



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**  
**Magistrado ponente**

**SP1483-2017**

**Radicación No. 46893**

(Aprobado Acta No. 031)

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

### **ASUNTO**

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso el defensor de LUZ ÁNGELA LÓPEZ contra la sentencia condenatoria que en su contra profirió una Sala de Decisión Penal de Con jueces del Tribunal Superior de Antioquia.

### **HECHOS**

El 27 de julio de 2009, LUZ ÁNGELA LÓPEZ, en calidad de Fiscal 119 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito

de Turbo - Antioquia -, calificó el mérito del sumario surtido contra los militares Juan Carlos Modesto Betancur, Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán, respecto del primero profirió resolución de acusación, mientras que a los otros los favoreció con preclusión de la investigación, lo cual, estima la Fiscalía, fue manifiestamente contrario a derecho, dado que se tenían las pruebas necesarias para adelantar la etapa de juicio con los cuatro investigados y fueron infundados los argumentos de la decisión que benefició a tres de ellos.

La indagación penal contra los prenombrados miembros del Ejército Nacional inició por un “falso positivo” que se estructuró con el homicidio del campesino Dagoberto Flórez Altamiranda, ocurrido el 14 de septiembre de 1993, en la vereda Cañaflechal, del municipio de Necoclí (Antioquia) y que se usó para aparentar la baja en combate de un subversivo.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. En los cuadernos que se entregaron a la Sala no se encuentra el acta ni la grabación de la audiencia de formulación de imputación; sin embargo, ello no es óbice para resolver la presente alzada, dado que en el escrito de acusación y la sentencia de primera instancia se da cuenta que el acto de comunicación de cargos se efectuó el 7 de abril de 2014 ante el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín.

Adicionalmente, la acusación informa con suficiencia sobre los hechos atribuidos desde el inicio de la actuación y nadie ha planteado incongruencia alguna sobre la situación fáctica.

**2.** La formulación de acusación se realizó los días 24 de noviembre de 2014 y 23 de enero de 2015, la Fiscalía atribuyó a Luz Ángela López el cargo de presunta autora del delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo, conforme a lo dispuesto en los artículos 413, 415 y 31 del Código Penal.

**3.** La audiencia preparatoria se efectuó el 20 de marzo de 2015, el juicio oral se realizó en varias sesiones y la sentencia de primera instancia se profirió el 28 de agosto de ese mismo año, en la cual se condenó a LUZ ÁNGELA LÓPEZ, como autora del delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo, a la pena principal de 72 meses de prisión y multa de 99.99 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se concedió la prisión domiciliaria y no se libró orden de captura porque se dispuso que la acusada continuara en libertad hasta cuando la sentencia quedara en firme.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El a quo profirió sentencia condenatoria porque consideró que la Fiscalía había demostrado, más allá de toda duda, los presupuestos que para ello exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

En la motivación del fallo, el Tribunal refirió las estipulaciones que efectuaron las partes, resumió el contenido de las pruebas que se practicaron y, mediante las respuestas que otorgó al alegato de conclusión de la defensa, expuso la existencia del delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo y el compromiso de responsabilidad de LUZ ÁNGELA LÓPEZ, así:

### **1. Aducción de la prueba documental.**

Con las testigos de acreditación Alba Lucía Lopera Cruz y Claudia Andrea Macías Blandón la Fiscalía incorporó, entre otros, los cuatro cuadernos de la investigación penal en que la acusada profirió las discutidas preclusiones; los oficios de las diferentes autoridades que informan de la ausencia de antecedentes penales, disciplinarios o fiscales a nombre de LUZ ÁNGELA LÓPEZ; la resolución de acusación y la sentencia que se emitieron contra el teniente Juan Carlos Modesto Betancur; la denuncia y la indagación preliminar que se adelantó por la desaparición del soldado Wilmar Morales Teherán.

El contenido de dichos documentos no se leyó en el juicio porque fue objeto de las estipulaciones probatorias y, además, su incorporación se realizó sin oposición de la defensa. Por tanto, no se presentó

ningún defecto en el trámite de aducción de las pruebas.

**2. Tipicidad objetiva y subjetiva, antijuridicidad e inexistencia de error de prohibición.**

La Sala de Casación Penal ha explicado<sup>1</sup> que una decisión judicial manifiestamente contraria a la ley producto del indebido análisis del acopio probatorio se presenta cuando la falla tiene “*origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba*”.

En el caso concreto, se tipifica el delito de prevaricato por acción, dado que la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 397 de la Ley 600 de 2000, tenía que proferir resolución de acusación contra Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán, toda vez que las pruebas que se recaudaron para calificar el mérito del sumario demostraban el homicidio del campesino Dagoberto Flórez Altamiranda y el compromiso de responsabilidad de sus autores, entre ellas varias declaraciones que informaban la intervención de los prenombrados militares.

---

<sup>1</sup> En el punto cita CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901.

La decisión de decretar la preclusión de la investigación a favor de los mencionados sujetos deviene de una protuberante discordancia con el ordenamiento jurídico, en la medida que LUZ ÁNGELA LÓPEZ contó con pruebas suficientes para tener por satisfechos los requisitos legales exigidos para emitir resolución de acusación, en los cuales, se resalta, no se demanda demostrar a nivel de certeza la participación en el delito, sino la existencia de medios probatorios que permitan inferir la aparente responsabilidad de los sindicados, lo que indiscutiblemente se cumplía con las versiones que rindieron los militares implicados en el hecho criminal.

De la definición del dolo prevista en el artículo 22 del Código Penal se extraen, un elemento cognoscitivo y uno volitivo que se presentan en la conducta que ejecutó la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, pues, por su título de abogada y su gran trayectoria laboral en la Fiscalía General de la Nación, sabía que si dictaba una decisión manifiestamente contraria a la ley incurría en prevaricato y de manera voluntaria quiso hacerlo, en la medida que desconoció su función de representante del ente acusador emitiendo las preclusiones que favorecieron a tres de los responsables de un delito que entraña una grave violación a los derechos humanos de un inocente ciudadano.

Se menoscabó en sentido material el bien jurídico tutelado de la administración pública, dado

que las preclusiones proferidas a favor de casi todos los autores del homicidio del señor Dagoberto Flórez Altamiranda representan una grave situación de impunidad, pues se benefició a tres militares que participaron en la ilícita ejecución, en condiciones de indefensión, de un ser humano, lo cual sucedió por el motivo insignificante de mostrar resultados positivos en la actividad castrense.

La formación y la experiencia profesional de la acusada permiten afirmar que conocía y comprendía el delito de prevaricato por acción. Por tanto, no es posible predicar la presencia de error de prohibición en alguna de sus modalidades<sup>2</sup>.

### **3. Aplicación de normas.**

Se aplicó el artículo 415 del Código Penal porque en la audiencia de formulación de imputación la fiscalía mencionó que las preclusiones que configuran el prevaricato por acción se dictaron en la actuación judicial referente al homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda y en la adecuación jurídica de la acusación precisó que el delito era agravado en los términos de dicha norma.

No se tuvo en cuenta el aumento de pena previsto en el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011

---

<sup>2</sup> “i) error sobre la existencia de la antijuridicidad o el tipo prohibitivo, ii) error sobre la vigencia del tipo prohibitivo y iii) error sobre los límites del tipo prohibitivo”

porque su expedición fue posterior a las cuestionadas preclusiones.

Finalmente, el a quo explicó que, pese a que las tres decisiones de preclusión se tomaron en una misma resolución, el prevaricato por acción agravado se presenta en concurso homogéneo, dado que se refiere a distintos sujetos y jurídicamente se puede separar en tres delitos autónomos.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

El defensor solicita, en primer lugar, el decreto de nulidad; en segundo, la revocatoria de la condena; y por último, la desestimación del concurso homogéneo. En efecto, argumentó:

### **1. Nulidad.**

Explica el abogado defensor que LUZ ÁNGELA LÓPEZ no expresó oportunamente ningún inconformismo respecto de estipular toda la prueba documental; sin embargo, le exigió que, con fundamento en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, solicitara, en el presente recurso, nulidad por violación a sus garantías fundamentales, por estimar que el acuerdo probatorio desconoció el principio de la no autoincriminación y afectó su derecho de defensa,

toda vez que no se podían pactar pruebas que tuvieran fuerza de convicción para la condena. Además, la prueba documental no tiene alcance demostrativo, dado que no fue leída en el juicio.

## **2. Revocatoria de la condena.**

Expone el defensor que no comparte las consideraciones del a quo respecto de la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción agravado, ya que en el juicio oral se demostró que la decisión de preclusión que tomó la acusada LUZ ÁNGELA LÓPEZ no fue manifiestamente contraria a la ley, en la medida que concuerda con las valoraciones probatorias y jurídicas que efectuaron la Jurisdicción Penal Militar y el Ministerio Público, de lo cual se observa que era un caso probatoriamente complejo y que la duda debía resolverse a favor de los sindicados. En el punto, resalta:

**a.** Con fundamento en las mismas pruebas que analizó su prohijada, la justicia castrense cesó el procedimiento surtido contra el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo y decretó la preclusión de la indagación respecto de los otros tres militares involucrados.

**b.** El cierre de la investigación se efectuó en 1998, en el 2007 se anuló y se decretó nuevamente en el 2008; en los alegatos precalificatorios los abogados

defensores solicitaron la preclusión de la investigación. Su representada no participó en el recaudo de las pruebas, las cuales se caracterizaban por ser contradictorias y confusas.

c. La decisión de preclusión no fue recurrida y tampoco fue objeto de algún reparo por parte de la fiscalía de segunda instancia que resolvió la apelación que se interpuso contra la resolución de acusación que se emitió contra uno de los sindicados.

d. La investigación disciplinaria que se inició contra su defendida prescribió porque la autoridad competente no le dio importancia.

Como segundo argumento destinado a la revocatoria de la condena, señala el apelante que no se demostró que LUZ ÁNGELA LÓPEZ actuó con dolo, pues de las pruebas practicadas se advierte que no tuvo la voluntad de contrariar el ordenamiento jurídico y su tesis de justicia de “*dar a cada quien lo que se merece*” es legítima.

Asimismo, es necesario considerar todas las circunstancias adversas de tiempo, modo y lugar en que se encontraban las Fiscalías de Turbo para la época de los hechos, las cuales se probaron en el juicio e informan que no habían instalaciones

adecuadas, el calor era insopportable, no se tenía aire acondicionado, no existía una biblioteca de consulta, al mismo tiempo se debían tramitar investigaciones con los dos sistemas de procedimiento que estaban rigiendo y entre las que correspondían a la Ley 600 de 2000 se encontraban varias cuya acción penal estaba próxima a prescribir.

La experiencia de su representada como fiscal seccional era escasa, sólo había efectuado algunos reemplazos de 2 o 3 meses y, además, era el primer caso de militares que tenía que resolver.

La responsabilidad objetiva está proscrita y, por ende, la aparente voluntad de LUZ ÁNGELA LÓPEZ de ejecutar el delito contra la administración de justicia no se puede presumir, máxime cuando el a quo estimó la presencia de tres prevaricatos sin analizar de manera independiente el supuesto dolo, lo que constituye una grave falencia, en la medida que no se puede determinar a cuál de las tres preclusiones corresponden las valoraciones que realizó.

El Tribunal no tuvo en cuenta que con la declaración de Datis María Ricardo Almario se probó que Wilmar Morales Teherán desapareció desde el año 2000 y ese acontecimiento era muy importante, puesto que

para el momento en que se profirió la preclusión a su favor ya había muerto.

Como tercer fundamento de la pretensión de absolución el recurrente invoca que LUZ ÁNGELA LÓPEZ actuó amparada bajo la causal de ausencia de responsabilidad del “*error de prohibición*”. En el punto, expone que las pruebas eran precarias y contradictorias, su prohijada tuvo que calificar el mérito del sumario bajo difíciles condiciones laborales, su escasa trayectoria como fiscal seccional, la confusión de los dos sistemas procesales que debía aplicar en su despacho y todo ello sumado a su arraigado convencimiento de que cualquier equivocación podía ser corregida por la segunda instancia, causó en su conciencia un yerro invencible respecto de la ilicitud de su proceder.

Por último, el apelante alega que se faltó al principio de congruencia, dado que el hecho que se reprocha es no proferir resolución de acusación y ello se enmarca en el tipo penal de prevaricato por omisión; sin embargo, en la acusación y la sentencia de manera infundada se estimó la existencia de ese delito en la modalidad de acción.

### **3. Inexistencia del concurso homogéneo.**

Refiere el abogado defensor que, conforme a la ley y la jurisprudencia, lo que se presenta en el caso concreto es un concurso aparente de delitos, en su

sentir, solo hay un supuesto prevaricato, ya que las decisiones que lo configuran se tomaron en la misma resolución y no es posible condenar dos veces por los mismos hechos.

### **ALEGATO DEL NO RECURRENTE**

El Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior de Antioquia solicita que se niegue la nulidad invocada por el defensor y se confirme la sentencia condenatoria de primera instancia. Al efecto, discute los fundamentos del recurso de apelación así:

#### **1. Estipulaciones y prueba documental.**

El Fiscal cita las estipulaciones probatorias para ilustrar que en ellas se encuentran los hechos y las circunstancias contenidas en la prueba documental referente al sumario que calificó la acusada, la cual las partes aceptaron conocer y, por ende, convinieron que, para agilizar el proceso, no se leería en el juicio.

Resalta que todos los documentos se descubrieron oportunamente a la defensa desde el escrito de acusación, se solicitaron como prueba en la audiencia preparatoria y se incorporaron en el juicio mediante los respectivos testigos de acreditación. La

J

petición del defensor de excluir la prueba documental desconoce la lealtad procesal, máxime cuando utiliza parte de su contenido para sustentar la pretensión de absolución.

Por otro lado, las estipulaciones no afectan los derechos de la acusada, pues los acuerdos probatorios se efectuaron con su consentimiento, no se refieren a la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, ni tampoco a su compromiso de responsabilidad penal.

## **2. Tipicidad objetiva.**

El Fiscal sustenta que el abogado de LUZ ÁNGELA LÓPEZ menciona un conjunto de razones que no tienen ninguna relación con la discusión referente a la tipicidad objetiva de las conductas que ejecutó, olvidando que en las tres preclusiones se desconoció arbitrariamente la realidad probatoria y jurídica del proceso, con el propósito de favorecer de manera ilícita a los militares investigados. Nótese:

**a.** Varias declaraciones probaron que el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo informó a la tropa la posibilidad de un traslado y advirtió que era necesario dar un resultado positivo inmediato, ordenó adelantar un patrullaje y “legalizar” a una persona, para lo cual prestó

cinco de sus hombres, entre ellos los punteros John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán.

Luego de cumplir su cometido ilícito, los tenientes Juan Carlos Modesto Betancur y Henry Elías Piraquive Caicedo formaron al pelotón, lo alertaron de que pronto se presentaría el auditor de guerra, escogieron los soldados que tenían que declarar y les precisaron lo que tenían que decir.

**b.** Las pruebas recaudadas demuestran que el soldado John Jairo Jaramillo Díaz estaba en el grupo que salió a patrullar con la misión de matar a un campesino y luego mostrarlo como un subversivo eliminado en combate, fue uno de los punteros del escuadrón, participó en la retención de la víctima y contribuyó en el montaje de la primera versión falsa de los hechos, en la cual aseguró que le había disparado al occiso.

**c.** El soldado Wilmar Morales Teherán aceptó que realizó los disparos que terminaron con la vida de la víctima y tanto jurídica como probatoriamente es absurdo afirmar que su actuar obedeció al cumplimiento de una orden legítima, a la obediencia debida, a una coacción insuperable o a su estado de ignorancia, toda vez que se demostró que mentalmente estaba sano y, por ende, tenía la capacidad de comprender la naturaleza criminal del macabro plan, participó en todas sus etapas y se ofreció

para ejecutar la acción de fusilar a la primera persona que se encontrara durante el patrullaje.

### **3. Dolo y error de prohibición.**

Las adversidades que refiere la defensa no tienen ningún nexo causal con los elementos del conocimiento del delito y la voluntad de ejecutarlo que configuran el dolo de la acusada.

No es frecuente que exista prueba directa que demuestre el dolo y, por ende, para establecerlo es necesario acudir a inferencias derivadas de las circunstancias propias de la conducta punible juzgada. En el caso concreto el contexto jurídico y probatorio muestra con claridad que varios militares planearon y ejecutaron el asesinato de un civil inocente, entre ellos el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo y los soldados John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán; sin embargo, la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ decidió decretar la preclusión de la investigación sin tener un sustento razonable que justificara su caprichosa valoración de los hechos y las pruebas, lo cual es inaceptable en una profesional con una vasta experiencia laboral y, por lo tanto, no se puede invocar a su favor una supuesta ignorancia para edificar un aparente error de prohibición.

#### **4. Concurso homogéneo e incongruencia.**

Las tres preclusiones emitidas en la resolución en que la acusada calificó el mérito del sumario configuran un concurso homogéneo de prevaricato por acción agravado, dado que cada una tiene total independencia, se refieren a individuos distintos y las consecuencias jurídicas a favor o en contra de alguno de ellos no afectan ni favorecen a los demás.

El reproche de la defensa referente a la vulneración del principio de congruencia es infundado, pues la acusación en contra de LUZ ÁNGELA LÓPEZ no se edifica en ninguna omisión, sino en la acción de proferir tres decisiones manifiestamente contrarias a la ley.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

#### **1. Competencia de la Sala.**

Esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, tiene la competencia de conocer el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia condenatoria de primer grado que profirió una Sala de Decisión de Con jueces del Tribunal Superior de Antioquia contra la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ. En observancia del principio de limitación, solo se estudiarán

los puntos en que el apelante discrepa de la sentencia de primera instancia y los que resulten inescindiblemente vinculados.

## 2. Petición de nulidad.

Atendiendo al principio de prioridad, se resolverá en primer lugar la solicitud de nulidad. El título VI, del libro III, del Código de Procedimiento Penal consagra las causales de nulidad, las cuales, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala<sup>3</sup>, están sometidas al cumplimiento de precisos principios que las hacen operantes, nótese:

*En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades pre establecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya*

<sup>3</sup> CSJ SP, 26 Nov. 2011, rad. 32143; CSJ AP, 9 jun. 2008, rad. 29092.

alcanzado la finalidad para la cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).

En el caso concreto, el defensor, en calidad de apelante, señala que se afectó el debido proceso en aspecto sustancial porque el contenido de las estipulaciones afecta los derechos de defensa y no autoincriminación de la acusada, mientras que el fiscal, en condición de no recurrente, se opone a tal apreciación afirmando que los acuerdos probatorios que se efectuaron no involucran situaciones en las que LUZ ÁNGELA LÓPEZ acepte tener por demostrados los presupuestos que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para imponer condena.

Se observa que la solicitud de nulidad no se sustentó adecuadamente, ya que el defensor se limitó a manifestar que se afectaban los derechos de su prohijada sin precisar cuáles eran las estipulaciones que generaban la supuesta vulneración. Se analizará el contenido objetivo de las estipulaciones para establecer si se presenta el supuesto vicio de garantía invocado por la defensa y si se cumplen los principios que gobiernan el remedio extremo de la nulidad; en síntesis, las partes estipularon que<sup>4</sup>:

a). Por el homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda se surtió investigación contra los tenientes Juan Carlos Modesto Betancur y Henry Elías Piraquive Caicedo, y los

---

<sup>4</sup> Ver folios 138 a 150 del cuaderno de primera instancia.

soldados John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán. La doctora LUZ ÁNGELA LÓPEZ, en calidad de Fiscal 119 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo, el 27 de julio de 2009 profirió resolución de acusación contra Modesto Betancur<sup>5</sup> y favoreció con preclusión a los otros tres investigados, por considerar que:

*...el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo no intervino en los hechos, lo que prueban todas las declaraciones, excepto la de John Jairo Jaramillo Díaz, quien lo sitúa en el lugar y momento del homicidio, siendo claro que lo confunde con Modesto Betancur y que Piraquive Caicedo no participó en el patrullaje. Existen dudas respecto de la supuesta orden que se dice impartió Piraquive Caicedo para que se legalizara a la primera persona que pasara, no se acreditó si la misma fue seria o no y Modesto Betancur manifestó que jamás hubo tal orden.*

*John Jairo Jaramillo Díaz al inicio se auto incriminó, cuando dijo que le había disparado a la víctima, pero después se allegaron pruebas que confirman su inocencia y acreditan que él nunca disparó, como son la indagatoria de Wilmar Morales Teherán, quien manifestó que sólo él hizo los disparos mortales por orden directa recibida del Teniente Modesto Betancur, lo que coincide con lo expresado por Jaramillo Díaz en su injurada y Carlos Prada Vallejo, personas estas merecidas de credibilidad. Mientras que los demás militares que inicialmente declararon en el proceso y dieron la primera versión sobre los hechos, los señores Javier Mauricio López Calao, José Manuel López Mestra, Carlos Alberto Prada Vallejo, Antonio Miranda Disney, Giovanny de*

<sup>5</sup> Esa decisión fue apelada y la segunda instancia la confirmó.

