

6

Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia ordinaria
Delito	:	Homicidio Culposo
Condenado	:	Jaimir Toledo Álvarez
Radicación	:	Grupo 08 No. 2009-00025-01
Aprobación	:	Acta N° 2012-150

San Juan de Pasto, septiembre veintisiete dos mil doce

Motivo de la Decisión

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa de JAIMIR TOLEDO ÁLVAREZ, respecto de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), en fecha 01 de junio de 2012, tras declararlo penalmente responsable por la comisión del delito de homicidio culposo.

Secuencia táctica y actuación cumplida

Los hechos dan cuenta que el día 25 de marzo de 2005, en zona rural del municipio de Ricaurte (N), siendo aproximadamente las 5:15 de la madrugada, acaeció el fatídico hecho cuando el soldado profesional JAIMIR TOLEDO ÁLVAREZ, accionó su arma de dotación produciendo que un proyectil impactara en la humanidad del señor GERMÁN EFRAÍN GUANGA NASTACUAS, quien transitaba apaciblemente por el sector.

El anterior acontecimiento dio pie para que la Fiscalía 38 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como también la Fiscalía 17 Penal Militar adscrita a la Tercera División del Ejército, ambas con sede en Cali (V), procedieran a dar apertura a la instrucción y adelantar sendas actuaciones procesales, situación que desembocó en conflicto de competencia positivo, el que fue dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria, en calenda 4 de abril de 2006, resolviendo otorgar competencia a la jurisdicción penal ordinaria.

Una vez aclarado lo anterior, correspondió la investigación a la Fiscalía adscrita a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, la que vinculó al sindicado mediante indagatoria celebrada el día 6 de junio de 2006, resolviendo situación jurídica del encartado, el 9 de junio de esa anualidad, absteniéndose de imponer detención preventiva.

Posteriormente y una vez realizados los actos investigativos pertinentes y teniendo suficiente material probatorio, el ente acusador procedió a clausurar la etapa de Instrucción, calificando el sumario y emitiendo resolución de acusación el 15 de junio de 2009, en contra del procesado por el delito de "Homicidio agravado previsto en el artículo 109" (sic), decisión que no fue objeto de recurso.

Ejecutoriada la resolución de acusación, le correspondió por reparto en la etapa de juzgamiento al Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (N), despacho que avocó conocimiento el 19 de octubre de 2009, y luego de evacuar la audiencia preparatoria y la vista pública, emitió sentencia condenatoria el 1º de junio hogaño, en contra de JAIMIR TOLEDO ÁLVAREZ al hallarlo penalmente responsable del injusto penal de homicidio culposo.

Inconforme con el fallo proferido, la abogada defensora apeló la providencia, la cual sustentó en término; por consiguiente, agotado el rito establecido le corresponde al Tribunal resolver la alzada.

Del fallo recurrido

Tras hacer una breve reseña de los hechos, señalar la identidad del procesado y los alegatos, de los sujetos procesales, se introdujo la *a quo* en el análisis- de las particularidades propias del punible objeto de condena, estableciendo con los elementos de convicción recaudados, en especial los testimonios recepcionados, la inspección judicial al cadáver

y al lugar de los hechos, los protocolos de necropsia y los demás elementos de juicio allegados a la foliatura, la concurrencia del aspecto objetivo del ilícito y la responsabilidad del acusado.

La Juzgadora ubicó la conducta agotada por el infractor penal en la preceptiva del artículo 109 del Estatuto Punitivo, toda vez que la acción negligente desplegada por el procesado, despuntó en la muerte del señor GERMÁN EFRAÍN GUANGA NASTACUAS, siendo constatada la gravedad de la conducta endilgada, al haber existido el daño real sufrido por la víctima, daño que se produjo por la omisión al deber objetivo de cuidado.

Bajo tales consideraciones, consideró que era menester imponer al sentenciado como pena principal, la de 28 meses de prisión, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de 36 meses, multa por valor de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión; igualmente, lo condenó al pago por perjuicios morales en el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la compañera permanente del interfecto.

Le concedió el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de 2 años, previa suscripción de acta de compromiso, imponiendo como caución prendaria la suma de \$566.700.

De la apelación

La abogada defensora del procesado, doctora LILIAN DIYENY ZEMANATE JOAQUI, después de hacer un recuento táctico de lo ocurrido y una síntesis de la sentencia de primer nivel, centró su disenso en el fallo de instancia, en los siguientes ítems:

Señaló que la sentencia emitida por la Juez de primer nivel va en contra del ordenamiento jurídico, considerando que del actuar de su prohijado se puede colegir que recayó en un error de prohibición directo, afirmando además, que actuó en estricto cumplimiento de un deber legal, ocurriendo el suceso en el ejercicio de su profesión como soldado, razón por la cual se lo debe absolver de toda responsabilidad.

