

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado acta N° 386

Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

VISTOS

La Corte resuelve acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Libardo Barbosa Padilla, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Riohacha (La Guajira) el 15 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la proferida el 10 de abril de 2013 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, que condenó al mencionado por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el ad quem de la siguiente manera:

“El día veinticinco (25) de noviembre de 2011, a eso de las 8:45 horas, miembros de la policía nacional que se encontraban emplazados en el kilómetro 18 más 500 metros de la vía que conduce del corregimiento de Papayal al municipio de Barrancas (La Guajira), procedieron a realizarle una requisa al señor LIBARDO BARBOSA PADILLA, a quien se le

encontró en la pretina derecha del pantalón, un arma de fuego de defensa personal, tipo revólver, marca Arminios, calibre 38, con numero (sic) 1524914, color negro, con 6 municiones, de cacha plástica, en buen estado de conservación, por lo que se le solicitó la respectiva documentación para el porte del arma, a lo que respondió manifestando que no tenía ningún tipo de documentación; acto seguido se le leyeron los derechos del capturado y se puso a disposición de la Fiscalía para que iniciara la respectiva judicialización.”

2. Por los anteriores hechos el 26 de noviembre de 2011, ante el Juez 1º Promiscuo Municipal de San Juan del Cesar (La Guajira), la Fiscalía formuló imputación en contra de Libardo Barbosa Padilla como autor del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.); a la cual se allanó. Seguidamente, el mencionado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.

3. Habiéndole correspondido el asunto al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, el 15 de febrero de 2012 se cumplió la audiencia de individualización de pena y el 10 de abril de 2013 se dictó sentencia en la que se condenó al procesado Barbosa Padilla a la pena principal de 94 meses de prisión y por el mismo término, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito por el que se allanó, negándosele la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

4. Apelado el fallo por el defensor del inculcado, en sentencia adiada el 15 de agosto de 2013 el Tribunal Superior de Riohacha (La Guajira)

lo confirmó en su integridad.

5. Contra la anterior decisión, el defensor del acusado interpuso recurso de casación.

LA DEMANDA

Por la vía de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, formula un reproche contra el fallo de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Cargo único

Acusa al Tribunal de la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 32-11 del Código Penal, 246 y 330 de la [Constitución Política](#), así como del Convenio 169 de la OIT “y [d]el artículo 181 de la Ley 906-2004 numeral 1”.

Señala el censor que en cuanto a la exclusión evidente de la norma que consagra la causal de ausencia de responsabilidad derivada del error de prohibición invencible, en que dice obró su defendido, “su culpabilidad no se da por ausencia de dolo”, y agrega que éste, dada su poca escolaridad y su labor como vigilante del cementerio del municipio de Barrancas, actuó con “desconocimiento intelectual de la típica conducta”, pues ignoraba que portar un arma de fuego en esas circunstancias constituía un delito, por lo cual “incumplió el deber de cuidado para poder evitar la producción del resultado típico”, razones que lo llevaron a allanarse a los cargos formulados en el acto de imputación.

Añade el demandante que el juez colegiado no tuvo en cuenta las condiciones personales del acusado Barbosa Padilla, de quien afirma se caracteriza por su ingenuidad y escasa ilustración, aspectos que lo llevaron a portar el arma de fuego de su

residencia al trabajo.

A continuación se refiere al vicio en que alega incurrió el ad quem, al dejar de aplicar a su representado las normas constitucionales que regulan las jurisdicciones especiales, y después de discurrir ampliamente sobre los conceptos que sobre el tema ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en relación con la prevalencia de los usos y costumbres de las comunidades indígenas frente a las normas del sistema interno cuando se reúnen los elementos esenciales de la jurisdicción indígena, concluye que el yerro denunciado determinó que el Tribunal cayera “en la falsa conclusión de hallar responsable penalmente” al implicado Barbosa Padilla.

En ese orden, peticona casar parcialmente el fallo demandado “para en su lugar conceder la detención domiciliaria” al condenado, que cumpliría en el resguardo indígena de Trupio-Gacho-La Meseta, ubicado en el corregimiento de Papayal y Oreganal del municipio de Barrancas (La Guajira), y se le autorice continuar laborando como vigilante del cementerio de la citada localidad, o “subsidiariamente ABSOLVER a mi defendido”.

