

SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 44264
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP4132-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 27/07/2015
DELITOS	: Instigación a delinquir / Calumnia
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 20, 21, 235-4 / Ley 600 de 2000 art. 30, 31, 41, 225, 327, 75-7 / •Declaración Universal de los Derechos Humanos. art. 19 / Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 19 / Ley 599 de 2000 art. 82-2, 82-8, 221, 223, 225, 348

TEMA: AUTO INHIBITORIO - Duda

«Jurisprudencialmente se ha venido adoptando esta misma determinación, cuando vencido el término de la indagación previa y agotada la posibilidad de practicar pruebas persisten las dudas que originaron su apertura, aplicando el principio del in dubio pro reo.

Decisión contra la cual procede el recurso de reposición debido a que la Sala es el órgano límite de la jurisdicción ordinaria en el país, por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto. Además, puede ser revocada si sobreviene prueba que degrade los argumentos que le sirvan de cimientos».

INSTIGACIÓN A DELINQUIR - Elementos

«Este punible fue instituido, en términos generales, con el propósito de sancionar a quien promueve de forma pública e inequívoca la realización de conductas sancionadas penalmente.

Cualquier persona puede intervenir como sujeto activo, dado que la descripción comportamental no exige de él ningún condicionamiento.

La conducta se contrae a instigar pública y directamente a otro o a otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos. Instigar es incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo.

La provocación debe ser pública, a través de un medio de difusión o propagación, en reuniones que por el número de asistentes o atendiendo a sus propósitos no tengan carácter privado. Público es lo que se realiza a través de la prensa, la radio o cualquier otro medio idóneo para irradiar el pensamiento en lugares públicos y en presencia de varias personas.

El acto de instigar puede adoptar diversas formas. Es fundamental que contenga la voluntad de provocar. Se puede encontrar en discursos, frases de escritos o impresos, transmisiones radiotelefónicas, representaciones teatrales y cinematográficas, y hasta en actos de silencio cuyo sentido resulte claro por las circunstancias de lugar y tiempo.

Debe ser directo, por lo tanto, dirigirse sin lugar a dudas a suscitar en los receptores la intención de ejecutar una conducta tipificada en la ley como punible. No basta hablar en general por ejemplo de un robo sino que es preciso azuzar la comisión de cierto robo o determinados hurtos.

Con ésta condición el legislador busca impedir el castigo de la simple opinión o apreciación del autor, y garantizar que el reproche recaiga únicamente sobre comportamientos que inequívocamente inciten a un conglomerado a la realización de hechos descritos como delictivos.

Criterio del cual participa Sebastián Soler, exigiendo de la conducta encaminarse externa y claramente a la realización de un punible, entendido éste como un hecho específico que encuadre en un delito previsto en la ley punitiva.

No es posible imaginar la excitación de un hecho determinado sin individualizar en cierta medida a las personas o instituciones contra las cuales se incita proceder.

Tiene que señalar, además, a la persona o institución contra quien se dirigen los hechos. Es necesaria cierta indeterminación en los destinatarios de la idea en la medida suficiente para excluir el nexo psicológico directo entre el instigador y el instigado. La instigación hecha pública a una persona determinada puede pasar a ser una forma de participación, opinión compartida por Edgardo Alberto Donna.

Así entonces, la invitación a cometer un delito debe derivar clara e inequívocamente de las palabras empleadas o estampadas, o de otros medios de comunicación utilizados por el sujeto activo. Ha de referirse claramente a los hechos constitutivos de delito.

Adicionalmente la provocación tiene que ser grave y seria. Exhibir capacidad e idoneidad para estimular la intención del actuar criminal, en virtud a que ésta conducta se reprime en función de la perturbación pública que de ella deriva y del riesgo que el punible se cometa. Debe reflejar, la aptitud objetiva y la fuerza suficiente para avivar en los destinatarios el deseo de ejecutar el punible.

En ese orden, no es concebible la concurrencia de una incitación culposa surgida de una manifestación imprudente, solo puede presentarse con el propósito particular de convencer a otros para que efectúen lo que el agente enseña, manifiesta y aclama. No interesa que el delito incitado se produzca por tratarse de un punible de mera conducta».

(...)

El autor debe conocer y querer cada uno de los elementos estudiados constitutivos del tipo objetivo.

