora, si los bienes que tomaron no salieron de la órbita de protección del Supermercado no lo fue por la voluntad de los imputados, sino por otra causa distinta, como es el sistema de seguridad y vigilancia con que contaba el Almacén que, de no existir, hubieran facilitado a los sujetos activos la consecución de su propósito criminal. Luego, decir que los actos no fueron idóneos para llevar a cabo el hurto porque siempre estuvieron vigilados los imputados mientras realizaban el plan delictivo no se compadece con la realidad de lo ocurrido.

“No puede olvidarse que en este tipo de establecimientos el usuario tiene una amplia libertad. En él puede comprar, o no comprar, incluso puede dedicarse a otra actividad como pasear, relacionarse con otras personas, obtener información sobre precios, marcas, productos, entre otras. Incluso, puede tomar mercancías y llevarlos de un lado a otro dentro del almacén y, a veces hasta consumirlos para luego pagarlos en las cajas registradoras; pero cuando ellos son tomados con la intención de no pagarlos y sustraerlos del almacén, considera la Sala que se han desarrollado los actos propios de ejecución de detentación material de bienes ajenos con aquel propósito, solo que no se logra su consumación en los términos de la ley por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del autor.

“Por estas circunstancias no sería razonable exigir al Almacén que antes de que se evidencie el propósito de salir del Supermercado con dichos elementos sin pagarlos, proceda a evitar que las personas los tomen y los lleven consigo. Luego, se equivoca el a quo al sostener su tesis, ya que en este caso se desplegó el verbo rector y se materializó la intención de los imputados al punto que así lo reconocieron al aceptar los cargos a ellos endilgados, confesando de esta manera su propósito al tomar consigo las mercancías y productos que fueron ocultos en bolsas de alimento para animales e igualmente así se puso en efectivo riesgo el interés jurídicamente tutelado.

“Por tanto, como los señores CASTRO y VELEZ fueron capturados en flagrancia, se contaba con suficientes elementos materiales de prueba que los comprometían con los hechos materia de investigación, con un alto grado de certeza, lo que obligaba a, proferir en su contra sentencia condenatoria como coautores de la conducta punible de Hurto Agravado, en la modalidad de tentativa.”

Relatoría/consulta/2010/Acusatorio/Sentencias



1.2. M. P. VALDIVIESO REYES ÁLVARO - Rad. 11001600001720088043501 (17-02-10) ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS – Tipicidad – No se configura por actos de mero exhibicionismo – No se configura por comentarios o expresiones vulgares o indecentes

“Con fundamento en la discrepancia aducida por el recurrente como referida al error en el trabajo de adecuación típica y por ende a la necesidad de absolver a su patrocinado por el delito de acto sexual abusivo al no estructurarse los elementos materiales exigidos para ese fenómeno, sino tratarse a lo sumo de una injuria por vía de hecho, se ocupa la Sala de resolver lo que en derecho corresponda advirtiendo, primeramente, que no hay ninguna discusión o discrepancia respecto de los acontecimientos constitutivos de la imputación delictiva, esto es, en torno a la conducta material desplegada por el señor MIGUEL ALFONSO RUIZ CAMACHO como de exhibir sus órganos genitales a una menor de edad y efectuar una soez expresión frente a aquella, por lo que el pronunciamiento ha de circunscribirse entonces a verificar si hubo o no acierto de cara al fenómeno de subsunción comportamental, o si por el contrario, los hechos guardan verdadera correspondencia con una descripción distinta y alude así a la lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente diferente.

“Sea lo primero destacar que la conducta punible materia de acusación se enuncia en el artículo 209 del Código Penal como referida a la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, de tal manera que fulge trascendental, cuando de la inducción se trate, que de una u otra manera se exteriorice alguna o algunas actividades aptas, idóneas o eficaces para la instigación o persuasión en la víctima que puedan llevar a desencadenar el prematuro ejercicio de la libido, o bien, que esa inducción se presente por medio de actos que conduzcan a ese tipo de reacciones de carácter lúbrico, como que lo que se pretende es proteger la libre formación sexual.