Finalmente, no obstante haber anunciado una sola censura contra la sentencia atacada, formula como cargo subsidiario la violación directa de la ley sustancial por “falla (sic) de aplicación, interpretación errónea o APLICACIÓN INDEBIDA de una norma del bloque de constitucionalidad, Constitucional o Legal, llamada a regular el caso, descrita en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 numeral primero”, y seguidamente retoma la disertación sobre el error de prohibición invencible al amparo del cual dice obró su defendido y el tema de la jurisdicción indígena, para a la postre concluir que el procesado Barbosa Padilla no requiere tratamiento penitenciario y por tal razón resulta imperativo “permitir que sea su comunidad indígena Wayuu quien lo juzgue”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Conforme a la normativa regulada en el Código de Procedimiento Penal de 2004, la casación se establece con una doble connotación, tanto de control constitucional como legal de las sentencias proferidas en segunda instancia, en orden a realizar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Ahora bien, sin perjuicio de la facultad que la ley otorgó a la Sala de Casación Penal de la Corte de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo en aquellos eventos en que los fines de la casación, su fundamentación, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, así lo ameriten, el recurso extraordinario no es un mecanismo carente de rigor.

En efecto, la casación penal no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso, ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición, por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, en el cual se examina la legalidad de la sentencia, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales, además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados se debe cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a su inadmisión, como lo establece el inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Es así que según el citado precepto, mediante decisión motivada la Corte está facultada para no seleccionar aquellas demandas que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos: “Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta

fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.”

Significa lo anterior, que dada la preponderancia de los fines del recurso extraordinario en la sistemática de la Ley 906 de 2004, aun cuando la demanda de casación no reúna las exigencias formales y sustanciales, la Corte puede superar sus defectos y decidir de fondo el asunto si lo advierte necesario en orden a garantizarlos; y de igual forma, no obstante cumplir el libelo con los requisitos de lógica y debida fundamentación, procede su inadmisión si de acuerdo a dichos fines no se precisa de un fallo de mérito.

2. En el caso concreto la Sala advierte que ninguna de las anteriores exigencias cumple el demandante, pues si bien tacha de ilegal el fallo demandado e incluso enuncia la causal de casación a la cual acude y el reproche que formula en su contra, no demuestra ni su interés en la causa, ni la necesidad de que la Corte se pronuncie de fondo, o de que con esa finalidad se imponga superar los graves defectos de lógica y adecuada fundamentación de que adolece la demanda.

En efecto, en la única censura presentada, el impugnante refiere que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, por la falta de aplicación del artículo 32-11 del Código Penal que consagra el denominado error de prohibición, esto es, aquel que recae sobre el conocimiento de la licitud de la conducta, que afirma el casacionista cobija el comportamiento de su prohijado, atendida su condición personal que, asevera, lo caracteriza por su ingenuidad y escaza ilustración.

Además de los sobresalientes errores argumentativos y dogmáticos en que incurre el libelista, como cuando pese a indicar que su defendido obró al amparo de un error invencible de prohibición, a continuación señala que por tanto “su culpabilidad no se da por ausencia de dolo”, con lo cual se ubica en la tipicidad subjetiva de la conducta, o que más adelante exprese que el acusado Barbosa Padilla actuó con

“desconocimiento intelectual de la típica conducta”, vale decir, que éste no conocía los hechos constitutivos de la descripción típica del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que equivale a manifestar que su comportamiento estuvo determinado por un error de tipo, o que finalice afirmando que en últimas el mencionado “incumplió el deber de cuidado para poder evitar la producción del resultado típico”, como si la imputación al tipo subjetivo por el citado delito lo fuera a título de culpa, que obviamente no lo es; lo cierto es que se advierte ausencia de interés en la causa para impugnar la sentencia.

Desconoce el casacionista que el fallo de responsabilidad fue producto de la manifestación espontánea, libre, consciente y voluntaria del procesado Barbosa Padilla de aceptar el cargo formulado por la Fiscalía en la audiencia de imputación, diligencia en la que además contó con el asesoramiento de la defensa técnica representada por el hoy impugnante y en la que el juez de garantías tuvo especial celo en constatar los aspectos antes relacionados, a fin de cumplir con lo normado en el literal i) del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal.