Jesús Miranda Quiñones, y Jairo de Jesús Cuadrado, mintieron, y todo enseña que los adiestraron para declarar como lo hicieron diciendo todos exactamente lo mismo, entre otras cosas que Jaramillo Díaz disparó, cuando lo cierto es que no todos observaron los hechos; y además, Morales Teherán fue cambiado por López Calao, porque aquél no sabía leer y el último era bachiller.

*Wilmar Morales Teherán, si bien fue el que mató al señor Dagoberto Flórez Altamiranda, lo ampara la justificante prevista en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 100 de 1980, es decir, que actuó cumpliendo una orden legítima, emitida por autoridad competente con las formalidades legales. Él contó en su injurada que el Teniente Modesto Betancur desde que salieron para el operativo, le ordenó que legalizara al primero que pasara y le entregó una granada, se sintió coaccionado por la orden del Teniente cuando lo mandó a matar al señor Dagoberto Flórez, pues, le exigió cumplir dicha orden, lo apremio diciéndole que sus órdenes eran para cumplirlas y que si le iba a dar o no, por lo que el soldado “tuvo que proceder”; por todo lo cual, se está frente a lo que denomina la doctrina “orden legítima del superior jerárquico” que constituye “una modalidad de la obediencia debida”, la que según el tratadista Jesús Orlando Gómez López, puede ser causa de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad.*

**b).** Los hechos del homicidio y la investigación que abrió la justicia penal militar se presentaron así:

*...en el amanecer del 14 de septiembre de 1993, en la vereda “Cañaflechal” del municipio de Necoclí (Antioquia), cuando una patrulla de uniformados, de la que hacían parte, entre otros, los militares Juan Carlos Modesto Betancur,*

(teniente, quien la comandaba), John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán (soldados) punteros, interceptó al señor Dagoberto Flórez Altamiranda, quien andaba en una bicicleta e iba para su trabajo, lo retuvieron, lo hicieron acostar en el suelo boca abajo, y estando así el soldado Morales Teherán, de apodo “Blanca Nieves”, por orden del teniente Modesto Betancur, le propinó varios disparos de fusil por la espalda, quitándole la vida, y después puso cerca del cadáver una granada de fragmentación que el teniente Modesto Betancur le había entregado antes de salir al patrullaje.

(...) los militares antes aludidos y los otros que conformaban la patrulla, obedeciendo a la dirección y orientación del teniente Juan Carlos Modesto Betancur, en sus informes y declaraciones que rindieron en la investigación iniciada por la Justicia Penal Militar, en razón de la muerte del ciudadano referido, dieron una versión de los hechos, según la cual, ellos cumplían un patrullaje de registro dirigido a verificar una información que anunciaba la presencia en la zona de un informante del grupo guerrillero denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, en el que los punteros de la patrulla lo observaron en el lugar anotado, le gritaron voces de alto, las que el tipo desatendió, se bajó de la bicicleta donde andaba, corrió en sentido opuesto al que antes llevaba y estando a unos diez metros de los militares hizo la maniobra de sacar o sacó algo de una bolsa plástica y lo levantó, ante lo cual los dos soldados punteros, pensaron que era un arma, y sintiéndose en peligro inmediato, por su iniciativa y en defensa propia, reaccionaron disparándole al individuo y lo mataron; luego de lo cual se acercaron al cadáver y a unos 30 centímetros encontraron una granada de fragmentación tipo piña de mano.

**c.** El Consejo de Guerra Militar, en primera instancia, absolió a Juan Carlos Modesto Betancur, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán. Además, cesó procedimiento a favor de Henry Elías Piraquive Caicedo.

**d.** Para las referidas preclusiones la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ valoró el informe de patrullaje suscrito por el teniente Juan Carlos Modesto Betancur y el acta de la diligencia en que lo ratificó; las declaraciones rendidas ante la Oficina de Instrucción Penal Militar Especial por Carlos Alberto Prada Vallejo, José Manuel López Mestra, Antonio Miranda Disney, Wilmar Morales Teherán, Giovanny Miranda Quiñones, Jairo de Jesús Mejía Cuadrado, Luis Alberto Sierra López, Alcides Pérez Lambraño, Yovany Alfonso Herrera Hernández, Ricardo Andrés Jiménez Salgado y John Jairo Jaramillo Díaz; la versión libre de Javier Mauricio López Calao; el acta del levantamiento del cadáver de Dagoberto Flórez Altamiranda y su necropsia; las indagatorias de los cuatro investigados con sus respectivas ampliaciones; las declaraciones que rindieron ante el Juzgado 36 de Instrucción Penal Militar Carlos Alberto Prada Vallejo, Alcides Fidel Pérez Lambraño, Carlos Alberto Dovales Gallego, Nicolás Hidalgo García, Piedad Guzmán Díaz, Hugo de Jesús Galeano, Manuel Machado Petro y Cecilia Montes Cordero; y el dictamen de la imputabilidad de Wilmar Morales Teherán que emitió el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Se resalta que las partes pactaron que el contenido de las citadas “pruebas” y de las resoluciones que calificaron el

mérito del sumario en primera y segunda instancia “se daba por leído y conocido”, por lo que se excluían del debate probatorio del juicio oral.

**e.** La experiencia de LUZ ÁNGELA LÓPEZ en el cargo de fiscal, su carga laboral y la estadística que reportó cuando estuvo en la Fiscalía 119 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo; su plena identidad y la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios.

**f.** El 13 de febrero de 2012, Datis María Ricardo Almario denunció la desaparición de Wilmar Morales Teherán.

Observa la Sala que en las aludidas estipulaciones no existe ningún acuerdo que afecte las garantías procesales de la acusada, pues no se pactaron aspectos relacionados con la materialidad de las conductas punibles objeto de acusación, ni con la culpabilidad en la modalidad de dolo.

Son válidas las estipulaciones que se refieren a los folios de la investigación que calificó la acusada y las valoraciones que efectuó para decretar la preclusión a favor de Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán, toda vez que se realizaron con fundamento en la facultad negociadora propia de los sistemas adversariales, se efectuaron en presencia de la acusada y su finalidad fue la de evitar que en el juicio se practicaran pruebas documentales cuyo contenido las partes no tenían interés de debatir.

LUZ ÁNGELA LÓPEZ asistió a la audiencia preparatoria y no manifestó oposición a los acuerdos probatorios que su defensor efectuó con el fiscal, su título de abogada y su amplia trayectoria profesional permiten afirmar que conocía la figura jurídica de las estipulaciones, identificaba sus límites, comprendía sus consecuencias jurídicas y sabía que al ser aprobadas no podía retractarse. Por lo tanto, la pretensión de invalidar la actuación es infundada y, además, se basa en una situación de deslealtad de la defensa destinada a afectar los derechos procesales de la Fiscalía, lo cual se opone al principio rector previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal<sup>6</sup>.

En reciente proveído esta Sala explicó la posibilidad de estipular el contenido de documentos así:

*La regulación de las estipulaciones probatorias tiene la misma connotación, esto es, que el criterio válido para juzgar la legitimidad de lo que las partes pretenden acordar, es el pragmatismo, son sus efectos prácticos, en cuanto si el hecho o su circunstancia acordada apunta a filtrar el juicio de controversias sobre aspectos insustanciales, accesorios, con la finalidad de que el debate se ocupe de su razón de ser, de su objeto, de lo principal, de lo sustancial.*

*Por lo mismo, la actividad el juez en la audiencia preparatoria resulta trascendente, como que tiene la carga de velar, no solo porque al debate oral lleguen exclusivamente las pruebas que se refieran a los hechos de la acusación, de conformidad con las*

---

<sup>6</sup> Artículo 12. Lealtad. Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.

reglas de pertinencia, conducencia, utilidad y admisibilidad, sino que en el campo de las estipulaciones, los convenios sean lo suficientemente claros sobre el hecho o circunstancia que se tiene por probado.

Cuando se convenga entregar documentos, igual se impone que el juez vele porque, por las partes, se concrete sin lugar a equívocos tanto el aspecto que se exonera del debate, como aquel que ha de controvertirse, toda vez que, en virtud de las reglas generales señaladas, nada se opone a que, por vía de ejemplo, sobre un solo documento se convenga una parte y se pretenda debatir otra o que se admita su autenticidad total o parcial.

Valga un ejemplo: si en un juicio por prevaricato supuestamente cometido por el juez dentro de un proceso, las partes estipulan la existencia del expediente, conformado por múltiples cuadernos, el juez está obligado a intervenir para que no ingresen todos los folios, en el entendido de que muchos de ellos no tienen incidencia alguna sobre el asunto a juzgar. Así, deberá instar a las partes para que especifiquen cuál fue el acto supuestamente prevaricador, que si la sentencia, entonces será ésta la que se debe incorporar, pero si se aduce que esta se soportó en la valoración de determinadas pruebas, también se anexarán, pero nada más. Debe decantarse el juicio, limpiarse, excluyendo aquella que no es objeto de controversia.<sup>7</sup> (Resaltado ajeno al texto).

<sup>7</sup> CSJ SP, 15 jun. 2016, rad. 47666.

En atención de la función de unificación de la jurisprudencia nacional, es del caso ilustrar que para la celeridad y concentración del juicio oral es bastante útil que en los procesos de prevaricato por acción, que versan sobre valoraciones jurídicas o probatorias, se estipule el contenido de la aparente decisión manifiestamente contraria a derecho y de las pruebas en que se sustentó, pues no se debe desgastar la administración de justicia surtiendo todas las etapas procesales para incorporar documentos cuya información las partes no tienen interés de debatir en el punto de su existencia, sino, eventualmente, solo en el campo de su veracidad.

Por ejemplo, en virtud de las estipulaciones, la defensa no podía discutir que varios militares rindieron declaraciones respecto de la muerte violenta de Dagoberto Flórez Altamiranda ni el contenido objetivo de las mismas, pero sí tenía la posibilidad de atacar la verdad de las manifestaciones que en ellas se hicieron si ese aspecto era trascendente en el estudio de la decisión que se califica de prevaricadora, en la medida que demostrara la presencia de falsas manifestaciones que hubieran inducido en error a la funcionaria acusada.

Se precisa que las partes reiteradamente expresaron, tanto en la audiencia preparatoria como en el juicio oral, su intención de estipular el contenido de toda la investigación penal que calificó la acusada, lo cual prevalece sobre las deshilvanadas manifestaciones que hicieron respecto de que en algunas situaciones se efectuaría el correspondiente

debate probatorio, pues esas supuestas excepciones no se identificaron y, por ende, quedaron en una mera enunciación carente de contenido.

En virtud de lo anotado, no se da la supuesta vulneración de garantías procesales invocada por el abogado de LUZ ÁNGELA LÓPEZ y, en consecuencia, se negará su solicitud de nulidad.

### **3. Solicitud de absolución.**

#### **3.1. Tipicidad.**

El apelante discute la tipicidad de la conducta de LUZ ÁNGELA LÓPEZ, tanto en el campo objetivo como en el subjetivo. Por lo tanto, la Sala estudiará los fundamentos jurídicos y probatorios en que se sustentaron las cuestionadas decisiones de preclusión, para establecer si fueron manifiestamente contrarias a derecho y si obedecieron a la voluntad de la acusada de favorecer de manera ilícita a Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán.

Inicialmente se efectuará el análisis individual de cada una de las tres preclusiones y luego se realizará un estudio conjunto respecto de los puntos comunes del recurso de apelación.

La Sala valoró todas las pruebas que tuvo a disposición la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ para calificar el

mérito del sumario y respecto de la presunta responsabilidad de los tres investigados beneficiados con la preclusión encontró:

- El 6 de octubre de 1995, en la ciudad de Montería - Córdoba -, ante el Juzgado 107 de Instrucción Penal Militar, rindió indagatoria el soldado reservista John Jairo Jaramillo Díaz, sus manifestaciones más relevantes fueron:

*...si participé en esa operación, los doce que íbamos sé los apodos no más iba Blanca Nieves, LÓPEZ CALAO, LÓPEZ MESTRA, uno que le decíamos el loco AMAURI, KENY EDUL, los demás eran del otro pelotón, el comandante era él TE. PIRAUVE y él TE. MODESTO no le sé los otros apellidos a ellos, íbamos en la mañana a las tres o cuatro de la mañana cuando llegamos al punto Caña Flechas, el teniente PIRAUVE reunió al personal y dio la orden y dijo al primer (malparido) que pase ese se legaliza, cuando de pronto nos mandó y yo tomo seguridad en una platanera y dos más del otro pelotón quedaron pendientes para requisar al personal que pasaba por ahí, como a las faltando quince para las seis, venia un campesino en una todo terreno verde viche y amarillo, le pidieron la documentación y el soldado le dijo que guardara los documentos, lo mandaron a tender al suelo y ahí el teniente PIRAUVE dio la orden que lo mataran, le dio la orden al soldado Blanca Nieves, y una vez de estar muerto el soldado Blanca Nieves le colocó una granada de piña en la mano y en seguida llamó al personal, el teniente Modesto llamó al personal, después y le dijo para sacar el cadáver o sea que paró una volqueta que pasaba por ahí y se lo llevó hasta el hospital de Necoclí, cuando llegamos del hospital nos reunió en*

la base nuevamente **y** nos dijo que si llegaba mi coronel con el fiscal que dijeron que fue el guerrillero que estaban buscando y eso fue una legalización, hasta el día siguiente que llegó el coronel y entonces **el teniente PIRAUVE cogió y nos dijo que dijéramos que ese era el guerrillero y si preguntaban quién lo había matado que no dijera que era Blanca Nieves sino que el guerrillero venia o sea el campesino, venia y cuando vio la tropa intentó él desasegurar una granada y si preguntan quién lo mató digan que llovió plomo de todos lados y cayó...**

(...) el único que disparó fue el soldado Blanca Nieves, **el que dio la orden de disparar fue el teniente PIRAUVE.**

(...) **Ibamos catorce con los dos tenientes y doce soldados eran LOPEZ CALAO, LOPEZ MESTRA, LOCO AMAURI Y KENY EDUL y los otros no me acuerdo porque eran de otro pelotón.**

(...) **yo escuché cuando estábamos en la base antes de salir que el teniente PIRAUVE preguntó cuando nos tenía reunidos a todos que quién era capaz de legalizar al primero que pasara y miró a Blanca Nieves y él contestó que sí mi teniente...<sup>8</sup>.** (Resalta la Sala).

- El 12 de diciembre de 1995, en el municipio de Carepa - Antioquia -, el Juzgado 36 de Instrucción Penal Militar recibió declaración al sargento Carlos Alberto Prada Vallejo, de la cual se extrae:

<sup>8</sup> Folios 89 a 91 del cuaderno No. 1.

PREGUNTADO: diga al despachó en dónde se encontraba U.D. para el día 14-sep-93, en compañía de quién o quiénes, y a qué actividad se dedicaba. CONTESTO: Me encontraba en la población de Necoclí Como ejecutivo y 2do. Cdte del 3er. pelotón de la compañía "C" al mando del teniente PIRQUIVE CAICEDO HENRRY. Para esa época me encontraba vinculado al batallón Vélez con el grado de cabo segundo, ese día salimos a las cuatro de la mañana aproximadamente, con el TE. MODESTO BETANCUR JUAN CARLOS, quien me llamó y me dijo que alistara cinco soldados buenos de mi pelotón, y cinco de los de su pelotón, y de mi pelotón llamé a los soldados MORALES TEHERAN (Blanca Nieves), JARAMILLO DIAZ (El Burro), SIERRA LOPEZ que era mi S-4, LÓPEZ CALAO, y PÉREZ LAMBRAÑO, no recuerdo los demás, el TE. PIRQUIVE, se quedó al frente de la base diagonal al Hotel Caribe, donde habían tomado desde muy temprano, hasta las cuatro de la mañana, cada uno con su novia, por la mañana, cuando hicieron el programa le dijeron al coronel ALARCON, como a ellos ya les habían dado la orden de desplazarse de Necoclí, le dijeron al coronel y al S-3 de la unidad, que tenía un "guitarra" pendiente , o sea un subversivo que le seguían la pista, y les autorizaron quedarse por ese día, mientras se podía capturar o dar baja al individuo, y ellos esa madrugada, los dos tenientes hablaron con el personal de soldados, diciendo que iban a salir a la operación, que el primero que apareciera por la vereda Cañaflechal se le diera de baja, nos marchamos hacia esa área, el TE. MODESTO, los cinco o seis soldados de cada pelotón, más un cabo del pelotón del TE. MODESTO, me parece que llamaba VELASQUEZ, que le decían (lancerillo), y el TE. PIRQUIVE se quedó donde se encontraba tomando, y nos fuimos con el TE MODESTO, que andaba en un estado de embriaguez avanzado, llegamos al sitio que ya conocíamos porque ya habíamos ido varias veces allí, era después de unas casas, sigue un puente, y al lado hay bastantes plantas de coco y unos palos de mango a la orilla, como cinco kilómetros de Necoclí por

la carretera que conduce al cerro el caballo pasando el camino para ese lado queda el mirador, y todas esas fincas de turismo, la choza de Morgan, en la última casa vivía un viejito moreno el que era mocho de un brazo, yo conocí bien el lugar, porque nosotros duramos como cuatro meses en los cuales fui como cinco veces a ese sector, íbamos a la espera de un subversivo, que era muy parecido al muerto, al señor DAGOBERTO FLOREZ, cuando llegamos allí, cada uno de los soldados sabia las funciones que debía cumplir, sobre la carretera quedó, el SL. **MORALES TEHERAN** (Blanca Nieves) y **JARAMILLO DIAZ** (burro), el resto de soldados quedaron ocultos dentro de la plantación de cocos, el TE. MODESTO se encontraba durmiendo en la parte de adentro de la cera frente a la carretera sobre un poncho y los soldados Blanca Nieves y el Burro quedaron como a 150 metros del teniente, yo me encontraba a una distancia aproximada de 200 metros dentro de la plantación de coco, en compañía del SL SIERRA LÓPEZ, como a los 45 minutos de estar esperando que pasara la primera persona para legalizarla como habían dicho los tenientes, apareció una mujer de unos 17 o 18 años, los soldados la detuvieron y me llamaron, y preguntaban que si la mataban, pero que primero abusáramos de ella, y yo les dije que estaban locos, que nosotros teníamos hermanas, que eso no se hacía, y la cogí y la lleve a una distancia de la carretera como a 500 metros bajo un palo de mango grueso, ella me comentó que iba a sacarle la cita médica a una niña al hospital y que tenía que madrugar para coger las primeras fichas, y la dejé con un soldado para que no se moviera del sitio, y me hice otra vez en el mismo lugar en que estaba, esperamos como media hora o más, cuando apareció un señor en una bicicleta tipo “todo terreno color amarillo y verde claro, yo en seguida me fui a donde estaban los soldados, quienes le ordenaron tenderse, y lo acostaron boca abajo, y antes de llegar le dispararon los dos soldados, Blanca Nieves o sea MORALES TEHERAN y el Burro o sea JARAMILLO DIAZ, ya de ahí se levantó el TE.

MODESTO , y le dio a un soldado una granada, tipo piña, que había sido recuperada, de las mismas que usa la policía, y se la pusieron como a 80 centímetros o un metro de la mano, y el teniente MODESTO dio la orden que no dejaran pasar ninguna persona civil hacia Necoclí, hasta que no hiciera el levantamiento, el teniente, se fue con dos o tres soldados para Necoclí, que él mandaba a buscar al inspector para el levantamiento, como a la hora y media llegó la volqueta del municipio y echamos el cadáver al volco y la granada en una bolsa de plástico, lo bajamos en el hospital de Necoclí , y se lo llevó a la morgue, al rato apareció el TE . PIRAUVE, y dio la orden que estuviera pendiente del documento de la necropsia, y reclamamos el papel en el hospital, y se hizo un informe que se mandó al batallón, y como a los dos o tres días, el Teniente PIRAUVE formó al personal, nos dijo: "qué venia el DR. Que era auditor de guerra, me parece que era TOVAR, la secretaria Raquel y la peluquera, llegaron por vía marítima con él TE. SUÁREZ, encargado de la sección segunda de VELEZ, en la voladora de armada, ellos duraron dos días, haciendo la investigación, los tenientes seleccionaron el personal que debía hablar en la diligencia, que fueron los soldados LÓPEZ CALAO que era bachiller, y que sabía hablar, que fue cambiado por el soldado MORALES TEHERAN ( Blanca Nieves ) que no sabía hablar porque era muy bruto, era un negro atravesado, ese man está en Necoclí manejando una M-60 con un grupo de autodefensa, y yo también declaré de acuerdo a lo que los tenientes habían dicho que dijéramos...<sup>9</sup>.

(Resalta la Sala).

- El 5 de febrero de 1997, en el municipio de Carepa - Antioquia -, ante el Juzgado 36 de Instrucción

<sup>9</sup> Folios 121 a 123 del cuaderno No. 1.