En particular requiere un actuar animado por tres finalidades concatenadas: la primera, ser escuchado, que varias personas conozcan su idea; la segunda, influir sobre la mente de los presentes, lo que lleva a que la instigación sea razonablemente seria, y tercera, que alguien recoja la idea y pase a la acción».

INSTIGACIÓN A DELINQUIR - No se configura / **AUTO INHIBITORIO** - Atipicidad de la conducta

«En las columnas publicadas en (...) por el aforado los días (...), denunciadas por el doctor ICC como constitutivas del delito de instigación a delinquir, la Sala desecha la presencia de la incitación directa, expresa y clara a un grupo indefinido de personas a cometer en su contra el delito de homicidio.

(...)

Se reitera, el imputado no incitó expresa, clara e inequívocamente a los posibles lectores para provocar en ellos el deseo de privar de la vida al denunciante. Ninguna frase o palabra explícita está encaminada a mover su ánimo con ese propósito.

Si la supuesta incitación estaba enderezada a la comisión del homicidio con arreglo a las exigencias legales del tipo penal, la columna debía poner de manifiesto de forma clara e indiscutible la instigación al conglomerado para asesinarlo, sin embargo, los vocablos utilizados y el texto en general no evidencian que ello haya ocurrido.

(...)

La invitación a delinquir debe surgir directamente de las palabras dichas o escritas o de los otros medios de comunicación usados. Ha de referirse al acto constitutivo de delito. Una exposición genérica de los males sociales, una crítica a gobiernos pasados o al existente, la excitación a la desobediencia de las leyes, la expresión genérica de sentimientos de aversión a la forma política dominantes, por ejemplo, no podría jamás tornar concreta la excitación estudiada.

Si el convencimiento y la persuasión solo nace por medio del contacto entre el instigador y el instigado mediante la palabra hablada o escrita es preciso que el segundo escuche, reciba o capte el influjo del primero, porque si no concurre este nexo es improbable la configuración del punible, ya que física y moralmente es imposible experimentar la sugestión sin la existencia de comunicación directa con el incitado. Sin oír, escuchar o leer las palabras provenientes del autor dirigidas al instigado, es imposible sembrar en él el deseo de atentar contra la vida del quejoso.

Exigencia que para los doctrinantes nacionales es de claridad evidente. Nadie podrá decir que fue invitado a una fiesta en tanto no se le hable o se le escriba, y mientras no haya llegado a sus oídos las palabras o la misiva a sus manos, podrá decir que ha sido convidado a cometer un homicidio, mientras no se le hayan transmitido las palabras en que consiste la invitación, sostiene uno de ellos.

Ahora si la columna no contiene excitación alguna a la ejecución del homicidio, tampoco determina a la persona sobre la cual deberá recaer la acción criminal.

Dado que con este punible se castiga la perturbación que produce en la sensación de seguridad de la comunidad y el peligro que el punible provocado se realice, sin el uso de palabras idóneas para sembrar en los destinatarios el deseo de cometer el delito, es incontrastable que la columna de prensa carece de idoneidad para tipificar este delito.

Igual situación ocurre respecto a la segunda publicación hecha por el mismo medio el (...).

(...)

En ella el aforado tampoco uso frases orientadas claramente a ocasionar en sus lectores la intención de privar de la existencia al doctor CC, ni siquiera insinúa esa posibilidad, no menciona su nombre. En esas condiciones no se avizora la posibilidad de afectar la impresión de seguridad en la comunidad, ni el peligro que la conducta supuestamente inducida puede ser ejecutada.

En suma, dado que las columnas divulgadas son el medio denunciado como posiblemente delictivo y que el punible de instigación a delinquir exige que el texto contenga la incitación directa, es decir, que no genere duda que con ella se provoca la comisión de un hecho tipificado como delito, los demás argumentos ofrecidos por el doctor CC en la denuncia para demostrar su adecuación típica, si bien describen el contexto en el cual supuestamente fueron divulgadas, no poseen la capacidad requerida para tornar idóneos sus textos con el propósito de estimular en sus eventuales lectores el deseo de asesinar al denunciante.

(...)

En conclusión, se inhibirá de abrir investigación por demostración de la atipicidad de la conducta frente a este punible».

DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión: contenido

«El artículo 20 del Estatuto Superior garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y de fundar medios masivos de comunicación.

Derechos reconocidos por tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, que integran el bloque de constitucionales y prevalecen en el orden interno, según expresa disposición del artículo 93 Superior.