Luego lo que se percibe en la demanda es la retractación al allanamiento, bajo el argumento de que el implicado actuó amparado por una causal de ausencia de la responsabilidad que, dado lo confuso del discurso, no es posible determinar si se trata de un error de tipo (art. 32-10 del C.P.) o de prohibición (art. 32-11 ibídem), ni mucho menos cuáles son sus fundamentos fácticos y jurídicos, pues el recurrente se abstiene de desarrollarlos en el libelo.

Al respecto cabe señalar que una vez expresada la voluntad de acogerse al allanamiento, y verificado por el juez, bien de garantías o de conocimiento, según sea la oportunidad en que ello ocurra, el respeto de las garantías procesales, no es procedente rehusarse al mismo, como lo ha definido la jurisprudencia de la Corte¹, y sólo es factible acudir a esa vía cuando el imputado demuestre que su consentimiento estuvo

viciado o que se violaron sus garantías fundamentales.

Sobre el tema en cuestión, la Corte ha dicho:

“Ahora bien, el contenido del párrafo introducido al artículo 293 de la Ley 906 de 2004, por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, puede conducir a equívocos dada la impropiedad de su redacción, que pese a utilizar el término «retractación» —que en su más prístino sentido alude a la simple decisión unilateral del imputado de desdecirse de lo aceptado antes, sin intervención de factores que puedan significar viciado ese acto—, ya después advierte limitada esa posibilidad a los casos en los cuales se demuestre «que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales».

La Corte, debe señalarse expresamente, asume errada —y por esa vía factor de confusión— la forma en que el legislador denomina «retractación» a lo que en su naturaleza no son más que circunstancias invalidantes de lo actuado, propias de las causales de nulidad y sin vinculación siquiera cercana a ese actuar unilateral de quien, por su solo querer, busca desdecirse de lo aceptado.

Es claro, de igual manera, que la norma en comento de ninguna manera habilita, legitima o permite que la persona, cuando aceptó de forma unilateral los cargos presentados en la audiencia de formulación de imputación, apenas por su simple voluntad se desdiga de lo aceptado.

Expresamente el párrafo examinado faculta un tal proceder, a cargo de los imputados y pasible de exponer «en cualquier momento», sólo cuando el consentimiento devino viciado o en el decurso del trámite se violaron sus garantías fundamentales.

Y ello, cabe anotar, se ofrece si se quiere elemental, pues, precisamente la obligación de los funcionarios judiciales, sea juez de control de garantías o de conocimiento, es vigilar que en la tramitación ante ellos surtida se respeten las garantías fundamentales,

asunto que, huelga recalcar, conduce a la nulidad de lo actuado, en términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, y corre incluso de manera oficiosa o en cualquier estadio del proceso, incluida la tramitación casacional.

Incluso, si se entiende, como lo consagra la ley, que el acta del allanamiento representa materialmente la acusación, es necesario colegir que la audiencia destinada por la ley a la individualización de pena y sentencia ha de desarrollarse compleja para que el juez, previo a adelantar esa tarea de dosificación de la sanción y formalización de la condena, realice la necesaria labor de depuración —que en la confrontación material realizada por la Corte remite a una de las etapas o estadios de la audiencia de formulación de acusación— en aras de escuchar lo que las partes tengan que manifestar al respecto, y resolverlo, o adelantar de oficio el compromiso invalidante que surge de advertir violadas garantías fundamentales.

Por lo demás, en la práctica es esta una tramitación que precisamente por su abierta necesidad adelantan los jueces, visto que, igualmente, la individualización de pena y sentencia tampoco se puede despejar automática, si antes no se ha determinado que los cargos aceptados por el imputado obedecen a la legalidad y no vulneran el principio de presunción de inocencia.

Por lo demás, en el campo específico de la justicia premial, el párrafo introducido recientemente al artículo 293 de la Ley 906 de 2004, reitera para el escenario de la aceptación unilateral de cargos en la audiencia de formulación de imputación, lo que ya estaba institucionalizado respecto de los acuerdos en el inciso cuarto del artículo 351 ibídem, en cuanto postula: «Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Conforme lo consignado en la ley y la necesaria contextualización de las normas

regulatorias del tema, advierte la Corte que en la práctica se pueden presentar dos escenarios diferentes respecto del tema de la aceptación unilateral de cargos operada en la audiencia de formulación de imputación: (i) la retractación en su estricto sentido, entendida cuando unilateralmente la persona, por su solo querer, desdice de lo aceptado previamente; (ii) los casos en que esa aceptación de cargos estuvo viciada o refleja vulneración de garantías fundamentales.