Penal Militar, rindió indagatoria el soldado reservista Wilmar Morales Teherán, el despacho le preguntó:

*Escuchado en diligencia de indagación el reservista Jaramillo Díaz John Jairo, manifestó ante una jueza de la ciudad de Montería que el día de los hechos los TE. Piraquive y Modesto habían formado la escuadra antes de la operación y les habían dicho “el primer malparido que pase se legaliza”..., que posteriormente había aparecido un campesino en bicicleta todoterreno color verde viche y amarrillo, que le pidieron documentos, lo mandaron tender en el suelo y que al soldado conocido como Blanca Nieves le dieron la orden de que lo mataran, una vez muerto el soldado Blanca Nieves le colocó una granada piña en la mano y en seguida el TE. Modesto llamó al personal. ¿Qué puede usted manifestar al respecto?. CONTESTÓ: mire cuando mi teniente formó la gente yo no estaba presente en ese instante, cuando yo vine a la formación ya íbamos a salir, yo no oí nada de lo que él dijo, me dijo usted va a la orden del TE. MODESTO, eso me dijo él, lo que dice ese soldado es la cosa más maluca y que uno como soldado tiene que hacer lo que digan los comandantes. lo que dice la declaración del muchacho así es, ya eso es todo, yo tengo que decir la verdad, cuando yo llegué me explicaron lo que dice el soldado que el primero que pasara tenía que legalizarlo pero eso me lo hizo ver el TE. MODESTO y me dijo que usted tiene que cumplir órdenes soldado y como en ese tiempo no lo cobijan a uno como ahora que la ley lo defiende a uno, entonces yo no tenía elección de decir esto no lo voy a hacer porque se embala uno y resulta en el calabozo.*

*PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Dadas las circunstancias de la corrección en la versión que hace el indagado le repite nuevamente la segunda pregunta con relación a la forma como*

ocurrieron los hechos. CONTESTÓ: Yo le voy a decir como fue el cuento ellos nos formaron a nosotros PIRAVIQUE Y MODESTO, entonces el TE. MODESTO dijo que íbamos a salir a Necoclí, toca decir la verdad así sea que me maten, ellos dijeron a nosotros nos van a sacar de Necoclí porque no habíamos dado bajas, entonces nosotros vamos a subir arriba y al primero que venga lo legalizamos, el TE. MODESTO me dio la granada, primero apareció una muchacha, ellos querían que matáramos la muchacha y yo le dije que es injusto matar a una mujer, entre los soldados nos murmuramos y nos dijimos que la mujer no, eso lo hablamos que no matáramos la mujer, entonces la muchacha la cogimos y la metimos así para adentro acá la playa, esperamos y esperamos, ya era de día, ya era de mañana y venía el muchacho como a trabajar, no sé qué venía a hacer, el teniente le preguntó que para dónde iba, dijo que iba a trabajar, yo creo que trabajaba en la hacienda el cobre, él dijo ante estos manes que él trabaja en la hacienda el cobre, nosotros no queríamos actuar con el muchacho, entonces el teniente dijo “las órdenes que yo de son las que se cumplen, agárrenlo “y ahí en seguida pusieron al muchacho boca abajo, y dijo denle, uno en ese tiempo lo humillaban mucho a uno los comandantes y uno tenía que hacer lo que ellos dijeron, nos dijo denle los tiros cuando, los tiros boca abajo, denle los tiros, yo no estaba acostumbrado y me dijo “le va a dar o que“ y tocó darle los tres tiros, eso tan complicado que yo no estaba acostumbrado a hacer eso pero ante eso yo le di los tiros y no sé quién más, yo quedé tanido porque yo sabía que eso estaba mal hecho, no recuerdo si fui yo o fue quién - el despacho deja constancia que el indagado siente arrepentimiento remordimiento y se le mojaron los ojos -. ya llamaron a Necoclí , llevaron la volqueta y lo alzaron, después nos fuimos a la base y en la base llegaron a tomar los datos fue un doctor y una señora narizona, declaraciones, el teniente MODESTO nos dijo que debíamos

*decir, nos dijo que nosotros salíamos a patullar y le dijimos al hombre alto y que el hombre metió la mano a la mochila para sacar la granada y nosotros lo levantamos a tiros por que él nos iba a matar.*<sup>10</sup> (Resalta la Sala).

Las prenombradas pruebas tenían gran relevancia en la calificación del mérito del sumario, en la medida que coinciden en informar que Dagoberto Flórez Altamiranda no era miembro de la guerrilla y que su muerte obedeció a un falso positivo del Ejército Nacional. Por lo tanto, la Sala las tomará como punto de partida de la valoración referente a la legalidad de las decisiones de preclusión que profirió la acusada:

**a. Preclusión a favor del teniente Henry Elías Piraquive Caicedo.**

La fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ consideró que todas las pruebas recaudadas en la instrucción informaban que el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo no intervino en el homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda ni participó en el respectivo patrullaje; en ese sentido desestimó la afirmación del soldado John Jairo Jaramillo Díaz sobre la aparente presencia de aquel en el lugar de los hechos tras estimar que lo confundió con Juan Carlos Modesto Betancur, oficial del mismo rango y quien dirigió a la tropa en el operativo.

---

<sup>10</sup> Folios 105 a 108 del cuaderno No. 2.

Además, concluyó que existían dudas en relación con la supuesta orden del teniente Piraquive Caicedo de “legalizar” a la primera persona que encontrara el pelotón, pues en su criterio no se acreditó la “seriedad” de ese mandato y su homólogo Modesto Betancur lo desmintió.

Afirmó que lo único acreditado es que Piraquive Caicedo se enteró de los hechos y aleccionó a sus subalternos respecto de lo que debían decir en sus declaraciones, lo cual configuraría el delito de encubrimiento por favorecimiento<sup>11</sup>, pero no resultaba punible porque la acción penal estaría prescrita.

La Sala observa que la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ tergiversó voluntariamente el contenido de las pruebas con el propósito ilícito de favorecer al teniente Henry Elías Piraquive Caicedo decretando la preclusión de la investigación que cursaba en su contra, omitiendo, sin ninguna justificación válida, que se cumplían los requisitos legales para proferir resolución de acusación<sup>12</sup>. En efecto, se estima:

- No es cierto que el soldado reservista John Jairo Jaramillo Díaz confundió al teniente Henry Elías Piraquive

<sup>11</sup> Previsto en el artículo 176 del Decreto Ley 100 de 1980.

<sup>12</sup> **Artículo 441 del Decreto 2700 de 1991. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación.** El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

Caicedo con su homólogo Juan Carlos Modesto Betancur, dado que claramente precisó en su indagatoria que esos dos oficiales estuvieron en el patrullaje y que el primero de los mencionados fue el que ordenó a alias Blanca Nieves que le disparara al hombre que detuvieron.

- Las manifestaciones de John Jairo Jaramillo Díaz, Carlos Alberto Prada Vallejo y Wilmar Morales Teherán generan dudas respecto de la ubicación del teniente Henry Elías Piraquive Caicedo en el momento en que se ejecutó el homicidio, ya que, el primero, afirmó que estaba en el lugar de los hechos; el segundo, aseguró que se había quedado frente a la base militar; y el tercero, no precisó esa situación. Sin embargo, ello no era motivo suficiente para decretar la preclusión a su favor, puesto que los prenombrados tres militares coincidieron en informar que los dos tenientes (Modesto Betancur y Piraquive Caicedo) idearon el plan de quitarle la vida a un campesino y señalarlo como subversivo, con la finalidad de estructurar un falso positivo que hiciera que sus superiores reconsideraran la determinación de trasladarlos.

- Era notoria la responsabilidad penal del teniente Henry Elías Piraquive Caicedo, pues en el sumario habían pruebas que lo señalaban como uno de los autores intelectuales del homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda. Se probó que su aporte a la ejecución del delito consistió en idear el plan criminal de un falso positivo que evitara o retrasara su traslado a otra sede militar, formar a los hombres bajo su mando y

manifestarles que con urgencia tenían que matar a una persona y luego decir que era integrante de la guerrilla, elegir al soldado Wilmar Morales Teherán para que disparara a la víctima, aleccionar a sus subalternos respecto de la historia que debían narrar a las autoridades castrenses y escoger a los que debían declarar atendiendo su capacidad intelectual.

• Es tan evidente la intención de la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ de beneficiar de manera ilícita al teniente Henry Elías Piraquive Caicedo que sin exponer ningún argumento desechó las pruebas que lo responsabilizaban como uno de los determinadores del homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda y simplemente se limitó a decir que no se acreditó la “seriedad” de la supuesta orden de “legalizar” al primer transeúnte que encontrara el pelotón.

Se resalta que es infundada la afirmación de la acusada destinada a poner en duda la seriedad de la orden de matar a un civil inocente que libró el teniente Henry Elías Piraquive Caicedo, toda vez que, pese a tener una finalidad ilícita, el aparente mandato no lo efectuó en forma secreta, sino que formó en fila a sus subalternos, los enteró de la misión que tenían que cumplir y les explicó las razones que la motivaron.

**b. Preclusión a favor del soldado John Jairo Jaramillo Díaz.**

La fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ estimó que el soldado John Jairo Jaramillo Díaz era inocente, dado que las pruebas recaudadas demostraban que sus manifestaciones iniciales de haber disparado a la víctima eran falsas, su auto incriminación obedeció a la mentirosa historia que pretendieron defender los militares involucrados en los hechos y se estableció que el único que accionó el arma de fuego contra Dagoberto Flórez Altamiranda fue el soldado Wilmar Morales Teherán.

Para la Sala es evidente que la acusada, a sabiendas que su decisión era manifiestamente contraria a derecho, desconoció el contenido de las pruebas que involucraban a John Jairo Jaramillo Díaz en el homicidio investigado, señaló expresamente su inocencia sin efectuar la respectiva motivación y no aplicó la figura de la coautoría. Nótese:

- Desde el inicio de la investigación en la jurisdicción penal militar el teniente Juan Carlos Modesto Betancur, el cabo segundo Carlos Alberto Prada Vallejo y varios soldados<sup>13</sup> manifestaron que John Jairo Jaramillo Díaz, conocido con el alias de “El Burro”, fue de los punteros del pelotón y, por ende, uno de los encargados de disparar a la víctima<sup>14</sup>, situaciones que él aceptó en la versión libre que rindió el 16 de septiembre de 1993<sup>15</sup> y que fueron ratificadas por el citado sub-oficial y por el soldado

<sup>13</sup> José Manuel López Mestra, Antonio Miranda Disney, Wilmar Morales Teherán y Jeovany de Jesús Miranda Quiñonez.

<sup>14</sup> Ver folios 10 a 22 del cuaderno No.1.

<sup>15</sup> Folios 28 y 29 del cuaderno No. 1.

reservista Wilmar Morales Teherán en las versiones que rindieron luego de que se derrumbara la tesis ficticia de la supuesta baja en combate de un guerrillero.

John Jairo Jaramillo Díaz en su indagatoria, por el obvio interés que le asistía de evadir la acción de la justicia, aseguró que el único que accionó el fusil fue su compañero Wilmar Morales Teherán y que su actuar se limitó a prestar seguridad a la tropa, para lo cual se ocultó en unas plataneras. La fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, sin dar ninguna razón, otorgó total credibilidad a tales aseveraciones, pese a que se oponían al contenido de varias pruebas que señalaban la participación directa de alias “El Burro” en el homicidio, identificándolo como uno de los soldados que realizaron los disparos que terminaron con la vida de la víctima.

Son ajenas a la realidad las afirmaciones de la acusada referentes a que Wilmar Morales Teherán aceptó haber efectuado todos los disparos al occiso y que ello lo confirmó Carlos Alberto Prada Vallejo, pues en la necropsia de Dagoberto Flórez Altamiranda se anotaron 5 impactos de arma de fuego<sup>16</sup>, el primero de los mencionados claramente manifestó que realizó 3 tiros y que no sabía quién había ejecutado los otros, mientras que el segundo en forma categórica señaló que los dos soldados punteros del pelotón, a los que identificó con sus apellidos y sus apodos (Morales Teherán, alias “Blanca Nieves”, y Jaramillo Díaz, alias “El Burro.”),

---

<sup>16</sup> Folios 37 a 39 del cuaderno No. 1.

tendieron en el piso al sujeto retenido y accionaron los fusiles en su contra.

Además, el cabo segundo Carlos Alberto Prada Vallejo precisó que en la narración falsa no se mencionó al puntero Wilmar Morales Teherán porque era muy bruto para ponerlo a declarar y, en consecuencia, fue cambiado por el soldado López Calao, el cual tenía título de bachiller. Del otro puntero ninguna prueba informa que se hubiere reemplazado y, como ya se explicó, se probó que esa labor la desempeñó John Jairo Jaramillo Díaz.

- La Fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ concluyó que John Jairo Jaramillo Díaz no fue puntero del pelotón y no le disparó a la víctima, pero ello no constituía un motivo suficiente para predicar su inocencia, ya que, para establecer o descartar su compromiso de responsabilidad penal, tenía que analizar cuáles fueron sus acciones en la planeación y ejecución del delito de homicidio.

La acusada no hizo ninguna consideración respecto de la importancia de la supuesta función de prestar seguridad a la tropa que dice haber desempeñado el soldado John Jairo Jaramillo Díaz durante el patrullaje en que se perpetró el homicidio de Dagoberto Flórez Altamiranda, tampoco valoró que tuvo conocimiento del propósito criminal desde antes de salir de la sede militar, no manifestó oposición, ejerció la labor que se le asignó y al inicio de la investigación ayudó a sostener la falsa historia de que el occiso era un guerrillero que intentó atacar al

escuadrón con una granada, situaciones que claramente estructuraban la figura de la coparticipación criminal. Por lo tanto, persistía la calidad de coautor del homicidio aunque se aceptara la errada conclusión de que alias “El Burro” no accionó el fusil.

Del tema, esta Sala ha explicado:

*...en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable.*

*En efecto, si varias personas deciden apoderarse de dinero de un banco, pero cada una de ellas realiza un trabajo diverso: uno vigila, otra intimida a los vigilantes, otra se apodera del dinero y otra conduce el vehículo en el que huyen, todas ellas serán autoras del delito de hurto. Así mismo si a esa empresa criminal van armados porque presumen que se les puede oponer resistencia o porque quieren intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidio, todos son coautores del hurto y de los atentados contra la vida, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado armas, pues han participado en el común designio, del cual podrían surgir esos resultados que, desde luego, han sido aceptados como probables desde el momento*

**mismo en que se actúa en una empresa de la cual aquellos se podían derivar**<sup>17</sup> (Resaltado ajeno al texto).

**c. Preclusión a favor del soldado Wilmar Morales Teherán.**

Para la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ se presentó la causal de ausencia de responsabilidad consistente en obrar en cumplimiento de una orden legítima, emitida por autoridad competente con las formalidades legales<sup>18</sup>, aplicando la inaceptable tesis de que el soldado Wilmar Morales Teherán le disparó a la víctima porque tenía que acatar el mandato que le dio el teniente Juan Carlos Modesto Betancur; además resaltó, que era el más ignorante de los soldados del pelotón, no sabía leer ni escribir, no tenía ninguna formación en leyes, no conocía de derechos fundamentales y se sintió coaccionado por su superior.

La Sala estima que la postura asumida por la acusada respecto de la conducta que ejecutó Wilmar Morales Teherán es penalmente reprochable, pues no existe ningún fundamento dogmático, jurisprudencial o doctrinario en que se pueda apoyar y ello demuestra su intención manifiesta de beneficiar a toda costa al investigado, sin importarle violentar el ordenamiento jurídico.

---

<sup>17</sup> Decisión de 28 de febrero de 1985 (ver “Excerptas Penales”, colección Pequeño Foro, año 1985, pág. 30-31), parcialmente citada en CSJ SP, 21 Ago. 2003, rad. 19213 y en CSJ SP, 28 Oct. 2015, rad. 43868.

<sup>18</sup> Prevista en el numeral 2º del artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980.

La fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ desconoció el desarrollo histórico y conceptual del principio militar de la obediencia debida, según el cual los subalternos no tienen la obligación de obedecer ciegamente todas las órdenes de sus superiores, se deben oponer al cumplimiento de las que conlleven una afectación indebida de derechos fundamentales, tales como torturar a un prisionero o causarle la muerte fuera de combate, y de no hacerlo tendrán que responder ante la jurisdicción penal como directos responsables de los delitos cometidos. Del tema esta Sala<sup>19</sup> señaló:

Se trata entonces de la eximente de responsabilidad por obediencia debida, que excluye las órdenes manifiestamente ilegales, entre las cuales, por expresa consagración del Estatuto, se entienden las que van dirigidas a cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

A su vez, el artículo 91 de la Constitución Política establece que:

“Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

---

<sup>19</sup> CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 26137.

Sobre éste precepto, la Corte Constitucional<sup>20</sup> ha interpretado que la eximente de responsabilidad penal no opera cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto:

"El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquella se mantiene, su poder adquiere una dimensión incommensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización."<sup>21</sup>

En la misma sentencia, la Corte Constitucional señaló los requisitos que han de cumplirse para que opere la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber, los

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995.

<sup>21</sup> Ibidem.

cuales coinciden, en términos generales, con los referidos en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Tales requisitos son:

"La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales."<sup>22</sup>

De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia.

---

<sup>22</sup> Ibidem.

Además, como se recordó en el antecedente de que se trata, la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido considerada como contraria al derecho internacional humanitario, y específicamente se ha prohibido en varios instrumentos internacionales, así por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone en su artículo 2º numeral 3º, que:

*“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”*

Por su parte, los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tampoco contemplan a favor de los militares que violen sus normas, la eximente de responsabilidad de la obediencia debida, pues en ambos se dispone que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual”<sup>23</sup>. (Resaltado ajeno al texto original).

En la calificación del mérito del sumario no procedía aplicar a favor de Wilmar Morales Teherán la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980, toda vez que en Colombia no existe la pena de muerte, ninguna autoridad militar o judicial puede imponerla y, por ende, la orden de quitarle la vida a Dagoberto Flórez Altamiranda no cumplía el presupuesto de legitimidad.

<sup>23</sup> Protocolo I, art. 75-4-b y Protocolo II, art.6-b.

Fue evidente la ilicitud de la orden de los tenientes Juan Carlos Modesto Betancur y Henry Elías Piraquive Caicedo, pues las atribuciones de su cargo de comandantes de la tropa no los facultaba para disponer que se asesinara a una persona, mucho menos para fingir un resultado positivo en la lucha contra la guerrilla. La poca formación académica del soldado Wilmar Morales Teherán no le impedía comprender que podía optar por oponerse al cumplimiento de tal mandato irracional y prueba de ello es que según lo dicho en su indagatoria decidió no dispararle a la primera persona que pasó junto al pelotón porque se trataba de una mujer y era “*injusto*” matarla.

Las pruebas recaudadas no informan ninguna acción intimidatoria de los superiores de Wilmar Morales Teherán que tuviera la capacidad de obligarlo a disparar a la víctima, cuando se sugirió su nombre para asignarle la función de accionar el arma no expresó inconformidad y lo más probable es que fue elegido como puntero de la tropa porque sus superiores sabían que, por su personalidad maliciosa, era capaz de ultimar a cualquier persona, ya que, según lo dicho por el cabo segundo Carlos Alberto Prada Vallejo, se caracterizaba por ser “*atravesado*” y esa expresión normalmente la usan los militares para referirse a alguien que consideran perverso, en razón de sus malas costumbres.

Se resalta que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses examinó el estado mental del soldado Wilmar Morales Teherán y dictaminó:

1. *No se presenta en el examinado una inmadurez psicológica de tal magnitud que le impida comprender el carácter ilícito de sus acciones.*
2. *No se aprecia en el examinado a una persona susceptible de manipulaciones o engaño, observa conductas y comportamientos adecuados en su historia personal.*
3. *Para el momento de los hechos el soldado Wilmar Morales Teherán, no padecía inmadurez psicológica ni trastorno mental que le impidiera comprender el carácter ilícito de sus acciones.<sup>24</sup>*

Además, de las versiones que rindió Wilmar Morales Teherán se observa que, a pesar de la falta de formación académica, no es ingenuo, pues fue capaz de sostener la mentira de la muerte en combate de un subversivo por largo tiempo y cuando se le puso de presente la historia real narrada por John Jairo Jaramillo Díaz fácilmente cambió el libreto e intentó excusar su comportamiento manifestando que se vio obligado a cumplir la orden de matar a Dagoberto Flórez Altamiranda, por el temor de ser sancionado disciplinariamente o recluido en el calabozo.

---

<sup>24</sup> Ver folios 489 a 502 del cuaderno No. 1.

De otro lado, la denuncia por desaparición forzada de Wilmar Morales Teherán<sup>25</sup>, que presentó su compañera sentimental, Datis María Ricardo Almario, no hizo parte del sumario que calificó la acusada y, en consecuencia, no tiene relevancia en el mérito de la decisión de preclusión. Además, ante la posibilidad de ser privado de la libertad por parte de la justicia o tener represalias en su contra por las manifestaciones que efectuó respecto de la participación de otros militares en el homicidio, es viable que tomara la determinación de irse lejos y cambiar de identidad, lo cual también permitía que sus familiares buscaran algún beneficio económico bajo el argumento de que su aparente muerte presunta se atribuía al accionar de grupos armados al margen de la Ley.