“Ciertamente, el delito de acto sexual con menor de catorce años consistente en la inducción a prácticas sexuales ha de comprender esencialmente aspectos de motivación, estimulación, de persuasión o de seducción hacia la realización de ese tipo de actividades de carácter sexual, de tal suerte que un escueto acto de exhibicionismo de los órganos genitales masculinos, ejecutado por demás de manera repentina y fugaz no comporta ese efecto de inducción, sino que se erige más como una forma de conducta desviada que ha de regularse bajo un contexto diferente al del derecho penal, por lo menos cuando, como aquí acontece, no trascendió de esa simple visibilidad corporal en unas condiciones de modo y lugar que de suyo no contienen efectos de incitación como afectantes de la libre formación de la sexualidad.

“Evidentemente, conforme a las manifestaciones de la niña, cuando se desplazaba en su bicicleta por la cicloruta hizo aparición un sujeto en pantaloneta que al tiempo que le

mostraba su miembro viril le sujetó el sillín de la bicicleta haciéndola caer y acto seguido aludió de manera baja u ordinaria a su belleza corporal, sin que desde luego siquiera le tocara su cuerpo o desarrollara ningún acto ejecutivo complementario que objetivamente reflejara cualquier intención de carácter sexual diferente a la referida exposición genital y a la bajeza e indignidad de sus expresiones, por lo que en esas condiciones de obscenidad en sitio abierto al público podría dar lugar a la contravención especial contra la moralidad pública a que alude el Decreto 522 de 1.970 (art. 44), o desde otra perspectiva, como lo plantea la defensa, a consolidar de hecho un agravio en contra de la indemnidad moral de la menor víctima.

“De la misma manera, trascendental resulta para el adecuado trabajo de subsunción atender el contenido mismo de las manifestaciones vertidas por la niña durante la audiencia de juicio oral, como que allí no solo concreta la fugaz percepción del miembro del desconocido, sino que precisamente se refiere siempre al acusado como el “señor que le mostró los genitales” y es enfática en indicar que no fue víctima de ningún tocamiento ni siquiera cuando tuvo lugar su pérdida de equilibrio en la bicicleta, circunstancias éstas que contribuyen o posibilitan que en el análisis de las repercusiones jurídicas de lo acontecido pueda concluirse que se está más en presencia de un acto de exhibicionismo que de la consolidación de los elementos que definen el denominado delito de acto sexual con menor de catorce años en la modalidad de inducción a prácticas sexuales.

“Ahora, en lo que atañe a la complementaria expresión de ‘mamita rica, vamos para el potrero’, no obstante la ostensible bajeza, ordinariéz o indignidad del comentario, en el contexto en que se profiere la frase es evidente que lo que aquella refleja es una expresión ruin, de mezquindad frente al candor juvenil de la víctima, sin que esa ostensible bajeza de espíritu tampoco logre por sí misma la consolidación como conducta punible y de esa manera, habida consideración de lo restrictivo del concepto de tipicidad y la garantía constitucional y legal que lo enmarca, no tiene opción diferente el Tribunal que la de reconocer el error del a quo en el correspondiente trabajo de subsunción y en observancia estricta del debido proceso en un aspecto tan sustancial como lo es el fenómeno la adecuación jurídica del comportamiento, acceder a la declaratoria de invalidez a partir de la audiencia de imputación a fin de que, si es del caso, se encauce el ejercicio de la acción penal con absoluta correspondencia al factum que da lugar a ella y sobre esa base se consolide la subsiguiente relación procesal. (art. 457 C.P.P.)”

Ruta: Relatoría/consulta/2010/Acusatorio/Sentencias

1.3. M. P. VALDIVIESO REYES ÁLVARO - Rad. 11001600001920090367901 (03-12-09) ALLANAMIENTO – Nulidad por indebida adecuación del injusto típico / DESTINACIÓN ILÍCITA DE MUEBLES O INMUEBLES – Tipicidad – Se requiere que el autor tenga poder dispositivo sobre el bien, en razón de ser su dueño o poseedor.