(i) En el primer evento, se reitera, si la persona acepta voluntariamente y de forma unilateral los cargos consignados en la formulación de imputación, ya después no puede desdecirse de ello, porque la ley no permite que el simple deseo o querer afecte la legitimidad y efectos del allanamiento.

(ii) En el segundo, si la persona acepta unilateralmente cargos en la audiencia de formulación de imputación y posteriormente aduce que su consentimiento fue viciado o le fueron violadas garantías fundamentales, el juez de conocimiento (o cualquiera de las instancias, incluida la Corte en casación), puede invalidar ese acto y sus efectos.

Desde luego, si de lo que se trata es de dar plena operatividad material al párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento, al momento de adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia, debe permitir que el imputado o su defensor, si así lo alegan allí o presentan previamente escrito en dicho sentido, accedan a la posibilidad de anular la aceptación de responsabilidad penal, para lo cual, además, ha de abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tópico y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido sucedió, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron.

Si el tópico no se prueba u obedece apenas a la simple manifestación del imputado, ha de proseguir el funcionario con el trámite propio de la sentencia —eso sí, evaluado que

tampoco se vulneran el principio de legalidad y la presunción de inocencia, como reclama el inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004—, pues, se recalca, no es posible retractarse, en su acepción estricta, de lo aceptado en sede de allanamiento a cargos durante la audiencia de formulación de imputación, por el solo querer de la persona”

2.

En el caso de la especie el impugnante no menciona, mucho menos demuestra, que se verifique alguna de las hipótesis en las que procede la retractación del allanamiento, de acuerdo con la previsión legal del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 y los desarrollos jurisprudenciales citados, ni la Sala vislumbra circunstancias que permitan afirmar su concurrencia, por tanto el libelista carece de interés para formular y plantear el cargo único invocado en la demanda, pues una vez se acepta de manera libre, consciente y voluntaria la responsabilidad penal, no hay lugar a retractarse de esa decisión cuando ello obedece al querer del procesado, como aquí ocurre.

Al margen de lo anterior, dígase que lo que en el fondo persigue el casacionista es que se reconozca a su defendido la posibilidad de acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, que cumpliría en el resguardo indígena de Trupio-Gacho-La Meseta, ubicado en el corregimiento de Papayal y Oreganal del municipio de Barrancas (La Guajira), y se le autorice continuar laborando como vigilante del cementerio de la citada localidad.

Sobre dicho aspecto, a fin de demostrar lo improcedente de su petición, conviene citar lo expuesto por el Tribunal en el fallo atacado, así:

“Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³, y dado que en el presente caso el delito y la sanción impuesta al señor LIBARDO BARBOSA PADILLA, excede el límite de los cinco (5) años previstos en el artículo 38 del Código Penal, considera la Sala que resulta acertada la decisión de primera instancia en negar el sustituto de la Prisión Domiciliaria, al no cumplirse el aspecto objetivo.”

Y con relación a la posibilidad de acceder al citado mecanismo por la condición de padre cabeza de familia del acusado, agregó el juez colegiado:

“La Sala considera que si el defensor estaba interesado en acreditar esa condición de padre cabeza de familia y la condición de indígena perteneciente al resguardo Trupigach-La Meseta, él era quien debía aportar las pruebas que estimare necesarias para tal efecto y no esperar a remitirlas a esta instancia, pues así como aportó las pruebas al momento de presentar el escrito de apelación ante el juez A quo, también pudo aportarlas al momento de la audiencia de individualización de la pena.

En el caso que nos ocupa el defensor no aportó prueba alguna en la audiencia de individualización de la pena que demostrara la calidad de padre cabeza de familia de su defendido, solo se limitó a enunciar que el procesado pertenece a un resguardo indígena y que tiene a su cargo económicamente a su menor hijo y a su compañera permanente, pero no aportó pruebas que sustentaran, aun cuando ya hubiere sido objeto de argumentación en las audiencias preliminares, en donde se concedió la detención domiciliaria.

(...)