En ese orden, los cánones 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 194, 13 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos, y 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos incorporado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, consagran el derecho a la libre expresión».

DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión: no es un derecho absoluto, derecho penal como limitante

«El derecho a la libertad de expresión no es absoluto dado que la Constitución y la ley limita su ejercicio. Si abusando de él una persona lesiona el derecho fundamental a la honra previsto en el artículo 21 Superior deberá responder penalmente de converger los elementos que componen alguno de los delitos que protegen el patrimonio moral, entre ellos los de calumnia e injuria.

Corresponde a la jurisdicción verificar si la información se ajusta a las condiciones de veracidad e imparcialidad, es decir, si refleja la realidad de lo sucedido y si lo hace sin aversión contra la persona a que se refiere».

DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión: derecho a informar y opinar / **AUTO INHIBITORIO** - Atipicidad de la conducta

«La Sala ha definido los derechos a informar y a opinar como manifestaciones de la libre expresión. Concibe el primero como el relato de hechos y circunstancias fácticas en general y, el segundo, los juicios realizados en particular por una persona sobre las cosas examinadas, y exponer las ideas y conceptos sobre ella.

Desde esta perspectiva entra la Sala a valorar si las manifestaciones hechas por el aforado en las dos columnas de opinión que el quejoso considera delictivas, cumple con los ingredientes del tipo penal de calumnia.

(...)

La Sala viene sosteniendo que para estimar agraviada la honra o el buen nombre de una persona no basta que se haga manifestaciones que le causen molestias o desazón a la persona, como tampoco depende de la interpretación que ésta haga del dicho del tercero, es preciso que lo expresado produzca en verdad un daño en su patrimonio moral, ello por cuanto al derecho penal debe acudir como última ratio, para defender el interés jurídico del eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y la función social de los derechos de las personas».

INJURIA - Exigencia de que la expresión menoscabe la honra

«El denunciante estima tipificado este punible con las siguientes expresiones supuestamente hechas en su contra directa o indirectamente por el indiciado, en las columnas de opinión, y en otros medios que no identificó: “ha promovido falsas acusaciones en contra del Ejército Nacional”, es “vocero de las FARC” o “representa los intereses del terrorismo”. Afirmaciones que carecen de la idoneidad suficiente para su configuración por no dirigirse directamente en su contra, y carecer, por tanto, de la capacidad necesaria para afectar su honra y buen nombre. (...)

De la ponderación conjunta de los medios de prueba conforme a las reglas de la sana crítica y en particular del contenido de las columnas de opinión escritas por el aforado, la Sala concluye que las atestaciones censuradas por el quejoso no configuran delito que atente o lesione el patrimonio moral del quejoso por corresponder al ejercicio legítimo del derecho de informar y opinar, sin que por ahora encuentre abuso en el ejercicio del derecho que ponga en riesgo los de la honra y el buen nombre del quejoso.

(...)

Para su configuración es necesario que el sujeto agente a sabiendas y voluntariamente impute a otra persona conocida o determinable un hecho concreto e idóneo para lesionar su honra, amén de conocer el carácter deshonroso de la imputación y la capacidad de daño o menoscabo a la integridad moral del afectado».

CALUMNIA - Atribución de delitos / **CALUMNIA** - Debe ser una imputación clara

«La Sala viene reiterando que el tipo objetivo está constituido por la atribución falsa de una conducta punible a una persona determinada o determinable. Imputación que debe ser clara, concreta y circunstanciada, es decir, sin equívocos.

Según el diccionario de la real academia de la lengua lo inequívoco excluye la hesitación, lo concreto se predica de cualquier objeto considerado en sí mismo, particularmente en oposición a lo abstracto o general con exclusión de lo que puede serle extraño o accesorio. Determinar alude a fijar los términos de una cosa, distinguir, o discernir, lo primero es hacer que una cosa se diferencia de otra por medio de alguna particularidad o señal.

El tipo subjetivo a su vez requiere que el agente haga la imputación con conocimiento y voluntad. Sabiendo de la inexistencia del delito o de la inocencia del sujeto pasivo, y queriendo libremente hacer la acusación.

Subjetividad cuya demostración la debe establecer el funcionario judicial ponderando los antecedentes que motivaron al actor a realizar las manifestaciones, las circunstancias en las cuales las expresó, las relaciones existentes para ese momento entre los sujetos, y la información suficiente con el objeto de determinar cuál fue el propósito perseguido por el autor al efectuar la imputación.