“No obstante todo lo anterior, advierte la Sala que conforme a las circunstancias que rodearon la ejecución de la conducta y en especial el hecho de atribuir a LILIA RICAURTE la actividad de “tolerar o autorizar” el expendio de estupefacientes en un inmueble cuya titularidad o posesión en ningún modo ostenta, es decir, no empee carecer de cualquier poder dispositivo sobre el bien en donde se desarrollaba la labor de expendio y por ende sin facultad material o jurídica para consolidar una “destinación”, bajo esa perspectiva observa el Tribunal un verdadero desfase u manifiesta incongruencia fáctica que afecta la validez de la imputación delictiva respecto del delito de “destinación” a que alude el artículo 377 del Código Penal y el sucedáneo allanamiento a esos cargos y por ende, bajo esa óptica impone concluirse que el reconocimiento de responsabilidad derivado del “acuerdo” allí inmerso desconoce flagrantemente garantías

fundamentales de la señora LILIA RICAURTE e impone en esta sede oficiosamente declarar la nulidad parcial respecto de este cargo para por esa vía posibilitar la exclusión de tal imputación jurídico penal y dejar exclusivamente la declaración de responsabilidad en lo atinente al delito de tráfico de sustancias en la modalidad de expendir, dada su flagrante aprehensión en desarrollo de esa actividad y su ulterior reconocimiento de responsabilidad penal.

“Evidentemente, conforme los elementos de prueba vertidos en el proceso, el inmueble ubicado en la Carrera 88D bis No. 74-30 sur objeto de allanamiento y donde se llevaba a cabo la ilícita actividad de venta se encuentra a cargo de la señora OLGA SALAZAR HERRERA y de un señor VICENTE, complementando que allí dos mujeres colaboraban ocasionalmente (Fl. 111) lo que igualmente contribuye a

SALA PENAL
RELATORÍA

afianzar la imposibilidad de imputación por la destinación inmobiliaria respecto de LILIA RICAURTE, quien además reporta su residencia como localizada en la calle 73F Bis sur, número 84C-03, Barrio Bosa Laureles, de tal suerte que en esas condiciones solo respecto de OLGA SALAZAR material y jurídicamente procede la imputación por la destinación inmobiliaria.

“Sobre este aspecto de la invalidez del allanamiento por virtud del quebranto de las garantías fundamentales, ha dicho la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que:..... “.. *En segundo término, es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada, la actuación de la autoridad judicial se contrae a dictar sentencia de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que*

advierta nulidad del acto, a que sea manifiesta la vulneración de garantías fundamentales. El juez en esos eventos no es un simple convidado de piedra que pueda limitar su actuar a individualizar pena. El debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial, como postulados superiores, exigen su plena observancia. ..” (Sent. Julio 15/08. Rdo. 28.872 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán).

“En similar sentido se refiere la mentada Corporación también en la sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31.531 M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, en donde esencialmente se reconoce la opción de invalidez del allanamiento, entre otros, cuando “ *se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referido a la adecuación del injusto típico*”, *forma de coparticipación, o de las expresiones de culpabilidad atribuidas....”.*

Ruta: Relatoría/consulta/2009/Acusatorio/Autos

2. PROVIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2.1. 29753(27-01-10) M. P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ HOMICIDIO AGRAVADO EN PERSONA PROTEGIDA INTERNACIONALMENTE, DISTINTA DE LAS CONTEMPLADAS EN EL TÍTULO II DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL (ARTÍCULO 104, NUMERAL 9, DEL C.P.) – HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (ARTÍCULO 135 DEL C.P.) – Diferencias / PERSONA PROTEGIDA INTERNACIONALMENTE - PERSONA PROTEGIDA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO – Conceptos

“En consecuencia, como de lo que se trata es de precisar si en este caso las víctimas del múltiple homicidio son “personas internacionalmente protegidas” en los términos del numeral 9° del artículo 104 del Código Penal, como lo declararon los juzgadores, o si, en cambio, son personas protegidas por el D.I.H. conforme las condiciones previstas en el artículo 135 ejusdem, por razones de método se analizará una y otra disposición a fin de adoptar la determinación que en derecho corresponda.

(...)

“A ese respecto, como lo ha precisado la Sala y así se desprende de sus antecedentes legislativos, el sujeto pasivo calificado incluido en el numeral 9° del artículo 104, se halla precisado en las leyes 169 de 1994 y 195 de 1995, aprobatorias, en su orden, de la “*Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*”¹ y el “*Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional*”², como así se dejó señalado en la ponencia para primer debate ante el Senado de la República del proyecto de ley 040 de 1998, a la postre sancionado como Ley 599 de 2000³.

(...)

“De acuerdo con la anterior clasificación, fácil se colige que los miembros de la etnia Kankuama que perdieron su vida por el accionar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia el 8 de diciembre de 2002 en el Corregimiento de Atánquez, no pertenecen a alguna de las categorías de **personas internacionalmente protegidas**, pues ni se trata de jefes de Estado de visita en el país, ni son autoridades de similar jerarquía, familiares de éstos, o agentes diplomáticos.