#### **d. Valoraciones comunes a las tres preclusiones.**

La descripción típica del delito de prevaricato por acción tiene como elemento normativo la emisión de una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, el cual fue explicado por esta Sala así:

*...para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de*

---

<sup>25</sup> Folios 16 a 19 del cuaderno No. 6.

complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.<sup>26</sup>

La Sala, para determinar la configuración de los tres prevaricatos por acción, en precedencia señaló de manera minuciosa las evidentes falencias en los argumentos de la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ destinados a favorecer con preclusión de la investigación a los militares Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán. Por lo tanto, ahora únicamente se abordarán las siguientes alegaciones de la defensa encaminadas a refutar que esas decisiones fueran manifiestamente contrarias a la ley:

---

<sup>26</sup> CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303.

- No se da la supuesta complejidad del caso que el apelante pretende estructurar a partir de una supuesta ambigüedad en el contenido de las pruebas recaudadas durante la instrucción, pues, se reitera, la versión falsa de la muerte en combate de un guerrillero se desmoronó a partir de la indagatoria de John Jairo Jaramillo Díaz y su dicho se ratificó en los puntos principales con las posteriores manifestaciones de Wilmar Morales Teherán y Carlos Alberto Prada Vallejo. Las citadas tres narraciones reconstruyeron los aspectos fundamentales de la planeación del homicidio, su ejecución y la estrategia destinada a hacerlo ver como un buen resultado de la lucha contra los grupos subversivos; en consecuencia, eran suficientes para proferir resolución de acusación respecto de todos los vinculados al sumario, pero sorpresivamente, la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, pese a concluir la ocurrencia del falso positivo, solo convocó a juicio al teniente Juan Carlos Modesto Betancur, lo señaló como único responsable del homicidio y, con argumentos absurdos, decretó la preclusión de la investigación a favor de uno de los oficiales que ideó el plan criminal y de los soldados punteros del pelotón que ejecutaron la macabra orden de “legalizar” a la primera persona que se cruzara en su camino.

- Es infundado tratar de defender las cuestionadas decisiones de la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ con el argumento que los abogados de los militares investigados pidieron en los alegatos precalificatorios la preclusión de la investigación, ya que, por el obvio interés que les asistía, su estimación de las

pruebas no podía ser imparcial y tenía que estar encaminada a favorecer a sus clientes.

- No es cierto que la jurisdicción penal militar efectuó valoraciones jurídicas y probatorias similares a las que utilizó la acusada para sustentar las preclusiones, toda vez que la motivación del fallo absolutorio del consejo verbal de guerra fue extremadamente simple, no se realizó un adecuado análisis de las pruebas y solo se expuso que existían muchas dudas que debían favorecer a todos los investigados<sup>27</sup>, mientras que el Tribunal Superior Militar, que entró a conocer el asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta, decidió inhibirse de tomar alguna decisión y remitir las diligencias a la jurisdicción ordinaria, dado que advirtió que en los hechos juzgados no se presentaba un acto relacionado con el servicio, sino un delito de homicidio ajeno a la competencia de la justicia castrense, lo cual fundamentó así:

*Del serio estudio del proceso, se puede sacar en claro, que en ningún momento la conclusión que se diera a los sumariados, obedece a lo realmente acontecido. Pues como lo advirtiera con suficiencia la señora Procuradora en su vista, las versiones de los soldados JHON JAIRO JARAMILLO y MORALES TEHERAN, proporcionan otra convicción acerca de la forma como sucedieron los hechos. Aconteceres, que si bien los indagatoriados en un primer momento no fue su intención honradamente narrar, ante la acuciosidad del funcionario y no ante indebida presión como lo*

---

<sup>27</sup> Ver folios 284 a 298 del cuaderno No. 2.

*sostuviera la defensa, tuvieron por decir al juez lo realmente acontecido.*

*Por más que ha dado vueltas la incriminación, en el sentido de probar si efectivamente se atentó contra la vida de un humilde campesino, en condiciones tales, que por esencia inhibe a la jurisdicción castrense de conocer, se concluye que la incriminación sigue siendo contradictoriamente en contra de los militares comprometidos, para sostener que en tales condiciones, ninguna adherencia tendría el hecho con la justicia adscrita a la entidad castrense.*

*(...) Se tiene en claro, que en los hechos en los cuales pagó con su vida el honesto campesino, en ningún momento tuvieron relación con el servicio, pues no ocurrieron los mismos en cumplimiento de actividades militares orientadas al cumplimiento del deber o misión constitucional, legal o reglamentaria. En otras palabras, en función relacionada con el servicio.*

*De muestra la instructiva que el delito por el cual se averigua la responsabilidad de los militares corresponde a un homicidio, agotado sobre persona particular, de origen campesino y abnegado labrador. Es robusto el soporte probatorio sobre la calidad de persona del occiso, padre de familia, dedicado día a día a conseguir su sustento y el de los suyos y cuyo único pecado, fue madrugar, acertando a pasar por el retén militar en primer orden “para ser legalizado”.<sup>28</sup>*

- Resulta ineficaz que el apelante utilice la evidente desidia procesal del procurador Juan Luis Saleme Ramírez<sup>29</sup> para aseverar que estuvo de acuerdo con las determinaciones de la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, es cierto que él afirmó esa

<sup>28</sup> Folios 319 a 331 del cuaderno No. 2.

<sup>29</sup> Ver cuaderno No. 3.

situación en el testimonio que rindió durante el juicio oral<sup>30</sup>, pero tal manifestación debe valorarse conforme al evidente interés que le asistía de justificar de alguna forma la notoria falencia en su función de representante de la sociedad en el proceso penal, lo cual conlleva a restarle credibilidad, máxime cuando no presentó alegatos precalificatorios y, por ende, lo más probable es que acudió a notificarse de la resolución que calificó el mérito del sumario sin previamente haber estudiado las pruebas recaudadas en la investigación, lo cual le impedía establecer el acierto de las decisiones adoptadas, para proceder a interponer recursos y sustentarlos adecuadamente.

- Es falso que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia avaló las ilícitas preclusiones que decretó la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ, ya que precisamente fue esa autoridad la que advirtió que eran contrarias a derecho y, por ende, dispuso que se compulsaran copias para que se iniciaran las respectivas investigaciones penales y disciplinarias.

En la motivación de la decisión de la Fiscalía ad-quem se precisó que su competencia se limitaba al recurso de apelación que interpuso el defensor de Juan Carlos Modesto Betancur contra la resolución de acusación que se profirió en su contra, las preclusiones dictadas a favor de Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán no fueron recurridas, quedaron

<sup>30</sup> Sesión del 16 de julio de 2015.

ejecutoriadas y, por ende, no podían ser revocadas, pese a observarse su manifiesta ilegalidad. Nótese:

*...inexplicable es la preclusión por lo menos en el caso de MORALES TEHERAN, quien directamente confesó haber disparado contra el ciudadano, sacrificado, y acatando la orden emitida por su comandante; y es que la base de la decisión como que nos encontramos frente a lo que la doctrina ha denominado "orden legítima de autoridad competente", nos parece de proporciones francamente inaceptables y en clara contravía con la Ley y con lo que pacífica y reiterada jurisprudencia han señalado sobre la materia.*

Aceptamos sí que pueden existir algunas dudas frente al compromiso penal del Teniente PIRAUVE CAICEDO, pero también cuestionamos la preclusión por no ver clara la argumentación, si es que puede dársele tal alcance a la justificación de la decisión frente al señor JHON JAIRO JARAMILLO.

Empero, hay que repetirlo, estamos frente una preclusión debidamente ejecutoriada, como que ninguno de los sujetos procesales y en este caso el Agente Especial de la Procuraduría, mostró contradicción para hacer uso de los recursos de ley.<sup>31</sup>

- La prescripción del proceso disciplinario ocurrió debido al vencimiento de los términos procesales y no porque la autoridad respectiva concluyera que la conducta de la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ fue ajustada a derecho, como de manera infundada lo considera el apelante.

<sup>31</sup> Folios 21 a 46 del cuaderno No. 6

Por otro lado, frente a las críticas del recurrente respecto de la ausencia de dolo o la existencia de un error de prohibición, la Sala estima que la detallada argumentación anteriormente realizada al analizar el mérito de cada una de las tres preclusiones, es suficiente para afirmar que la acusada se apartó voluntariamente de la ley con la firme intención de terminar de manera ilícita la investigación penal que adelantaba contra Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán.

Adicionalmente, es inadmisible el fundamento expuesto por el apelante según el cual su representada solo quiso “*dar a cada quien lo que se merece*” y lejos de reflejar la inocencia de su conducta, por el contrario, ratifica que las decisiones que tomó la acusada en la resolución que calificó el mérito del sumario no obedecieron a los presupuestos legales que rigen el decreto de preclusión o la emisión de resolución de acusación, sino a su amañado interés personal.

Ante la evidente configuración del prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo el abogado defensor intentó excusar el comportamiento ilícito de la acusada con aspectos totalmente irrelevantes, tales como la alta temperatura de la ciudad de Turbo, la ausencia de aire acondicionado, la falta de biblioteca y en general la mala condición en

que se encontraban las instalaciones de las fiscalías de dicha ciudad.

La excesiva carga laboral y la supuesta falta de experiencia de LUZ ÁNGELA LÓPEZ como fiscal seccional tampoco son situaciones que permitan derrumbar su indiscutible actuar doloso, puesto que la mayoría de las falencias advertidas en sus decisiones se fundan en tergiversar el contenido objetivo de las pruebas con el propósito de darles un alcance que favoreciera a los intereses del teniente Henry Elías Piraquive Caicedo y los soldados John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán. Para actuar conforme a derecho no era necesario tener un gran conocimiento de la actividad militar, ya se había descartado que la muerte de Dagoberto Flórez Altamiranda fuera un acto relacionado con el servicio castrense, se trataba de un caso de homicidio y, por ende, para establecer la responsabilidad de los presuntos responsables era suficiente la correcta valoración de las declaraciones, versiones libres o indagatorias recaudadas en la investigación.

### **3.2. Congruencia.**

El apelante malinterpreta el principio de congruencia y lo usa indebidamente para exigir la absolución con fundamento en su particular criterio de que la conducta de su prohijada se enmarca en el delito de prevaricato por omisión, dado que se le

reprocha el no proferir resolución de acusación contra Henry Elias Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán.

No hay vulneración del principio de congruencia porque en la sentencia únicamente se consideraron los hechos y los delitos previstos en la acusación. Para ilustrar al apelante, se recuerda que esta Sala sobre el tema ha expuesto:

*...el principio de congruencia se refiere a la identidad fáctica, jurídica y personal que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que de quebrarse dicha relación se configura una trasgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos solo es subsanable por vía de nulidad.*

*Se dice que hay identidad fáctica cuando los hechos de la acusación que soportan la tipicidad del delito describen con claridad y precisión las circunstancias tanto objetivas como subjetivas de modo, tiempo y lugar, las cuales son reproducidas en el fallo, e identidad jurídica cuando el delito por el cual se acusa es el mismo por el que se condena.<sup>32</sup>*

Es infundada la crítica del recurrente respecto de la calificación jurídica de las conductas juzgadas, en la medida que la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ no omitió calificar el mérito del sumario, sino que lo hizo emitiendo unas decisiones manifiestamente contrarias a derecho, en cuanto desconocían abiertamente la realidad probatoria existente

<sup>32</sup> CSJ AP, 30 mar. 2016, rad. 44337.

en el proceso. Por lo tanto, su comportamiento se adecua a la descripción típica del delito de prevaricato por acción.

#### **4. Concurso homogéneo.**

No asiste razón al defensor en relación con el reproche que efectúa a la configuración del concurso homogéneo, toda vez que, aunque se emitieron en la misma resolución, cada una de las preclusiones que decretó la fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ tiene una identidad propia, los destinatarios son distintos sujetos, su motivación es independiente y las consecuencias jurídicas son individuales.

Es claro que se cumplen los presupuestos que señala el artículo 31 del Código Penal para la configuración del concurso de conductas punibles, pues la acusada con la única acción de calificar indebidamente el mérito del sumario infringió varias veces el bien jurídico de la administración pública al ejecutar en tres ocasiones el delito de prevaricato por acción agravado.

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

**RESUELVE:**

**Primero.-** Negar la nulidad que solicitó la defensa.

**Segundo.-** Confirmar la sentencia condenatoria que el 28 de agosto de 2015 profirió la Sala de Con jueces del Tribunal Superior de Antioquia contra LUZ ÁNGELA LÓPEZ. En consecuencia, librar inmediatamente la respectiva orden de captura.

**Tercero.-** Señalar que contra esta sentencia no procede ningún recurso y ordenar a la secretaría que tan pronto surta su notificación devuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER  
Salvo Voto.

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**Radicado 46.893.**

**Acta 31 de 08-02-2017**

**Salvamento de voto.**

**Tema: Estipulaciones probatorias, no hay registro  
de imputación y no procede del concurso.**

**Magistrado disidente: EUGENIO FERNÁNDEZ  
CARLIER.**

1. Dentro del término establecido por el artículo 56 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 34 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, me permito presentar los argumentos del salvamento de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Eugenio Fernández Carlier".

2. La Sala Mayoritaria en el proceso de la referencia ha decidido admitir como legal la estipulación de pruebas documentales que sustentaron el fallo de condena y responsabilizar a LUZ ÁNGELA LÓPEZ por un concurso homogéneo de delitos de prevaricato por acción, por la decisión adoptada en un misma providencia que dispuso la preclusión de la acción penal de los coprocesados HENRY ELÍAS PIRAQUIVE CAICEDO, JHON JAIRO JARAMILLO DÍAZ y WILMAR MORALES TEHERAN. Además ha hecho un examen de la congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia sin existir registro en el expediente de la imputación.

### **3. Congruencia fáctica.**

Se lee en los antecedentes que registra la sentencia:

“En los cuadernos que se entregaron a la Sala no se encuentra el acta ni la grabación de la audiencia de formulación de imputación”.

Uno de los reparos que se formuló en la apelación contra el fallo de primera instancia, a decir del fallo aprobado, consistió en que “se faltó al principio de congruencia, dado que **el hecho** que se reprocha es no proferir resolución de acusación (premisa fáctica) y ello se enmarca en el tipo penal de prevaricato por omisión (premisa jurídica)”. Las notas entre paréntesis están fuera del texto.

Según la redacción del texto trascrito la incongruencia se sustenta en un fundamento fáctico omisivo, no haber

*Ramón* 2

proferido acusación y, además, en la consecuencia jurídica de un prevaricato por omisión en lugar de uno de acción.

La línea jurisprudencial exige la confrontación de la congruencia fáctica con base en los hechos comunicados en la imputación, los relatados en la acusación y los definidos en los fallos. La congruencia jurídica se define con los cargos atribuidos en la acusación, la teoría del caso y los alegatos del Fiscal.

Me pregunto, para resolver la pretensión del impugnante, a mi entender como se postuló el reproche, era o no necesario que obrara el contenido de la audiencia de imputación?. Fácticamente y jurídicamente será lo mismo que a una persona se le juzgue y condene por no haber proferido acusación o que el argumento sea haber proferido preclusión por ser esta una decisión manifiestamente contraria a derecho en la actuación?.

La Sala mayoritaria solamente examinó la congruencia fáctica y jurídica de la acusación y la sentencia, pero no la congruencia de ese supuesto óntico desde la imputación, cuando es en esta audiencia donde se definen para el proceso los hechos que pueden ser materia de juzgamiento.



3

#### 4. Prueba estipulada.

La estipulación de prueba documental es ilegal, viola el debido proceso, además que la aceptación de la misma de la que derive responsabilidad penal afecta la autoincriminación, sin que tales vicios puedan sanearlos el consentimiento del procesado o de la defensa con la introducción de las mismas al juicio oral, la violación de garantías no la restablece la falta de protesta en el momento en que se quebrantan, el defecto se supera con la materialización efectiva del debido proceso, el derecho de contradicción, la no autoincriminación y la defensa.

En este caso la prueba estipulada debió excluirse de la valoración probatoria, lo que no se hizo, por lo que no podía adoptarse decisión hasta tanto no se saneara el vicio señalado, con la respectiva exclusión, para determinar si quedaba prueba de la materialidad, autoría y responsabilidad penal.

El aspecto objetivo del único delito de prevaricato por el que se podía investigar y juzgar a la incriminada se estableció con la prueba estipulada, esa prueba documental ha debido solicitarse y decretarse como tal en la audiencia preparatoria, llevarse al juicio oral e introducirse con testigo de acreditación y leerse los apartes que se estimaban relacionados directamente con la ilicitud, lo propio tenía que

3/2/2014 4

hacerse con los demás elementos que integraban el expediente penal, lo que se omitió y por ende se convirtió ese material probatorio en prueba trasladada, acudiéndose a un procedimiento propio de la Ley 600 de 2000 y no tolerado por la Ley 906 de 2004.

El juicio de responsabilidad y materialidad del delito se sustentó en la prueba que llamaron estipulada y que realmente es trasladada. Ejemplo de ello son las siguientes transcripciones que pertenecen al fallo de primera instancia y de la Corte:

“tenía que proferir resolución de acusación ..., toda vez que las pruebas que se recaudaron para calificar el mérito del sumario demostraban el homicidio del campesino... y el compromiso de responsabilidad de sus autores”

“... contó con pruebas suficientes para tener por satisfechos los requisitos legales para emitir resolución de acusación ...”.

Los literales a), b), c), d), e), f), del capítulo de nulidades de los considerandos de la Corte, no son otra cosa que elementos relacionados con la materialidad, autoría y responsabilidad de la conducta penal atribuida a LUZ ÁNGELA LÓPEZ, derivados de prueba traslada (bajo la figura de pactos sobre pruebas) y no de lo que jurídicamente es una estipulación en la Ley 906 de 2004 (hechos pactados),

 5

En la Ley 906 de 2004 se estipulan hechos concretos, redactados por las partes y no contenidos de pruebas. Se estipula la fecha, el lugar, la hora, el arma, una circunstancia concreta de los que puede dar cuenta una prueba, pero no se pacta o estipula su contenido o la prueba en sí. Sin embargo la Corte aduce:

“no se pactaron aspectos relacionados con la materialidad de las conductas punibles objeto de acusación, ni con la culpabilidad en la modalidad de dolo”.

Si una de las consecuencias de la estipulación es que el hecho estipulado queda excluido de debate probatorio en el juicio oral, en qué quedan las garantías del procesado cuando se estipula la resolución acusada de prevaricadora, como lo admite la sala mayoritaria en el aparte que se trasccribe seguidamente:

“es bastante útil que en los procesos de prevaricato por acción ..., se estipule el contenido de la aparente decisión manifiestamente contraria a derecho y de las pruebas en que se sustentó”

A qué se reduce el derecho de defensa, si el criterio de la jurisprudencia es que sobre lo estipulado no hay debate en el juicio, se da por probado lo pactado y se excluye de la confrontación. La trascipción revela la afectación de garantías de las partes cuando la estipulación recae sobre prueba:

Ratifico. 6

“..., en virtud de las estipulaciones, la defensa no podía discutir que varios militares rindieron declaraciones respecto de la muerte violenta de Dagoberto Flórez Altamiranda ni el contenido objeto de las mismas, pero sí podía atacar la verdad de las manifestaciones que en ellas se hicieron ...”

Cómo se ataca la verdad de las manifestaciones de los militares si en virtud de la estipulación todo su contenido queda excluido del debate en el juicio oral.

Se pierde el norte de las instituciones penales cuando a las estipulaciones se les da el alcance de ser el medio para terminar rápidamente un proceso, ese propósito fue asignado al allanamiento, a los preacuerdos o al principio de oportunidad, no a los pactos sobre hechos, a éstos solo se les autorizó para excluir de prueba y confrontación a situaciones “circunstanciales” como lo refiere la propia ley pero no para sustituir lo principal del debate o el debido proceso probatorio.

En el asunto sub judice resultan aplicables todos los argumentos que expuse en el salvamento de voto presentado en el radicado 44106, pues lo juicios hechos en la providencia de la Sala se sustentan en prueba estipulada, salvamento al cual me remito por tener vigencia para este caso y que trascrivo a continuación:

**“Las estipulaciones probatorias.**

**“1. Registro jurisprudencial.**

**“1.1 Precedente jurisprudencial.**

En punto de las estipulaciones, la Sala de Casación Penal, en CSJ AP, 8 ago. 2007, rad. 27.962, precisó:



R. López. 7

«No es entonces, para clarificar con un ejemplo, que si las partes dan por demostrada la causa violenta de la muerte con arma de fuego e incluso el tipo de artefacto utilizado para el efecto, se estipule el informe de necropsia o la diligencia de inspección judicial del cadáver, o el informe de hoplología, sino el hecho concreto, vale decir, que el occiso pereció consecuencia de dos disparos infligidos con un arma de fuego del calibre .38 recogida en el lugar de los hechos, y ello se sustenta con los informes en cuestión, **que para el efecto se anexan a la estipulación introducida como prueba en la audiencia del juicio oral** (subraya fuera de texto).