Aunado a lo anterior, refirió que no es dable conceder a favor de la señora ROGELIA DEL SOCORRO GUERRERO GARCÍA, los perjuicios morales, de modo que no fue acreditado dentro del proceso su calidad de compañera permanente, así como tampoco se observa que haya iniciado acto alguno con- el fin de hacer valer el derecho que presuntamente le asistía, iterando además la imposibilidad del juez penal de declarar la unión marital de hecho al no ser el competente; finalmente, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia dictando fallo absolutorio.

Consideraciones de la Sala

Encuentra la Sala la necesidad de dirimir los siguientes problemas jurídicos:

- I) Establecer si el actuar del sentenciado, transgredió el deber objetivo de cuidado, excediendo los límites del riesgo permitido, de ser así, determinar si esa omisión conllevó a la afectación del bien jurídico tutelado, observando la existencia de una relación concatenada entre el conducta culposa y el resultado lesivo.
- II) De subsistir al primer filtro planteado, se procederá a observar si la conducta desplegada por el condenado se encuadra en lo que la doctrina ha llamado "*error de prohibición directo*".
- III) De igual manera, se estudiará si dentro del *sub judice* se presenta la causal de ausencia de responsabilidad correspondiente a "*obrar en estricto cumplimiento de un deber legal*".
- IV) Como último punto., y de surgir respuestas negativas a los anteriores interrogantes, se examinará si es dable otorgar perjuicios morales a la señora ROGELIA DEL SOCORRO GUERRERO GARCÍA, a pesar de no estar acreditada su calidad de compañera permanente,

En primer término, es necesario recordar que para emitir fallo condenatorio, será menester atender ías bases normativas que contempla el Código de Procedimiento Penal, cuando de manera expresa menciona *“obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”*¹, mas no solo deberá tenerse presente este requisito, sino que de manera complementaria y en atención a una verdadera valoración probatoria, es imperioso *“apreciar las pruebas válidamente allegadas al proceso, de manera conjunta de acuerdo a las reglas de la sana crítica, siempre exponiendo el mérito que se le asigne a cada una”*.²

Atendiendo a lo anterior y a manera de referencia, es preciso realizar una sucinta reseña en cuanto a la evolución legislativa y doctrinaria de los delitos culposos; de ese modo, el otrora Código Penal - Ley 100 de 1980 - en su artículo 37, definía el delito culposo como el hecho punible realizado por el sujeto activo con falta de previsión del resultado previsible o con la confianza de poder evitarlo.

De ese modo, se puede observar que dentro de esa concepción del delito culposo se consideraba a la imprudencia como una forma de culpabilidad fundada en criterios subjetivos, como la *“previsibilidad”*^{3 4}, o en los mecanismos generadores de la culpa como la *“negligencia”* e ¹¹*impericia*. Sin embargo, la doctrina empezó a observar diferentes

¹ Artículo 232 ley 600 de 2000

² Artículo 238 ibidem

³ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal I*, Temis, Bogotá, 1996, § 80.

⁴ Reyes Echandia, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 1987 pág 218-222.

3

perspectivas, desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos más objetivos, situados en la categoría de la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto de la "infracción al deber objetivo de cuidado"⁵, noción que igualmente fue acogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, al señalar:

"El delito culposo, por su parte, consiste en que la comisión del punible se encuentra acompañada de la omisión del deber de cuidado ya sea por la negligencia, la imprudencia, la violación de reglamentos o la impericia del agente"^{6 7}.

Estableciendo además que,

*"La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de lo que éste hizo o dejó de hacer"*¹

Ulteriormente, y al entrar en vigencia el nuevo Código Penal - Ley 599 de 2000 - el legislador dio un gran avance al establecer el delito culposo, teniendo en cuenta para su tipificación dos fuentes de derecho que han servido de factores trascendentales en la evolución de esta figura jurídica, como lo son la jurisprudencia y la doctrina, al estipular en su artículo 23 que *"La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo."*

⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 187 y ss.

⁶ Cfr. Sentencia de 23 de noviembre de 1995, Radicación N° C9476,

⁷ Cfr. Sentencia de 16 de septiembre de 1997, Radicación N° 12655.