“En consecuencia, surge evidente el yerro del sentenciador en la aplicación de la causal 9ª de agravación del homicidio consagrada por el artículo 104 del Código Penal,

(...)

“El homicidio en persona protegida fue incorporado a la legislación nacional a través del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, en su Título II, correspondiente a los “*Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”, ...

(...)

“Acerca de las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se recordará cómo tales conceptos remiten a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, suscritos por la comunidad internacional dada la creciente necesidad que surgió por aquella época, en orden a adaptar las reglas preexistentes para la regulación de los enfrentamientos bélicos, cuyo marco fue desbordado con los actos atroces acaecidos en la segunda guerra mundial, Convenios posteriormente adicionados a través del Protocolo I que regula específicamente la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y del Protocolo II que se ocupa de la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

“Para el caso Colombiano, la incorporación de dispositivos penales específicos en orden a brindar protección a las personas y bienes amparados por el D.I.H., no sólo se vincula al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en el concierto internacional con la suscripción de los cuatro Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales, sino además, por la inaplazable necesidad de establecer un marco jurídico específico que regulara desde la perspectiva del control penal punitivo, los graves atentados contra la población civil en desarrollo del conflicto armado no internacional que enfrenta la Nación desde hace ya varias décadas, como consta en la exposición de motivos del proyecto de ley 040 de 1998, hoy Código Penal de 2000, ...

(...)

“Desde tal perspectiva, es claro que las víctimas ostentan la calidad de **personas protegidas por el D.I.H.**, en los términos del párrafo único, numeral 1° del artículo 135 del Código Penal y no la de **personas internacionalmente protegidas**, como equivocadamente se afirmó en la sentencia materia de este recurso.”

2.2. 32556(20-01-10) M. P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN – Nulidad por cambio de juez – Que un juez –persona- diverso al que presenció el debate oral, emita la sentencia de primera instancia, es aceptable solo de manera excepcional.

“En efecto, se desnaturaliza el sistema cuando el funcionario que emite el fallo no es el mismo -en términos de persona- a aquel que asistió al debate oral. El cambio en el juzgador se muestra admisible únicamente cuando el nuevo repite el juzgamiento.

“De manera que si por cualquier circunstancia el funcionario que ha adelantado el juzgamiento es cambiado por otro, y es al nuevo a quien compete anunciar el sentido del fallo y proferirlo, ello solo es viable hacerlo con la previa repetición del juicio oral.

¹ Nueva York, 14 de diciembre de 1973

² Nueva York, 2 de febrero de 1971

³ Gaceta del Congreso No. 280, del viernes 20 de noviembre de 1998



“1.3. La existencia de registros que permiten verificar lo ocurrido durante el debate no pueden servir de sustento para que el nuevo juez -ajeno al mismo- resuelva el caso. Ello implicaría volver a sistemas procesales anteriores regidos por el criterio de “*permanencia de la prueba*”, que quiso ser eliminado por el legislador de 2004.

(...)

“1.4. Ahora bien, en casos muy excepcionales la jurisprudencia, no la ley, ha admitido que un juez -persona- diverso al que presenció el debate oral, emita la sentencia correspondiente.

(...)

“El entendimiento armónico de los principios de concentración e inmediación, y de las formas procesales de llevar un registro de la actuación debe conducir al juez a la interpretación de que aquellos son de imperioso acatamiento y que las grabaciones logradas solamente pueden tener alcance de ayudas técnicas para el trámite y decisión de los recursos de apelación y casación, y para suplir algunas falencias temporales que no tengan incidencia sustancial en el sentido de fallo.

De manera que -insiste la Corte- únicamente en eventos excepcionales resulta aceptable que un juez diferente al que adelantó el juicio, profiera sentencia de primera instancia.

“Ese cambio de juez puede presentarse, por ejemplo, por vacaciones, por el otorgamiento de una comisión de servicios o de una comisión especial, por ascenso, por licencia no remunerada o por licencia de maternidad⁴. Sin embargo, para que tal situación, *per se* **inusual**, no genere nulidad es *preciso* que, analizadas concienzuda y detenidamente las particularidades del caso, se determine, sin ambages, que con tal variación no se afectó la estructura básica del sistema, no se trasgredieron los principios que lo rigen y no se lesionaron los derechos de las partes.