No es posible, por ese motivo, que se soliciten o admitan pruebas, en el momento subsecuente de la audiencia preparatoria, encaminadas a demostrar o desvirtuar ese punto, que ya se entiende demostrado.

Por lo tanto, si en este particular evento se estipuló como hecho probado que el acusado RAFAEL ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA se encuentra en profundas situaciones de marginalidad y extrema pobreza, es claro que los anexos que soportan dicho aserto que, valga repetirlo, se entiende probado y aceptado por las partes, no son susceptibles de valoración probatoria alguna por parte del juzgador, por la potísima razón que en sí mismos no tienen entidad o virtualidad probatoria y las partes ya, dentro de su capacidad consensual, establecieron en la estipulación cuál es el efecto concreto, en punto de hechos trascendentales para el proceso, que se estima demostrado, sin importar si esos elementos de juicio abordan otros aspectos, que, desde luego, resultan intrascendentales para lo efectivamente asumido por los sujetos procesales como objeto de estipulación específica».

La Corte, CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26.411, admitió como válida y aceptó la eficacia probatoria de una estipulación que tuvo por objeto una prueba documental. En la citada decisión se registra: «El Juez de primer grado absolvió al procesado con el argumento de que "...no aparece en su contra una prueba directa o indirecta que lo vincule a los hechos juzgados, sólo que fue retenido en compañía del menor de edad Cristian Pescador y en el inmueble donde fuera capturado había un arma [sic] sin que se hubiesen realizado los estudios correspondientes para determinar que él la portaba...."; no obstante, además de la imprecisión que señaló el Tribunal (eran dos armas las que había en un balde, junto a los capturados), la Sala advierte cosa diversa en materia de pruebas de cargo:

(...).

**4) Una estipulación (video de reconocimiento en fila de personas).**

El investigador filmó un video de la diligencia de 1 minuto con 49 segundos que aportó, con cadena de custodia, a la audiencia de juicio oral y fue tenido como prueba **estipulada** en el proceso (la número 15). Al observar las imágenes es perceptible que a petición del funcionario de Policía Judicial, el número 2 de la fila pronunció su nombre **"RICARDO ANTONIO SÁNCHEZ"**.

Rafael Álvarez López  
8

*El acta de la diligencia aparece suscrita por los representantes de la defensa, por el representante del Ministerio Público, por el testigo y por dos investigadores de campo; es parte de la Evidencia número 34.*

*Ese reconocimiento en fila de personas y el video que da cuenta de que RICARDO ANTONIO SÁNCHEZ efectivamente fue reconocido por una de las víctimas tiene identidad probatoria, en tanto registros debidamente aportados como evidencia y sometidos a la controversia de las partes. Su apreciación debió haberse realizado de conformidad con los criterios establecidos para cada medio de convicción específico; por manera que no se trata de "simples documentos procesales" con los efectos minimizados que la defensa alegó.*

*Advirtió con razón el Tribunal que la prueba de cargo ni siquiera fue controvertida por la defensa en la medida que no presentó su teoría del caso, no presentó pruebas de descargo contra las pruebas aducidas por el fiscal y limitó su intervención a las alegaciones conclusivas orientadas en todo caso a decir que si hubo una conducta delictiva más no prueba de responsabilidad penal.*

*La Sala encuentra que se trató de una estrategia defensiva que de ninguna manera implica –en el caso del procesado absuelto- ni la demostración de la duda ni la desvirtuación (Sic) de la presunción de la inocencia».*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el hecho específico materia de estipulación se da por demostrado y cierto con la estipulación misma, excluyéndose de la contradicción en el juicio oral (CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212), que el objeto de la misma es un hecho y no un elemento de prueba (CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36.445), y que no hay lugar a anexar documentos como soporte y, de allegarse, no deben ser valorados (CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 38.975).

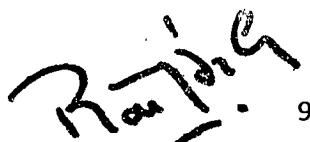
### **1.2 Cambio de jurisprudencia.**

La Sala, en decisión de segunda instancia con radicación 47.666, cambió la línea jurisprudencial de la Corte en materia de estipulaciones, pues permite que las partes puedan estipular pruebas y, por esta vía, estas últimas, las pruebas, servir de fundamento para absolver o condenar.

Los argumentos en providencia referida relevantes, fueron los siguientes:

*«En ese contexto, en el campo de las estipulaciones parece necesario reforzar el criterio ya expuesto respecto de que cuando se acuerde un hecho, por vía de ejemplo, la existencia de un documento, pero las partes plantean controvertir su contenido, de necesidad se impone incorporar el mismo para el debate probatorio.*

*6. La norma rectora, artículo 10, inciso 4°, de la Ley 906 de 2004, marca el derrotero que debe seguirse cuando de estipulaciones probatorias se trata, en el entendido de que los acuerdos o estipulaciones pueden versar sobre aspectos...*



9

*Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.*

*Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones...de donde se deriva que existe libertad plena al respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías».*

El criterio transcrita fue acogido y ratificado en la decisión adoptada por la Sala en el radicado 44106 de fecha 24 de agosto de 2016, de la que ahora salvo parcialmente el voto.

(...).

## **2. Conceptualización de las estipulaciones probatorias.**

En la dinámica del procedimiento de enjuiciamiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004, que consagra un sistema adversarial y dispositivo, al recaer la iniciativa probatoria con exclusividad en las partes, resulta admisible – además de aconsejable - que la Fiscalía y la defensa, a efectos de simplificar el proceso, acuerden expresamente tener por acreditado aspectos de la investigación penal, esto es, uno o más hechos, no todos, respecto de los cuales no existe para aquéllos disenso, prescindiendo de su controversia a través del debate probatorio en el juicio oral.

Es así que, de acuerdo con el inciso 4º del artículo 10º de la Ley 906 de 2004 las estipulaciones deben versar sobre “aspectos” que no susciten controversia sustantiva para las partes y que no impliquen renuncia a los derechos constitucionales, y según el artículo 356, numeral 4º, de la citada Ley, en la audiencia preparatoria las partes pueden manifestar «si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias», agregándose en el parágrafo que «se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias».

La Ley procesal penal caracteriza las estipulaciones a través de un acuerdo expreso exento de vicios (formación), de origen bilateral (las partes), para aceptar hechos o circunstancias (objeto), los que se tienen por probados (finalidad).

La estipulación entrega al proceso un hecho que se da por demostrado y por ende se excluye del debate probatorio, el cual tiene incidencia en la teoría del caso del fiscal y la defensa.

Mediante la estipulación se da por cierta la afirmación que sobre un hecho convienen las partes, pero hay que señalar también que esa facultad no puede ser contraria a la razonabilidad, el debido proceso, al derecho de defensa, a la buena fe y lealtad, como tampoco a la igualdad ni a los supuestos que rigen el carácter dispositivo de la prueba ni las regulaciones que en esta última materia deben tenerse en cuenta para cuando sobrevengan

*R. A. L.* 10

renuncias a situaciones que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado.

### 2.1 Objeto de las estipulaciones.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en los que la legislación adjetiva penal expresamente admite la estipulación respecto de medios de prueba<sup>1</sup>, el artículo 356 del C de P.P., como lo ha sostenido la Sala repetidamente<sup>2</sup>, los acuerdos de esa naturaleza únicamente pueden estar referidos a hechos jurídicamente relevantes, a circunstancias fácticas de tiempo, modo, cantidad o lugar, y no resulta posible su celebración respecto de medios de convicción, elementos materiales probatorios, evidencia física o informes<sup>3</sup>.

La única excepción a la regla anterior la constituye lo señalado en los artículos 433 y 434 ibidem, según los cuales «cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible...deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido», salvo que «se estipule la innecesariedad de la presentación del original».

En esa perspectiva, el escenario en el cual una estipulación es admisible, que no está referida a un hecho, se relaciona con el acuerdo probatorio que atribuye consensualmente a la copia de una pieza documental un valor probatorio semejante al del original. En este caso, lo convenido no es el contenido del documento ni su autenticidad, sino la inaplicación de la regla de mejor evidencia de que trata el artículo 433 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, cuando la Fiscalía y la defensa acuerdan excepcionar la regla de mejor evidencia respecto de un documento, ello significa únicamente que el Juez podrá otorgar valor demostrativo a la copia como si del original se tratara. Es algo que tiene que ver exclusivamente con la idoneidad de la prueba documental, pero en todo caso a la parte interesada en la introducción de ese medio le corresponde demostrar que el documento cuya incorporación (en copia) pretende es auténtico, es decir, que «se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento» (artículo 425, L. 906/2004), para lo cual debe agotar el procedimiento previsto en el canon 426 de la codificación en cita.

De lo anterior se sigue que la estipulación sobre la innecesariedad de la presentación de un documento original presupone que alguna de las partes pidió como prueba un elemento de conocimiento de esa naturaleza en la audiencia preparatoria, que el mismo fue decretado por el funcionario de

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, el Código Procesal Peruano (CPP04), cuyo artículo 350, numeral 2º, dispone que «los sujetos procesales...podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba». Al efecto, véase AGUIRRE CH, Javier. «Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú». En <http://www.incipp.org.pe>.

<sup>2</sup> Cfr. CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 8 agosto 2007, rad. 27962; CSJ AP, 14 nov. 2007, rad. 28635; CSJ AP, 28 nov. 2012, rad. 40171; CSJ SP, 30 ene. 2013, rad. 40.336. En sentido opuesto se decidió en el rad. 39.475.

<sup>3</sup> CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720.

conocimiento junto con el respectivo testimonio de acreditación y que en la vista pública ha de ser introducido e incorporado al acervo probatorio, previa autenticación y lectura de su contenido, conforme las reglas previstas para tal fin en la legislación adjetiva.

Lo anterior, porque el pacto sobre la inaplicación de la regla de mejor evidencia habilita la valoración plena del documento en copia, pero no conduce a pretermitir el trámite de solicitud, decreto e introducción del documento como prueba de su contenido.

Con todo, nada obsta para que, además de pactarse la inaplicación de la regla de mejor evidencia, la Fiscalía y la defensa acuerden también que ha sido elaborada, suscrita o manuscrita por una determinada persona, es decir, su autenticidad, en el entendido de que la autoría de un documento es un hecho, y puede ser pertinente de cara a la situación fáctica relevante que se investiga.

Ello, desde luego, se itera, tampoco libera a la parte interesada de la carga de lograr la incorporación del documento respectivo en el juicio para acreditar su contenido.

Las partes pueden pactar hechos concretos y relevantes para la solución del caso examinado, lo convenido no deben ser pruebas porque con la estipulación misma se da por probado el hecho pactado.

En todo caso, definido el objeto del acuerdo probatorio conforme a derecho, resulta inane e inconveniente, como sucede con frecuencia en la práctica judicial, allegar documentos como sustento del mismo, porque con la estipulación se da por probado el hecho sustraído de controversia. Si a pesar de ello la Fiscalía y la defensa acompañan soportes probatorios, el juez no debe autorizar su ingreso y si el funcionario de conocimiento erradamente lo permite, ninguna valoración puede hacerse de esos elementos, porque no están revestidos de la condición de pruebas<sup>4</sup>, categoría que no alcanzan y por tanto no pueden sustentar el fallo que se profiera.

La interpretación adecuada del párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 permite colegir que el objeto de las estipulaciones debe guardar relación con la acusación, no atañen a "hechos o circunstancias" genéricamente considerados, sino a situaciones fácticas concretas que sustentan el llamamiento a juicio, y que además deben estar comprendidas dentro de los fundamentos que fueron objeto de imputación.

La expresión "aspectos" contenida en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 no puede entenderse como una habilitación para la celebración de estipulaciones que se ocupen de pruebas, como lo entiende la Sala mayoritaria en la decisión de la que me distancio (47.666).

<sup>4</sup> CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 38.975.

La expresión “aspectos” no comprende el contenido o los alcances que corresponden al concepto de prueba en el proceso penal, esta categoría, sustantivo masculino, que proviene del latín *aspectus*, se refiere a las particularidades, apariencia, rasgos, características o propiedades captadas por los sentidos respecto de una persona, cosa, hecho, situación o acción verbal, para expresar formas, tiempo, materialidad, figura, ectra, supuestos predicables de los hechos o sus circunstancias y no de los medios probatorios.

Que los “aspectos” se predican solamente de los hechos y no de las pruebas es conclusión que se soporta en el artículo 356 ibidem, disposición que expresamente establece que se entiende por estipulaciones «los acuerdos celebrados...para aceptar como probados **alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias**», únicamente por vía excepcional se consagró la posibilidad de estipular la regla de mejor evidencia a que se ha hecho alusión en otro acápite de este escrito.

En ese entendido, el único límite al objeto de las estipulaciones no son los derechos fundamentales constitucionales, el legislador de manera inequívoca estableció restricciones al objeto de los acuerdos, de manera específica y única exige que se ocupen de circunstancias fácticas o a la excepción de la regla de mejor evidencia.

De otra parte, la expresión “aspectos” no puede interpretarse en el sentido de admitir la estipulación de pruebas y que de esta manera se incorporen al proceso, por que ello implica omitir el rito legal establecido para que los elementos ingresen como medios probatorios al juicio oral, una tal evidencia así tramitada no puede ser objeto de apreciación ni fundamento del fallo, pues no ha cumplido el debido proceso para alcanzar la categoría de prueba.

Cuando se incorporan documentos como objeto de la estipulación se está obviando el descubrimiento del documento en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, se omite su petición y decreto específico como medio probatorio documental, su incorporación con testigo de acreditación, la lectura de su contenido y las demás reglas que deben observarse para que se aprecie como medio de conocimiento en el fallo correspondiente.

Ahora, las estipulaciones son pactos celebrados por el ente acusador y la defensa para tener por probados uno o más hechos respecto de los cuales aquéllas no tienen controversia sustantiva. Por tal razón y como lo tiene discernido la Sala, resultan inadmisibles las estipulaciones de las partes dirigidas a demostrar los supuestos fácticos sustraídos de controversia (presunción *juris tantum*, hecho notorio), a ratificar o cuestionar de cualquier manera **la misma circunstancia fáctica** cuya realidad fue acordada<sup>5</sup> (estipulación sobre lo estipulado o acreditación con otro medio de lo pactado como probado).

<sup>5</sup> CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

Las estipulaciones no pueden comprometer derechos fundamentales, pues el artículo 10º de la Ley 906 de 2004 expresamente dispone que «el juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales».

Como lo ha sostenido la Sala<sup>6</sup>, la estipulación no puede acarrear la renuncia del derecho fundamental a la no autoincriminación en la modalidad de admisión de responsabilidad.

Ello es así, porque las estipulaciones probatorias deben ocuparse de hechos y la responsabilidad penal no es una circunstancia fáctica, es un juicio de desvalor o reproche que efectúa el funcionario judicial o una parte o interveniente respecto de una conducta humana de relevancia jurídico-penal sometida a consideración en un proceso penal determinado.

Además, por cuanto el ordenamiento adjetivo penal consagra los mecanismos e institutos para que el procesado, si esa es su voluntad, acepte su compromiso penal y reciba, a cambio de ello, los descuentos punitivos y beneficios que, según el caso, le correspondan por razón de la colaboración con la administración de justicia. En ese entendido, si lo que se quiere es lograr la terminación anticipada del trámite como consecuencia de la admisión de responsabilidad del incriminado, lo pertinente es acudir a las figuras del allanamiento a cargos o preacuerdos, que en la lógica de la justicia premial comportan beneficios correlativos para aquél.

Véase que la imposibilidad de admitir la responsabilidad penal por vía de las convenciones probatorias es algo por lo cual propugna un sector de la doctrina comparada, incluso en ausencia de prohibición legal expresa que así lo disponga.

En chile, verbigracia, se ha sostenido que:

«...se debe desechar la posibilidad de que mediante esta herramienta (las estipulaciones probatorias) se den por establecidas todas las circunstancias fácticas que conforman el comportamiento del acusado, del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad...

Si bien se reconoce la necesidad de delimitar las convenciones probatorias, no existe claridad de cómo configurar las restricciones. De ahí que la solución del caso concreto será una cuestión que quede al arbitrio del juez. **Eso sí, el juzgador en su tarea debe considerar que las convenciones probatorias únicamente pueden recaer sobre los enunciados de hechos que conforman el objeto del juicio oral, esto es, sobre aspectos de fondo. Además, el juez en su actuar debe tener presente que mediante las convenciones no puede dar por establecidos**

<sup>6</sup> Así, CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505. Igualmente, CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

***todos los enunciados fácticos que configuran la responsabilidad punitiva<sup>7</sup>.***

El artículo 356 del C de P.P. no autoriza a las partes a estipular todos los hechos o circunstancias de un proceso penal, únicamente permite dar por probados uno o algunos de tales supuestos, los que pueden tener carácter principal o secundario respecto del problema jurídico a resolver, pero no pueden jamás comprender la responsabilidad penal ni la renuncia de derechos o garantías constitucionales.

Con la estipulación se admiten parcialmente supuestos fácticos o circunstancias de la conducta punible, jamás tales convenios pueden afectar garantías fundamentales o implicar la renuncia a controvertir fundamentos esenciales o sustanciales de la relación jurídica en el proceso penal, como admitir la totalidad de los elementos de la ilicitud y la responsabilidad penal o la culpabilidad, o sucesos en los que existe controversia por las partes, dado que los convenios a que se hace referencia recaen sobre hipótesis en las que hay anuencia entre el Fiscal, el procesado y el apoderado.

El ordenamiento jurídico no es susceptible de estipulación.

Tampoco puede estipularse el valor o mérito que debe el juez asignar a las pruebas a través de la sana crítica o en los casos en que opere la tarifa legal.

A modo de síntesis, las estipulaciones probatorias, de acuerdo con la normatividad procesal vigente, pueden ocuparse de i) hechos directamente relacionados con el objeto del proceso o indicadores de éste, no excluidos legalmente en los términos explicados en esta providencia, y ii) la no aplicación de la regla de mejor evidencia respecto de un documento en copia.

Por tanto, todo acuerdo que se presente como estipulación que tenga por objeto temas diferentes a los señalados como admisibles en este acápite no están legalmente autorizados.

Las premisas registradas conllevan a que en el ordenamiento jurídico colombiano, no así en otros régimenes, las eventualidades en las que no es dable estipular, precisadas en este acápite, requieren de prueba en el proceso penal, agotando en su integridad el debido proceso probatorio, al tratarse de situaciones concluyentes, bien por tratarse se la responsabilidad penal o de garantías fundamentales a las que no es dable renunciar o por circunscribirse a aspectos que no fueron materia de pacto por las partes.

## **2.2 Naturaleza jurídica.**

La estipulación y lo estipulado, conforme a la caracterización contenida en el párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, constituyen «acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa

<sup>7</sup> COCIÑA CHOLAKY, Martina. “La dinámica entre la búsqueda de la verdad y las convenciones probatorias en el proceso penal”. En Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, No. 18. P. 151.

*para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*», ese alcance corresponde al tratamiento probatorio que la Ley le da a semejanza a los hechos notorios y a las presunciones.

Se trata, pues, de actos jurídicos bilaterales<sup>8</sup>, originados en la voluntad concurrente de las partes, es un acto de disposición de éstas, cuyo efecto es el de tener por probado y sustraer de la controversia probatoria uno o más hechos jurídicamente relevantes (o atribuir a la copia de un documento el valor demostrativo del original). Esto es, la estipulación es una excepción a la necesidad de probar.

Acerca de la naturaleza de la estipulación el pensamiento de la doctrina y la jurisprudencia ha sugerido que se trata de una prueba, una confesión, un mecanismo probatorio, un medio equivalente a una prueba o que tiene los alcances de un hecho notorio.

La prueba en sí en materia penal ofrece el conocimiento de un hecho para sustentar la teoría del caso de una de las partes y el medio son los instrumentos a través de los cuales se lleva la información. El objeto o la fuente lo constituyen los hechos del proceso penal. Este no es el alcance que la ley penal le da a la estipulación en nuestro medio.

El parágrafo del numeral 4º del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal establece que la estipulación celebrada entre la fiscalía y la defensa conlleva «aceptar como probados» los hechos que son objeto de aquélla, estableciéndose así una excepción a la actividad probatoria de las partes en el juicio oral.

El artículo 381 del C.P.P. solo permite sustentar la sentencia en el conocimiento que haya superado la duda, el que debe obtenerse a través de las pruebas debatidas en juicio.

El proceso penal reclama de las partes la necesidad de probar su teoría del caso a través de los medios autorizados el artículo 382 de la citada norma, esto es, por prueba testimonial, pericial, documental, inspección o cualquier otro medio o evidencia de carácter técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico, con excepción de los hechos notorios, las presunciones y las estipulaciones probatorias.