Concepción ésta que abrió campo al delito imprudente, el que debe modularse con los dos postulados ya aludidos, erigidos como normas rectoras prevalentes y orientadoras de la interpretación del sistema penal, según las cuales *“La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”* y *“toda forma de responsabilidad objetiva”* se encuentra proscrita o erradicada

En ese entendido, queda claro que el injusto culposo se encuentra compuesto por un aspecto objetivo y otro subjetivo; dentro del primer elemento se encuentra el sujeto activo, la acción desplegada representada en la omisión al deber objetivo de cuidado, la consecución de un daño que tenga connotación jurídico penal y relación intrínseca de causalidad entre la conducta desplegada con omisión al deber objetivo de cuidado y el resultado lesivo conseguido.

Haciendo la salvedad, que la *“infracción al deber objetivo de cuidado”*, no significa que ese elemento de la culpa sólo pueda concebirse objetivamente con exclusión de lo subjetivo, pues la misma norma legal remarca la previsibilidad del agente respecto del resultado, lo cual va ligado a consideraciones eminentemente subjetivas.

Asimismo, se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia que para determinar si se ha cometido el acto de desvalor penal sin la previsión del cuidado que socialmente se demanda, se debe tener en cuenta los siguientes preceptos:

"...El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el Que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido .

"...Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

"...El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

"Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

"...El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos"⁸. (Subrayado y resaltado)

Respecto de los elementos subjetivos, es preciso establecer que, en cuanto al aspecto volitivo, el resultado típico debe corresponder a una causalidad distinta a la buscada con el acto al que dirigió su voluntad el agente, y respecto del elemento cognoscitivo, es ineluctable que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representó para los bienes jurídicos y de prever el resultado.

⁸ Cfr. Sentencia de 24 de octubre de 2007, Radicación N° 27325 ¹⁰

De suerte entonces, es clara que la concurrencia del delito que se derivó de la omisión al deber de cuidado, recae en la tipicidad, más concretamente en la acción, bajo el concepto del riesgo permitido, ligado a los elementos subjetivos ya descritos - conocimiento del riesgo y el cuidado debido, además, del resultado lesivo ocasionado, siendo por ello que el código establece que la causalidad por sí sola no basta para la producción del resultado.

De ese modo, se puede colegir que lo esencial en el delito culposo no es el aspecto volitivo del agente activo, sino el desvalor de la acción por él realizada, acompañado por la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en aquella acción se concrete un nexo de causalidad con el resultado típico, es decir, el desvalor del resultado que estuvo en condiciones de conocer y prever quien ejecutó la conducta.

En ese sentido y bajo la dogmática penal contemporánea, subyace la teoría de la imputación objetiva, la que implica que la realización del tipo objetivo se cumple cuando el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en un resultado determinado que es objeto de reproche, siempre y cuando exista relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado lesivo, sobre pasando así el riesgo permitido.

En los anteriores términos, la doctrina ha señalado que ante el conocimiento de un delito imprudente, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado, teniendo

17

que retrotraerse al momento de realización de la acción y *examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente y diligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico*⁹. (Resaltado y subrayado de la Sala)

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si con ese peligro se logró la consecución de un resultado dañino del bien jurídico tutelado, de acuerdo a los presupuestos tácticos conocidos, es decir, se debe establecer cuándo se concreta la creación de un *riesgo no permitido* y cuándo no; la teoría de la imputación objetiva integra varios criterios limitantes o correctivos que permiten identificar su operancia, los cuales han sido abordados en pretéritas ocasiones por la jurisprudencia del Alto Tribunal de la justicia penal, al afirmar:

"La teoría de la imputación objetiva tiene establecidos algunos eventos en los cuales no se concreta la creación del riesgo permitido. A ellos también se ha referido la Corte¹⁰. En efecto:

a) *"No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una "conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa"¹¹, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.*

b) *"Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de*

⁹ Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 378

¹⁰ Sentencia del 8 de noviembre de 2007, radicación 27388. En el mismo sentido, sentencias del 4 de abril de 2003, radicación 12742; 20 de mayo de 2003, radicación 16636; y 20 de abril de 2006, radicación 22941.

¹¹ ROXIN. Cfaus. Derecho penal Parte general. Tomo f. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, § 24, 45.

cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual "el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia"¹².

c) *"Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs¹³, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin¹⁴¹⁵.*

La acción a propio riesgo se presenta cuando en desarrollo de una situación creada o favorecida por un tercero, el titular del bien jurídico realiza una acción riesgosa para sus intereses. En ese evento, se dice que quien se expone al peligro es responsable por las consecuencias que de su propia actuación se deriven. Esta regla proviene de la máxima de derecho conforme a la cual nadie puede aprovecharse de su propia culpa.

Acerca de los requisitos necesarios para que concurra la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima, la Sala desde la sentencia del 20 de mayo de 2003¹⁶ concretó los siguientes:

"Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

"Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

"Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella"¹⁷.