Con respecto a las pruebas allegadas por el defensor con el recurso de apelación, la Corte Suprema ha manifestado su improcedencia, porque se desnaturalizaría la forma del proceso penal acusatorio y la competencia de los juzgadores...”.

Finalmente, conviene precisar que aun cuando el demandante menciona que su defendido hace parte de la comunidad indígena wayuu, y que por tal razón debió ser juzgado por sus autoridades de acuerdo con los usos y costumbres de aquella, además de desconocer el principio de autonomía que rige el recurso de casación, pues alega la existencia del supuesto vicio dentro del cargo único que postula por la senda de la violación directa de la ley, derivada de la exclusión evidente de la norma que consagra el error de prohibición

invencible como causal de ausencia de responsabilidad, cuando debió invocar la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004; tampoco se ocupa el impugnante de enseñar a la Corte que en el asunto de la especie confluyen los factores que configuran la jurisdicción indígena, ni que en el caso del procesado Barbosa Padilla se acreditan los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ y de esta Corporación⁶ han decantado a fin de establecer si una persona ha de ser juzgada por una determinada comunidad aborígen, valga decir, los elementos personal, territorial, institucional y objetivo.

En conclusión, según quedó atrás visto, la ausencia de interés en la causa para impugnar la sentencia, amén de las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación en la presentación del cargo, conducen a la inadmisión de la demanda.

3. Considera oportuno la Sala, pese a las deficiencias argumentativas del libelo, referirse con mayor detenimiento a la tesis planteada por el demandante, según la cual su defendido realizó el comportamiento descrito en el tipo penal de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por el cual se allanó, cobijado por la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, esto es, el error de prohibición como lo denominan doctrina y jurisprudencia.

Previo a ello resulta necesario hacer un recuento de la institución jurídica del error en materia penal, entendido como el conocimiento falso por la discordancia entre la conciencia y el objeto, en relación con sus orígenes, concepto, evolución dogmática, consagración legal y, lo más importante, los efectos jurídicos que producen sus diversas clases cuando concurren en la conducta ejecutada por el sujeto agente.

Pues bien, producto de la pugna entre las dos grandes corrientes de pensamiento filosófico, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, surge la dogmática como un

instrumento de aplicación e interpretación de la ley y, por contera, la vía para dotar al derecho de carácter científico, con una estructura sistemática y organizada.

Definidas las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad por teóricos del derecho como Ihering, Comte, Von Liszt y Goldsmith, entre otros, sobre la división objetivo-subjetivo se edifica el primer gran movimiento conocido como la dogmática clásica y posteriormente la neoclásica, dentro de la cual se ubicaron los doctrinantes causalistas, llamados así por su noción ontológica del concepto de acción.

En ambos esquemas del delito, tanto clásico como neoclásico, lo objetivo se encontraba en el injusto -tipicidad y antijuridicidad- y lo subjetivo en la culpabilidad, e igualmente en uno y otro, dolo y culpa hacían parte de esta última categoría dogmática, con la única diferencia que para los clásicos la culpabilidad se definía como el nexo psicológico entre autor y resultado (teoría psicológica), en tanto para los neoclásicos, además de concurrir dicho vínculo, aquella se fundaba en el reproche (teoría psicológica normativa), donde dolo y culpa ya no eran grados, sino formas de culpabilidad.

No obstante haber tenido bastante auge, lo cual se explica en el hecho que fue la primera teoría en oponerse dogmáticamente a la denominada responsabilidad objetiva imperante hasta ese momento, las teorías psicológicas sucumbieron en la praxis ante la imposibilidad de explicar determinados casos, entre los más relevantes el de la culpa sin representación o culpa inconsciente y el estado de necesidad disculpante, pues en el primero al no existir relación psicológica no habría culpabilidad lo que conduciría a la inaceptable solución de la impunidad, en tanto en el segundo se daba el aludido nexo no empuce haber obrado el autor amparado por una causal de inculpabilidad.

Surge así, entonces, la teoría normativa de la culpabilidad de la mano de la escuela finalista del derecho, según la cual dicha categoría dogmática se define como un juicio de

reproche personal para el autor de una conducta típica y antijurídica, que habiendo podido motivarse de conformidad con la norma opta por comportarse en contravía de la prohibición o del mandato que ella contiene, en donde dolo y culpa ya no son grados o formas de culpabilidad, sino modalidades de conducta humana, luego su contenido está determinado por tres elementos, a saber: (i) imputabilidad, (ii) conciencia de antijuridicidad y (iii) exigibilidad de otra conducta.