Al examinar las expresiones hechas por el imputado en las columnas destacadas por el denunciante como calumniosas frente a este marco legal, es incontrastable para la Sala su carácter genérico, vago e impreciso, características que impiden su configuración.

(...)

De la lectura de la primera columna de prensa y en particular de este párrafo se extrae que las afirmaciones hechas en él, se itera, son genéricas, imprecisas y equívocas. No exhiben con claridad la imputación de un delito específico, como lo reclama el tipo penal.

(...)

En ninguna parte de los textos le endilgó expresa y claramente la autoría o participación en delitos atentatorios de la existencia y seguridad del Estado, del régimen constitucional y legal, de la seguridad pública, la vida y la integridad de alguna persona, y en general que hubiese puesto en riesgo derechos de la comunidad o de alguno de sus miembros, protegidos por el Código Penal.

(...)

Las expresiones censuradas se revelan más como juicios realizados por el aforado en el proceso de valoración de los hechos y las circunstancias por él conocidos, y de la postura asumida por el entonces Representante a la Cámara, ICC, en ejercicio legítimo y no abusivo del derecho a informar y a opinar, por no haber puesto en riesgo siquiera el patrimonio moral de quejoso.

Frente a la atipicidad evidente de la conducta de cara a este tipo penal, la Sala se inhibirá de abrir formal investigación».

INJURIA - Concepto de honra, honor y buen nombre

«El honor puede asumirse en sentido subjetivo u honor propiamente dicho, y el objetivo o la honra. El primero es conocido como el señalamiento de la propia

dignidad y decoro, el conjunto de valores morales que cada uno se atribuye y, el segundo, como la opinión o el concepto que nuestros semejantes tienen de cada uno de nosotros, el buen nombre o la fama derivados del modo de ser y actuar de cada cual en sociedad, conocido como la honra.

El buen nombre alude a un concepto positivo de la fama, el prestigio que los demás seres humanos han construido de un individuo, como reflejo de su personalidad y comportamiento en sociedad.

La injuria se logrará tipificar solo en la medida que confluyan los elementos objetivo y subjetivo del tipo, éste último actualizado cuando el autor haya querido imputar intencionalmente a otra persona conocida o determinable un hecho idóneo para agraviar o menoscabar su integridad moral».

INJURIA - Retracción / **RETRACTACIÓN** - Requisitos

«Como los delitos supuestamente lesivos del patrimonio moral de injuria y calumnia atribuidos por los querellantes al aforado admiten desistimiento, la Sala convocó a los sujetos procesales a audiencia de conciliación al tenor de lo establecido por el artículo 41 de la Ley 600 de 2000.

(...)

En su desarrollo se acordó que el aforado se retractaría de las aseveraciones consideradas por el querellante como lesivas de su patrimonio moral en el mismo medio de comunicación y en las condiciones convenidas, otorgando para el efecto un término de 60 días.

Al vencimiento de dicho lapso el apoderado del aforado aportó al proceso los artículos publicados tanto en el portal del lector del periódico (...) como en la página WEB de la revista (...) del (...) del corriente año, el primero por petición expresa de su defendido y el segundo por decisión de la revista, dando cuenta de la retractación en favor del doctor DM, según lo convenido.

Aclaró que fue imposible recoger el consentimiento final del doctor M sobre el contenido del artículo publicado, sin embargo, aduce, en él se encuentran incluidas las observaciones que hiciera a un primer proyecto puesto a su consideración.

Al tenor del artículo 82-8 del Código Penal, en los casos previstos en la ley la retractación es una causal de extinción de la acción penal. En concordancia el canon 225 ibídem prevé como causal de no responsabilidad en los delitos de injuria y calumnia, cuando el autor o partícipe de cualquiera de esas conductas, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

Sobre el alcance de esta figura la Sala viene pregonando que es deber del funcionario judicial verificar el cabal cumplimiento de sus requisitos formales y, además, realizar control material sobre la misma con el propósito de determinar si la retractación corresponde al reconocimiento explícito y voluntario que el agente hace de la responsabilidad que le puede caber por la conducta que se le atribuye.