En ese orden de ideas, descendiendo al *sub judice* y una vez realizado el análisis correspondiente a las circunstancias tácticas ocurridas y a las pletóricas probanzas recaudadas en el interregno procesal, puede

¹² Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636

¹³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons. Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

¹⁴ ROXIN *Op. cit.*, §

¹⁵ En realidad, ROXIN se refiere a dos modalidades de esa naturaleza, a saber, autopuesta en peligro dolosa y "*puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*",¹ diferenciándolas en que en esta última la víctima no se pone dolosamente en peligro a sí misma sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo.

¹⁶ Radicación 16636.

¹⁷ Sentencia de 25 de enero de 2012, radicación 36082; M.P. María del Rosario González Muñoz

colegir la Sala de manera inmadura y sin más disertaciones, que no le asiste razón a la togada al señalar que la decisión emanada de la *a quo*, fue contraria al ordenamiento jurídico, habida consideración que evaluados los antecedentes expuestos bajo el tamiz de la imputación objetiva y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, es fácil vislumbrar que el actuar del señor JAMIR TOLEDO ÁLVAREZ, excedió los límites del riesgo permitido, como a continuación se expone:

En primer lugar, hay que hacer claridad en que no existe discusión alguna en cuanto a que la muerte del señor GERMÁN EFRAÍN GUANGA NASTACUAS, fue provocada por los disparos que le propinó el señor JAMIR TOLEDO ÁLVAREZ, siendo éste quien reconoce categóricamente su autoría, afirmación que es respaldada por las diversas y copiosas probanzas que reposan en el haz procesal; tampoco deviene controversia alguna en cuanto a las condiciones de tiempo modo y lugar que se presentaron al momento de acaecer el lamentable hecho, situaciones que fueron corroboradas y más que decantadas dentro de la providencia de primer grado y que no tuvieron reproche alguno.

En ese orden, y entrando a resolver el primer problema jurídico planteado, lo que aquí se estudiará es el comportamiento incoado por el señor JAMIR TOLEDO ÁLVAREZ, ante las circunstancias tácticas acaecidas, para ello, es preciso iniciar teniendo en cuenta que estamos frente a un sujeto activo calificado, toda vez que pertenece a las fuerzas militares de este País, fungiendo su labor como soldado profesional por más de 5 años; de ese modo, y expuesta tal condición, es fácil afirmar

que el señor TOLEDO ÁLVAREZ durante toda su instrucción como militar recibió un entrenamiento especializado, siendo adiestrado para manejar los diferentes tipos de situaciones que se pueden presentar dentro de un operativo, además, de ser ilustrado sobre la normatividad interna aplicable dentro del conflicto armado que presenta nuestra Patria, así como los diferentes tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que se erigen bajo la égida de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Afirmación ésta que es constatada dentro del plenario por las “reglas de comportamiento de la acción” que posee el “manual dei lancero”, el cual da a conocer que no se debe atacar a civiles, y que únicamente se debe usar las armas ante la agresión armada actual o inminente contra la fuerza pública, personas o bienes civiles¹⁸; asimismo, el “manual del derecho operacional” señala como “reglas de enfrentamiento para el combate terrestre”:

1. Podrá hacer uso de la fuerza contra un objetivo militar o blanco lícito, siempre y cuando:

Esté enmarcado en una orden de operaciones; y lo identifique como el objetivo militar o blanco lícito, al momento de hacer uso de las armas

2: Cuando las circunstancias lo permitan, favorezcan las desmovilizaciones y las capturas sobre las muertes en combate.

3. Haga uso de las armas en forma dirigida y no indiscriminada reduciendo al máximo daños contra bienes y personas protegidas.

4. siempre podrá hacer uso de las armas en legítima defensa cuando esté en peligro su vida o la de terceros.

¹⁸ Cuaderno original No.2, folio 445

Reglas de uso de la fuerza para la conducción de operaciones terrestres de mantenimiento de la seguridad.

1. Haga uso de la fuerza como última opción.
2. *Identifíquese como miembro de las FFMM*
3. De una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego
4. Haga uso de su arma de manera proporcional a la amenaza que está enfrentando
5. *Siempre podrá hacer uso de su arma en legítima defensa cuando esté en peligro su vida o la de terceros.*^{19*} (Subrayado y resaltado)

De igual forma, y a efectos de consolidar más lo ya aseverado, encontramos que dentro de la orden de la operación "Rio Blanco", cuya finalidad era desmantelar el campamento subversivo que se encontraba en las inmediaciones de "Alto Magui", misión en donde sucedieron los hechos que hoy se estudian, se establece clara y expresamente que: "... las armas se emplean cuando la patrulla sea hostigada."²⁰

Es así como los testimonios dados por los militares que se encontraron presentes al momento del nefasto hecho, afirman al unísono, que dentro de los entrenamientos a los cuales son sometidos les brindan capacitaciones para prevenir violaciones a los derechos humanos, dando mayor claridad sobre que actuaciones se deben desplegar en situaciones como la que hoy se analizan.