El ordenamiento jurídico admite excepciones a la necesidad de probar a través de los citados medios, situaciones que están expresamente reguladas en la ley, tal es el caso de las presunciones (legales o de derecho), los hechos notorios y en el sistema acusatorio las estipulaciones probatorias.

El parágrafo del numeral 4º del artículo 356 del C.P.P. y el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a esta disposición, precisa que el hecho estipulado no requiere ser probado en el proceso penal porque por mandato legal se le tiene como

---

<sup>8</sup> COLOMBO CAMPBELL, Juan. "Los actos procesales". Ed. Jurídica de Chile, 1997. Tomo I, página 88.

demonstrado, por eso en el texto legal se lee que se aceptan «como probados».

La regulación que se hizo de las estipulaciones no fue la de una prueba, su referencia no está en el capítulo del Código de Procedimiento Penal que corresponde a éstas, y el examen de su estructura y alcance solo permite asignarles la naturaleza a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior: es una excepción a la necesidad de probar.

La estipulación no corresponde a una presunción porque con aquellas se parte del supuesto de que el hecho aceptado no puede ser objeto de prueba por otros medios, hipótesis esta última admisible para la presunción legal. En las presunciones la consecuencia se la asigna el legislador y no la voluntad de las partes.

La estipulación no es una confesión ni se le puede equiparar a ésta, porque el momento procesal y la forma en que se produce para vincularla a la actuación penal no cumplen con todas las formalidades que la ley exige para la prueba de confesión.

Los medios probatorios están regulados en el artículo 281 del Código de Procedimiento Penal y las estipulaciones no se allanan a los supuestos jurídicos que se requieren para asignarles esa categoría.

Las estipulaciones son entonces una forma que la ley permite para suministrar conocimiento al juez sobre un hecho sin que haya necesidad de realizar actividad o debate probatorio sobre lo que fue objeto de la estipulación. Se reitera, la estipulación es una excepción al principio de necesidad de prueba.

En ese entendido, las estipulaciones probatorias, que inician su formación jurídica cuando son decretadas por el funcionario cognosciente en la audiencia preparatoria, luego de su anuncioación por las partes, tienen la doble connotación de actos jurídicos bilaterales (contratos o pactos procesales) y de hechos exceptuados del principio de la necesidad de la prueba, porque tales acuerdos, que bien pueden consignarse por escrito o hacerse constar verbalmente<sup>9</sup>, son precisamente el elemento por medio del cual ha de llegar al Juez, en la audiencia de juicio, a la convicción sobre uno o más hechos pertinentes para la solución del caso, cuya controversia se sustraerá del debate por voluntad de las partes.

Luego de que las estipulaciones son incorporadas en la vista pública se consolida su existencia jurídica y adquieren la connotación de hechos probados, en los que el juez puede sustentar el convencimiento o la certeza para decidir.

### **2.3 Existencia material.**

La construcción de la estipulación corresponde a la fase de la existencia material, cuando se expresa entre las partes la iniciativa

<sup>9</sup> CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

y la decisión de estipular, su conveniencia, se definen los hechos y los términos del pacto probatorio.

Esta etapa, por expresa disposición legal compete sólo a la Fiscalía, al defensor y el procesado, están excluidos los intervenientes.

El juez y los intervenientes no tienen injerencia vinculante para definir o controlar la formación material de la estipulación.

#### **2.4 Existencia jurídica.**

La formación jurídica de las estipulaciones comienza en la audiencia preparatoria con la comunicación de la voluntad de las partes de estipular y proceden a hacer la enunciación y descubrimiento de los supuestos fácticos que integran el pacto (o en su caso de la regla de mejor evidencia de la copia respecto del original) y se obtiene el decreto, culmina así la fase de marras y se consolida la existencia jurídica de aquellas con su incorporación en el juicio oral.

Entonces, las estipulaciones, una vez se admiten por el Juez en la audiencia preparatoria y son incorporadas al juicio oral, logran su formación y existencia jurídica y adquieren la naturaleza de hechos comprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 356 del C de P.P.

En la formación jurídica de las estipulaciones pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima para ejercer controles a fin de que el ingreso en el juicio oral no desconozca la pertinencia, ni contravenga las reglas de legalidad que regulan las garantías de las partes e intervenientes, lo que será objeto de explicación en el numeral siguiente.

#### **2.5 Legitimación.**

La Ley procesal penal se refiere a quienes están legitimados para celebrar estipulaciones en los siguientes términos: El artículo 10º del C de P.P. señala que las estipulaciones pueden ser celebradas entre las “partes” y el artículo 356 idem las faculta para que manifiesten si tienen ese interés en particular, para luego aludir a los “acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa”.

Las partes del proceso penal en la Ley 906 de 2004 son la Fiscalía y el procesado. Al defensor se le dan similares facultades por la representación que tiene del imputado y la gestión que cumple en la actuación penal.

La estipulación es un acto de disposición del fiscal y el procesado, el pacto puede afectar en ciertos casos derechos personales de éste último, como cuando se renuncia a través de ellas a la controversia probatoria sobre aspectos que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado, dado que aquellas pueden comprender la aceptación de la autoría, la materialidad del delito, o un supuesto trascendente con la conducta punible que no involucre la responsabilidad u otras garantías fundamentales, casos en los cuales se requiere la anuencia del procesado.

De existir contradicción entre la postura del profesional del derecho y el procesado en torno a las estipulaciones sobre las hipótesis en mención, prevalece la decisión del imputado, dada la naturaleza del acuerdo, que implica un acto de disposición para el procesado o investigado.

Por tratarse la estipulación de un acto de disposición, ello obliga a que su celebración no la realice el defensor a espaldas del imputado ni en contra de su voluntad, aunque, la anuencia se presume mientras no se demuestre lo contrario, o se infiera de la conducta procesal del imputado que su voluntad es admitir la autoría o participación, la materialidad del delito o un elemento de la conducta punible en concreto trascendente en el juicio de reproche penal que se le atribuye.

El consentimiento del procesado debe ser expreso en las estipulaciones que llevan actos de disposición sobre la autoría o materialidad de la ilicitud o la antijuridicidad de la conducta; en las demás eventualidades, las que no tienen esa trascendencia, las que recaen sobre hechos secundarios, los pactos pueden generarse con el defensor, como cuando se acepta que las circunstancias ocurrieron en un lugar determinado, en una fecha u hora específica, el documento de identidad del procesado o la fecha de nacimiento de éste, ectra.

En lo que tiene que ver con el consentimiento del procesado, es aplicable por extensión la previsión del artículo 354 del C de P.P. que da prevalencia a “lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor”, dado que el texto regula la conducta de las partes originada en consensos, acuerdos o pactos, esto es, de situaciones que tienen como presupuesto la anuencia, elemento común con las estipulaciones.

La estructura de la estipulación en lo que atañe a un acto de disposición del procesado se rige por los supuestos señalados debido a que no solamente se renuncia a la controversia probatoria, no implica exclusivamente una excepción al principio de necesidad de la prueba, su trascendencia es mayor, se da por cierto el hecho, lo que genera consecuencias para la apreciación y juicios que ha de formarse el juez en relación con los elementos de la conducta punible y la autoría del procesado.

La validez de la estipulación, además, demanda la asesoría jurídica correspondiente del defensor (artículo 354 del C de P.P.) en protección del derecho de defensa técnica de su representado, por tanto resulta inexistente e inoponible cualquier pacto del fiscal con el procesado sin la intervención del representante judicial de éste.

De acuerdo con el numeral 4º del canon 356 de la Ley 906 de 2004, en el curso de la audiencia preparatoria el Juez deberá interrogar a la Fiscalía y la defensa para establecer «si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias», de así asentirlo, debe concederse un receso para el efecto, a su término «se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto».

La Ley 906 de 2004, en el artículo 356 recién transscrito, restringe a favor de la Fiscalía y la defensa la posibilidad de «hacer» estipulaciones probatorias, de suerte que aquéllas, de manera exclusiva y excluyente, pueden convenir tener ciertos hechos por demostrados, en los términos ya explicados.

Del último aparte de la disposición en cita puede entenderse razonablemente que los intervenientes, esto es, el Agente del Ministerio Público y la víctima y su representante no pueden participar en la **construcción material** de los pactos probatorios, como se ha dicho, pero sí pueden hacerlo en la **formación jurídica** de las estipulaciones.

Contribuye a definir las facultades de los intervenientes en los pactos probatorios precisar que no les está prohibido participar y sugerir la definición del mérito y alcance de las estipulaciones probatorias que le corresponde hacer al Juez de conocimiento al momento de emitir sentencia.

El Ministerio Público, conforme a los artículos 357 y 359 ibidem, tienen facultades de control para la formación y consolidación de la existencia jurídica de las estipulaciones, como pruebas que son, pues dicho interveniente puede solicitar del Juez «*la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba*».

De esas facultades también están investidas las víctimas, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup> y según lo decidió la Corte Constitucional en sentencias C - 454 de 2006 y C - 209 de 2007, providencias en las que por demás precisó que dichas atribuciones forman parte esencial de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Desde esa óptica, aunque los intervenientes no pueden concurrir a la formación del consenso que da lugar a la existencia material de las estipulaciones, porque ello corresponde exclusivamente a la Fiscalía y la defensa, sí pueden ejercer las facultades que les concede la legislación procesal y la jurisprudencia constitucional para oponerse a su admisión, esto es, para participar en el proceso de su consolidación jurídica y apreciación del mérito, acudiendo únicamente a los motivos que adelante se indican.

En ese entendido, bien pueden el Ministerio Público y las víctimas, al intervenir en la audiencia preparatoria, pronunciarse sobre los presupuestos que determinan la admisibilidad de los convenios probatorios celebrados por las partes, es decir, que estos se refieran a i) hechos o al mérito sucesorio de una copia (objeto), ii) que estén autorizadas (legalidad), iii) que sean pertinentes al asunto debatido, iv) no violen garantías fundamentales (se pacten hechos que afecten el derecho a la

---

<sup>10</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2008, caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.

intimidad) y v) que el objeto de las estipulaciones sea claro, preciso y comprensible.

Entonces, la satisfacción o insatisfacción de las condiciones que habilitan la admisión de los pactos probatorios puede ser controvertida en la audiencia de preparación del juicio tanto por el Ministerio Público como por la víctima.

Agotado ese estadio procesal, cualquier discusión sobre pertinencia, conducencia o legalidad de las pruebas ha de ser decidido en la sentencia que ponga fin al proceso, tal como lo tiene discernido la Sala como regla<sup>11</sup>, a menos que en el juicio oral de manera excepcional se imponga la necesidad de resolver sobre tales tópicos, habida consideración del daño que represente su incorporación al proceso, riesgo que se debe conjurar con base en lo dispuesto en los artículos 10º y 376 del C de P.P.

#### **2.6 Mérito y alcance de las estipulaciones.**

A partir de la existencia jurídica de la estipulación, surge para el fallador el deber de apreciarlas en conjunto con las demás pruebas que hayan sido aportadas, para fundamentar la convicción sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad de la persona imputada, o descartarlas al proferir la sentencia que en derecho corresponda.

La decisión que adopte el sentenciador sobre el fondo de la controversia habrá de fundamentarse en la valoración conjunta de la totalidad de los elementos de juicio aportados al acervo probatorio, cometido en el cual deberá ponderar los medios de prueba y las estipulaciones ofrecidas por las partes, para establecer los motivos de credibilidad.

El sentenciador puede adoptar una decisión diversa al hecho estipulado, pues con este mecanismo no se define para el operador judicial el mérito o alcance que debe otorgarle el juez a ese supuesto fáctico, por tanto con base en los principios de la sana crítica y el conjunto probatorio allegado se deberá determinar el poder suyasorio de lo que fue materia de estipulación.

La ley le atribuyó al juez de manera exclusiva y excluyente la potestad de asignar el mérito y valor a las pruebas y los hechos demostrados, no a las partes, regla que se mantiene para la apreciación de las estipulaciones.

#### **2.7 Debido proceso probatorio de las estipulaciones.**

Conforme lo establece el numeral 4º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo de la audiencia preparatoria, «el Juez dispondrá...que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias», y de ser afirmativa la respuesta, «decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto».

En la audiencia preparatoria las partes están llamadas a enunciar los convenios fácticos que deseen hacer valer en el juicio

<sup>11</sup> CSJ SP, 30 nov. 2011, rad. 37.298.

como estipulación, que bien pueden ofrecer por escrito o mediante una presentación oral en ese momento de la actuación<sup>12</sup>. Esta enunciación no puede ser entendida como insuficiente, ambigua, incompleta, genérica o dudosa, por el contrario, debe ser concreta, clara, específica y suficiente para comprender el núcleo del supuesto fáctico estipulado.

No es posible equiparar del todo el debido proceso de las estipulaciones con el rito para los medios de prueba consagrados en la Ley procesal penal, porque aquellas están revestidas de ciertas particularidades que las diferencian de estos últimos, por ende, se impone darles tratamiento jurídico diferenciado.

En efecto, la estipulación i) tiene origen en un acuerdo de voluntades celebrado entre la Fiscalía y la defensa; ii) por ello mismo, el hecho estipulado no puede ser controvertido por aquéllas; iii) su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple presentación e introducción en la vista pública, previa aquiescencia de las partes, sin que se requiera la intervención de un testigo de acreditación para tal fin; iv) su incorporación no está sometida a la contradicción de las partes, porque se cimienta en el consenso sobre el hecho estipulado.

En contraste, los medios de conocimiento autorizados por la Ley procesal como pruebas i) son practicadas en la vista pública a instancia de una de las partes o intervenientes; ii) sólo adquieren la condición de pruebas luego de practicadas en el juicio oral, con el cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción e inmediación, y; iii) son susceptibles de controversia por la parte contra la cual se aducen.

En el rito de las estipulaciones resulta posible distinguir i) su existencia material, determinada por el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades entre la Fiscalía y la defensa; ii) su existencia jurídica, iniciada con su postulación en la audiencia preparatoria y consolidada por la autorización que imparte el Juez a los convenios en la audiencia preparatoria para su incorporación en el juicio oral, y iii) la fase de apreciación, realizada con la emisión del fallo, en la que el sentenciador examina su mérito suyasario conjuntamente con el acervo acopiado.

De acuerdo con el artículo 357 ibidem, es en la audiencia de preparación del juicio donde el Juez examina las solicitudes probatorias de las partes e intervenientes, decreta aquellas que satisfagan las condiciones de pertinencia, conducencia, utilidad, admisibilidad y legalidad, e inadmite o rechaza las que no las cumplan. Tales reglas no se excluyen para las estipulaciones, será también en esa audiencia en la que habrá de ejercerse el control material de legalidad y pertinencia de las estipulaciones anunciadas por las partes para admitir o inadmitir el acuerdo con miras a que sea incorporado en el juicio oral, según sea el caso.

Y ello es así porque las estipulaciones tienen la vocación de convertirse en fundamento probatorio de la sentencia, de suerte que su control judicial necesariamente debe agotarse en la

<sup>12</sup> CSJ AP, 19 ago. 2008, rad. 29.001. Reiterado en CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

audiencia prevista para la depuración de lo que ha de soportar la orientación del fallo que ha de proferirse.

Además, si las partes e intervenientes no pueden pedir la práctica de pruebas para demostrar supuestos de hecho que han sido sustraídos del debate, es claro que ya en la audiencia preparatoria debe quedar decidido cuáles son las estipulaciones celebradas que serán incorporadas en el juicio, porque sólo así será posible para el Juzgador establecer si algunas de las pretensiones probatorias presentadas por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y la víctima son inadmisibles por ocuparse de hechos que han sido objeto de convenio.

Lo anterior implica que en la audiencia de preparación del juicio las partes no sólo deben anunciar si tienen la intención de celebrar estipulaciones probatorias, sino que tienen también la carga de identificar su contenido para que los intervenientes y el funcionario de conocimiento tengan elementos de juicio suficientes para ejercer el control material de pertinencia y legalidad que les compete, con base en los supuestos aludidos anteriormente.

Autorizadas, las estipulaciones y verificada su legalidad y pertinencia, ya en el juicio oral le corresponde a la Fiscalía o la defensa – cualquiera de ellas, porque ambas toman parte en su celebración y tienen interés en aportarlas - presentarlas ante el funcionario de conocimiento y solicitar su incorporación a efectos de que puedan ser tenidas en cuenta por el fallador al momento de resolver de fondo la controversia.

El debido proceso para la formación de la estipulación como prueba no impone la entrega de anexos para soportar el hecho objeto de aquella, como ya se ha señalado.

Puede ocurrir que un documento dé cuenta de una pluralidad de premisas, entre ellas la que fue materia de pacto por las partes, por lo que la solicitud y decreto de esa prueba documental será inadmissible si se pretende su incorporación para acreditar la misma hipótesis convenida por Fiscalía y Defensa, pero puede ser pedido y admitido como prueba si lo que se quiere es comprobar un supuesto diferente al que constituye el objeto de la estipulación.

Supóngase que la Fiscalía y la defensa acuerdan tener por demostrado que S es el propietario del vehículo de placas ABC-123, según consta en el correspondiente certificado de matrícula. En esa lógica, resultaría inadmisible que se pretendiera el decreto e incorporación de dicho documento para demostrar la titularidad del derecho de dominio sobre el rodante, porque esa hipótesis fáctica fue sustraída de la controversia. Pero esa prueba documental sí podría ser solicitada por partes e intervenientes para acreditar otros supuestos fácticos relevantes allí contenidos, verbigracia, las características físicas del automóvil, la fecha del traspaso, sus propietarios anteriores, entre otros.

Igual sucede, desde luego, con la prueba testimonial, habrá de rechazarse la que sea solicitada para probar supuestos fácticos

estipulados, pero si un declarante, además de tener conocimiento personal y directo de aquellos, aprehendió por sus sentidos circunstancias de hecho que resultan relevantes para la solución del caso y distintas de las que fueron sustraídas del debate, podrá practicarse la prueba en lo que no guarde identidad con el objeto de las estipulaciones.

Con todo, aunque la audiencia preparatoria constituye el escenario legalmente previsto para que las partes celebren estipulaciones, nada se opone a que tales acuerdos se realicen con posterioridad a esa diligencia, concretamente, durante el juicio oral. No existe una disposición que lo proscriba y, tratándose de un proceso de partes y de un acuerdo bilateral que se configura por la concurrencia de la voluntad libre de la Fiscalía y la defensa, no puede seguirse de ello afectación o menoscabo del debido proceso probatorio para ninguna de las partes e intervinientes.

Admitir la celebración de estipulaciones en el curso de la audiencia de juzgamiento es una posibilidad que respeta los márgenes de legalidad previstos en la Ley 906 de 2004, ello favorece la materialización del principio dispositivo que subyace a la lógica acusatoria, permite la depuración del debate con la consecuente realización de la justicia pronta y cumplida y garantiza la eficacia y celeridad en la actuación procesal.

En tal evento, desde luego, las partes deberán desistir de las pruebas que se hubiesen decretado para probar los hechos objeto de la estipulación, y no podrán practicarse las que, habiendo sido solicitadas por la víctima o el Ministerio Público, se ocupen de supuestos de hecho idénticos a los convenidos.

Esta facultad de presentar estipulaciones en el debate oral tiene como límite el que aún no se hubiere agotado la práctica de la prueba sobre lo que es materia de convenio.

#### **2.8 El control material de las estipulaciones por el juez.**

Según quedó esbozado precedentemente, las partes están en libertad de estipular **hechos** respecto de los cuales no tengan controversia para simplificar el debate probatorio, de suerte que todos aquellos convenios que no versen sobre hipótesis fácticas escapan al ámbito del instituto y devienen ilegales, por ende, deben ser rechazados por el funcionario, con la salvedad referida en esta providencia sobre la idoneidad probatoria del documento no original.

En ese orden, compete al Juzgador verificar que el hecho o los hechos estipulados estén relacionados directa o indirectamente con lo que es materia de debate en el proceso, o lo que es igual, que los acuerdos sean pertinentes, en los términos del artículo 375 ibidem.

Con todo, lo anterior no puede entenderse en el sentido de proscribir cualquier estipulación dirigida a que se tengan por demostrados hechos que de alguna manera se relacionen con la estructura típica de los delitos atribuidos al acusado o con su participación en los hechos investigados, atendidas las

*R. J. 24*

particularidades del caso concreto. Nada obsta para que, verbigracia, la Fiscalía y la defensa acuerden tener por acreditado que el imputado disparó el arma homicida, o para que convengan admitir la realidad de la conducta punible, pues por vía de tales estipulaciones no se compromete la responsabilidad penal de la persona investigada ni se configura la renuncia del derecho a defenderse.

Así las cosas, el último control material que le corresponde adelantar al funcionario judicial respecto de las estipulaciones anunciadas es el de constatar que las mismas no comporten la afectación de las garantías procesales fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, concretamente, que no se admite por esa vía la responsabilidad de la persona investigada.