Exigencia establecida por la propia norma y, además, por cuanto al omitirse el consentimiento del ofendido es preciso establecer que: 1) El autor o partícipe debe retractarse voluntariamente antes de proferir sentencia de primera o única instancia, 2) la publicación debe hacerse a costas del responsable, y 3) se debe cumplir en el mismo medio e idénticas característica como se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

Con fundamento en estos requerimientos y en las pruebas soporte de las manifestaciones hechas por el aforado a través de las cuales reivindica los derechos a la honra y el buen nombre del querellante, no hay duda que cumplió con lo acordado en la conciliación y en lo establecido por el artículo 225 de la Ley 600 de 2000, pues con la nueva publicación acreditó la concurrencia de los siguientes elementos:

Se retractó durante la fase preliminar de la investigación; la publicación se produjo a su costa; acudió voluntariamente a los medios de opinión publicando el (...) en el mismo periódico (...) para retractarse una a una de las expresiones con las que el doctor DAMC sintió lesionado su patrimonio moral, es decir, uso el mismo medio de comunicación que utilizó para dar a conocer su columna de opinión supuestamente difamatoria.

(...)

Si la figura jurídica estudiada tiene como propósito revocar lo que se ha imputado faltando a la verdad, o desdecir la afrenta irrogada, o retirar el cargo hecho a otro, no se justifica continuar con la actuación penal para establecer si la conducta realmente configura este punible y si el aforado es responsable, pues de llegarse a esa comprobación no tendría ninguna razón dictar sentencia condenatoria pues su objeto ya se habría alcanzado con la retractación.

Verificado como está lo acordado en la conciliación, la Sala también se inhibirá de abrir investigación por esta conducta».

QUERELLA - Legitimidad: representante legal / **QUERELLA** - Noción

«En relación con el supuesto atentado al patrimonio moral del CPDDH, la Sala igualmente se abstendrá de abrir formal investigación en virtud a que la acción penal no puede proseguir, debido a que el doctor MC carecía de legitimidad para formular la querella, dado que para el 15 de septiembre de 2010 desempeñaba el cargo de Secretario Ejecutivo y no de Director Ejecutivo en quien, de acuerdo con los Estatutos recaía su Representación Legal; y al tenor de lo preceptuado por el artículo 32 de la Ley 600 de 2000 cuando el sujeto pasivo de la conducta punible es una persona jurídica, la querella debe ser formulada por su representante legal.

La querella es la solicitud que hace el ofendido o sujeto pasivo agraviado para que se inicie la investigación, y con arreglo al artículo 31 del Código de Procedimiento Penal es condición de procesabilidad de la acción penal, por lo tanto, en los delitos que requieren querella de parte (artículo 35 ibídem), la facultad investigativa del Estado se encuentra condicionada a su previa formalización como medio de protección del interés personal de la víctima, y al tenor del canon 32 del mismo Código esta sólo la puede formular el querellante legítimo, que normalmente coincide con el sujeto pasivo del hecho punible o su representante legal.

Dicha irregularidad no fue subsanada por la persona jurídica supuestamente afectada, ya que dentro del término de caducidad de la querella no realizó ninguna actividad dentro de la actuación, menos por parte de su Director Ejecutivo en quien recaía su Representación Legal. No obra constancia de haber actuado como víctima mientras el trámite se surtió a cargo de la Fiscalía General de la Nación, ni ante esta Sala presentó demanda de constitución de parte civil o petición alguna que permita deducir de manera clara e inequívoca la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades la comisión de los hechos y su deseo de que se investigaran».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 22808 | Fecha: 24/04/2008 | Tema: DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión: derecho a informar y opinar

Rad: 36876 | Fecha: 17/08/2014 | Tema: CALUMNIA - Debe ser una imputación clara

Rad: 39895 | Fecha: 27/11/2013 | Tema: INJURIA - Concepto de honra, honor y buen nombre

Rad: 39895 | Fecha: 27/11/2013 | Tema: INJURIA - Exigencia de que la expresión menoscabe la honra

Rad: 22102 | Fecha: 01/02/2007 | Tema: RETRACTACIÓN - Requisitos

Rad: 15820 | Fecha: 24/04/2003 | Tema: QUERELLA - Legitimidad: representante legal

Rad: 30593 | Fecha: 13/07/2009 | Tema: QUERELLA - Legitimidad: representante legal

Rad: 31088 | Fecha: 15/09/2010 | Tema: QUERELLA - Legitimidad: representante legal