De ese modo, el Mayor ÓSCAR REYES ÁVILA en su declaración señaló que: "En caso de que se determine un objetivo militar, lo primero que se ordena es verificar que se trate de personal al margen de la ley, que este (qic) en camuflado, armado, que se clarifique que no se trate de personal

¹⁹ Ídem. Folios 456 - 457

^M Cuaderno original No. 1, folio 76

civil, que se haga la proclama del caso"²¹ ; de esa misma forma, el Comandante JORGE HERNÁN ÁLVAREZ BERNAL, ante la pregunta de sí se ha capacitado en los reentrenamientos a sus hombres sobre objetivo militar (sic), sobre los principios del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, aseveró: *"Si claro, (sic) se han recibido instrucciones para preservar la integridad del personal que esta (sic) fuera del conflicto ya que se han presentado muchas situaciones parecidas a esta, (sic)"*²²

En ese orden de ideas, lo anteriormente expuesto es suficiente para determinar que el actuar del soldado profesional, fue imprudente al disparar sin mediar palabra y desconociendo todos los instructivos que rigen las operaciones militares, acto que despuntó en la muerte de una persona que nada tenía que ver con el conflicto armado, y menos con la operación que en ese entonces se desplegaba por los militares.

Ahora, si bien pueda decirse que las condiciones de tiempo, modo y lugar permitieron que el señor JAMIR TOLEDO ÁLVAREZ confundiera al particular con un miembro de los grupos subversivos que recorrían la zona, tal y como abiertamente el enrostrado lo manifestó en su indagatoria, y que es corroborado por sus compañeros de marcha, esto no lo exime de su responsabilidad con el reato que hoy se reprocha, pues teniendo en cuenta su calidad de soldado profesional, y los estatutos militares antes referenciados, el actuar de un agente prudente, diligente y observador, hubiere sido identificar bien al objetivo antes de

²¹ Idem, folio 96

²² Idem, folio 116

disparar, percatándose de si realmente se trata de un objetivo militar, realizando además la proclama del caso y expresándole su intención de disparar, situación que de haber ocurrido así, lo probable sería que el fatídico hecho no hubiere sucedido.

Por lo tanto, es dable afirmar que bajo la deóntica de la imputación objetiva, dentro del *sub judice* se configuró el delito imprudente, pues es claro que con el actuar desmedido del condenado, acaeció la muerte del señor GERMÁN EFRAÍN GUANGA NASTACUAS, omitiendo así el deber objetivo de cuidado que se le demanda, existiendo intrínseca relación entre la conducta desplegada y el desvalor de resultado que transgredió el bien jurídico tutelado - 7a *vidæ*” además de lo anterior, dentro de la conducta desplegada se halla satisfecho el aspecto volitivo y cognitivo, habida consideración que es claro que su actuar iba motivado a lograr una causalidad distinta a la obtenida, pues su intención fue desplegada con la firme convicción de dar de baja a un guerrillero y no a un particular como finalmente sucedió.

Asimismo, el enrostrado tuvo la posibilidad y debió conocer que por el lugar transitaban personas civiles, pues como bien lo dicen los testimonios de los arraigados en esa zona, dicho sendero era utilizado tanto por grupos guerrilleros, como por civiles pertenecientes al resguardo indígena asentado en esas latitudes, circunstancias que conocía perfectamente, así lo expresó en su declaración cuando se le indagó si tenía conocimiento sobre quiénes acostumbraban a movilizarse por ese camino, afirmando: “ *La Información era que se*

*movía la guerrilla como también gente civil*²³, situación que permite afirmar la posibilidad que tenía el condenado de prever que quien concurría por el sitio no era un insurgente sino un campesino, dejando sin fundamento las intenciones de la togada a! querer justificar el acto incoado bajo el amparo de un error insuperable.

ii) Error de Prohibición

Siguiendo con el segundo problema jurídico, cabe expresar que la libelista recae en una clara confusión, toda vez que no dista dos figuras jurídicas que si bien a *prima facie* resultan similares, tienen diferencias consustanciales, como es el caso del error de prohibición y el error de tipo; en ese orden, se hace imperioso realizar una breve reseña sobre éstos, a efectos de identificar sus disonancias y en ese sentido esclarecer el segundo debate; de ese modo, el error de prohibición se estableció en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, el cual recae sobre la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, acaeciendo cuando el sujeto agente conoce la norma y comprende la prohibición, pero tiene una concepción equivocada al momento de desplegar su conducta al considerar que ésta se justifica.