Ahora, la existencia material o el contenido y alcance fáctico de los pactos probatorios, según lo tiene dicho la Sala,<sup>13</sup> sólo pueden decidirlos la Fiscalía y la defensa, son las partes las legalmente facultadas para suscribirlos y precisar qué es aquello que desean tener por acreditado, legitimación que no tienen el Ministerio Público ni la víctima.

Sin perjuicio de lo anterior, al funcionario judicial concierne procurar el cabal entendimiento de lo pactado, velar porque el significado de lo estipulado sea diáfano e inequívoco, con el propósito de conjurar cualquier duda potencial sobre lo pactado<sup>14</sup>.

En dicho control, no sobra anotar, no le está permitido al Juez sustituir la voluntad de las partes en la estipulación, ni complementar o modificar el sentido de lo pactado, porque en el esquema procesal de tendencia acusatoria el funcionario de conocimiento carece de iniciativa probatoria, al punto que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, acorde con los principios que le subyacen, proscribe expresa y absolutamente el decreto de pruebas de oficio.

Así, de cara a la celebración de estipulaciones probatorias, al fallador le es exigible verificar que i) se refieran a hechos o circunstancias fácticas, o al valor probatorio atribuido a la copia de un documento; ii) el objeto de los convenios sea pertinente a lo que se debate; iii) no resulten comprometidas por esa vía las garantías de las partes e intervenientes, y; iv) que su sentido y alcance del convenio sean claros e inequívocos.

Ese control también lo ejercen la víctima y el ministerio público en la fase de formación jurídica de la estipulación, como ya se tuvo oportunidad de decirlo.

## **2.9 La retractación de las estipulaciones probatorias.**

A diferencia de lo que sucede con otras manifestaciones de la justicia negociada y del principio dispositivo que subyace al sistema de tendencia acusatoria - el allanamiento y los preacuerdos - respecto de los cuales la legislación adjetiva expresamente proscribe la retractación con posterioridad a la

<sup>13</sup> CSJ AP, 13 jun. 2007, rad. 27.281. Reiterado en CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

<sup>14</sup> CSJ AP, 11 sep. 2014, rad. 41.505.

aprobación impartida por el Juez<sup>15</sup>, en relación con las estipulaciones probatorias no existe una disposición que proscriba el arrepentimiento de marras.

En ausencia de un precepto legal que regule la materia, la Sala ha sostenido que las estipulaciones suscritas adquieren la condición de irretractables e inmodificables desde el momento en que el juzgador, en la audiencia de juicio oral, resuelve autorizar su ingreso al acervo probatorio:

*«...deben ser introducidas en el juicio oral, y al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irretractables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria, por constituir el juicio oral el escenario natural para introducirlas a fin de que surtan sus efectos procesales»<sup>16</sup>.*

El criterio jurisprudencial señala implica entonces que, a partir de la incorporación de la estipulación al juicio oral, el contenido del convenio no es susceptible de variación o desistimiento.

Esta doctrina, a mi juicio, como lo he sostenido en anteriores salvamentos de voto, debe ser variada por las siguientes razones:

**2.9.1** El criterio, **que no distingue entre la retractación unilateral y la de común acuerdo y, por lo tanto, avala tanto la una como la otra**, no se ofrece problemático cuando son ambas partes las que de consuno resuelven rescindir de una estipulación en el juicio oral antes de que sea incorporada, porque las posibles consecuencias que de esa conducta se sigan para sus respectivas teorías del caso deben ser asumidas por ellas.

Sin embargo, **cuando una sola de las partes** resuelve desdecirse de una estipulación en el juicio oral, la parte contraria queda desprovista de prueba que le permita acreditar el hecho que se había acordado tener por demostrado, porque sobre éste, a la luz de la estipulación anunciada, no resultaba posible solicitar ni decretar medios de conocimiento adicionales en la audiencia preparatoria.

Dicho de otra forma, el anuncio de que un determinado hecho será objeto de estipulación supone que las partes se abstienen de pedir pruebas dirigidas a acreditar esa misma circunstancia fáctica, y si las piden, el Juez debe negarlas por ser inútiles y repetitivas<sup>17</sup>; siendo así, tanto la Fiscalía como la defensa llegan al juicio sin elementos de conocimiento orientados a la demostración de los hechos estipulados, de suerte que si se autorizara que una de ellas se retracte de lo convenido antes de que la estipulación sea incorporada como prueba en la vista pública, la contraparte queda imposibilitada para probarlos por una circunstancia que no le es atribuble.

Quienes concurren al proceso penal tienen derecho a probar, esto es, a pedir y obtener el decreto de pruebas que requieran para

<sup>15</sup> Art. 293, L. 906/2004.

<sup>16</sup> CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720. Igualmente, CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

<sup>17</sup> CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

sustentar sus respectivas teorías del caso en condiciones de igualdad, y ese derecho no puede verse limitado o menoscabado por circunstancias ajenas a su voluntad, se reitera, situación ésta última que se presenta cuando luego de feneida la oportunidad para elevar solicitudes probatorias una de las partes se desdice de lo estipulado.

En ese escenario, admitir la retractación unilateral de las estipulaciones hasta su incorporación en el juicio oral, podría comportar la violación a la defensa - si el perjudicado es el acusado -, y de igualdad de derechos, facultades y obligaciones para el Fiscal - si el lesionado es esta parte -; quien se arrepiente de introducir el acuerdo menoscaba la postura probatoria de la contraparte y aquél concurriría al debate en condición de ventaja.

De igual manera, podría legitimar conductas contrarias a los deberes de lealtad y buena fe, a cuya observancia irrestricta están obligados quienes concurren a la actuación porque son principios rectores que la rigen.

Para evitar la situación procesal indicada, de la que, se insiste, se sigue la violación de las garantías de las partes y la lesión de principios subyacentes a la estructura del proceso, podrían plantearse como hipótesis las siguientes, de las que sólo una de ellas resulta viable aplicar:

**2.9.1.1. Primera hipótesis.** Si una de las partes se retracta unilateralmente de una o más estipulaciones en el juicio oral antes de su incorporación, surge para la contraparte la posibilidad de solicitar en ese momento el decreto y la práctica de las pruebas que requiera para demostrar el hecho o los hechos que habían sido sustraídos del debate probatorio.

Esta solución, sin embargo, no es aceptable de cara a las previsiones normativas y jurisprudenciales aplicables a la materia. Se explica:

De acuerdo con la configuración legal del procedimiento penal (artículos 355 y siguientes), la audiencia preparatoria es el escenario previsto para que las partes enuncien y pidan los medios de conocimiento que pretenden hacer valer en juicio a efectos de demostrar sus respectivas teorías del caso, con la justificación de la pertinencia, conducencia, admisibilidad y legalidad de cada una de ellas.

Feneido dicho acto procesal, como lo impone el principio de preclusividad, no es posible revivir debates atinentes a la preparación del juicio o la conformación del material probatorio con fundamento en el cual habrá de resolverse materialmente la controversia.

De ahí que, como expresamente lo prevé el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, «*toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria*». Contrario sensu, no podrán practicarse en la vista pública pruebas que no hayan sido objeto de solicitud y decreto en esa oportunidad.

Desde luego, existen excepciones en las que es admisible que una o más pruebas no solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria sean pedidas y practicadas en el juicio, pero se trata de circunstancias extraordinarias previstas en la Ley, esto es, i) la prueba sobreviniente, en los términos del último inciso del artículo 344 ibidem, y ii) la prueba de refutación, consagrada en canon 362.

Adicionalmente, de manera igualmente excepcional, la jurisprudencia de la Sala ha permitido que el testimonio del acusado se reciba aun cuando no fue pedido en la audiencia de preparación del juicio, por tratarse de un medio de prueba *sui generis* revestido de especiales características intimamente ligadas al derecho de defensa material<sup>18</sup>.

Cuando una parte queda desprovista de prueba como consecuencia de la retractación unilateral de una estipulación manifestada por su contraparte, no se configura ninguna de las situaciones que, conforme las reglas legales y jurisprudenciales recién señaladas, habilitan la solicitud y decreto de medios de conocimiento por fuera de la audiencia preparatoria, porque no existe una prueba **novedosa o desconocida** (condiciones inherentes a la prueba sobreviniente) de la que se haya tenido conocimiento luego de esa diligencia, ni se pretende impugnar el contenido de una prueba practicada a instancias del contrario (consustancial a la prueba de refutación)<sup>19</sup>, y tampoco se busca obtener el testimonio de la persona sometida a juicio.

Así las cosas, es claro que la recantación unilateral de una estipulación surtida en el juicio oral no es una circunstancia que permita a la parte perjudicada como consecuencia de ello pedir pruebas por fuera de la audiencia preparatoria.

**2.9.1.2. Segunda hipótesis.** En el curso de la audiencia preparatoria, las estipulaciones deben presentarse **con posterioridad** a la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas, de suerte que si alguna de las partes se retracta unilateralmente en el juicio de uno o más convenios, subsiste para el contrario la posibilidad de obtener la práctica de las que necesite para demostrar los hechos que habían sido sustraídos del debate, porque fueron oportunamente pedidas y autorizadas.

Tampoco esta solución, según se explica seguidamente, se ajusta satisfactoriamente a la normatividad procesal penal:

El artículo 356 de la Ley 906 de 2004 establece el orden en que debe desarrollarse la audiencia preparatoria, así:

«Artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

<sup>18</sup> CSJ AP, 12 nov. 2015, rad. 41.198.

<sup>19</sup> CSJ AP, 20 ago. 2014, rad. 43.749.

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios...
  2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
  3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
  4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias...
- (...)
5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos...».

Posteriormente, al tenor del artículo 357 de la codificación en cita, el funcionario «dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión».

Los pasos legalmente previstos para el agotamiento de esa diligencia no son arbitrarios ni caprichosos, sino que responden al orden lógico y progresivo que impone el adecuado desarrollo del proceso penal.

En efecto y, a modo de ejemplo, al acusado debe preguntársele si desea allanarse a los cargos **luego** de que conozca las pruebas pedidas por la Fiscalía y la sustentación de pertinencia, conductancia y utilidad ofrecida para cada una de ellas, porque sólo de esa manera puede adoptar una decisión informada sobre el particular, sustentada en el potencial material probatorio que será incorporado en la vista pública, que le permite evaluar la solidez del caso de la acusación y las probabilidades de ser vencido en juicio.

A su vez, las estipulaciones deben ser presentadas **después** de que la Fiscalía y la defensa han enunciado la totalidad de las pruebas que pretenden aportar en el juicio, pues únicamente conociendo los medios de prueba con que cuenta la parte contraria es posible para cada una de ellas discernir la conveniencia de celebrar estipulaciones probatorias a efectos de facilitar la controversia.

Con igual razonamiento, está establecido que las solicitudes de pruebas se realicen **ulteriormente** a la celebración y anunciación de las estipulaciones, porque una vez conozcan cuáles hechos se tendrán por probados, las partes pueden imponer sus pretensiones probatorias, prescindiendo de las que estuvieren dirigidas a acreditar o controvertir las circunstancias fácticas pactadas.

Así lo ha entendido de antaño la Sala:

«Cuando ya las partes conocen los elementos materiales probatorios y evidencia física de su contraparte, dan a conocer, conforme su

*particular teoría del caso, evidentemente planteada también con base en lo que se sabe ha recogido ésta, cuáles serán las pruebas que aducirán en el juicio –vale decir, las que allí se practicarán, por lo general de carácter testimonial, y los elementos materiales probatorios y evidencia física a aportar, sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias.*

(...)

*Cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria.*

(...)

*Y si ello es así, esto es, que se estipuló probado un determinado hecho o circunstancia, desde luego que asoma improcedente solicitar o aceptar la práctica de pruebas que tiendan a demostrar o desvirtuar ese aspecto.*

(...)

*Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción –artículo 357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia –artículo 375 ibidem...»<sup>20</sup>.*

Y es que el objeto de las estipulaciones es precisamente lograr la depuración el debate probatorio **en todas sus fases**, evitando que se soliciten, decreten y practiquen pruebas innecesarias, dirigidas a demostrar hechos respecto de los cuales existe consenso entre las partes.

Siendo así, las solicitudes probatorias deben naturalmente presentarse y sustentarse luego de celebrados y anunciados los acuerdos probatorios, y aquéllas no pueden ocuparse de supuestos fácticos que han sido objeto de estipulación<sup>21</sup>, porque sobre estos no puede existir controversia de las partes.

En ese entendido, permitir que las estipulaciones se celebren y anuncien luego de efectuadas las solicitudes probatorias de las partes, con el propósito de que la eventual retractación unilateral de una de éstas no le genere perjuicios a la otra, tampoco se ofrece

<sup>20</sup> CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27.608.

<sup>21</sup> CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

como una alternativa interpretativa ajustada a la legislación procesal penal.

**2.9.1.3. Tercera hipótesis.** El criterio jurisprudencial conforme el cual las estipulaciones «*al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irretractables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria*» debe precisarse y entenderse en el sentido de que la retractación que resulta admisible es la que promueven **de común acuerdo ambas partes**, caso en el cual, se insiste, pueden desdecirse de la estipulación hasta el momento en que sea incorporada como prueba en el juicio oral.

Ello es así porque de esa manera se deshace un acuerdo procesal que nació por decisión de las partes, sin que ello implique detrimento para los derechos o garantías de la defensa o la Fiscalía. Pero, para evitar agravios y garantizar la integridad de los principios subyacentes al sistema acusatorio, debe tenerse como regla que la **retractación unilateral** de las estipulaciones **es inadmisible**.

Esta es la fórmula interpretativa por la que propugna la Sala, pues se ajusta a la normatividad vigente, consulta la naturaleza jurídica de las estipulaciones probatorias y los principios rectores de lealtad procesal y buena fe, y garantiza los derechos de las partes.

Las razones:

**2.9.2.** Las pruebas, en general, sólo ingresan al acervo probatorio luego de practicadas en juicio oral y de ser incorporadas por las partes con la venia del Juez de conocimiento, y antes de ello la parte que las pide puede desistir de ellas<sup>22</sup>; pero aunque las estipulaciones son, según quedó visto, pruebas de los hechos que se dan por acreditados, existen diferencias relevantes entre estas y los demás medios de conocimiento que imponen otorgarles tratamiento jurídico diferenciado en lo que al desistimiento o retractación respecta.

En efecto, las pruebas – testimonial, documental, pericial, o cualquier otra legalmente permitida – ingresan al proceso por **iniciativa exclusiva** de la parte interesada en obtener su práctica, previo decreto del juzgador, tienen relación directa con la teoría del caso de quien las reclama y sirven a los intereses de la parte a cuya instancia se incorporan al haz probatorio y por tanto el desistimiento por quien la solicitó no afecta los derechos de la contraparte.

En contraste, las estipulaciones probatorias surgen como consecuencia de la **iniciativa conjunta** de la Fiscalía y la defensa, nacen de un convenio procesal, se vinculan con la teoría del caso de los dos e interesan a ambas partes, no sólo a una de ellas. En este caso el desistimiento de una de ellas afecta los intereses de la otra.

Esas diferencias no permiten equiparar las pruebas

<sup>22</sup> CSJ AP, 3 Jul. 2013, Rad. 40.620.

ordinariamente consideradas y las estipulaciones probatorias en lo que atañe a la oportunidad para exteriorizar el desistimiento o la retractación.

Se insiste, cuando la Fiscalía o la defensa deciden de manera voluntaria desistir de la práctica de una o más pruebas propias en el juicio oral, ningún perjuicio se sigue de ello para el contrario, porque, como quedó dicho, aquéllas tienen un marcado interés de parte<sup>23</sup>; en cambio, las estipulaciones por definición no interesan a una de las partes sino a ambas, y por ende, la retractación de la Fiscalía puede perjudicar significativamente a la defensa y viceversa.

**2.9.2.1.** Es principio general del derecho universalmente reconocido y aplicable en sus distintas especialidades – constitucional, administrativa<sup>24</sup> y civil<sup>25</sup>, entre otras - que «*las cosas se deshacen como se hacen*», exteriorizado tradicionalmente con el aforismo latino «*in iure sicut fit ita solvitur res*». Es también una regla de hermenéutica para la interpretación de la Ley, según lo señala el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Las estipulaciones probatorias, ya se dijo, son acuerdos o convenios procesales autorizados por la legislación adjetiva penal, que nacen a la vida jurídica y producen efectos en razón de la manifestación **conjunta** de voluntad de la Fiscalía y la defensa, exteriorizada de consuno para sustraer de la controversia uno o más hechos respecto de cuya ocurrencia o realidad no existe discusión para las partes.

Entonces, si es el consenso de las partes lo que determina la existencia de las estipulaciones, será también su aquiescencia común y unívoca la que pueda dar lugar a la desaparición del convenio luego de celebrado en la audiencia preparatoria o a la modificación de su contenido – hasta su incorporación en el juicio, porque a partir de entonces se integra al acervo probatorio -, tal y como lo impone el aludido principio general del derecho.

Por igual razón, ambas partes, de mutuo acuerdo, pueden desdecirse de las estipulaciones pactadas hasta su incorporación en la vista pública o modificar su contenido y alcance, y en tal evento cada una de ellas asume de manera libre, consciente y voluntaria las posibles consecuencias negativas que de ello puedan seguirse para sus respectivas teorías del caso.

Distinto sucede cuando la Fiscalía o la defensa piden, por ejemplo, el decreto de un testimonio, porque dicha solicitud procede por su propia iniciativa e interés de parte, por ende, basta su propia voluntad para que se desista de esa prueba hasta el momento de su práctica en el juicio.

**2.9.2.2.** De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, inserto en el título atinente a los principios rectores que rigen la actuación e informan la interpretación de la legislación adjetiva,

<sup>23</sup> CSJ AP, 25 Feb. 2015, Rad. 45.011.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencias C - 028 de 1997, C - 983 de 2010, C - 630 de 2011.

<sup>25</sup> CSJ SC, 13 jul. 2005, rad. 00126.

*«todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe».*

La aplicación y materialización de tales principios, los de lealtad y buena fe, resultan relevantes para el adecuado entendimiento de cuál es el momento procesal en el que resulta adecuado admitir la retractación de las estipulaciones.

El acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa en el sentido de dar por demostrados uno o más hechos relevantes para la correcta solución del caso tiene profundos efectos en los derechos de las partes, específicamente, en los del debido proceso probatorio, el derecho a probar y la igualdad, y por virtud de la trascendencia que reviste, su firmeza no puede quedar librada a la voluntad de una de las partes que lo suscribe, menos aún, en perjuicio de las garantías de la contraparte, la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

La importancia que tienen las estipulaciones para las dos partes que las suscriben, los efectos que producen en el desarrollo del juicio oral y el debate probatorio y las incidencias que pueden seguirse de la retractación surtida en la vista pública, son circunstancias por virtud de las cuales resulta evidente la distorsión que puede sufrir la actuación de admitirse su desistimiento unilateral, y hacen patente la relevancia del estricto acatamiento de los principios de buena fe y lealtad en la materia.

Cuando la Fiscalía y la defensa, de manera libre, consciente y voluntaria, acuerdan celebrar convenios probatorios en la audiencia preparatoria, surge en cada una de las partes la convicción legítima de que sobre esos hechos no deberá adelantar ninguna actividad probatoria, y cualquier otra prueba orientada a acreditarlos es inadmisible, amén de innecesaria; tanto es así, que en el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio, como se sigue del tenor de los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, el ofrecimiento de estipulaciones procede con posterioridad a la enunciación de las pruebas que la Fiscalía y la defensa pretenden hacer valer en juicio, pero **antes** de las solicitudes probatorias.

Las pretensiones probatorias de las partes están necesariamente determinadas por lo que se haya pactado, y ambas pueden abstenerse de reclamar medios probatorios relevantes para su teoría del caso, no porque hayan desistido de ese derecho o renunciado a ejercerlo, sino precisamente por virtud de la existencia de tales acuerdos; y si después de clausurada la etapa de preparación del juicio alguna de ellas resuelve retractarse de lo estipulado, la contraparte vería cercenadas sus posibilidades probatorias, porque basado en la convicción legítima y de buena fe sobre la existencia del pacto resultaba innecesario desplegar actividad probatoria alguna.

En este sentido, resulta importante reiterar que, como lo ha sostenido la Sala en relación con el allanamiento a cargos, pero con criterio en buena medida aplicable al caso aquí examinado, *«el mensaje para los diferentes intervenientes en el proceso penal, debe ser que los compromisos han de asumirse con plena libertad y voluntad, pero que precisamente por ello no es posible,*

 33

**salvo vulneraciones graves y evidentes de derechos...retractarse de los mismos, con ostensible afrenta de los principios de lealtad, celeridad y economía procesal<sup>26</sup>.**

**2.9.2.3.** Los medios suyasorios, para adquirir la connotación de prueba, deben surtir el procedimiento previsto en la Ley para ese efecto, y ser presentados ante el funcionario de conocimiento con cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

Por el contrario, las estipulaciones probatorias no están sometidas a tales formalidades, y su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple enunciación e incorporación en la vista pública, por virtud del consenso de las partes.