Por contera, el dolo “malo” o valorado que bajo la concepción clásica estaba conformado por (i) conocimiento de los hechos, (ii) conocimiento de la antijuridicidad y (iii) voluntad, pasó a hacer parte de la tipicidad, pues se reconoció que dicha categoría dogmática estaba integrada por aspectos objetivos -tipo objetivo- y subjetivos -tipo subjetivo-, con excepción del segundo de sus elementos que se mantuvo en la culpabilidad, en tanto sólo a quien tiene capacidad de culpabilidad y conoce el carácter ilícito de su conducta, le puede ser exigida la realización de un comportamiento conforme a derecho, según lo señala Welzel⁷

.

Esa reconfiguración del contenido de la culpabilidad y la ubicación del dolo “natural” -o avalorado- y la culpa en la tipicidad, tuvo consecuencias dramáticas en la teoría del error, pues hasta ese momento, en la práctica, la distinción entre error de hecho y error de derecho resultaba insubstancial, dado que el error siempre recaería sobre alguno de los dos elementos cognitivos integrantes del dolo (sobre los hechos o sobre la licitud de la conducta) y, por ende, sobre la culpabilidad, luego la única distinción posible era la de si aquel era vencible o invencible.

En efecto, de la teoría del dolo -estricta y limitada-, propia del causalismo, que concebía la conciencia de la antijuridicidad como parte del dolo y a éste como una forma de culpabilidad, se evolucionó hacia la teoría de la culpabilidad -estricta y limitada- que

establece el aspecto cognitivo sobre la licitud de la conducta como uno de los elementos que da contenido a la culpabilidad, y su mayor consecuencia frente a las tesis causalistas, además de propugnar porque el error de tipo se resuelva en el ámbito de la tipicidad y el error de prohibición encuentre solución en el campo de la culpabilidad, se advierte en el error de prohibición vencible, en tanto en la teoría estricta del dolo se sanciona la conducta siempre que legalmente esté previsto el correspondiente remanente culposo, mientras que en la teoría estricta de la culpabilidad se condena por el tipo doloso, pero con culpabilidad atenuada⁸.

En punto de la teoría del error, la legislación penal patria no ha sido ajena a las corrientes doctrinarias a las que se ha hecho referencia. Así, en el Código Penal de 1980 se adoptó una nueva concepción dogmática al respecto, pues se abandonó la distinción entre error de hecho y error de derecho, para acoger los denominados error de tipo (errada apreciación fáctica) y error de prohibición (equivocada apreciación de una norma), pero sin apartarse de la concepción causalista de la teoría del delito, particularmente de la teoría del dolo, pues se consideraba al dolo como una forma de culpabilidad, del cual hacía parte el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

En dicha normativa los errores prohibición y de tipo quedaron regulados en los numerales 3º y 4º del artículo 40, de la siguiente manera:

“ARTICULO 40. CAUSALES DE INCULPABILIDAD. No es culpable:

(...)

3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y

4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u

omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.”

La forma como la norma citada debía interpretarse en punto del error suscitó fuerte controversia en la doctrina, pues no obstante incluir las dos modalidades de error, esto es, de prohibición y de tipo, en cuanto al primero sólo contempló el error indirecto de naturaleza invencible que recae sobre (i) la existencia jurídica de una causal de justificación, (ii) los límites de las justificantes y (iii) los supuestos fácticos de las justificantes; excluyendo el error directo de prohibición que se presenta cuando el sujeto (i) no tiene conocimiento de la existencia de la norma que consagra la prohibición o el mandato, (ii) conoce la norma, pero considera que no está vigente o (iii) considera que no es aplicable al caso, consecuencia de su errónea interpretación.

De igual manera, allí tampoco quedó clarificado cuáles podrían ser las consecuencias punitivas del error de prohibición indirecto vencible, por lo cual surgieron en la doctrina diversas tesis, entre las cuales se destacan aquellas que sostenían que debía sancionarse según las previsiones del artículo 30 del Decreto 100 de 1980, que consagraba pena atenuada cuando la conducta se cometía con exceso en las causales de justificación; o si, como lo afirmaba otro sector, aquél quedaba cobijado por el último inciso del artículo 40 ibídem, y debía sancionarse a título de culpa, si la ley consagraba el respectivo remanente culposo.