En cuanto al error de tipo, cabe decir que éste se establece dentro del numeral 10 del artículo 32 ejusdem, recayendo en los elementos subjetivos y objetivos del tipo y se produce cuando el sujeto activo desconoce la existencia de la ley, lo que se denomina como "*ignorantia legis*", actuando bajo el convencimiento erróneo de que con su conducta

²³ Cuaderno de Anexos 1: folio 150

5

no incurre en ninguna de la exigencias necesarias para que el hecho tenga un reproche penal tipificado. Sobre esto la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal ha dicho:

"el error de tipo como el error de prohibición comprenden institutos jurídicos diferentes que se comprueban de acuerdo con el medio en el cual tienen incidencia. Así, el error de tipo recae en los elementos objetivos del injusto, en tanto que el error de prohibición sobre la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento. Igualmente difieren según sea las consecuencias jurídicas que derivan de su apreciación vencible, en aquél cuando el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo; en tanto que éste —error de prohibición— origina la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso, como lo regula actualmente el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

En el error de tipo el sujeto activo de la conducta que prohíbe la norma, actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de la exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal; en tanto que el de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal de justificación — artículo 29 del decreto ley 100 de 1980 — o conforme con la normatividad vigente en una causal que excluye su responsabilidad — artículo 32 de la Ley 599 de 2000 —. "2A

Asimismo, dichos fenómenos se pueden presentar de dos maneras: error de prohibición vencible e invencible, los que conllevan a consecuencias jurídicas particulares; en ese tenor, el error de prohibición invencible concurre cuando el agente da una errada representación de la conducta que va a desplegar, al conocer la norma y su prohibición, no obstante, cree estar bajo el amparo de una justificante, no existiendo la posibilidad de superar de ningún modo tal error; de la misma manera, el error de tipo invencible se presenta cuando teniendo en cuenta las condiciones y características del autor o partícipe del injusto, éste jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición típica.

24 Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 28.814 del 10 de diciembre de 2007.

En esa senda, el error de prohibición vencible sucede cuando aquella falsa valoración pudo ser evitada o superada, bajo algún medio que le hubiere permitido conocer la ausencia de justificación en la conducta a desplegar, es decir, que si bien el sujeto activo creía que su actuar estaba justificado, le era fácil conocer o debía saber que no era así. En cuanto al error de tipo vencible, se sabe que es *aquella falsa representación que el autor habría podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho.*"²⁵

Por lo expuesto, es dable manifestar que los fenómenos antes descritos, sólo son aplicables en los delitos dolosos, habida cuenta que de aflorar un error de prohibición o un error de tipo invencible, la consecuencia jurídica de ello es la exoneración de responsabilidad penal, bajo el amparo de los numerales 10 y 11 del artículo 32 del actual Código Penal; no obstante, de ocurrir un error de tipo o un error de prohibición vencible, en el primero de los casos la conducta se sanciona siempre y cuando el tipo acepte la aplicación de la culpa, recayendo así en una conducta imprudente, en el segundo caso, el actuar se castiga pero con la aplicación de una diminuyente punitiva de la mitad. Sobre esto la Sala Penal de la Corte Suprema ha dicho:

"el censor se refiere indistintamente a un error de tipo o a un error de prohibición, sin detenerse a precisar su planteamiento, esto es."²⁵

²⁵ Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No 22 299* del 6 de julio de 2005.

olvidando que tales clases de errores corresponden a institutos diversos, al punto que el primero, el error de tipo, enerva la categoría dogmática de la tipicidad, al paso que el segundo, el error de prohibición, excluye la culpabilidad, de manera que no pueden ser invocados sincrónicamente, con los mismos argumentos y a partir de los mismos hechos aceptados.

También se advierte que, en tratándose de los referidos errores, es preciso señalar si ellos tienen carácter vencible o invencible, pues el error de tipo invencible excluye la tipicidad, mientras que el vencible resulta punible si el legislador estableció la modalidad culposa del delito por el que se procede. En tanto, el error de prohibición invencible margina la culpabilidad, pero el vencible sólo atenúa la punibilidad.²⁶
(Subrayado y resaltado)

