

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP2772-2018

Radicación 51773

(Aprobado Acta No. 227).

Bogotá D.C., julio once (11) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de HERNANDO GARCÍA GARCÍA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 9 de junio de 2017, confirmatoria de la dictada el 3 de abril de 2016 por el Juzgado 4 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como coautor del delito de concierto para delinquir agravado.

HECHOS:

Aproximadamente a las 9:30 de la noche del 10 de octubre de 2005, en desarrollo de una operación táctica dispuesta por el Capitán HERNANDO GARCÍA GARCÍA, Comandante de la Agrupación de Fuerzas Especiales Urbanas (AFEUR) del Ejército Nacional, los destacamentos Thanatos, Halcón y Fénix se hicieron presentes en el Barrio El Pinal, ubicado en la parte alta de la Vía a Guarne en el Municipio de Bello (Antioquia), esperaron en la carretera a un soldado que venía con tres individuos, Joaquín Idárraga Naranjo, Robinson Úsuga Manco y Norberto Pérez Restrepo, procediendo a dispararles, causarles la muerte y colocarles armas en sus manos.

En julio del mismo año, GARCÍA GARCÍA consiguió que personal a su mando causara la muerte a un vendedor de aguacate en el Barrio Belén de Medellín.

Igualmente coordinó otra operación con miembros del Ejército a su cargo en el Barrio la Estrella, donde se causó la muerte a un muchacho que un soldado había llevado engañado hasta el lugar.

El 23 de agosto de 2005 con el destacamento Halcón, en el Corregimiento La Miel del Municipio de Caldas, GARCÍA promovió que un soldado llevara a una persona a la que provocaron su muerte.

Los referidos decesos fueron reportados institucionalmente como bajas de subversivos en el marco de enfrentamientos armados.

En su condición de Comandante, HERNANDO GARCÍA era quien expedía las órdenes de operación, sabía lo que ocurriría en ellas y autorizaba el desplazamiento de personal y vehículos.

ANTECEDENTES PROCESALES:

Una vez se declaró abierta la instrucción, la Fiscalía vinculó mediante indagatoria a HERNANDO GARCÍA GARCÍA, Jairo Manuel Polo Lozano y Federmán Ríos Penagos, resolviéndoles su situación jurídica el 8 de marzo de 2013, con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y concierto para delinquir agravado.

La investigación fue clausurada respecto de los dos primeros, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal.

El mérito del sumario fue calificado el 20 de marzo siguiente con resolución de acusación por los referidos punibles. Impugnada tal determinación, la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia decidió el 24 de mayo de 2013 declarar la nulidad parcial de la acusación, en cuanto los delitos contra la vida corresponden a homicidios en persona protegida, al recaer sobre individuos civiles y entonces, se rompió la unidad procesal.

Entonces, la Fiscal de primer grado devolvió la actuación para que la de segunda instancia se pronunciara sobre la impugnación interpuesta por los defensores.

Con providencia del 7 de marzo de 2014, la Unidad de Fiscalía Delegada ante esta Corporación confirmó la acusación por el delito de concierto para delinquir agravado.

El juicio fue adelantado por el Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín, despacho que el 13 de

abril de 2016 profirió fallo absolviendo a Jairo Manuel Polo Lozano y condenando a HERNANDO GARCÍA GARCÍA a 102 meses de prisión, multa de 2.666 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de libertad, como coautor del delito de concierto para delinquir agravado. Le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Medellín, a través de la sentencia recurrida en casación, dictada el 9 de junio de 2017, lo confirmó.

Admitida la demanda y surtido el respectivo traslado al Ministerio Público, la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal rindió su concepto.

LA DEMANDA:

El defensor formuló un cargo por violación directa de la ley sustancial, derivada de la indebida aplicación de los artículos 29 y 340 de la Ley 599 de 2000.

En los fallos se confundieron las figuras de la coautoría material impropia y el concierto para delinquir, toda vez que su representado fue acusado por el homicidio en Joaquín Idárraga Naranjo, Robinson Úsuga Manco y Norberto Pérez Restrepo, así como por el punible de concierto para delinquir agravado, pero una vez dispuesta la ruptura de la unidad procesal, en esta actuación únicamente pervive la acusación por el punible contra la seguridad pública, sin sujeción a lo dispuesto por esta Sala (SP, 25 sep. 2013. Rad. 40545) en cuanto a la diferencia entre el concierto para delinquir y la coautoría material impropia.