Pero más allá de los muchos interrogantes que surgieron sobre la regulación del error en dicha codificación y las posibles soluciones que se plantearon, uno de los aspectos más relevantes del debate fue el atinente al error de prohibición directo, esto es, aquel que afecta la conciencia de la licitud de la conducta y que surge del desconocimiento

o ignorancia de la norma que establece la prohibición o el mandato, o por error sobre su vigencia, interpretación o alcance, que determina en el agente el conocimiento equivocado sobre la permisión de su comportamiento.

Ahora bien, la conclusión que surge del análisis sistemático del Código Penal de 1980, es aquella según la cual el error de prohibición directo no tiene cabida en dicha normativa, atendiendo a que (i) en su artículo 10º establece el apotegma de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, norma rectora que por tal razón irradia todo el ordenamiento penal y orienta la interpretación de las disposiciones que lo integran; (ii) el artículo 40 ibídem no consagra expresamente como causal de inculpabilidad la referida modalidad de error, pues en su numeral 3º sólo se refiere al error de prohibición indirecto de naturaleza invencible; (iii) en caso de aceptarse como posible el reconocimiento del error de prohibición directo en su modalidad vencible, no se podría imponer sanción dado que en el Decreto 100 de 1980 no existe norma que determine su forma de punición; (iv) no resulta razonable acudir al artículo 30 ejusdem para suplir la omisión legal anotada en precedencia, pues allí se sanciona con pena atenuada el exceso en las causales de justificación, mas no modalidad alguna de error; y, (v) tampoco es de recibo extender la aplicación del inciso final del artículo 40 de la citada codificación a su numeral 3º, pues el error que proviene de culpa está delimitado al numeral 4º del referido precepto que consagra el error de tipo, amén que ello equivaldría a equiparar ambas clases de error y sus consecuencias punitivas, lo cual es dogmáticamente inaceptable y una solución político criminal injusta.

Las dificultades anotadas en punto de la teoría del error, y particularmente del error de prohibición, se superaron con la expedición de la Ley 599 de 2000 que desde la dogmática acogió las teorías estricta y limitada de la culpabilidad, afines a la escuela finalista, y en su artículo 32, en una única disposición, recogió las causales de exclusión de la responsabilidad penal en relación con todas las categorías de la conducta, y coherente con ello suprimió el denominado principio de conocimiento de la ley penal,

previsto como norma rectora en el artículo 10º de la anterior codificación.

El citado artículo 32, en cuanto a las figuras del error señala:

“ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.”

Reiterando lo que la Sala9 ha dicho sobre el tema, cabe anotar que el inciso primero del numeral 10º del precepto transcrito se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es

invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor; en tanto que si a él se llega por negligencia o falta de cuidado, sólo excluye la tipicidad dolosa y subsiste la culposa, luego el autor en estos casos será responsable a título de culpa si la conducta está prevista en la ley bajo esa modalidad.

En el mismo inciso del numeral 10º del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición indirecto, para efectos punitivos se le asignan las consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad.

El inciso primero del numeral 11º del referido precepto hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, comprende tanto el directo como el indirecto, y sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y consecuentemente tampoco responsabilidad penal, en tanto que en el segundo subsiste la imputación dolosa pero se sanciona con pena atenuada, lo cual se explica, entre otras razones, porque para esa fase de la conducta el autor ya ha realizado el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica.

Finalmente, otro aspecto que influye notablemente en la aplicación del error de prohibición conforme a la legislación vigente, deriva de la adopción de la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el conocimiento o la conciencia de lo antijurídico de la conducta no requiere que sea actual, sino que es suficiente que sea “potencial”, o como lo señala el inciso segundo del numeral 11º de la norma materia de análisis “Para estimar cumplida la conciencia de la Antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de

lo injusto de su conducta.”

Y ello es así, porque la conciencia de la licitud del comportamiento es un juicio valorativo sobre lo permitido y lo prohibido, luego exigir que ese conocimiento sea actual, vale decir, que al momento de realizar la conducta el autor se represente que está obrando contra derecho, resulta un imposible probatorio por tratarse de “un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto...”¹⁰; la actualidad del conocimiento sólo puede predicarse de lo que es verdadero o falso en relación con el mundo fenoménico, como acontece con el dolo cuyo conocimiento es actual en tanto recae sobre lo fáctico. Por tal razón, no se demanda que el agente conozca que su conducta es antijurídica, sino que basta que haya tenido la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor, lo injusto de su actuar¹¹.