Por ello queda demostrado lo afirmado por la Sala en párrafos anteriores, en lo que respecta al yerro cometido por la togada al confundir dos figuras jurídicas como lo son el error de prohibición y el error de tipo, pues es éste último el que se acopla a los argumentos expuestos en la apelación; no obstante, ahondando un poco más en lo argumentado por la censora, cabe resaltar que tampoco le asiste razón al aseverar la ocurrencia de un error de carácter invencible, amparada en el numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pues como quedó demostrado en lo primeramente disertado y discernido bajo el amparo de la imputación objetiva, es el enrostrado quien omitió el deber objetivo de cuidado, al no actuar de acuerdo a lo que socialmente se espera de un miembro de las fuerzas militares, infringiendo todos los protocolos establecidos y que se deben respetar a ía hora de ejecutar una avanzada marcial, de ahí que no es dable la aplicación de ninguna de las figuras jurídicas expuestas al estar de cara a un delito imprudente:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia 25161

Adicionalmente, se dirá que de concurrir algún tipo de error, sería el error de tipo vencible, en cuanto a su aspecto subjetivo (el dolo y la culpa), pues el condenado estaba facultado para sobre pasar dicho error, si tan sólo hubiera actuado de manera diligente, sustituyendo el dolo a culpa, si del delito de homicidio hablamos. De ese modo queda evacuado el segundo problema jurídico.

III) Obrar bajo el estricto cumplimiento de un deber legal

Ahora, sobre la eximente de responsabilidad expuesta por la profesional del derecho que funge como defensora, al señalar que el enjuiciado actuó en estricto cumplimiento de un deber legal, es menester evocar la jurisprudencia del máximo tribunal de la jurisdicción penal:

“Actuar en estricto cumplimiento de un deber legal

Este motivo de ausencia de responsabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 32 del Código Penal, se configura cuando se despliegan ciertas conductas descritas objetivamente en un tipo penal pero que están autorizadas o permitidas en el ordenamiento jurídico, verbi grada, cuando un agente de policía penetra en un domicilio en el cual se está cometiendo una conducta punible, cuando se ordena la interceptación de la correspondencia o las comunicaciones del indiciado, obviamente con el lleno de los requisitos y controles legales, entre otros eventos.

A la luz de la dogmática clásica²⁷, se trata de una causal de justificación de la conducta en tanto el comportamiento encaja en el tipo objetivo.

²⁷ Son del criterio de ubicar “el estricto cumplimiento de un deber legal” como causal de justificación, entre otros: Claus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I, CIVITAS. Madrid, 1997; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1993; Gunter Jakobs, Derecho Penal, Parte General, MARCIAL PONS, Madrid, 1995. Con todo, un sector doctrinario considera que se trata de una causal de atipicidad, porque cuando se realiza un tipo objetivo y a la vez se cumple con un deber legal se actúa dentro de ámbito de normalidad institucional. Así, ejemplo, Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, 2000, citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau en Estudios Dogmáticos en el Nuevo Código Penal, Segunda Parte, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, Bogotá, 2003.

pero carece de antijuricidad por estar permitido o autorizado en la ley. ²⁸

Conforme al presupuesto jurisprudencial citado, mal podría predicarse que en el caso *sub judice* el enjuiciado obró bajo el estricto cumplimiento de un deber legal, como quiera que demostrado está que obró de manera Imprudente y negligente a la vez, no evidenciando el celo que legal y constitucionalmente se le ha encomendado al ser miembro activo de las fuerzas militares, pues como es sabido, el deber legal que justifica la conducta está definido, precisamente, en las normas que regulan el servicio a cargo del agente, verbigracia de ello, el artículo 217 de la Constitución Política que define que el fin primordial de las Fuerzas Militares es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Asimismo, las normas que rigen los procedimientos militares arriba citadas, permiten desechar indefectiblemente la causal de ausencia de responsabilidad que Invoca la impugnante, pues lo que se avizora dentro del *sub exámine* es que el procesado obró contrariando los deberes legales que le Imponían la normatividad relacionada con el uso de la fuerza y de las armas de fuego, habida consideración que es deber de las fuerzas militares en el desempeño de sus tareas, proteger la dignidad humana, así como el conjunto de los derechos de las personas, siendo el uso la fuerza excepcional, limitando su uso sólo cuando sea proporcionalmente necesaria, es decir, cuando constituya el último remedio en caso de urgencia ante el peligro real o inminente de que se cause un daño material o ante evidente manifestación de peligrosidad,

²⁸ Sentencia 37185 del 22 de febrero de 2012-

situaciones que como se evidenciaron no fueron acatadas por el sentenciado, transgrediendo por demás sus deberes como soldado de la patria. En ese sentido, diáfano resulta que dentro de caso objeto de análisis no opera la causal invocada por la censor, quedando evacuado el tercer problema jurídico.