Las órdenes de operaciones, que se presumen legales y aunque pueden tener el carácter de actos preparatorios, no suponen una organización, jerarquía o permanencia en el tiempo como para configurar un concierto para delinquir.

Es razonable que si hay participación plural de personas se acuerden y haya división de trabajo, pero ello no comporta un concierto delictivo sino una coautoría, como lo ha reconocido esta Corporación (SP, 16 sep. 2015. Rad. 38154).

Los falladores violaron el principio *non bis in ídem*, pues además de que GARCÍA GARCÍA es procesado por el concurso de delitos de homicidio en persona protegida, se le condenó por un inexistente concierto para delinquir.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó a la Sala casar el fallo atacado para, en su lugar, absolver a su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal sugirió a la Corte no casar la sentencia impugnada, para lo cual comenzó por citar apartes de la sentencia C-334 de 2013 sobre los alcances del delito de concierto para delinquir, así como de las sentencias proferidas por esta Sala dentro de los radicados 38179 de 2015 y 19213 de 2003, para luego señalar que si el acusado HERNANDO GARCÍA fue condenado “*por el hecho de haber dirigido las acciones encaminadas a obtener la legalización de las bajas dadas por miembros del ejército de personas que no hacían parte del conflicto armado interno, se configuró lo que se ha denominado como los ‘falsos positivos’*”.

Y si se acreditó que además de las referidas muertes, promovió el homicidio de otros indefensos ciudadanos, *“el proceder del oficial militar es a todas luces en contra del bien jurídico protegido por el artículo 340 de la Ley penal de 2000, por cuanto organizó todo un grupo selecto para sus intereses por fuera del ordenamiento legal que consiste en que unas personas elegían a una posible víctima, otros buscaban las armas y otros los ejecutaban aparentando un posible combate para luego el Comandante reportar la acción de la muerte de los civiles como dados de baja en enfrentamientos contra insurgentes”*.

Destacó que la misma investigación acreditó que GARCÍA GARCÍA no solo intervino en las acciones del 10 de octubre de 2005, sino en las del 21 de junio, 1 de julio y 23 de agosto de 2005, con similares procedimientos y resultados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Las conductas objeto de acusación.

Para una mejor comprensión de la decisión que se impone adoptar, es necesario referir que la Fiscalía en la resolución acusatoria expresó:

“En cuanto al concierto para delinquir, esta Delegada debe señalar que los acá procesados, no solo planearon la comisión de un homicidio, sino de tres, inventaron una orden de operaciones que legitimara la salida de los vehículos y de los soldados de la agrupación, buscaron las armas que iban a ser colocadas a los occisos, ubicaron el sitio, alejaron al destacamento Fénix del lugar donde iban a ser ejecutados los tres jóvenes, luego de ser asesinados, montan el escenario, y como si fuera poco planean unas declaraciones falsas para llevar al engaño a los jueces penales militares, a fin de obtener un fallo a su favor como efectivamente se dio, y solo hasta cuando el agente del ministerio público pide la revisión del proceso, es que se asigna a la justicia ordinaria en donde algunos de los autores del homicidio deciden contar la verdad. Por tanto está más que claro el concierto para cometer delitos de homicidio y otros, el cual es agravado porque la conducta es

cometida por miembros del Ejército Nacional de Colombia.

“Indudable resulta que los autores de la acción se pusieron de acuerdo, planificaron la comisión de los ilícitos y de consuno, decidieron su perpetración; situación ésta que se evidencia aún más con la actitud asumida por cada uno de los militares, en la que a pesar de la contundencia probatoria, se sostienen en la idea de un combate, que a las claras no existió”.

En la resolución de segundo grado del 24 de mayo de 2013, que dispuso la nulidad parcial de la acusación en el sentido de señalar que se trató del concurso de delitos de homicidios en persona protegida y concierto para delinquir agravado, se expresó:

“Evidente resulta que dichas ejecuciones se realizaron en coautoría propia para algunos, entre éstos quienes dispararon sobre las víctimas e impropia para otros quienes realizaron aportes esenciales como traer a las víctimas al lugar de su ejecución, vestirlas con prendas militares, colocarles el arma, rendir falsos informes con

conocimiento de lo efectuado por ellos, etc, sin que haya lugar a dudas que en sí se realizó en coautoría con la previa decisión de haberse concertado agravadamente para llevar a cabo homicidios de manera permanente e indeterminada”

Más adelanté se afirmó:

“Respecto al concierto para delinquir de conformidad a lo reposante en los expedientes en que se han unificado diferentes investigaciones contra los mismos autores, no existe duda de su tipificación”.