Si esa anuencia es exteriorizada en la audiencia preparatoria, y el control de legalidad y pertinencia de lo pactado se agota en esa diligencia, allí mismo quedan constatadas las condiciones que habilitan su posterior introducción, y en virtud del principio de preclusividad se hace imposible desde ese momento deshacer el pacto por voluntad exclusiva de una de las partes.

**2.9.2.4.** La retractación unilateral de las estipulaciones, dada la ausencia de regulación legislativa en la materia y lo que emerge de un examen sistemático del proceso acusatorio, sus principios y valores fundantes, no es una solución atendible, por la afectación que ello implica, pues la interpretación de los institutos procesales debe propender por la más amplia garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación y la eficacia en el ejercicio de la justicia, tal como lo imponen el artículo 10º de la Ley 906 de 2004 y la regla hermenéutica *pro homine*<sup>27</sup>.

Negar la posibilidad de retractarse unilateralmente de lo pactado en la audiencia preparatoria no lesiona ninguna garantía de las partes, pero si i) materializa en mayor medida los derechos a la igualdad y el equilibrio de las partes y el derecho a probar; ii) cristaliza el cumplimiento de los principios de lealtad, buena fe y seguridad jurídica; iii) reconoce las diferencias existentes entre las estipulaciones probatorias, que tienen origen consensual, y los demás medios de conocimiento; iv) evita la dilación innecesaria de la actuación ocurrida como consecuencia del desistimiento manifestado por alguna de las partes; y, v) se eliminan las posibilidades de dejar sin pruebas dado el retiro del convenio de una de las partes.

**2.9.3.** A modo de síntesis, entonces, ha de tenerse como regla que las estipulaciones celebradas y anunciadas en la audiencia preparatoria son susceptibles de retractación de común acuerdo por la Fiscalía y la defensa hasta su incorporación en el juicio oral, no así de manera unilateral, por una sola de ellas.

<sup>26</sup> CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40.053.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia T - 191 de 2009.

Lo anterior, sin perjuicio de que la violación de las garantías de las partes en la celebración de los convenios o la demostrada ocurrencia de un vicio del consentimiento en alguna de ellas pueda suscitar la rescisión de lo convenido o incluso, según cada caso, la invalidación de la actuación, lo que puede ser resuelto de oficio o a petición de parte".

### **5. No concurso de delitos de prevaricato.**

La exclusión de la prueba estipulada era indispensable, esa limpieza procesal dejaba la prueba legalmente aportada y permitía determinar qué elementos de la tipicidad se demostraron.

Sin embargo, en cuanto si en este caso existió o no concurso delictivo, admito que el tema es polémico y la Sala Mayoritaria ha seguido criterios aplicados con anterioridad en el sentido que en esta ocasión se adoptan, solo que por el estudio que he hecho en esta oportunidad no los comarto, por lo que paso a señalar: no hay concurso homogéneo de prevaricatos cuando las varias decisiones se adoptan en una misma providencia, resolución o dictamen, porque la conducta afecta una sola vez los elementos del tipo penal de prevaricato.

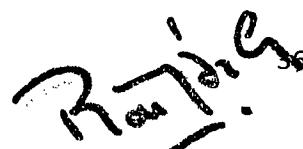
Se condena por la Sala mayoritaria a la procesada por concurso homogéneo de prevaricatos, desestimándose la censura del apelante, de unidad delictiva, con los siguientes argumentos:

“No asiste razón al defensor en relación con el reproche que efectúa a la configuración del concurso homogéneo, toda vez que, aunque se emitieron en la misma resolución, cada una de las preclusiones que decretó LUZ ÁNGELA LÓPEZ tienen una identidad propia, los destinatarios son distintos sujetos, su motivación es independiente y las consecuencias jurídicas son individuales”.

El hecho que sirvió de fundamento a la condena proferida por el Tribunal y la Corte, es del siguiente tenor:

“El 27 de julio de 2009, LUZ ÁNGELA LÓPEZ, en calidad de Fiscal 119 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Turbo – Antioquia -, calificó el mérito del sumario surtido contra los militares Juan Carlos Modesto Betancur, Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jairo Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán, respecto del primero profirió resolución de acusación, mientras que a los otros los favoreció con preclusión de investigación, lo cual, estima la Fiscalía, fue manifiestamente contrario a derecho, dado que se tenían las pruebas necesarias para adelantar la etapa de juicio con los cuatro investigados y fueron infundados los argumentos de la decisión que benefició a tres de ellos.

La condena proferida contra LUZ ÁNGELA LÓPEZ por el concurso homogéneo de delitos de prevaricato está caracterizada porque i) HENRY ELÍAS PIRAQUIVE CAICEDO, JOHN JAIRO JARAMILLO DÍAZ y WILMAR MORALES TEHERÁN estaban involucrados en idénticos hechos y delitos, ii) la investigación y la preclusión en favor de aquéllos la adoptó la misma funcionaria, la Fiscal LUZ ÁNGELA



LOPÉZ, iii) en el mismo proceso, providencia y fecha, iv) con unidad de tarea en la valoración de los hechos y pruebas y, v) el mismo designio o finalidad con respecto a la preclusión adoptada.

Determinar en qué casos existe o no concurso de conductas punibles no ha sido una hipótesis uniformemente solucionada por la doctrina y la jurisprudencia. La historia registra criterios diversos, como el supuesto de la unidad de acción con pluralidad de actos, la pluralidad de conductas continuadas con un mismo designio criminoso o el concurso real o ideal.

Las tres modalidades de conducta delictiva, la unidad de acción, el delito continuado y el concurso real o ideal, tienen cabida fenomenológicamente y jurídicamente en el sistema penal colombiano, pero cada uno con diferente estructura y reproche punitivo.

### **La unidad de acción o delito unitario.**

Se ha considerado que existe una única conducta no solamente cuando ésta óntica y jurídicamente es una sola, sino también cuando se presenta la realización de actos que constituyen una expresión de aquélla, afectan un mismo bien jurídico no personalísimo y sus manifestaciones por razón del tiempo, espacio, modo y cantidad corresponden a la

consumación de la misma forma de obrar, en la que subjetivamente no hay una fractura que desligue un acto de otro, la acción o el conjunto de actos se tratan como unidad ilícita porque corresponden a una única conducta jurídica.

Bien puede citarse como ejemplo la sustracción de bienes a los pasajeros de un bus, o el desmantelamiento de una bodega que implican el ingreso y salida varias veces con elementos hasta llenar el vehículo en el que se transporta la mercancía hurtada.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a esta modalidad de conducta, en los siguientes términos:

“Trátase, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas”<sup>28</sup>

Para diferenciar cuándo las conductas concursan o corresponden a un delito unitario, ha dicho la Corte<sup>29</sup>:

“El interrogante que surge obligatoriamente es cuándo esas distintas acciones individuales configuran hechos punibles autónomos y concursan entre sí y cuándo, así sean mental y físicamente separables como

<sup>28</sup> C.S de J., Sent. de Cas., 03/12/1996, M.P. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

<sup>29</sup> C.S. de J., Auto del 9 de octubre de 1997, Rdo. 368, Sala Plena, Mg. Pon., CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

arquitecturas típicas, deben tomarse como actos plurales encaminados al fin único de obtener determinado provecho ilícito y constitutivos por lo tanto del denominado delito unitario.

"La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, mas o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como parte de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de distintos actos y de su prolongación en el tiempo".

La unidad de acción u omisión delictiva se presenta por la realización de una acción u omisión materializada con uno o varios actos que son la expresión de la conducta o de momentos que conjuntamente estructuran un sólo comportamiento con trascendencia jurídico penal.

En la unidad de acción o pluralidad de actos, la conducta es una, como también es único el designio criminal y el delito.

El concepto de conducta se formula bajo la consideración que el tipo penal no registra como supuesto el suceso naturalísimamente ejecutado sino el normativamente calificado por el legislador como reprochable penalmente.

En estas condiciones, el tipo penal, como hipótesis jurídica, expresa la conducta a través de la acción, la omisión o de la comisión por omisión, las cuales corresponden a una oración típica con sentido completo, porque recoge además de aquella la necesidad de cumplir con las condiciones establecidas para los sujetos activo y pasivo, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cantidad y los ingredientes normativos y subjetivos, así como los supuestos de antijuridicidad y culpabilidad para que se presente con autonomía la existencia de la infracción penal o del delito.

Para los efectos de la postura que asumimos en la dogmática del delito que se examina, el concurso de reatos o la unidad delictiva con pluralidad de actos o ilícito continuado, se toman los actos en sentido restringido, como momentos o manifestación de la misma conducta, expresión de la misma acción u omisión.

Resulta de la esencia para que se dé un único delito, la unidad de conducta expresada por una acción o actos que reúnen las connotaciones de la conducta típica y que exista un único designio o propósito criminal.

Cuando el bien jurídico tutelado corresponde a los de naturaleza personalísima, como la vida, la integridad física o sexual, cada agresión a ese interés protegido constituye una ilicitud penal. En tanto que cuando son personales, como el

patrimonio económico, o impersonales, como los de carácter institucional, entre éstos la administración pública, si el plan o designio criminoso es predecible de las circunstancias específicas, se gestará una unidad de acción delictiva (si la conducta es una sola) o habrá delito continuado (si hay pluralidad de conductas).

### **El delito continuado.**

En el delito continuado existe pluralidad de conductas, no de meros actos, el resultado corresponde a un único delito por la unidad de designio criminal que es el puente común entre las varias conductas.

En el delito continuado se ejecutan pluralidad de acciones u omisiones, sobresaliendo su dolo unitario o unidad de resolución o propósito criminal, éste último es el que genera la unidad normativa como ilicitud continuada y no la consideración que el resultado final pudiese obtenerse con una o varias acciones. Fácticamente se caracteriza por la igualdad del modus operandi.

La configuración del delito continuado requiere que el sujeto agente realice una pluralidad de comportamientos homogéneos, de acciones u omisiones, con ofensa de un mismo bien jurídico impersonal, manteniéndose la unidad de sujeto activo y pasivo, obrar en el que es común el fin, el

propósito o el dolo, es decir, el elemento subjetivo de las varias conductas en grado consumado o tentado es prolongado o continuado, obedecen al mismo plan del autor.

En síntesis, en el delito continuado el delito y el designio criminal es único, existe pluralidad de conductas sancionadas como reato unitario.

### **El concurso de delitos (real o ideal).**

La pluralidad delictiva en el concurso de delitos se obtiene con una unidad o pluralidad de conductas, de acción u omisión; en los casos de concurso ideal no hay solución de continuidad (las conductas son materialmente inseparables), la situación opuesta se presenta en los casos de concurso real.

Los resultados jurídicos son independientes y separables, en la pluralidad de adecuaciones típicas no opera el principio de aplicación exclusiva de una de ellas.

El propósito criminal y la lesión al bien jurídico para cada ilicitud no son únicos, son escindibles y reiterados en cada una de las conductas realizadas.

*R. A. L.* 42

ÁNGELA LÓPEZ realizó acción que considerada desde el punto de vista naturalístico debe ser asumida como única y normativamente debe determinarse si se realizó un prevaricato o una pluralidad de tales ilícitos o sus conductas son propias de un delito continuado.

El concepto de identidad y además de unidad debe predicarse en este caso del sujeto activo (la incriminada), lo propio ocurre con las circunstancias de modo (la resolución con la que la Fiscal 119 Seccional calificó el sumario adelantado contra Henry Elías Piraquive Caicedo y otros), tiempo (27 de julio de 2009), lugar (Turbo) y la cantidad de providencias que sirvieron de instrumento para la conducta que originó la investigación penal (una sola).

Veamos si la condición de identidad y la situación de ser única o plural se puede pregonar de la lesión al bien jurídico, del sujeto pasivo, de la conducta y el elemento subjetivo con que obró la procesada al proferir la preclusión de la investigación con la resolución del 27 de julio de 2019 en favor de HENRY ELÍAS PIRAQUIVE CAICEDO, JOHN JAIRO JARAMILLO DÍAZ y WILMAR MORALES TEHERÁN.

El bien jurídico protegido con el prevaricato por acción es el de la administración pública en su expresión específica de administrar justicia, su titular es el Estado, por ende éste es el sujeto pasivo de la conducta punible.

El sujeto pasivo del prevaricato es singular, por tanto si la ofensa recae en un número plural de aquéllos habría un concurso de delitos. Esta regla no se aplica y el delito es único, a pesar de afectarse a varios titulares, cuando la acción o la omisión ilícita señalada en el verbo recae en un objeto material vinculado con el bien jurídico, del que no importa que el titular u ofendido sea una o varias personas naturales o jurídicas.

La solución jurídica referida la explica ALFONSO REYES ECHANDÍA ( LA TIPICIDAD, Quinta Edición, 1981, Universidad Externado de Colombia, pág. 63), criterio que hemos acompañado desde la publicación que hiciéramos en la Estructura de la Tipicidad, Tercera Edición, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, pág. 231.

El profesor REYES ECHANDÍA, señala:

“(...). En algunos casos, sin embargo, la pluralidad de titulares del bien jurídico afectado no genera concurso; tal ocurre cuando alguien sustrae cosa mueble que pertenece a varias personas en común y proindiviso puesto que la exigencia del tipo en cuestión se limita a la ajenidad de la cosa, sin que importe que su propietario sea una persona o una pluralidad de ellas. Es obvio que los tipos penales cuyo sujeto pasivo es el individuo o el Estado, pertenezcan a esta categoría”.

Si el hurto es delito único porque el apoderamiento recae sobre cosas muebles ajenas, independiente de cuántos sean los titulares del patrimonio afectado con la acción ejecutada en un contexto de unidad de tiempo, lugar y modo (hurto consumado en los bienes de los ocupantes de un vehículo de transporte público), qué podrá decirse del prevaricato cuando esta ilicitud se reprocha penalmente de la manifiesta contrariedad con la ley con la única “resolución” proferida.

La titularidad del bien jurídico en el Estado hace compatible jurídicamente la solución que se ofrece para el prevaricato en este salvamento de voto.

El número de beneficiados con la preclusión (Henry Elías, John Jairo y Wilmar) adoptada con la resolución tildada de prevaricadora no tiene incidencia para definir la pluralidad delictiva, pues aquéllos no tienen la condición de sujetos pasivos de la conducta prevaricadora, esa condición solamente es propia del titular del bien jurídico y esa calidad la tiene el Estado en el prevaricato. Tampoco corresponden a ningún otro elemento del susodicho tipo penal.

El número de problemas jurídicos resueltos por sí solos no son suficientes para concluir que la decisión respecto de cada uno de ellos corresponde a una ilicitud, deben examinarse conjuntamente con las circunstancias objetivas

y subjetivas en las que se tomó la decisión para determinar si existe una o varias conductas.

Así por ejemplo, si el pronunciamiento se hace en una resolución o en múltiples providencias, no hay duda que en éste último evento se está ante un concurso de delitos o podrá ser un reato continuado dependiendo de si se da o no el mismo designio criminal en el obrar. En el primer caso, la decisión o decisiones adoptadas en la única resolución corresponden a una sola conducta o a varios actos de la misma conducta, caso en el cual el resultado es un solo delito.

En el asunto de trato, la competencia de la funcionaria, en la que se finca el deber que debía cumplir de administrar justicia (expresión de la administración pública para el caso), se vincula con decidir si había mérito para acusar o precluir respecto de Henry Elías, Jhon Jairo y Wilmar, la decisión debía examinar los siguientes supuestos que eran comunes para los incriminados:

a) Imputación fáctica. Se les atribuía haber participado en los mis hechos, se dio muerte al campesino Dagoberto Flórez con el argumento que se trataba de un subversivo dado de baja en combate, en suceso ocurrido el 14 de septiembre de 1993.

b) Imputación jurídica. A los investigados se les señalaba de cometer homicidio agravado en un civil, ajeno al conflicto.

c). Pruebas. A juicio del fallo de primera instancia la Fiscal 119 Seccional de Turbo (Antioquia), según se registra en la sentencia adoptada por la mayoría de la Sala, el expediente contaba con prueba para acusar, “lo que indiscutiblemente se cumplía con las versiones que rindieron los militares implicados en el hecho criminal”.

Se adujo además que con la decisión se “benefició a tres militares que participaron en la ilícita ejecución en condiciones de indefensión, de un ser humano, lo cual sucedió por el motivo insignificante de mostrar resultados positivos en la actividad castrense”.

En el literal d) del numeral 2 de los considerandos del fallo de la Corte se relaciona la prueba documental, testimonial y pericial que LUZ ÁNGELA LÓPEZ valoró para precluir la investigación a tres de los procesados.

En el expediente en el que se profirió la resolución de 27 de julio de 2009 para cada uno de los procesados Henry, Jhon Jairo y Wilmar no se les investigó por hechos diferentes, o delitos distintos, el análisis y las conclusiones de los resultados probatorios se obtuvieron con base en pruebas

comunes que resolvían la situación de cada uno de los implicados.

La precisión del alcance probatorio sobre idénticos hechos para definir la situación jurídica de los inculpados corresponden a actos, momentos, que se conectan dada su conexidad fáctica, probatoria y jurídica, constituyen o integran una conducta, resolver con unidad de criterio, disponiendo la preclusión, en la que se involucra el mismo propósito criminal en idénticas condiciones.

A la decisión en pro de los tres militares sindicados de homicidio agravado se arribó agotándose por la Fiscal incriminada un proceso de reflexión que transitó usando las premisas sentadas por los hechos y las pruebas comunes, las que la llevaron a la solución jurídica que adoptó de preclusión, calificada de manifiestamente contraria a derecho, sobre premisas que no corresponden a acciones que realicen objetiva y subjetivamente el prevaricato por cada beneficiario de la preclusión, sino a actos de un único comportamiento: decir jurídicamente una situación en la que se involucran a tres personas por los mismos hechos, delitos y fundados en la misma prueba documental, testimonial y pericial.

La resolución de 27 de julio de 2009 proferida por la Fiscal 119 Seccional de Turbo se adoptó en un idéntico

Ruth 48

contexto de modo, tiempo, lugar y cantidad, supuestos que fortalecen el concepto de unidad delictiva para efectos de entender la singularidad del resultado típico de un único delito con el proceder de la Fiscal LÓPEZ.

La premisa subjetiva, la voluntariedad, el conocimiento y la determinación de la Fiscal de obrar de la manera como lo hizo de precluir la investigación, obedeció a un dolo único, a un sólo y mismo estado de ánimo, de propósito, de finalidad, que no se puede aislar o separar si se quiere apreciar objetivamente la conducta de la procesada, fue singular ese estado de la funcionaria para todos los que se beneficiaron con la preclusión.

Dado que las premisas anteriores conllevan a la inevitable conclusión que en este caso concreto no existe pluralidad de conductas, ni de bienes jurídicos ofendidos, ni de afectación plural a sujetos pasivos, sino de la realización de actos propios de una misma conducta y quebrantamiento de un único bien jurídico, del que es titular el Estado, lógico deviene afirmar que el resultado típico es único, como también lo es el ingrediente subjetivo o plan anímico de la procesada, por tanto no es dable investigarla, procesarla y condenarla por un concurso homogéneo de conductas de prevaricato por acción sino por un único delito de esta naturaleza y especie.

A juicio de la primera instancia, el Tribunal de Antioquia, los hechos los tipifica como un concurso homogéneo de prevaricatos, porque se definía la situación de sujetos distintos, lo que permite separar jurídicamente en tres delitos la materialidad, autoría y responsabilidad de LUZ ÁNGELA LÓPEZ.

La Sala de Casación Penal, con criterio mayoritario, en la decisión de la que salvo el voto, reafirmó la tesis que en el presente caso se da un concurso homogéneo de prevaricatos, a pesar que hubiese sido única la resolución en la que se resolvió el problema jurídico.

Se aduce por la Corte que “cada una de las preclusiones que decretó la Fiscal LUZ ÁNGELA LÓPEZ tiene una identidad propia, los destinatarios son distintos sujetos, su motivación es independiente y las consecuencias jurídicas son individuales”.

Los argumentos invocados por la Sala mayoritaria de Casación, ninguno se aviene a los fundamentos que la Ley sustantiva y procesal penal reclaman para descartar que se cometió un único delito, las reflexiones de la Corporación no las comparto, porque conforme a lo explicado en párrafos anteriores los destinatarios de las preclusiones no integran ningún elemento de la tipicidad de prevaricato, el sujeto pasivo no son ellos, es otro, el Estado, la motivación era

dependiente y conexa dado que los tres inculpados se juzgaban por los mismos hechos, idéntico delito y pruebas con resultados comunes, además que siendo la responsabilidad penal individual ello no quiere decir que no pueda ser la misma solución en situaciones como la juzgada en donde el dolo o propósito criminal fue uno solo para la decisión con la que se favoreció a los procesados.

Suficiente lo expresado para sustentar mi salvamento de voto en cuanto a la imputación jurídica de un único delito de prevaricato y no un concurso homogéneo.

Cordialmente,

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**Magistrado.**

R. 51