IV) De los perjuicios morales

La objeción planteada por la representante judicial del condenado destinada a afirmar que no es dable otorgar a favor del la señora ROGELIA DEL SOCORRO GUERRERO GARCÍA, los perjuicios morales tasados, toda vez que no se acreditó dentro del plenario su condición de compañera permanente, es un argumento que no puede ser de recibo para la Sala, habida cuenta que es deber del Juez liquidar los perjuicios morales cada vez que profiera sentencia condenatoria, siendo éstos determinados al arbitrio del juzgador, atendiendo un punto de vista subjetivo, ya que tal daño está representado por el sentimiento de dolor o sufrimiento que domina al perjudicado al contemplar su situación derivada de la conducta punible.

Lo anterior por cuanto la indemnización del perjuicio moral no compensa el dolor, angustia y tristeza derivados de la pérdida de la vida de un ser querido, pero con ella se trata de satisfacer o mitigar el daño ocasionado. En ese sentido, .la Sala Civil de la-Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un

ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para, con cimienta en la equidad, arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material. Acódese entonces al denominado arbitrium judiéis en virtud de la imposibilidad de entregar su tasación a peritos, arbitrio que, es evidente, no corresponde con la idea de lo antojadizo, sino, contrariamente, con la de lo racional y lo ponderado”²⁹.

De ese modo, si bien le asiste razón a la defensora de confianza a afirmar que su condición de compañera permanente no fue acreditada mediante ningún documento dentro del infolio judicial, también es cierto que de los diversos testimonios que reposan en éste, se puede colegir que la señora GUERRERO GARCÍA efectivamente fungía como tal, además, que en la declaración dada bajo la *gravedad del juramento* por ésta, afirma sin dubitación alguna que: “...vivía con GERMÁN EFRAÍN GUANGA en unión libre...³⁰”, aunado a ello brinda una descripción detallada de los hechos que acaecieron previa y posteriormente al nefasto suceso, señalando claramente que fue ella la persona a quien el gobernador del cabildo entregó los objetos que acompañaban al ultimado, además de describir prolijamente cuales fueron las prendas que vestía y los accesorios que llevaba su compañero aquel día.

Anexo a lo anterior, los testimonios de los lugareños residentes en el sitio de los hechos, corroboran las afirmaciones antes referenciadas, permitiendo de ese modo colegir lo ya afirmado; de ahí, que se despeja el sendero rumbo a otorgar a favor de la señora ROGELIA DEL SOCORRO, los perjuicios estipulados en la sentencia de primer nivel; no obstante, cabe hacer claridad que con esta determinación no se está

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 15 de abril de 2009. Rad. 10351.

³⁰ Cuaderno Original 1; Folio 37

2
4

declarando jurídica ni formalmente la unión marital de hecho que aparentemente aquella y el obitado mantenían, habida cuenta que lo que aquí se está reconociendo es lo que se denota de los fácticos evidenciados dentro de la foliatura, lo cual permitió aseverar que la señora GUERRERO GARCÍA era la persona que mantenía una relación sentimental con el hoy interfecto, compartiendo el mismo techo, situación que permite inferir el impacto emocional y psicológico que conllevó para ella la pérdida de su compañero, razones por demás suficientes para desechar de plano la inconformidad planteada, no sin antes recordar algunas precisiones hechas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, para el efecto:

*"Así mismo, porque existe una presunción legal de daño moral en relación al cónyuge, compañero permanente y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima, conforme lo establece el segundo inciso del artículo 5 de la Ley 975 de 2005"*³¹

"Sí bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella - que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos: en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia".

31

Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia 34547 de abril 27 de 2011.

Con base en los argumentos anteriormente expuestos, la Sala desestima las tesis propuestas por la defensora de confianza del condenado, y por lo tanto se confirmará la decisión que fuera motivo de alzada.

Decisión

Por las razones anotadas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar en su integridad el fallo impugnado

Contra esta decisión procede eventualmente el recurso extraordinario de casación.

Cópiese y Cúmplase


Franco Solarte Portilla
Magistrado

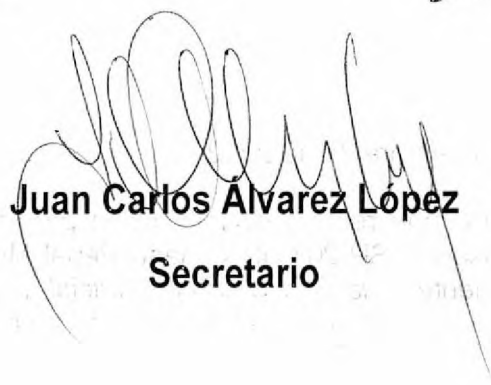
34



Jesús Ángel Bobadilla Moreno
Magistrado



Jaime Cabrera Jiménez
Magistrado



Juan Carlos Álvarez López
Secretario

JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario Sala Penal