A su vez, en la decisión de segundo grado del 7 de marzo de 2014 que confirmó la acusación únicamente por el delito de concierto para delinquir agravado, se precisó:

“Recordemos que dentro del radicado objeto de estudio se han venido conexando diferentes procesos por hechos similares, en los que también podemos advertir que algunos de los sindicados han aceptado los cargos y se han acogido a sentencia anticipada; que dentro de las mismas diligencias testimoniales, han relatado paso a paso la forma inmisericorde, como dice el Ministerio

Público atinadamente que apoya este proceso; dijeron cómo se vulneró el bien jurídico tutelado de la seguridad pública con los comportamientos irregulares en los que permanentemente incurrían los miembros de la agrupación de fuerzas especiales No. 5 AFEUR”.

Más adelante en la misma decisión se indicó:

“Como podemos observar, el desarrollo de una operación, llámense ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos, conlleva una planificación en la que cada uno de los intervinientes tiene su rol en función del plan criminal, en tanto unos buscaban las víctimas y las llevaban a un determinado sitio, otros suministraban las armas, otros se inventaban una orden de operaciones, otros las ejecutaban, otros se encargaban de reportar los resultados y presentarlos ante las autoridades. Pero en cualquiera de los roles desempeñados, es claro que todos y cada uno de los miembros del destacamento, tienen conocimiento pleno de lo que se pretende realizar, eso no es un plan de última hora, por consiguiente al momento de ir a planear y ejecutar una misión en ese sentido se reclama incuestionablemente la bendición de los comandantes,

que para el asunto de estudio eran los señores HERNANDO GARCÍA GARCÍA y JAIRO MANUEL POLO LOZANO, por ello serán llamados a responder como coautores del delito de concierto para delinquir, a propósito del grupo delincuencial que embusteramente creaba operativos para ejecutar víctimas civiles”.

2. Diferencias entre el concierto para delinquir y la coautoría material impropia¹.

El delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se concierta la realización de ilícitos² que lesionan diversos bienes jurídicos; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

¹ Cfr. CSJ SP, 25 sep. 2013. Rad. 40545.

² Cfr. CSJ SP, 22 jul. 2009. Rad. 27852.

En efecto, la indeterminación en los delitos objeto del concierto para delinquir apunta a ir más allá de la comisión de punibles específicos en un espacio y tiempo determinados, pues en este caso se estaría en presencia de la figura de la coautoría, en cuanto es preciso para configurar aquel delito el carácter permanente de la empresa organizada, generalmente especializada en determinadas conductas predeterminables, pero no específicas en tiempo, lugar, sujetos pasivos, etc., es decir, “*sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar*”³, de modo que cualquier procedimiento ilegal en procura de la consecución del fin es admisible y los comportamientos pueden realizarse cuantas veces y en todas aquellas circunstancias en que sean necesarios⁴.

En cuanto a la comisión del referido comportamiento es suficiente acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente adhirió a sus propósitos con posterioridad, y tampoco interesan las labores que adelantó para cumplir los cometidos delictivos acordados.

³ Tribunal Supremo Español. Sentencia No. 503 del 17 de julio de 2008.

⁴ Cfr. CSJ. SP, 23 sep. 2003. Rad. 17089.

Contrario a lo expuesto por algún sector de la doctrina patria, tal como se advierte sin dificultad en el desarrollo legislativo del concierto para delinquir, no se encuentra circunscrito al acuerdo de voluntades sobre la comisión de delitos contra el bien jurídico de la seguridad pública, pues por voluntad del legislador que no distinguió, el pacto puede recaer sobre una amplia gama de delincuencias lesivas de ese u otros bienes jurídicos, e inclusive respecto de punibles de la misma especie⁵.

Es un delito de mera conducta, pues no precisa de un resultado; se entiende que el peligro para la seguridad pública tiene lugar desde el mismo momento en que los asociados fraguan la lesión de bienes jurídicos⁶.