“1.5. En todo caso, importa recordar la importancia del anuncio del sentido del fallo, el respeto que por ese acto debe tener el juez al momento de dictar sentencia, máxime cuando haya lugar a cambio en la persona y únicamente en los términos expuestos.

(...)

“Ahora, si el funcionario que luego es reemplazado alcanzó a anunciar el sentido del fallo, el nuevo podría omitir la repetición del juicio, siempre que respete el criterio adoptado por quien presenció el juicio y no haga cosa distinta que desarrollar, o mejor materializar los argumentos expuestos en la audiencia en la que se anunció el sentido del fallo, salvo, eventualmente, cuando el cambio resulte benéfico para el acusado.”

2.3. 32582(28-10-09) M. P. JAVIER ZAPATA ORTIZ HOMICIDIO CULPOSO – IMPUTACIÓN OBJETIVA- Elementos para su existencia / CAUSALIDAD / POSICIÓN DE GARANTE - Noción/ POSICIÓN DE GARANTE - Circunstancias en que se puede constituir / DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN / IMPUTACIÓN OBJETIVA- Cursos causales hipotéticos / CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS-Aplicación/ RESPONSABILIDAD MÉDICA

“Los interrogantes que se irán despejando en el contexto argumentativo, son los siguientes: si se condenó al gerente de la EPS del ISS, de la Regional Cartagena, por un delito de **homicidio culposo**, ¿cómo incidió el referido médico con funciones administrativas **Jerry Javier Cuesta Romero** en ese resultado muerte? y, desde luego, si se le puede atribuir a él como asunción de su propia conducta.

(...)

“En estas condiciones se comprueba que el implicado **Cuesta Romero**, sí tenía el deber legal de garantía para con la señora **Leticia Mercado**, por cuanto ella estaba afiliada a la EPS del Seguro Social de Cartagena, pero su exclusivo ámbito de competencia se reduce a la parte administrativa, como lo demostraron los diversos medios allegados al plenario. En otras palabras, su rol no abarca cuestiones netamente médicas, clínicas o quirúrgicas, pues él no era para con ella, medico tratante, ni especialista en cardiología.

(...)

“Es ambigua la conclusión a la que arribó el Tribunal: ¿cómo puede una persona no ser causa directa de un resultado típico y, a la vez, aumentar el riesgo jurídicamente permitido dentro de un nexo causal indirecto para atribuírsele responsabilidad penal? Mejor aún, una causa indirecta no puede propiciar resultados típicos, si esa conducta humana no es producto de una acción u omisión vinculada directamente con sus funciones.

“En esas condiciones, es impreciso atribuir responsabilidad penal, a quien con sus actos, aún teniendo la posición de garante, jamás elevó el riesgo jurídicamente permitido, como a lo largo de este proveído se viene demostrando, ...

(...)

“El delito de comisión por omisión, en tanto se tenga el deber jurídico de impedir un resultado, respecto de la protección de un bien protegido y la posición de garante determinada por una fuente de riesgo, es asimilado legislativamente en virtud del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, a una equivalencia entre conductas de comisión y omisión. Siendo ello así, en el caso en reflexión, se condenó al Gerente por cuanto “*impidió*” con su conducta los exámenes; sin embargo, la fusión entre los actos de omisiones con aquellos de comisión, tienen que sujetarse al ámbito de competencia del agente y su delimitada posición de garante. La falencia del Tribunal de Cartagena, por ende, se concretó en ignorar el deber jurídico que debe ser previo al verbo impedir un resultado lesivo, más no como lo propuso en el texto transcrito: el *procesado impidió los exámenes*, excluyendo la omisión en el comportamiento reprochado.

“Que no es igual o lo mismo, a lo expresado por uno de los tratadistas arriba citados, cuando indicó: “*Para la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado lo determinante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio eminentemente subjetivo como el del ‘hombre prudente’ para adoptar en su lugar uno claramente objetivo, fundamentado sobre la existencia de una posición de garante derivadas de las expectativas del comportamiento social (deber de actuación)*”⁵. (Resaltado fuera de texto)”

JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Presidente

HERMENS DARIO LARA ACUÑA
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora

⁴ Artículos 135 y siguientes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁵ Obra Cit., págs. 116, 117.