3.1 En el caso concreto, por la senda de la violación directa de la ley sustancial, el demandante reprocha que los juzgadores de instancia dejaran de aplicar el artículo 32-11 del Código Penal que consagra el error de prohibición, al cual se refiere sin detenerse a examinar si es vencible o invencible, pero de su breve sustentación pareciera inclinarse por este último, por cuanto asevera que la personalidad ingenua y la escasa ilustración del acusado Barbosa Padilla lo determinaron a portar el arma de fuego sin contar con el permiso de la autoridad correspondiente, pues ignoraba que ese comportamiento constituía un delito, por lo cual no debió condenársele como penalmente responsable del mismo.

No obstante lo confuso del discurso del recurrente, en el que alude indistintamente a los errores de tipo y prohibición como si se tratara de una sola figura, dígase que en favor del procesado no procedería el reconocimiento de haber obrado con error invencible o vencible sobre la licitud de su conducta, atendida la situación fáctica concreta y sus

condiciones personales, pues se trata de un individuo que pese a las carencias en su personalidad y a la pobre ilustración (educación básica primaria) que le atribuye el libelista, al momento de la comisión de la conducta punible laboraba como trabajador de la alcaldía municipal de Barrancas (La Guajira), donde se desempeñaba como vigilante del cementerio de dicha localidad, según se acreditó en la actuación, luego en esas circunstancias no le era extraño saber que portar armas de fuego sin autorización de la autoridad competente estaba prohibido, pues por razón de su oficio estaba en condiciones razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto de su comportamiento.

4. De otra parte, advierte la Sala que el sentenciador de primer grado incurrió en un yerro al aplicar el descuento punitivo por razón del allanamiento a cargos aceptado por el acusado, en tanto una vez individualizada la pena en 108 meses de prisión, y habiendo anunciado que aplicaría el descuento de una cuarta parte (12.5%) del beneficio previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, concluyó que la pena definitiva a imponer era de 94 meses de prisión, cuando dicha operación arroja como resultado 94 meses y 15 días de prisión; de igual forma, pese a ser procedente en los términos del artículo 52 del Código Penal, el a quo no impuso al condenado la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma prevista en el artículo 49 ibídem.

A pesar de avizorar las anotadas equivocaciones, las mismas no son pasibles de corrección en esta sede extraordinaria por razón de la prohibición de reforma peyorativa cuando de recurrente único se trata, como acontece en este evento.

Resta señalar que no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se violaran derechos o garantías de los intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos del libelo, en orden a decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, cuyo trámite fue señalado en auto del 12 de diciembre de 2005, adoptado en el radicado 24322.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Libardo Barbosa Padilla.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Autos Rdo. 24667 del 6 de abril de 2006, Rdo. 38010 del 27 de junio de 2012 y Rdo. 41295 del 28 de agosto de 2013, entre otros.

2 Sentencia de casación Rdo. 40053 del 13 de febrero de 2013.

3 Sentencia de 31 de agosto de 2005, Rdo. 21720; en el mismo sentido sentencia del 1º de junio de 2006, radicado 24764, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos Rdo. 25461 del 1º de junio de 2006 y Rdo. 30779 del 4 de febrero de 2009.

5 Sentencias T-617 de 2010, T-001 de 2012 y T-002 de 2012.

6 Sentencias de casación Rdo. 34461 del 8 de noviembre de 2011 y Rdo. 39444 del 13 de febrero de 2013.

7 “El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas: 1. Que el autor sea capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad). 2 Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la capacidad de comprensión de lo injusto)”. WELZEL, Hans. La Culpabilidad en Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas del Sur. Santiago de Chile. 1980.

8 Sentencia casación Rdo. 20.929 del 13 de julio de 2005. M.P. Herman Galán Castellanos.

9 Auto segunda instancia Rdo. 28984 del 19 de mayo de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

10 Sentencia casación Rdo. 20.929 del 13 de julio de 2005. M.P. Herman Galán Castellanos.

11 Ibídem.