No necesariamente el simple y llano concurso de personas en la comisión de uno o varios delitos, o el concurso material de dos o más punibles estructuran un concierto para delinquir, pues tales circunstancias pueden ser también predicables del instituto de la coautoría, motivo por el cual se impone precisar el ámbito de ambas figuras a fin de evitar que se viole el principio *non bis in ídem* al

⁵ Cfr. CSJ SP, 25 sep. 2013. Rad. 40545.

⁶ CC C-241/97.

asumir indebidamente a los coautores de cualquier delito como sujetos activos del concierto para delinquir, temática central de la demanda de casación promovida por la defensa en este asunto.

En efecto, tanto en la coautoría material como en el concierto para delinquir media un acuerdo de voluntades entre varias personas, pero mientras la primera se circunscribe a la comisión de uno o varios delitos determinados (Coautoría propia: Todos realizan íntegramente las exigencias del tipo. O Coautoría impropia: Hay división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o condominio de las acciones), en el segundo se orienta a la realización de punibles indeterminados, aunque puedan ser determinables.

A diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su

especie. V.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc.

No es necesaria la materialización de los delitos indeterminados acordados para que autónomamente se entienda cometido el punible de concierto para delinquir, mientras que en la coautoría material no basta que medie dicho acuerdo, pues si el mismo no se concreta, por lo menos, a través del comienzo de los actos ejecutivos de la conducta acordada (tentativa), o bien, en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos (como ocurre por ejemplo con el porte ilegal de armas), la conducta delictiva acordada no se entiende cometida (principio de materialidad y proscripción del derecho penal de intención), es decir, el concierto para delinquir subsiste con independencia de que los delitos convenidos se cometan o no, mientras que la coautoría material depende de por lo menos el comienzo de ejecución de uno de los punibles convenidos.

Adicionalmente, en tanto la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de

que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, en el concierto para delinquir la durabilidad de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad.

En la coautoría material el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior⁷. En el concierto para delinquir el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

Por antonomasia el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos

⁷ Cfr. CSJ SP, 15 feb. 2012. Rad. 36299.

indeterminados y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito ilegal.

A diferencia del anterior, por regla general la coautoría material al ser de índole dependiente de la realización del delito pactado, comienza y se agota con la comisión de dicho punible.

En suma, el delito de concierto para delinquir requiere: Primero: Un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo: Una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero: La vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto: Que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública⁸.

3. Análisis del caso concreto

⁸ Cfr. CSJ AP, 25 jun. 2002. Rad. 17089, CSJ SP, 23 sep. 2003. Rad. 19712 y CSJ SP, 15 jul. 2008. Rad. 28362, entre otras. CC C-241/97.

Si tal como se precisó al identificar las conductas objeto de acusación, la imputación fáctica que fundamentó el concierto para delinquir agravado por el cual se acusó a HERNANDO GARCÍA GARCÍA, no se refirió únicamente a los homicidios en Joaquín Idárraga Naranjo, Robinson Usuga Manco y Norberto Pérez Restrepo, procediendo a dispararles, causarles la muerte, colocarles armas en sus manos y reportarlos como miembros de las FARC dados de baja en combate, sino también a otros episodios similares, entre ellos, las muertes de un vendedor de aguacate en el Barrio Belén de Medellín, un muchacho que un soldado llevó engañado en el Barrio la Estrella, y a otra persona en el Corregimiento La Miel del Municipio de Caldas, casos que luego fueron reportados como *positivos* en la lucha contra la subversión armada, advierte la Corte que se trató de un concierto para delinquir.

En efecto, tal cadena de sucesos no corresponde a una conducta con división de trabajo y tareas propias de la coautoría material impropia, sino a un acuerdo de voluntades orquestado por HERNANDO GARCÍA en su calidad de Comandante de la Agrupación de Fuerzas Especiales Urbanas (AFEUR), con evidente vocación de permanencia en el tiempo (junio a noviembre de 2005),

orientado a la comisión de delitos indeterminados pero determinables (homicidios en personas protegidas), todos ellos para mostrar ilegítimamente resultados operacionales del Ejército Nacional.

Así las cosas, los falladores aplicaron de manera pertinente el artículo 340 del Código Penal, en concordancia con la circunstancia de agravación establecida en el artículo 342 del mismo ordenamiento, motivo por el cual no es procedente la casación del fallo impugnado.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo de condena proferido contra HERNANDO GARCÍA GARCÍA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria