



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2019

Abril a Junio de 2019

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en:
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Índice Temático

1. ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad	3
2. ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA - Interacción entre los agentes estatales y las fuentes humanas	4
3. ALZAMIENTO DE BIENES - Configuración	5
4. APRECIACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO	6
5. CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - No se configura	8
6. DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo	9
7. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance	11
8. DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial	17
9. ERROR DE TIPO	19
10. EXTRADICIÓN - Condición de refugiado	22
11. EXTRADICIÓN - Carencia de objeto	24
12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura	24
13. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA - No se configura	28
14. FUERO DE CONGRESISTA	30
15. INDICIO - Técnica en casación	34
16. INIMPUTABILIDAD - Competencia para determinarla	35
17. INJURIA - Elementos	41
18. INJURIA Y CALUMNIA - No se configura	45
19. IRA O INTENSO DOLOR - No se configura	48
20. JUECES DE EJECUCIONES FISCALES - Competencia	52
21. LAVADO DE ACTIVOS - Se configura	52
22. LEGALIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL	56
23. LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA MEDICINA	57

24. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA	60
25. NULIDAD EN CASACIÓN	62
26. OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - <i>Se configura</i>	65
27. PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	70
28. PREVARICATO POR ACCIÓN - <i>No se configura</i>	73
29. PREVARICATO POR ACCIÓN - <i>Configuración</i>	76
30. PREVARICATO POR OMISION - <i>Configuración</i>	81
31. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - <i>Acusación y sentencia</i>	83
32. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DEL IMPEDIMENTO	91
33. PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - <i>Configuración</i>	93
34. REPARACIÓN INTEGRAL - <i>Interés para recurrir</i>	97
35. SENTENCIA CONDENATORIA	98
36. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - <i>Es compatible con el procedimiento especial abreviado (ley 1826 de 2017) para conductas de menor lesividad</i>	100
37. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Captura para cumplimiento de sentencia condenatoria</i>	103
38. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Ministerio público</i>	105
39. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Preclusión de la investigación</i>	107
40. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - <i>Recurso de apelación</i>	109
41. TESTIMONIO - <i>Credibilidad</i>	111
42. TESTIMONIO - <i>Apreciación</i>	114
43. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - <i>Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso</i>	116
44. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - <i>Configuración</i>	118



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2019

Abril a Junio de 2019

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en:
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Inicio

1. ACCIÓN DE REVISIÓN

No tiene como una de sus finalidades asegurar el pago de los perjuicios derivados de la comisión del delito

Dentro del trámite de la *acción de revisión*, la Sala encontró necesario *rechazar por improcedente la demanda de constitución de parte civil*, teniendo en cuenta que este especial instrumento legal no tiene como finalidad la obtención del pago de perjuicios, sino el análisis de la viabilidad de remover la *cosa juzgada* para asegurar la *justicia* en el caso concreto.

AP677-2019 (54708) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE PARTE CIVIL - Rechazo || ACCIÓN CIVIL - Ejercicio en el proceso penal || ACCIÓN DE REVISIÓN - Apoderado de la víctima: derecho a intervenir en el trámite || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad:** no tiene como una de ellas el asegurar el pago de los perjuicios derivados de la comisión del delito || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad:** se orienta a conseguir la justicia en el caso concreto

«Como MC, PA, así como VP y ÉAQP o, en su condición de esposa e hijos de la víctima ÉHQZ, respectivamente, otorgaron poder a una abogada para que los representara en esta actuación, profesional que presentó **demanda de**

constitución de parte civil, considera la Corte que debe ser rechazada por las siguientes razones:

a) Según el artículo 45 de la Ley 600 de 2000, la **acción civil** puede ejercerse “dentro del proceso penal”, calidad de la cual carece **la acción de revisión**, en cuanto **corresponde a un instrumento** ajeno a las diligencias, **orientado a asegurar la justicia en el caso**, por vía de anular la providencia contra la cual se dirige y disponer que se rehaga la actuación.

b) De conformidad con el artículo 47 del mismo estatuto procesal penal, la constitución de parte civil “*podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de única o de segunda instancia*”, momentos procesales que **no tienen lugar en el marco del trámite de la acción de revisión**, la cual debe sujetarse a las reglas que gobiernan su debido proceso.

c) **La acción de revisión no tiene como una de sus finalidades asegurar el pago de los perjuicios derivados de la comisión del delito, sino conseguir la justicia en el asunto concreto.**

Por las razones expuestas, se impone **rechazar por improcedente la demanda de constitución de parte civil** promovida en nombre de la cónyuge e hijos del occiso ÉHQZ.

Resta señalar que **la apoderada** de aquellos **podrá actuar** dentro de este trámite **como representante de las víctimas** en los términos del mandato otorgado».

(Texto resaltado por la Relatoria)

Inicio

2. ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA

Interacción entre los agentes estatales y las fuentes humanas, no habilita la cooperación o colaboración del servidor público en la empresa criminal objeto de represión

La Sala decidió no casar la sentencia condenatoria que declaró responsables a los ex servidores públicos procesados por el delito de concierto para delinquir agravado, todo, luego de identificar como inviables las alegaciones defensivas, orientadas a plantear la confluencia de la causal de exclusión de responsabilidad relativa al cumplimiento del deber legal. En este sentido precisó que las actividades de inteligencia y contrainteligencia que aquéllos ejercían como parte de sus deberes funcionales - y que implicaban interacción con fuentes humanas de información-, no validaban que pudieran cooperar o colaborar con la empresa criminal objeto de represión y que en este evento era liderada por un grupo armado ilegal.

SP153-2019 (46420) del 30/01/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD - Cumplimiento de un deber legal: no se configura || **INFORMANTE** - Finalidad: tiene por objeto suministrar a las autoridades una herramienta necesaria para la prevención, investigación y la lucha contra la criminalidad || **ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA** - Interacción entre los agentes estatales y las fuentes humanas, no habilita la cooperación o colaboración del servidor público en la empresa criminal objeto de represión

«[...] al margen de la evidente ausencia de interés jurídico del recurrente para demandar a favor de su asistido la aplicación de la circunstancia excluyente de responsabilidad, consagrada en el numeral 5° del artículo 32 del Estatuto Sustantivo Penal, relativa a obrar en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o

de un cargo público, en la medida que no fue objeto del tema específico de disenso en el recurso de apelación, se impone señalar que es imposible su reconocimiento en el caso concreto, habida cuenta que no se satisfacen los presupuestos normativos para acceder a ella.

En verdad, **la ausencia de responsabilidad por el cumplimiento de un deber legal**, implica reconocer que la conducta prohibida se configuró objetivamente pero está autorizada o permitida en el ordenamiento jurídico, de tal manera que el comportamiento se adecua en el tipo objetivo, pero carece de antijuridicidad por estar consentida por la ley.

Así, por ejemplo, en el régimen de la Ley 906 de 2004, si un agente de la Policía allana el lugar de habitación de un ciudadano contando con la orden de un fiscal que a su vez tenía motivos fundados para disponer tal procedimiento, y dicha diligencia y sus hallazgos se someten al control posterior judicial, se estará ante una conducta evidentemente lesiva de la intimidad personal y el domicilio del individuo que, con todo, está avalada por el ordenamiento legal.

En el asunto examinado, no cabe duda que **la figura del informante tiene por objeto brindar a las fuerzas de seguridad y policiales y a las autoridades judiciales encargadas de la persecución de los delitos, una herramienta necesaria para la prevención, investigación y lucha contra la criminalidad**, escenario en el que, por antonomasia no resulta extraño el contacto de los funcionarios públicos encargados de indagar por la comisión de los punibles, con personas que manifiestan tener información relevante a esos efectos, la cual suele ser recompensada económicamente por el Estado según su relevancia y efectividad.

Es así que, en vigencia del Decreto 643 de 2004, estaba previsto el pago de recompensas [...]

No obstante, como bien lo avizora la representante del Ministerio Público, es manifiesto que, **tal interacción entre los agentes estatales y las fuentes humanas en ejercicio de las labores de inteligencia y contrainteligencia no habilita la cooperación o colaboración de los primeros en las empresas criminales objeto de represión institucional**.

[...] Es así que, bajo ningún punto de vista es posible admitir que la estrecha relación de RN con los comandantes de las autodefensas (alias “[...]” y alias “[...]”) y las actividades desplegadas por aquél para favorecer los intereses paramilitares, entre las que se cuenta el suministro a las AUC de vehículos y distintivos de las fuerzas del orden y el intercambio de información oficial por la del grupo ilegal a fin de obtener resultados “positivos” en ambos escenarios, constituyen actos inherentes al servicio público de inteligencia y contrainteligencia prestadas por el antiguo DAS.

En este orden de ideas, es notorio que la demanda no tiene vocación de prosperidad».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD – Por adición: principio de trascendencia || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** se configura

«[...] en torno a la **adición** denunciada en la demanda respecto del testimonio de JDPR -que comprende las declaraciones vertidas el 29 de julio de 2009 y el mismo día y mes del año siguiente-, es claro que **le asiste razón al demandante** en que dicho atestante no aseguró exactamente lo anotado por el Tribunal en el sentido que “[...] al igual que R eran “conocidos funcionarios del D.A.S. al servicio de los paramilitares”, que tenían contacto regular con alias [...], [...]».

No obstante, dicha apreciación, aunque obviamente imprecisa, sí refleja lo narrado en contexto por el testigo, en cuanto tal como se detalló al analizar el mismo testimonio en sede del falso juicio de existencia por omisión, es evidente que no solo afirmó que los informantes: UA y NB operaban “a los dos organismos a las autodefensas y al [E]stado, tanto las autoridades sabían que ellos trabajaban con las autodefensas, como las autodefensas sabían que ellos trabajaban con las autoridades, incluso O le consultaba al comandante [...] qu[é] le podía entregar a las autoridades y qu[é] no”, sino que PR indicó que vio a los procesados, en dos ocasiones, cuando se reunieron con su comandante alias “[...]”

[...] A partir de esta información, entonces, igualmente es viable inferir el vínculo de los enjuiciados con las autodefensas, en calidad de cooperantes.

De esta manera, es posible concluir **que ningún error relevante** en el juicio de ponderación probatoria se percibe en la sentencia de segunda instancia que estableció la responsabilidad penal de SG en el delito de **concierto para delinquir agravado**.

Así las cosas, la Corte es del criterio que **no hay lugar a casar la sentencia condenatoria** dictada por el Tribunal».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

3. ALZAMIENTO DE BIENES

Para su configuración no se requiere que la obligación este contenida en un título ejecutivo, sino que puede ser litigiosa

Al no casar la sentencia condenatoria que declaró responsable al procesado por el delito de *alzamiento de bienes agravado*, la Sala estimó preciso recordar que este tipo penal no tiene como exigencia que la obligación se encuentre contenida en un título ejecutivo, pues también puede predicarse de una que se encuentre en disputa por vía litigiosa y que sea determinable, de modo tal que la ausencia de una obligación clara, expresa y exigible para el momento en que

se produce la conducta, no desvirtúa la configuración del delito.

SP923-2019 (51683) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ALZAMIENTO DE BIENES - Configuración: debe mediar una relación jurídica obligacional al momento de la acción || **ALZAMIENTO DE**

BIENES - Configuración: no se requiere que la obligación este contenida en un título ejecutivo, sino que puede ser litigiosa || **ALZAMIENTO DE BIENES - Se configura** || **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA - No se configura** || **ALZAMIENTO DE BIENES - Se configura**

«Acerca de que el Tribunal no tuvo en cuenta que entre los padres del niño lesionado y el procesado no hay relación acreedor-deudor, pues se está discutiendo ante la jurisdicción el vínculo entre el conductor del vehículo y PQ en su condición de propietario del mismo, de manera que no se configura el delito de **alzamiento de bienes**, considera la Corte que tal alegación está llamada al fracaso, pues de tiempo atrás el tema ha sido resuelto por la Sala, así:

“La existencia del delito depende de que medie una relación jurídica obligacional en el momento de la realización de la acción. La obligación debe estar, por tanto, determinada o ser determinable y poder ser objeto de materialización por los medios del derecho civil de ejecución, razón por la cual se excluyen las reclamaciones no realizables como, por ejemplo, las provenientes de los negocios ilícitos”.

Igualmente ha puntualizado la Corte que **para la configuración del delito de alzamiento de bienes no se requiere de una obligación contenida en un título ejecutivo, pues bien puede tratarse de una obligación litigiosa**, en donde el acreedor disputa una cuantía, la cual no descarta el derecho de crédito y lo habilita para perseguir los bienes del deudor.

[...] Entonces, si para el momento en el cual se produjo la enajenación de los inmuebles de propiedad de JPQ **no mediaba con los padres del niño lesionado una obligación clara, expresa y exigible contenida en un título que**

prestara mérito ejecutivo, lo cierto es que ya se adelantaba el proceso penal contra GV, conductor del vehículo de propiedad del aquí acusado involucrado en las lesiones personales y dos meses antes había tenido lugar la fallida audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Pamplona promovida por los padres del menor lesionado, es decir, **se encontraba en disputa litigiosa** la responsabilidad civil extracontractual que pudiera corresponder al propietario del automotor.

Así las cosas, se advierte que el defensor planteó como exigencia para la configuración del delito de alzamiento de bienes una clara relación entre deudor-acreedor, la cual únicamente tiene lugar cuando se trata de títulos ejecutivos, no así cuando la obligación se encuentra en disputa, pero es determinable, como ocurre en este asunto, con mayor razón si, en efecto, el 2 de mayo de 2013, a partir de que GV fue condenado penalmente el 13 de marzo de la misma anualidad, se promovió la correspondiente demanda por responsabilidad civil extracontractual contra PQ.

Considera la Corte que, contrario a lo planteado por el recurrente, los padres del menor lesionado, en su condición de representantes legales, **si tenían la condición de acreedores respecto del acusado, producto de la obligación -en aquel momento litigiosa-** derivada del delito contra la integridad personal del cual fue víctima su hijo.

La censura no está llamada a prosperar».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

4. APRECIACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO

No está supeditada a la realización de reconocimiento en fila de personas

En el fallo a través del cual se decidió *no casar* la sentencia impugnada, la Sala consideró

importante precisar que la *apreciación probatoria del testimonio* de la víctima, cuando ha efectuado una descripción precisa del sujeto activo de la conducta -inclusive por vía de *reconocimiento fotográfico-* no está supeditada a la realización del *reconocimiento en fila de personas*. En este sentido, estimó que la circunstancia de que no se hubiera practicado

esta clase de diligencia no afectaba el examen de la *prueba testimonial*, toda vez que aquélla resultaba innecesaria dada la suficiente identificación del autor del comportamiento delictivo.

SP345-2019 (52983) del 13/02/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS –

Práctica: no es necesaria cuando la finalidad para la cual fue instituido ya se ha cumplido || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** no está supeditada a la realización de reconocimiento en fila de personas || **HURTO CALIFICADO - Se configura**

«En esta oportunidad está acreditado que YKPV rindió entrevista el 8 de mayo de 2008 -a la cual se dio lectura en la audiencia del juicio oral-, en la que hizo un recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la comisión del injusto del cual fue víctima, y **describió físicamente a su agresor**. Igualmente, que el 15 de diciembre siguiente participó en el **reconocimiento fotográfico** que como acto de investigación realizó la policía judicial, fecha última en la que señaló con contundencia al acusado como la persona que perpetró el hurto.

Luego, en el juicio -sesiones del 6 de marzo y 20 de agosto de 2015- la joven PV narró el mismo episodio, **suministró las características del agresor y fue categórica en subrayar la facilidad que tuvo para identificarlo**. Al respecto, manifestó haber tenido mucho tiempo para detallarlo físicamente, pues él estuvo sentado a su lado por largo rato en la buseta conversando [...]

[...] La narración ofrecida en juicio resulta coincidente con la de su entrevista, no solo en lo concerniente al recuento de los hechos y sus circunstancias antecedentes y sucesivas, sino en la descripción física del agresor y en la manera en que, con posterioridad, por razón de una foto publicada en el periódico de un sujeto que atracaba vehículos de servicio público, la testigo pudo advertir que se trataba del mismo delincuente.

Adicionalmente, su testimonio se muestra natural, fluido, coherente y contundente, tanto en la forma en que tuvieron lugar los sucesos como en la sindicación de HM. Si bien hay alguna divergencia con lo inicialmente contado, frente al tiempo que transcurrió entre el hurto y la visualización de la imagen en el medio periodístico -ocho días y tres meses, respectivamente-, lo cierto es que, tal como lo destacó el Tribunal, en nada le resta credibilidad, en tanto la deponente fue contundente e invariable en los aspectos esenciales.

Vale la pena subrayar que la declaración de PV no fue desestimada por el a quo, en razón de haberla hallado mendaz o discordante, pues, bien lo destacó el ad quem, respecto de ella no adelantó labor alguna de apreciación.

Es claro que **no se llevó a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas, empero, no se hacía necesaria debido a que la finalidad para la cual fue instituida ya se había cumplido. El autor de la conducta punible estaba suficientemente identificado, la víctima fue precisa en dar los rasgos físicos de su agresor y reconocerlo con posterioridad en las fotografías.**

De manera, pues, **que es equívoco supeditar, como lo pretendió el a quo, la apreciación del testimonio a la efectiva realización del reconocimiento en fila de personas.**

Ahora bien, **la prueba en comento fue determinante para declarar la responsabilidad** de HM, máxime porque la llevada por la defensa no le restó poder suasorio.

En efecto, los testimonios de VLSV y RHH, son poco o nada convincentes en la medida en que, pese al paso del tiempo, en forma prodigiosa lograron recordar, con suma claridad, y detalle lo acontecido el 3 de abril de 2008 -cuando ocurrieron los hechos-, desde las primeras horas de la mañana hasta finalizar la tarde, pero no consiguieron acordarse siquiera qué hicieron los días 3 de abril de 2009 y 3 de abril del 2010. Es más, SV aseguró que tenían un contrato de trabajo con la Alcaldía, aunque más adelante adujo que era con un señor CR, de quien no se dio cuenta en el proceso.

El ad quem subrayó, además, que aun de ser ciertos los dichos de los deponentes, bien pudo el acusado perpetrar el delito porque en Ibagué *“lo que normalmente ocurre al medio día es que se*

suspenden las actividades laborales y se reinician a las dos de la tarde”.

Lo anterior revela que **el juez plural no incurrió en yerro alguno** al valorar las pruebas y que con las obrantes en el expediente **quedó suficientemente demostrada la**

responsabilidad de HM en el delito de hurto calificado y agravado que le endilgó la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, el cargo no prospera».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

5. CONSTREÑIMIENTO ILEGAL

No se configura ante la manifestación de que se instaurará denuncia penal, por no ser capaz de producir el sometimiento de la voluntad del sujeto pasivo

Al inadmitir la demanda de casación, la Sala encontró preciso referirse al tipo penal de *constreñimiento ilegal* y particularmente a las condiciones en que puede predicarse su estructuración, acotando que la manifestación de que se instaurará denuncia penal o querella, no constituye un acto con la entidad suficiente para someter la voluntad del sujeto pasivo en orden a que haga, tolere u omita alguna cosa.

AP911-2019 (53159) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - Elementos: verbo rector, constreñir || **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - No se configura:** ante la manifestación de que se instaurará denuncia penal, por no ser capaz de producir el sometimiento de la voluntad del sujeto pasivo || **QUERELLA - Concepto**

«El artículo 182 del Código Penal tipifica el delito de **constreñimiento ilegal**, así: “*El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión...*”

La Corte ha dicho que constreñir es “*obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas presión sobre una persona alterando el proceso de formación de*

su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas” (CSJ SP7830-2017, Rad. 46165; CSJ SP14623-2014, Rad. 34282; CSJ SP621-2018, Rad. 51482, entre otras).

El constreñimiento tiene lugar entonces por el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas que intimiden a alguien con el anuncio de la provocación de un daño o mal futuro, que, en todo caso, no deba soportar.

[...] En este contexto, no cabe duda que **la interposición de una denuncia penal** cuando se ha sido sorprendido presuntamente en la comisión de un delito, y la posibilidad de ser privado de la libertad, como consecuencia de un proceso penal, indiscutiblemente generan una sensación de zozobra e incluso temor, para quien soporta la acción del Estado.

Sin embargo, para la Corte, el sólo hecho de que AARL **le hubiese manifestado** a AMMM **que la iba a denunciar penalmente** por haberse apropiado de dineros y objetos de la empresa, y que por tanto, iría a la cárcel por varios años, **es insuficiente para predicar que se trata de una amenaza capaz de producir en ella el sometimiento de su voluntad y**, en consecuencia, **la realización de acciones distintas a las que hubiese adelantado** en condiciones distintas.

En efecto, la interposición de una **querella** es un derecho ciudadano, que consiste en poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos de que ha sido víctima. Y, realizar acuerdos con el fin de obtener el resarcimiento de los daños causados por la presunta comisión de un delito, está permitido por la ley.

Máxime cuando dentro de este asunto se probó que la entrega de su liquidación, de sus

cesantías, de 22 joyas y la firma de una letra de cambio en blanco, ocurrió como consecuencia de un convenio celebrado entre AARL y AMMM, consistente en que esta última resarciría el daño causado para evitar la iniciación de un proceso penal, **sin que, por otra parte, aparezca demostrado que cada una de estas acciones las llevó a cabo contrariando su voluntad o**

sojuzgada por un proceder ilícito de los acusados».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

6. DELITOS SEXUALES - AGRAVANTE POR EL CARÁCTER, POSICIÓN O CARGO:

De la familiaridad entre víctima y victimario no se deriva siempre una percepción o relación de autoridad

Al garantizar en forma oficiosa el principio de la doble conformidad, la Sala decidió redosificar la sanción impuesta al condenado por el delito de acto sexual violento cometido respecto de un menor de edad, tras advertir necesario excluir el agravante relativo al carácter, posición o cargo que pudiese predicarse del sujeto activo. En este sentido, explicó que no es correcto concluir que la supuesta existencia de una relación familiar - cercana, lejana, de afinidad o de consanguinidad- necesariamente comporte un vínculo o percepción de autoridad entre el victimario y la víctima, sino que tales aspectos deben estar debidamente probados dentro de la actuación, lo que no ocurrió en el asunto examinado.

SP789-2019 (50589) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACTO SEXUAL VIOLENTO - Agravado: por el carácter, posición o cargo, que impulse la víctima a depositar la confianza en el victimario
|| **DICTAMEN PERICIAL - Examen psiquiátrico:** apreciación || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo:** de la familiaridad entre víctima

y victimario no se deriva siempre una percepción o relación de autoridad

«[...] a juicio de la Corte no existe prueba de la materialidad de la causal de agravación que consagra el artículo 211-2.º del C. Penal. Ésta determina lo siguiente: “Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando... 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o le impulse a depositar en él su confianza”. Así, la causal se configura cuando el agente ostenta una posición, carácter o cargo que le da una particular autoridad sobre la víctima, o bien, cuando ese mismo carácter, posición o cargo obliga a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta.

En el caso presente, la acusación no revela con precisión cuál fue la circunstancia fáctica que permitiría aplicar la causal; tampoco dice si esta se materializó debido a que el carácter, posición o cargo que ostentaba el agente le otorgaba una particular autoridad sobre el menor, o si ese mismo carácter, cargo o posición del sujeto activo obligaba a la víctima a depositar en él su confianza. Allí, en la acusación, solamente se enuncia y transcribe la causal, y se dice que el hoy procesado era familiar (no se precisa esta condición) del esposo de la sobrina de la denunciante; nada más.

De la sentencia se infiere que para el Tribunal la causal de agravación se materializa por la autoridad que supuestamente tendría PRM sobre el menor PA. Dicha autoridad la deriva la sentencia de la familiaridad existente entre la víctima y el antes mencionado, pues aquel sería pariente de una prima del joven ofendido

[...] De manera complementaria, la decisión del Tribunal añadió: que “existía un alto grado de confianza derivado de su cercanía familiar”; que la víctima visitaba a RM con ocasión de la celebración de eventos familiares; y que aquel le hacía regalos materiales, lo cual, en criterio de la citada Corporación, fue corroborado por la madre y prima del menor.

Pues bien, la Corte insiste en que **la materialidad de la causal de agravación carece de demostración:**

En primer lugar, porque no existe prueba de que el ofendido sea familiar del hoy procesado; ese vínculo -que el Tribunal da por demostrado a partir del dicho de la madre de la víctima y de su prima GLR - existiría entre el esposo de la prima de la víctima y el señor RM, en el sentido de que, al parecer, este último sería tío del anterior, vínculo que -se insiste- no aparece suficientemente demostrado, como tampoco lo está que el sobrino del hoy procesado sea cónyuge de una prima de la víctima.

En segundo término, porque **resulta cuestionable concluir que de la sola supuesta familiaridad entre víctima y victimario se derive siempre y necesariamente una percepción o relación de autoridad.**

Lo anterior significa que, para el caso presente, **la relación entre víctima y victimario, si pudiera tenerse por demostrada, sería un lejano vínculo de afinidad,** no de consanguinidad. Y es que, de todos modos, ese lejano vínculo de afinidad **tampoco aparece probado en la actuación,** pues para tenerlo como tal ha debido demostrarse la unión (matrimonial o de hecho) entre la prima del joven PA. y el sobrino del ofensor, así como el vínculo de consanguinidad entre RM y su sobrino, esposo de la prima del menor: nada de esto encuentra cabal acreditación en el proceso, ni fue objeto de una especial indagación en los interrogatorios.

Adicionalmente, dígase que el supuesto vínculo de familiaridad entre la víctima y el agresor, que el Tribunal estima acreditado, no es de aquellos que naturalmente, o acorde con las convenciones y usos sociales, representan autoridad: esta suele caracterizar las relaciones familiares entre los hijos con sus padres, con sus abuelos, con sus hermanos mayores o con sus tíos adultos; pero no aparece claro ni suele suceder que esa autoridad -o la percepción de la misma-

provenga naturalmente del tío del esposo de una prima, o por lo menos tal cosa no se probó en el proceso.

En contraste, lo que se acreditó fue que el contacto en el ámbito familiar entre víctima y victimario fue muy ocasional y relativamente escaso. Y el hecho de que -como así lo refiere GLRR - en una celebración familiar acaecida tres años antes de los hechos RM le hubiera regalado veinte mil pesos a PA., al igual que lo hizo con los demás niños de la familia que allí estaban presentes, no parece ser una circunstancia que le diera una particular autoridad sobre el infante.

Por otra parte, la supuesta autoridad que tendría el hoy procesado sobre el niño fue negada por la citada RR, quien declaró que PRM no ejercía autoridad o mando alguno sobre PA., y que tal cosa no sería posible con apenas cinco encuentros familiares a lo largo de la vida del joven, y con un conocimiento personal muy superficial.

No se desconoce que el **perito siquiatra concluyó** en su informe **que el victimario era percibido por el ofendido como una figura de autoridad.** Pero -una vez más, y al igual que lo hiciera el Tribunal-, **esa autoridad la dedujo el perito del vínculo familiar, como si pudiera afirmarse que toda relación familiar -cercana, lejana, de afinidad o de consanguinidad- necesariamente llevara consigo también un vínculo o percepción de autoridad.**

Por las anteriores razones, **la Corte**, en sede de verificación del principio de doble conformidad, en particular en lo que tiene que ver con el **sustento probatorio del juicio de condena, no encuentra acreditada la causal de agravación deducida en la acusación y en la decisión del Tribunal».**

DOBLE CONFORMIDAD - Redosificación punitiva || ACTO SEXUAL VIOLENTO - Dosificación punitiva || DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia: revoca parcialmente

«[...] la Corte **modificará parcialmente** la pena de prisión impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá y procederá a su **redosificación**, pues la **causal de agravación** indebidamente deducida supuso un incremento de la tercera parte a la mitad, respecto de la pena contemplada en artículo 206 del C. P. (modificado por el art. 2.º

de la Ley 1236 de 2008), tipo penal básico que determina la pena para el delito de acto sexual violento entre 96 y 192 meses de prisión. El incremento de la tercera parte a la mitad de la pena (según el art. 211, numeral 2.º, del mismo estatuto) arroja un mínimo de 128 y máximo de 168 meses de prisión.

El Tribunal, en virtud del incremento punitivo que acarrea la citada causal de agravación, fijó la pena de prisión en el límite inferior del primer cuarto de movilidad, esto es, en 128 meses de prisión. De manera que, una vez excluida la circunstancia que permite ese aumento, la pena de prisión habrá de fijarse definitivamente -con los mismos criterios deducidos en la sentencia- en el límite inferior del primer cuarto de punibilidad que se extrae del tipo penal básico (art. 206 del C. Penal), esto es, en 96 meses de prisión, lapso al que, igualmente, se reducirá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

[...] En virtud del examen de la **garantía de doble conformidad** que ampara la primera condena, la Corte habrá de **revocar parcialmente** la sentencia dictada por el Tribunal, en el sentido de indicar que el procesado PRM es responsable a título de autor del delito de acto sexual violento (artículo 206 del Código Penal), **sin la causal de agravación consagrada en el numeral 2.º del artículo 211 del mismo estatuto.**

Como consecuencia de lo anterior, **redosificará** la pena principal de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y las fijará definitivamente en 96 meses.

En todo lo demás **confirmará** el fallo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

7. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

No se vulnera cuando lo analizado no es la admisión o inadmisión de autoría o participación, sino otros aspectos del testimonio del procesado

Al decidir no casar la sentencia impugnada, en la que se condenó al procesado como autor responsable del delito de *Homicidio Agravado*, la Sala encontró preciso referirse a la *sustentación del recurso de apelación*, bajo la óptica del *sistema penal acusatorio*, en orden a indicar que la ley no impone solemnidad o formalidades especiales para cumplir con dicha obligación. Recabó el criterio vigente sobre la ausencia de vulneración de garantías por la inviabilidad de realizar la *audiencia de individualización de pena y sentencia* en sede de *segunda instancia*. También aludió al *error de hecho* denominado *falso juicio de existencia por omisión de la prueba*, de cara al *principio de trascendencia*; y analizó especialmente el *derecho a la no autoincriminación* del acusado, para indicar que dicha prerrogativa constitucional no se

desconoce en eventos en que se valora su *testimonio* en relación con aspectos distintos a la *autoría y participación*, de modo tal que resulta válido extraer conclusiones por vía *indiciaria* de sus afirmaciones carentes de sinceridad sobre otros tópicos, para fundamentar el fallo.

SP973-2019 (50396) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Desierto: indebida sustentación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** sustentación, oportunidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** sustentación, la ley no impone solemnidades ni formalidades determinadas para el cumplimiento de tal obligación || **RECURSO DE APELACIÓN - Sustentación:** basta que el impugnante aduzca los fundamentos de hecho o de derecho por los

cuales no comparte la providencia recurrida, así lo haga de manera breve y sencilla pero clara || **NULIDAD - Falta de competencia:** no se configura

«Para el casacionista la falta de sustentación en debida forma de la apelación, imponía al Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 179A de la Ley 906 de 2004, declarar desierto el recurso interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia absolutoria.

Considera escueto y superficial el disenso por limitarse a señalar que el testigo MAPC fue claro y conciso en el señalamiento del acusado, a hacer algunas precisiones y a advertir que no es prueba de referencia.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004, impone al apelante la **obligación de sustentar el recurso** oralmente en la audiencia de lectura de fallo, o por escrito en los cinco días siguientes. **De no cumplirla, se declarará desierto.**

La citada disposición legal **no impone solemnidades ni formalidades determinadas para el cumplimiento de tal obligación**, trátese de sustentación oral o escrita. La discrepancia con la decisión judicial demanda la exposición de las razones fácticas, jurídicas o probatorias por las cuales el recurrente no está de acuerdo con ella.

Basta que el impugnante, aduzca los fundamentos de hecho o de derecho por los cuales no comparte la providencia recurrida, así lo haga breve y de manera sencilla pero clara, de modo que el superior sin dificultad identifique el tema o temas de inconformidad y pueda resolver la controversia sometida a su consideración.

Tratándose de sustentación escrita, el documento que la contiene no reclama formas precisas sino la exposición clara y precisa de los motivos de inconformidad que permita decidir la apelación.

[...] La alegación puesta de presente por el togado, según la cual el escrito de sustentación de la apelación le impidió identificar lo que la Fiscalía buscaba con él, es una opinión que coincide con su interés y no con la realidad de su contenido.

A veces basta una y no multiplicidad de razones para controvertir la decisión judicial, como también el análisis crítico de una prueba conjugada con el acervo probatorio resulta

suficiente a dicho fin; luego los reclamos del recurrente porque a su juicio no fueron varios los motivos y las pruebas aducidas en la sustentación, no hacen otra cosa que demandar exigencias no previstas en la ley, dado que su cumplimiento depende de la providencia impugnada y de las circunstancias propias del proceso.

Visto el escrito de sustentación de la apelación, la Fiscal llama la atención sobre la obligación del juez de realizar el estudio individual de cada prueba para luego apreciarla en su conjunto, advirtiendo que si en la sentencia adujo el deber del Estado de probar que alguien cometió un delito, en este caso ocurrió *“a pesar de los intentos de la defensa por confundir al testigo MPC”*.

Después de referirse a lo relatado por el testigo, expresa que *“Todos los testimonios de las personas que llegaron a juicio”* señalan que entre el occiso y el indiciado *“hubo una pelea”*, en la cual el acusado *“aseguró que lo iba a matar, todos sabían del problema”*, agregando que *“los mismos hermanos del acusado temían por su vida si decían alguna cosa respecto de la muerte de su hermano”*, para concluir en que *“hay certeza que hubo una discusión y en ella se prometió dar muerte a JA”*.

Estos aspectos no son de poca monta, toda vez que la Fiscalía se refiere al conjunto de la prueba que apoya la versión de PC, de modo que el Tribunal se encontraba habilitado para examinarla, en torno a establecer la existencia de la pelea y de la amenaza entre los hermanos mencionadas por la recurrente, y respecto de las cuales la defensa, contrario a lo afirmado por el libelista, podía controvertirlas.

Además, expresamente la apelante habla del indicio y muestra como el de presencia del acusado discutido por el a quo, se estructura a partir de la declaración de PC, y cómo es un testigo directo y no prueba de referencia, razones que considera suficientes para solicitar la revocatoria de la absolución y pedir en su lugar la condena del acusado.

En este sentido, varias son las razones de disenso que la Fiscalía adujo en el escrito y que al Tribunal permitieron examinar la prueba según lo pedido en él, esto es, en su conjunto y no de manera insular.

Desde esta perspectiva el ad quem no se inmiscuyó en temas ajenos a la impugnación,

dado que le correspondía verificar y establecer lo dicho por los testigos en el juicio oral acerca de las desavenencias entre los hermanos y lo sucedido la mañana de los hechos, a partir de lo cual construyó los indicios para declarar responsable penalmente al acusado.

En conclusión, **el escrito de sustentación de la apelación reunía las exigencias señaladas por la jurisprudencia**, razón por la cual, el Tribunal al ocuparse de resolver la impugnación no transgredió su competencia funcional. En consecuencia, **el cargo no prospera**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de individualización de la pena y sentencia: es un acto procesal propio de la primera instancia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de oralidad:** no implica que carezca de un procedimiento regulador de actos y diligencias procesales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Doble instancia:** el procedimiento de cada una de ellas es distinto por la naturaleza de las actuaciones procesales || **RECURSO DE APELACIÓN - Trámite** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Sentencia de segunda instancia:** cuando revoca la absolución no tiene aplicación el art. 447 || **NULIDAD - Debido proceso:** no se configura

«Acusa al Tribunal de haber incurrido en un vicio de estructura, al haber omitido la celebración de la audiencia de individualización de la pena prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Luego de reproducir los artículos 29 de la Carta Política, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4, 6, 8k, 10, 15, 26, 27 y 447 de la Ley 906 de 2004, el recurrente señala que el Tribunal el 2 de marzo de 2017 procedió a dar lectura a la sentencia, advirtiendo que la audiencia de individualización de la pena no se llevaba a cabo con fundamento en la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de octubre de 2012, rad. 36616.

Cita varios antecedentes jurisprudenciales, agregando que en el actual modelo de Estado Social de Derecho, el derecho se integra por reglas y principios que cumplen las tres funciones básicas de creación, interpretación e integración, las cuales son verdaderas y auténticas fuentes materiales del mismo.

En consideración a los principios como normas jurídicas que priman sobre otras, condicionan su validez y sirven de ratio decidendi, debiendo ponderarse cuando entran en conflicto con otros, para cuyo efecto reproduce los artículos 13 del Código Penal, 26 de la Ley 906 de 2004, 21 del Código Disciplinario y 11 del Código General del Proceso, encuentra que las decisiones de la Sala obedecen a un esquema propio de la lógica formal, en cuanto el sentido de la norma es lo que debe analizarse.

La Sala tiene claro que **la audiencia de individualización de la pena y sentencia, es un acto procesal propio de la primera instancia**, así en él se aborden aspectos relacionados con el culpable, la determinación de la pena y la concesión de algún subrogado, en tanto los argumentos del recurrente no llevan a reconsiderar lo sostenido hasta ahora en esta temática.

Ninguna duda existe del carácter obligatorio y prevalente de las normas rectoras, principio instituido en el artículo 26 de la Ley 906 de 2004. Tampoco de su función como fundamento de interpretación de las disposiciones procesales; pero de él no se derivan las consecuencias buscadas con la censura, escapan a su contenido.

Aunque el obligatorio cumplimiento de los procedimientos orales es necesario para respetar los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación procesal y lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, tales cometidos serán posibles siempre que prevalezca el derecho sustancial.

Ahora bien, **uno es el procedimiento mediante el cual se adelanta el juicio oral que culmina con el sentido del fallo y la obligatoria realización de la audiencia de individualización de la pena y sentencia en el caso de condena, y otro el establecido para hacer efectiva la garantía de la doble instancia** de la decisión judicial con independencia de su naturaleza, siendo ambos debidamente reglados.

En este sentido **la oralidad inherente al proceso acusatorio no implica que el sistema adversarial consagrado en él, carezca de un procedimiento regulador de los actos y diligencias procesales**, los cuales desde luego están regidos por principios aplicables a las etapas en que se desarrolla, de ahí que, por ejemplo, la concentración, confrontación e

inmediación sean propias de la audiencia de juicio oral que debe desarrollarse ante el juez de primer grado, mientras la reformatio in pejus es exigible únicamente frente al apelante único en segunda instancia.

El proceso penal acusatorio está regido entonces por dos instancias, cada una de ellas con un procedimiento distinto por la naturaleza de las actuaciones procesales que deben surtirse, aunque su fin sea el mismo: la impartición de justicia mediante una decisión de fondo que ponga término al proceso, siempre que los intervinientes no acudan a la impugnación ordinaria o extraordinaria, según sea el caso.

Por eso la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 20 el principio rector de la doble instancia para las sentencias y autos mencionados en él, y en el 178 y siguientes, regula el trámite que debe seguir el recurso de apelación contra los autos y sentencias que habilita la competencia del superior.

De ahí, que la ley haya establecido que el juez singular cuenta con 15 días para resolver la apelación y diez para citar a las partes e intervinientes *“para lectura del fallo”*; y, señalado que tratándose de Tribunal, el magistrado ponente tiene diez días para *“registrar proyecto”* y cinco la Sala para su *“estudio y decisión”*, mientras el *“fallo será leído en audiencia en el término de diez días”*.

El trámite que se surte ante el superior no hace distinción alguna; luego tratándose de sentencia con independencia de su sentido, condena o absolución, prevé únicamente su lectura, la cual deberá llevarse a cabo en audiencia.

En tales circunstancias, **la exigencia de la audiencia de individualización de la pena y sentencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 en caso de condena, en la segunda instancia es un procedimiento extraño e inadmisibles que riñe con el establecido para decidir la apelación**, mientras no es posible solicitar identidad de audiencias frente a instancias distintas.

Por esta razón, la Sala viene sosteniendo que:

“El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado.

En efecto, la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la

ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción”.

El casacionista se equivoca al manifestar que una decisión de este carácter es discriminatoria y rompe el principio de igualdad, razonamiento falso en la medida que los condenados en segunda instancia tienen identidad de trato por estar sometidos a idénticas regulaciones, mientras no puede establecer rango de comparación entre sujetos cuya condena se produce en una instancia diferente.

De otro lado, su argumento según el cual, *“condenatorio”* es una expresión genérica equivalente para ambas instancias y que mostraría que la audiencia de individualización de la pena habría de celebrarse ante la condena proferida en segunda instancia, ignora igualmente que el vocablo *“fallo”* no distingue y tampoco habilita un trámite distinto, toda vez que independientemente de su sentido, el procedimiento exige después de su aprobación su lectura en audiencia y nada más.

Adicionalmente, ante la condena de segunda instancia le surge interés jurídico para acudir en casación, en cuya sede podrá discutir lo relacionado con la pena impuesta y su lugar de ejecución, de modo que no es cierto que con la tesis de la Sala se impida al condenado la controversia sobre dichas materias.

Por último, ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, si el Tribunal no lo hizo, podrá discutir todo lo concerniente a los subrogados penales o pedir en los términos del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, la sustitución de la ejecución de la pena en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva, quien ponderará las circunstancias personales,

laborales, familiares y sociales del condenado, incluso su condición de padre cabeza de familia, que sirven de sustento al casacionista para demandar una solución distinta a la que la Sala mantendrá sin rectificación alguna.

Bajo dichas consideraciones, **el cargo no prospera**».

INDICIO - De mentira: apreciación probatoria || **INDICIO - De cargo || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusado como testigo:** juramento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusado como testigo:** diferente al testigo común || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusado como testigo:** características || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusado como testigo:** medio probatorio || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance:** no se vulnera cuando lo analizado no es la admisión o inadmisión de autoría o participación, sino otros aspectos del testimonio del procesado

«El Tribunal incurrió en este error de juicio, al deducir el indicio de mentira o mala justificación, por haber el acusado en su versión del juicio oral, negado los problemas surgidos con su hermano JA por la exigencia del pago de las mejoras y la posesión de la escopeta.

Para el casacionista, las mentiras del acusado no pueden tenerse como un **indicio de cargo**, porque sería ignorar las consecuencias del **derecho a la no autoincriminación**, en los términos de la sentencia C-621 de 1998.

Agrega que si la ley autoriza al sindicado a guardar silencio, las afirmaciones que haga al interior del proceso como mecanismo de defensa, no pueden erigirse en prueba de cargo sino de descrédito de su versión, en cuyo apoyo reproduce lo dicho por AMRC en su libro el interrogatorio y la prueba de confesión.

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004, expresa que **si el acusado ofrece declarar en su propio juicio comparecerá como testigo y bajo la gravedad del juramento**, será interrogado conforme a las reglas previstas en dicha ley.

La Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005, al decidir la constitucionalidad de la citada norma, precisó que el juramento previo a su declaración *"no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta"* y el acusado podrá *"ser interrogado, contrainterrogado y puede abstenerse de contestar las preguntas formuladas por su propio*

defensor, incluso, las que en desarrollo del contra interrogatorio efectúe la Fiscalía".

Aunque la declaración del acusado sea manifestación del derecho de defensa material y de la garantía citada, **lo expresado por él hace parte del conjunto probatorio y corresponde valorarse como testimonio**, de acuerdo con los criterios señalados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

De ahí, que *"aunque el testimonio del procesado es un medio de prueba, como lo indicó la Sala en auto de 12 de noviembre último proferido en este asunto, tiene también la connotación de medio de defensa, constituye una manifestación del derecho a la defensa material, y eso lo distingue de la prueba testimonial en términos generales considerada, lo que impone dispensarle un trato jurídico diferenciado"*.

Ciertamente le asisten las garantías de guardar silencio y de no auto incriminarse citadas por el casacionista, a cuyas prerrogativas constitucionales y legales no renuncia ni pueden ser desconocidas por el juzgador ante su voluntad de declarar en su propio juicio, de manera que si el acusado no quiso responder a parte del interrogatorio o no admitió su autoría o participación en el hecho, este comportamiento no puede originarle consecuencia alguna.

En este sentido, **la Sala precisa que el condenado puede faltar a la verdad en lo que atañe con la garantía de la no auto incriminación o callarla parcial o totalmente, pero frente a los demás aspectos que comprende su testimonio está compelido a no apartarse de ella**, sin perder su naturaleza de medio de defensa, toda vez que si otro fuera el entendimiento carecería de fundamento probatorio y no estaría sometido a las reglas fijadas en el Código, conforme lo establece el citado artículo 394.

En consecuencia, **las manifestaciones de su versión en el juicio oral que no guardan relación directa con las garantías mencionadas deben confrontarse con las demás pruebas, siendo posible a partir del análisis conjunto de los medios probatorios la construcción de indicios de responsabilidad sustentados en su relato** o determinar su verosimilitud o no, en consideración a las causas que contribuyen a dar mérito o negárselo a la prueba testimonial.

Así, la Sala ha sostenido que *“Las respuestas que dé el inculcado en la indagatoria o en el testimonio (según se trate de Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) pueden dar lugar a una confesión, que debe ser libre, espontánea y ofrecida ante autoridad competente, o **ser fuente para construir indicios en su contra**”*.

El Tribunal no erró al deducir el **indicio de la mentira**, con fundamento en la negativa del acusado a admitir *“el altercado con su hermano JA”* el día anterior a los hechos, y de acostumbrar a portar *“una escopeta”*, ya que la prueba lo controvierte en esos aspectos, entre ella, los testimonios de NDJM, WDM y FAM.

Tales indicantes nada tienen que ver con la garantía de no auto incriminación, por ser tópicos vinculados con los problemas entre el acusado y su hermano JA, quien exigía el reconocimiento de las mejoras o sembradíos para desocupar el terreno que le reclamaba MDJ, y la existencia de un arma de fuego que según los testigos siempre llevaba consigo.

Desde tal perspectiva **el recurrente no tiene razón, dado que lo reprochado no es la admisión o inadmisión por parte del acusado de la autoría o participación en el delito, sino su falta de sinceridad sobre otros aspectos a los cuales se refirió en su declaración**».

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión: principio de trascendencia || **SENTENCIA - Condenatoria:** principio de doble conformidad || **INDICIO - Técnica para atacarlo en casación** || **INDICIO - Apreciación probatoria** || **HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura**

«El ad quem habría incurrido en este error al omitir el indicio de *“la personalidad del acusado”*, el cual se configura a partir de las declaraciones de sus hermanos y de CHC.

El casacionista parte de un supuesto equivocado, dado que los errores probatorios recaen sobre los elementos de convicción y no en el medio de prueba. Esto es, **lo omitido es la prueba testimonial que no es contemplada materialmente y no el indicio** que es un proceso mental lógico inductivo deductivo; en ese caso, compete **acreditar el error** de hecho o de derecho que recae **sobre la prueba que acredita el hecho indicador**, para después mostrar qué se **infiera** de ella.

Independientemente de tal falencia, las manifestaciones del testigo HC acerca de la

personalidad del acusado, a quien señala como querido en la región, dedicado al hogar, buen amigo, esposo, padre y compañero, **carecen de trascendencia** frente a la responsabilidad del acusado, es un aspecto que corresponde apreciar al momento de valorar el testimonio.

Baste con señalar que esa *“imposibilidad moral”* de la cual habla el recurrente, precisamente está desvirtuada con los medios de prueba incorporados y practicados en el juicio oral, los cuales comprometen la responsabilidad del acusado en el homicidio de su hermano JA, de ahí que **carezca de importancia que el Tribunal no se haya referido a sus calidades personales, sociales y familiares**; no obstante, en la determinación de la pena genéricamente reconoció su *“buena conducta anterior”*, para imponerle el mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva.

En tales circunstancias, ninguno de los cargos propuestos en la demanda, según lo visto en precedencia, tuvo vocación de prosperidad.

Además, para satisfacer el **principio de doble conformidad judicial**, la Sala advierte que los fundamentos probatorios sobre los cuales el Tribunal sustenta la revocatoria de la sentencia no dan lugar a la duda, son suficientes y colman los presupuestos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 en orden a declarar a MDJMV **autor responsable del delito de homicidio agravado** en su hermano JA.

En efecto, con la estipulación probatoria del acta de inspección del cadáver de JAMV y del protocolo de necropsia, quedó establecido como causa de su muerte *“choque neurogénico secundario a laceración encefálica debido a herida por arma de fuego en cráneo”*.

[...] En tales circunstancias, entre los hermanos MDJ y ADJ surgió una disputa, toda vez que el último reclamaba una compensación en dinero, diez millones de pesos, por las mejoras y sembradíos que había realizado y tenía en la tierra que se le pedía devolver.

A pesar del comportamiento camorrista que PH le atribuyó, lo cierto es que nadie ni incluso el mismo testigo, señalan que JA hubiera tenido discusiones o riñas con sus vecinos en razón de las cuales tuviera enemigos en el sector donde vivía, de modo que su testimonio insular carece como ya se dijo de credibilidad.

El conjunto de hechos y circunstancias muestra sin hesitación, que a raíz de las exigencias de desalojar la casa de HC y pedir una retribución económica, MDJ amenazó de muerte a su hermano; fue visto por NNDJ y FA apuntarle al cuerpo y perseguirlo con la escopeta que acostumbraba a portar, el día anterior y horas antes del homicidio; y, dos minutos aproximadamente después que MAP escuchara el disparo, salir corriendo con su escopeta en la mano derecha del lugar en el que fuera hallado muerto ADJ.

En conclusión, la Sala encuentra luego del examen del proceso para resolver de fondo la demanda de casación y de la prueba incorporada en el juicio oral, suficientes los medios de conocimiento para al tenor de las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, **mantener sin modificación alguna la condena impuesta en segunda instancia** a MDJMV».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

8. DOBLE CONFORMIDAD

Procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho a interponer la impugnación especial ante la Sala de Casación Penal, cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia

Bajo los parámetros de la *finalidad integradora* de la *jurisprudencia* y en cumplimiento de una decisión de *amparo tutelar*, la Corte consideró necesario estudiar nuevamente el tema alusivo al principio de la *doble conformidad*, para establecer *medidas provisionales* ante la carencia de regulación legal, en virtud de las cuales consideró que sí resulta dable el ejercicio de la *impugnación especial* ante la *Sala de Casación Penal*, cuando la primera sentencia condenatoria es emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Igualmente aclaró que este derecho del condenado está desprovisto de la *técnica casacional*, pues el mecanismo se soporta sustancialmente en la lógica que rige la *apelación*, y puntualizó que respecto de la decisión que la resuelve no cabe el *recurso extraordinario de casación*.

AP1263-2019 (54215) del 3/04/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: evento en que la Sala da cumplimiento a una sentencia de tutela || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** evolución de los criterios jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal, ante el vacío legal || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procedimiento y medidas provisionales para garantizar el derecho cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procede ante Sala de Casación Penal, cuando la primera condena fue emitida en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** está desprovista de la técnica de la casación y se rige por la lógica del recurso de apelación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** contra la decisión que la resuelve no procede la casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** se rige por los términos procesales de la casación || **JURISPRUDENCIA - Finalidad integradora**

«[...] previo a resolver la «apelación» propuesta por el señor AVR, debe hacer las siguientes acotaciones:

Con el Acto Legislativo 01 de 2018 se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria. Fue así como en el artículo 3°, por el cual modificó el 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. Obsérvese:

“Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:
(...)”

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. (Negrillas fuera del texto original).”

Es claro que **para la fecha no se ha expedido la ley** prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el **procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia** (términos y recursos).

Ese fue el motivo por el cual **esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación**, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un «examen integral de la decisión recurrida».

Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)-, dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad. 50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las admitió

sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que revocó la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).

Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, **atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores.**

Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, **resguardará así esa garantía:**

(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, **el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo**, ya sea directamente o por conducto de apoderado, **cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.**

(iii) La **sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación.** Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la **impugnación especial** para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes

tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de

recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.

Teniendo en cuenta que en esta ocasión, según obra en el expediente, el Tribunal corrió traslado de la **impugnación especial** a los no recurrentes, la Sala procederá a resolver de fondo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

9. ERROR DE TIPO

Duda probatoria sobre su existencia se resuelve a favor del procesado

Habiendo decidido casar la sentencia impugnada, para absolver al acusado del cargo formulado por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, la Sala advirtió configurado un *falso juicio de identidad* por cercenamiento de la prueba, que conllevó al Tribunal a dar por cierto el conocimiento de aquél sobre el *elemento normativo* de la conducta, referido a la edad de la víctima.

Consecuentemente, ponderó que en el caso concreto se colegía *duda* sobre la configuración del *error de tipo* alegado por la defensa, la cual

debía resolverse a favor del procesado, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

SP922-2019 (53473) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ERROR DE TIPO - Se configura: cuando el sujeto activo desconoce que su comportamiento se adecua a un delito || **ERROR DE TIPO - Configuración:** excluye el dolo porque afecta el aspecto cognitivo, incidiendo en la responsabilidad || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de tipo:** se

configura cuando el sujeto activo cree que la persona con la que se sostiene relaciones consensuadas supera esa edad || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - **Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **IN DUBIO PRO REO** - **Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **DICTAMEN PERICIAL** - **Informe técnico médico legal sexológico:** valor probatorio || **PRUEBA DOCUMENTAL** - **Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp):** apreciación || **TESTIMONIO** - **Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, incoherencia del relato

«[...] la Sala ha precisado que el **error de tipo** *«se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»* (CSJ SP23/05/07, Rad. 25405).

Se configura, por tanto, cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Por ejemplo, frente al tipo penal del artículo 208 del Código Penal que tipifica el **acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se configura cuando el acusado cree que la persona con la que sostiene relaciones sexuales consensuadas supera esa edad.**

En el caso que ocupa a la Sala, la responsabilidad de JEV la construyeron las instancias a partir de la declaración de [...], hermana de la joven MCPC, del peritaje del médico legista y del hecho de que el procesado pudo percibir las características de la menor, principalmente, que usaba uniforme de colegio.

Pues bien, luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, las razones de las decisiones de primera y segunda instancia, así como los argumentos del casacionista y de los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que **no se demostró más allá de toda duda, como exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que JEV era consciente de que MCPC tenía menos de 14 años** y, por ello, se casará la sentencia de segundo grado y, en su lugar, se absolverá al procesado en aplicación del artículo 7° de la Ley

906 de 2004, en virtud del cual **la duda se resuelve a su favor.**

En efecto, lo primero que la Sala advierte es que MCPC siempre afirmó que de manera voluntaria tuvo relaciones sexuales el día 15 de marzo de 2015 con el procesado, momento para el cual contaba con 13 años, 11 meses y 14 días de edad.

Lo segundo que se observa es que el médico [...], luego de examinar la dentadura y las características sexuales de la menor, dictaminó una edad aproximada de 13 años, la cual, aclaró, no es exacta y tiene un margen de error de un año, situación que evidencia que para el común de las personas no era fácil establecer la edad de la joven con el simple examen de su rostro y de la textura de su cuerpo, pues ni siquiera el legista pudo determinar ese dato con exactitud, no obstante que realizó **examen odontológico y sexológico detallado.**

En torno a la **edad** que aparentaba MCPC no se ahondó en el debate público, en la medida que no se interrogó a los testigos específicamente sobre este aspecto. Sin embargo, se aportaron las fotos que la joven publicaba en la cuenta no autorizada de **Facebook**, las cuales, a no dudarlo, impedían evidenciar a primera vista que tenía menos de 14 años, en atención a los atuendos y maquillaje que utilizaba.

Ahora, MCPC reconoció tener dos cuentas en **Facebook**. En la primera, autorizada por sus padres, usó su nombre real, pero colocó la edad de 18 años. En la segunda, desconocida por sus familiares, se identificó con un nombre falso — [...]— y se asignó la edad de 23 años. Por ésta última cuenta, la joven se comunicaba con JEV, como reconoció en el juicio.

En consecuencia, MCPC se presentaba en las **redes sociales** como una persona de más edad, no sólo por la que anotó en esas páginas, sino por las fotografías que puso en la cuenta no autorizada, circunstancia que torna probable que el procesado creyera que era mayor de 14 años, en especial cuando el día de los hechos estaba a punto de cumplir esa edad.

Como destacó el fiscal delegado ante la Corte, fue la propia MCPC quien indujo al procesado a pensar que tenía más edad de la real porque se atribuyó 18 y 23 años en las cuentas que manejaba en **Facebook** y, en todo caso, es sabido que para acceder a esa **red social** se debe tener más de 14 años de edad, resultando posible que

JEV creyera en la edad anotada en esas páginas o simplemente que superaba los 14 años.

De otra parte, el 15 de marzo de 2015, fecha de los sucesos investigados, la adolescente pidió permiso a sus padres para ir a dar una vuelta a la Villa Olímpica con su amiga APBJ. Sin embargo, según declaró ésta, era una excusa para ir a la casa de JEV, vecino del barrio que le atraía, con quien comenzó a chatear días antes por la citada red social y había iniciado una relación de noviazgo. Es decir, mintió en esa oportunidad a sus padres.

Después de la relación sexual sostenida voluntariamente, MCPC y el procesado siguieron comunicándose y dándose el trato propio de novios, según se observa en las **conversaciones de Whatsapp** de los días 15 al 17 de abril de 2015, decretadas como prueba y aportadas en el juicio, circunstancia que **deja sin sustento las afirmaciones en el juicio vertidas por la joven**, según las cuales no fue novia del acusado ni habló con él luego de los acontecimientos denunciados.

Esta nueva mentira, sumada a las dichas en sus perfiles de **Facebook** con la clara intención de revelarse como una mujer mayor de edad, impide otorgarle credibilidad a la afirmación realizada en su declaración en el juicio consistente en que en alguna de las charlas que sostuvieron en **Facebook** le contó al acusado que tenía 13 años de edad. Esa **duda razonable** acerca de la ocurrencia de tal eventualidad tendría que haberla disuelto la Fiscalía allegando como medios probatorios los chats correspondientes, de los cuales -como se sabe— quedan registros digitales».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: interrogatorio, reglas, prohibición de preguntas sugestivas, capciosas o confusas | **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura | **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto | **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de tipo:** se configura cuando el sujeto activo cree que la persona con la que se sostiene relaciones consensuadas supera esa edad | **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado | **IN DUBIO PRO REO - Error de tipo:** duda probatoria sobre su existencia se resuelve a favor del procesado | **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura**

«La principal prueba de cargo la constituye el testimonio de LMC, hermana de MCPC, quien en

el juicio señaló que cuando ésta le contó que JEV la molestaba, lo abordó porque eran compañeros de trabajo y le dijo *«que él estaba muy grande para mandarle saludes...porque ella era muy chiquita, le dije que ella era una mocosa, que pilas que ella era una mocosa y él muy grande como para estarle mandando razones»*.

Ante esa respuesta, la fiscal indagó a qué se refería cuando hablaba de «mocosa» y la deponente explicó que *«él ya es grande y mi hermana chiquita»*. Luego la funcionaria preguntó si le había dicho la edad de su hermana al acusado y ella manifestó que *«cuando yo le dije pilas que es una mocosa, dije que ella tenía 13 años»*. Esta conversación, según adujo la declarante, la sostuvo antes de que MCPC y JV consumaran el acto sexual. Por el contrario, MCPC declaró en el juicio que su hermana le contó que esa conversación se dio después de los hechos denunciados.

Pues bien, aunque el fiscal delegado ante la Corte aduce que la respuesta sobre la edad de la joven se obtuvo con violación de los artículos 391 inciso primero y 392 literal b de la Ley 906 de 2004, que **prohíben las preguntas sugestivas**, la Sala encuentra que **ello no es así**, porque fue formulada de forma abierta y se refería al tema principal de prueba, esto es, establecer si el procesado sabía la edad de la menor. Por demás, no incluía la respuesta y permitía contestar sí o no. Distinto hubiese sido, por ejemplo, que se preguntara, *¿advirtió usted al procesado que su hermana tenía 13 años de edad o que era menor de 14 años?*, caso en el cual, evidentemente debería excluirse la respuesta por infringir las reglas de producción de la prueba el juicio.

LMC manifestó en su testimonio, en tres ocasiones diversas, que le dijo a JEV que no se metiera con su hermana porque *«él era muy grande y su hermana muy chiquita, una mocosa»*. Sólo cuando la fiscal le preguntó, *¿si le llegó a indicar que edad tenía su hermana?*», la testigo afirmó haberle dicho que tenía 13 años.

MCPC, como se advirtió antes, declaró en el juicio que LM le dijo que había hablado con JEV después de que ella le contó sobre el acto sexual y que le había dicho *«que no se metiera conmigo porque yo era menor de edad»*, expresión ésta cercenada por las instancias y que era fundamental para analizar la fiabilidad del dicho de LM. Se trata de una contradicción evidente de las hermanas. LM declaró que el diálogo ocurrió antes del suceso investigado y MCPC aseguró que la charla fue posterior al encuentro sexual.

Claramente existe una diferencia sustancial y trascendente que contribuye a generar incertidumbre acerca de la posible configuración del error de tipo aducido por la defensa. Con mayor razón cuando JV, concordante con MCPC, reconoció que LM lo recriminó y le dijo que su hermana era menor de edad, pero que ello ocurrió después de la relación sexual.

De esta manera, el **falso juicio de identidad denunciado se configura** porque **el aparte del testimonio de MCPC, no tenido en cuenta por el juzgador, genera vacilación** en torno a si en verdad LMC le informó a JEV, antes de los sucesos investigados, que MCPC era menor de 14 años.

De acuerdo al artículo 380 de la Ley 906 de 2004, «los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto». En contravía de ese mandato, las instancias valoraron aisladamente las afirmaciones de LMC porque las separaron de las específicas circunstancias en que las vertió, de la declaración de MCPC, así como del restante material probatorio acopiado en el juicio. Si hubiesen ponderado conjuntamente la prueba, habrían colegido la existencia de **incertidumbre** sobre el momento en el que la declarante dialogó con el procesado, así como sobre el alcance de la conversación.

Sin los errores denunciados y demostrados, los falladores habrían colegido **la existencia de duda sobre la configuración del error de tipo** aducido por la defensa, por cuanto el material probatorio acopiado en el juicio **no permite dilucidar si**, antes de sostener la cópula sexual, JEV **sabía**

que MCPC tenía menos de 14 años, porque las pruebas refieren que la joven se presentaba en sus cuentas de Facebook con una edad mucho mayor a la real, subió fotos en las que aparentaba tener más de 14 años y es **incierto** si LMC le advirtió al procesado antes del encuentro sexual que su hermana no había alcanzado la edad de 14 años.

Esa situación impone aplicar el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual **la duda se resuelve a favor del acusado** porque no se cuenta con la certeza exigida por el artículo 381 del mismo estatuto para condenar.

Lo anterior, se repite, porque **es posible que JEV no supiera cuál era la edad real de MCPC para el momento en que la accedió carnalmente**, lo que es trascendente atendiendo que la ilicitud por la que fue acusado solo admite la modalidad dolosa y tal elemento subjetivo se verifica cuando el agente al realizar la conducta típica conoce los hechos constitutivos de la infracción penal, en este caso, que la persona con quien sostiene relaciones sexuales es menor de catorce años.

La Sala **revocará** los fallos de primera y segunda instancia y, en su lugar, **absolverá** a JEV del cargo por **acceso carnal abusivo con menor de catorce años formulado** por la Fiscalía. Consecuentemente, ordenará su libertad inmediata, así como la cancelación de las anotaciones surtidas con ocasión de este proceso».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

10. EXTRADICIÓN

A la Corte no le corresponde decidir ni opinar sobre la condición de refugiado del requerido, pues tal función es de competencia del Presidente de la República

Al emitir *concepto favorable* a la solicitud de *extradición*, la Corporación explicó que no es de su resorte *decidir ni opinar* sobre la condición de *refugiado del requerido* ni respecto a la aplicación del *principio de no devolución a otro país*, porque la determinación de tales aspectos, no sólo resulta ajena a los temas que conciernen

al trámite asignado a la Sala, sino que es de *competencia exclusiva* del Presidente de la República.

CP029-2019 (52965) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RELACIONES INTERNACIONALES - Dirección por el Presidente de la República || **EXTRADICIÓN - Ejecutivo:** decisión final frente al pedido de extradición || **EXTRADICIÓN - Condición de refugiado:** principio de no devolución a otro país, su aplicación compete al Ejecutivo || **EXTRADICIÓN - Condición de refugiado:** principio de no devolución a otro país, competencia del Ejecutivo || **EXTRADICIÓN - Competencia de la Corte:** no le corresponde decidir ni opinar sobre la condición de refugiado del requerido, pues tal función es de competencia del Presidente de la República || **EXTRADICIÓN - Competencia de la Corte:** no le corresponde decidir ni opinar sobre el principio de no devolución a otro país, pues tal función es competencia del Presidente de la República || **EXTRADICIÓN - Concepto de Corte Suprema de Justicia**

« En términos del artículo 189, numeral 2°, de la Constitución política, al **Presidente de la República**, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, corresponde dirigir las relaciones internacionales.

No por diversa razón sustantiva es a él, a su gobierno, a quien **conciérne**, entre otras funciones relacionadas, conceder o negar la extradición, solicitarla cuando se trate de extradición activa, conceder el asilo, expulsar o deportar a extranjeros y **reconocer o negar la condición de refugiado, al igual que aplicar o no el “principio de no devolución a otro país”**, de conformidad con las previsiones del Decreto 1067 de 2015 que a su vez compiló las disposiciones del Decreto 2840 de 2013, por medio del cual se *“establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones”*.

Por lo mismo, **no compete a la Corte** negar o conceder la extradición, así su opinión negativa sea vinculante, **tampoco reconocer la condición de refugiado, ni decidir sobre la aplicación del principio de no devolución a**

otro país, o la vigencia de los tratados, o de las órdenes internacionales de aprehensión; simplemente y entratándose del mecanismo internacional de cooperación, cual es la extradición, le corresponde emitir apenas un concepto restringido a temas muy puntuales establecidos en el tratado que rijan con el país requirente o, en su defecto, en el Código de Procedimiento Penal.

Dentro de tales temas no se encuentra ciertamente, como lo reconoce la defensa del solicitado y aun con independencia de algún requisito que eventualmente y según el tratado deba examinarse en torno a las condiciones necesarias para proferir medida de aseguramiento, determinar la inocencia o responsabilidad de aquél frente a los hechos que en el Estado petente se le imputan, tampoco establecer la condición de refugiado que pueda tener o a la que aspire el requerido, ni los efectos de una solicitud al respecto y mucho menos la aplicación del principio de no devolución, de acuerdo con el cual y de conformidad con el artículo 2.2.3.1.6.20 del Decreto 1067 de 2015, *“No se devolverá al solicitante de refugio a otro país, sea o no de origen, donde su vida, libertad e integridad personal peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”*.

Por tanto, más allá del sustento fáctico o normativo internacional que puedan tener las consideraciones o alegaciones de la defensa, lo evidente es que **a la Corte no compete decidir y ni siquiera opinar, sobre los efectos de una solicitud de refugio que corresponde reconocer o no al Gobierno Nacional, tampoco sobre el principio de no devolución a otro país**, ni acerca de la vigencia o validez de los tratados internacionales, o de las órdenes de aprehensión emanadas de autoridades internacionales; siendo todo ello del ámbito de las relaciones internacionales, **su manejo concierne al Presidente de la República**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Inicio

11. EXTRADICIÓN

Terminación del trámite por carencia de objeto, derivada de renuncia, retiro o desistimiento de la solicitud

Tomando como referencia el *reconocimiento* por parte del *ejecutivo del presidente interino* de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala encontró preciso disponer la *terminación* del trámite de *extradición* respecto de una ciudadana que había sido *requerida* por el citado Estado, considerando particularmente la nota verbal remitida por el *embajador acreditado* en Colombia, quien renunció a la prosecución del referido asunto, generando con ello, la consecuente *carencia de objeto* del procedimiento.

AP2269-2019 (54256) del 12/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Venezuela: reconocimiento por parte del ejecutivo del presidente interino || **EXTRADICIÓN - Desistimiento de la solicitud de extradición** || **EXTRADICIÓN - Retiro de la solicitud** || **EXTRADICIÓN - Carencia de objeto:** terminación del trámite por renuncia, retiro o desistimiento de la solicitud

«El Gobierno de Colombia a través de su Presidente, Iván Duque Márquez, el pasado 23 de enero de 2019, **reconoció como Presidente interino de la República Bolivariana de**

Venezuela, al Presidente de la Asamblea Nacional de ese país, JUAN GUAIDÓ.

El 21 de febrero siguiente, el mandatario Colombiano, recibió las cartas credenciales de HUMBERTO CALDERÓN BERTI, que lo **acreditan como embajador de la República Bolivariana de Venezuela**, designado por el presidente de ese Estado, JUAN GUAIDÓ.

Ahora, como mediante **Nota verbal** de fecha 21 de marzo de 2019, el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela a través de su **embajador reconocido** en nuestro país, **retira la petición de extradición** de la ciudadana venezolana SRNB, a la Corte no le queda alternativa distinta que la de **dar por terminado el trámite** adelantado en relación con la ciudadana en mención, por cuanto la decisión que sirve de fundamento a la solicitud de entrega y que dio lugar a la privación de su libertad ha sido **desistida**.

La **renuncia de la petición de extradición expresada por parte del Gobierno requirente**, como lo ha aceptado la Sala, **termina el procedimiento de extradición**, pues en esas condiciones cualquier actuación tendiente a la entrega **carece de objeto**.

Esa es la razón por la cual el Fiscal General de la Nación canceló la orden de captura proferida en contra de la citada ciudadana y ordenó su libertad para los fines exclusivos de este procedimiento, una vez constató que ésta no registra órdenes de captura o requerimientos judiciales diversos a este trámite.

En consecuencia, se **declarará terminado el trámite** y se ordenará la remisión de las diligencias al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de su cargo».

Jurisprudencia Relacionada:
AP1676-2019(54556)

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

12. FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Se configura al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio

Al *casar* la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, restablecer la absolutoria emitida por el Juzgado de instancia respecto del delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, la Sala advirtió configurada la *violación indirecta de la ley sustancial* fundada en un

falso juicio de legalidad, en razón a que, sin agotar el debido proceso probatorio, el fallador utilizó los dictámenes periciales argumentando que constituían un todo, para incorporar equivocadamente a la actuación declaraciones de la menor anteriores al juicio, con las que fundamentó su decisión, al encontrarlas atendibles para contrastar la que rindió durante la audiencia. Esto implicó que, al resultar necesaria su exclusión de la valoración jurídico probatoria, no se superaran las dudas razonables que ofreció el caso en punto a la acusación efectuada al procesado.

SP791-2019 (47140) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - **Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, alcance, para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Actos de investigación:** son actos preparatorios del juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Prueba de referencia:** incorporación al juicio, procedimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** - **Configuración:** al valorar como medio de prueba un elemento que no reúne las exigencias de ley || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD** - **Se configura:** al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO** - **Se vulnera** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - **Declaraciones rendidas antes del juicio:** si las partes pretenden utilizar las anamnesis de las pericias sexológicas, psicológicas o psiquiátricas de menor de edad víctima de delitos sexuales, deben solicitar su incorporación como prueba de referencia || **FALSO RACIOCINIO** - **No se configura**

«A la causal tercera de casación acudió el demandante para denunciar la **infracción**

indirecta de la ley por errores de apreciación probatoria, y concretamente por haber incurrido en errores de hecho que influyeron negativamente en las reglas de la sana crítica.

Al sustentar el cargo el recurrente mezcló menciones a errores de raciocinio y falsos juicios de existencia. No obstante, realmente propone un **falso juicio de legalidad**, al afirmar que la sentencia se sustentó en declaraciones por fuera del juicio oral realizadas por la menor a la médica legista y a la sicóloga, las cuales solo pueden emplearse para refrescar memoria o impugnar la credibilidad, cuando el testigo acude al juicio oral (SP del 21 de enero de 2017, Rad. 44950).

La Sala examinará, entonces, **si el Tribunal apreció y le dio valor de prueba a declaraciones realizadas por fuera del juicio oral**, como en últimas lo sugiere el demandante, **o si podía emplear las versiones recogidas en los conceptos periciales para estimar el testimonio que la niña ofreció en el juicio**.

[...] Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad. Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal -si es histórica o discursiva—, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004).

Por claro que parezca, es necesario reafirmar que en el sistema de la Ley 906 de 2004, **los actos de investigación son actos preparatorios del juicio**. Eso implica que **si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación)**, el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es.

En este sentido hay que señalar que **la fiscalía no empleó la entrevista que la menor le concedió al investigador judicial JUR para impugnar credibilidad**. En su lugar **pretendió que se tuviera como prueba de referencia, algo inaceptable en este caso**, así la testigo sea menor de edad y posible víctima de un abuso sexual, **pues dicha opción**, en el contexto del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, modificado por el numeral 3 de la Ley 1652 de 2013, **ha de**

entenderse que procede cuando la menor no comparece al juicio, salvo que, como lo ha precisado la Sala en la SP del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, la edad, naturaleza del delito y particularidades del menor, justifiquen el uso de las declaraciones anteriores a título de **prueba de referencia**, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral, suceso que puede obedecer a la necesidad de protegerlo por su debilidad o para evitar su revictimización, lo cual refuerza la idea de que la excepción a los principios básicos del sistema en temas de prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad (artículo 438 de la Ley 906 de 2004).

Para finalizar no sobra reiterar que, en estos casos, **en que se pretende emplear las declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia**, como es obvio, **se debe cumplir con el debido proceso probatorio**, trámite que por supuesto no se cumplió.

Para sortear este inconveniente, el Tribunal sustentó sus conclusiones en las versiones que la niña entregó a la médica legista y a la psicóloga forense. **Lo hizo con el argumento de que los dictámenes constituyen un todo, y de esa manera empleó las declaraciones de la menor por fuera del juicio entregadas a los peritos, para contrastar la de la menor en el juicio.** A partir de ese método concluyó, después de confrontar la declaración de la menor en el juicio con las declaraciones anteriores, que eran preferibles estas y no aquellas, como fundamento de responsabilidad.

Al hacer de las pericias un todo para incorporar por ese medio las declaraciones anteriores al juicio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad y no de raciocinio, como se propuso en el cargo, según luego se indicará.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: si las partes pretenden utilizar las anamnesis de las pericias sexológicas, psicológicas o psiquiátricas de menor de edad víctima de delitos sexuales, deben solicitar su incorporación como prueba de referencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio || **TESTIMONIO - Del menor:** apreciación

probatoria || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio para impugnar credibilidad || **PRINCIPIO PRO INFANS - La prevalencia de los derechos de los menores no significa la supresión de la presunción de inocencia** || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura**

«El Tribunal destacó las contradicciones entre la declaración que la menor ofreció en el juicio con las explicaciones que entregó a la médica legista, y que ésta plasmó en la **anamnesis, y las que brindó a la sicóloga judicial.**

En el juicio la menor aseguró que no tuvo relaciones sexuales con FMC, su novio, a quien incriminó por la rabia que sintió al enterarse que tenía amores con su prima. En cambio, a la médica, y a la sicóloga, fuera del juicio, les dijo que el acusado abusó de ella en su habitación, sitio al que la invitó y en donde bebieron aguardiente como preámbulo a la relación sexual.

[...] los **relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas**, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones **se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral** (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).

Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala definió que cuando el **peritaje estaba compuesto**, además de **hechos que el perito percibe directamente**, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario **incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.**

[...] De manera que el tribunal incurrió en un **error de legalidad al incorporar las entrevistas por fuera del juicio oral integradas a la prueba pericial**, al hacer de ellas la base sustancial para contrastar la declaración que la menor rindió en el juicio. Claro, porque no se trata como se podría

suponer, de una errada apreciación de la prueba pericial demandable por la vía del falso raciocinio (artículo 420 de la Ley 906 de 2004), sino de **hacer de declaraciones por fuera del juicio que el perito recoge como elemento para elaborar su concepto, un elemento autónomo para contrastar la declaración ofrecida en el juicio.**

De ello se sigue que, **si la o el menor concurre al juicio, como en este caso, las declaraciones anteriores, como las entrevistas y las entregadas a los peritos, se pueden emplear,** en los términos del numeral 4 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, **para impugnar la credibilidad del testigo o refrescar memoria, y no como prueba de referencia.**

En tal sentido, en la SP del 4 de diciembre de 2018, Rad. 51896, la Corte sintetizó la línea jurisprudencial sobre el tema [...]

[...] En este caso, por causas atribuibles a la fiscalía y a la dirección de la audiencia, la declaración de la menor no fue impugnada con la versión que le entregó al investigador JURB, ni tampoco con las que entregó a la médica y a psicóloga forenses, de manera que **la única versión procesal es la que se practicó en el juicio con inmediación del juez y confrontación de la defensa.**

[...] **Al excluir las declaraciones incorporadas a las pericias, y al apreciar sistemáticamente la declaración de la menor en audiencia, se puede concluir** que su testimonio se corrobora con detalles legalmente aportados al juicio, **que impiden superar el umbral de la duda razonable.**

Así, las declaraciones de su prima, de su hermano y de su tío VC, en cuanto al supuesto abuso sexual, tienen como fuente el comentario que AMCA les hizo de tal suceso. Declaran sobre lo que la niña les comentó, no sobre una situación que les conste (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Es decir que su percepción se origina en comentarios, no en situaciones que hayan apreciado directamente (artículo 404 ibídem), regla esencial para establecer la veracidad de la declaración. Sin embargo, en ese contexto se debe destacar que VC declaró un hecho que le consta: que su sobrina sólo se refirió a la violación luego del día en que lo acompañó hasta la casa de su novio, donde lo sorprendieron con TYCD, hecho que compagina con la razón que AMCA esgrimió en el juicio al explicar su versión de los hechos.

En tal sentido, se debe resaltar que la niña, al referirse al objeto de su declaración, advirtió que a sus familiares les dijo que había sido abusada por la rabia que tuvo al enterarse que su novio tenía una relación con su prima. Si VC, quien hizo gala de su disgusto y se mostró sumamente molesto al referirse a la manera como sorprendió a su hija con el acusado, corroboró esa situación, y que la menor resaltó ese hecho para justificar la razón de ser de las imputaciones, la declaración de la menor en tal sentido se ofrece admisible, quizá porque es muy propia de una niña sin la suficiente formación y madurez emocional.

Otros detalles, como la revelación que hizo su hermano (hecho que le consta) de que ante FMC se presentaba como una mujer de 15 años, pone en entredicho la adecuación de la conducta al delito de abuso con menor de 14 años. Esta opción también la esbozó el defensor valiéndose de lo expuesto en la declaración fuera del juicio por VRCA, quien se refirió en detalle a su amistad con el acusado y a la muy llamativa situación que se acaba de indicar.

Al respecto, véase que tal declaración, que se empleó en su interrogatorio, la rindió el 12 de julio de 2012, casi un año antes del 6 de mayo de 2013, día en que se legalizó la captura y se le imputaron cargos al acusado. Por las fechas entre una y otra declaración, es difícil pensar que el niño fuera influenciado para declarar de esa manera, de modo que este hecho, que le consta, por haberlo percibido directamente, permite inferir que muy posiblemente la menor si hizo alusión a una edad distinta a la que realmente tenía.

Esta situación, sin embargo, el Tribunal la catalogó como una maniobra tardía para justificar un comportamiento intolerable; mas, desde la perspectiva histórica puesta de presente, la explicación no es tan artificial para desestimarla por fuera de contexto, pues esa mención ha de analizarse en conjunto con la prueba legalmente aportada al expediente, para encontrar su sentido, algo que el Tribunal no hizo (artículo 380 de la Ley 906 de 2004).

Ahora, el hecho de que se haya impugnado la declaración de VRCA, en cuanto tiene que ver con su retractación respecto a los comentarios de su hermana en relación con el supuesto abuso, es un tema que deja un sin sabor pero que no afecta su **credibilidad** en relación con lo que le consta (la manifestación de la edad de su hermana),

pues en cuanto a la agresión sexual la supo por comentarios de su hermana -la percepción la obtuvo por el dicho de otro—, cuya veracidad ofrece serios reparos por las razones que se explicó al analizar la razón de ser de la declaración de la niña AMCA, presuntamente afectada.

En esas condiciones la **declaración de la menor en el juicio** pueda que no sea suficientemente creíble, pero tampoco el remanente de prueba legalmente practicada deja espacio a conclusiones adversas al acusado.

Al lado de la declaración de AMCA en el juicio, que como se ha visto, tiene respaldo en elementos de juicio válidos, quedan comentarios a terceros por fuera del proceso, que por no haberse allegado válidamente al trámite subsisten como un agregado sombrío que no pueden apreciarse como prueba, y que de hacerlo, incidirían en la validez del proceso.

Lo único rescatable sería el estudio de la psicóloga forense que conceptuó que la menor presentaba síntomas de ansiedad y de tristeza y que evitaba referirse al tema. No obstante, analizada esa conclusión en conjunto con la

prueba que se acaba de señalar, su rendimiento **es muy exiguo para llevar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la autoría y responsabilidad**, por carecer de apoyo adicional en otros medios de prueba legalmente aportados al proceso, y por cuanto lo que le conferiría sentido al dictamen es ese espacio de penumbra por comentarios que no fueron válidamente incorporadas al proceso.

De manera que la Corte no puede construir excepciones para “salvar” el proceso y para corregir deficiencias de la fiscalía, ni siquiera acudiendo al principio “*pro infans*”, con el cual se suelen solucionar tensiones entre los derechos de los menores y los adultos, sencillamente porque esa colisión no se presenta, puesto que **la prevalencia de los derechos de los menores**, un principio ciertamente importante, **no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos el de presunción de inocencia**.

[...] **La Corte, en consecuencia**, casará la sentencia **y en su lugar** dejará vigente la absolutoria de primer grado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

13. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA

No se configura cuando la conducta recae respecto de una persona que en el momento no tenía la condición de detenida, capturada o condenada

La Sala encontró procedente casar parcialmente el fallo impugnado para absolver al acusado frente a la atribución del delito de *favorecimiento de la fuga*, porque aunque no ejerció su deber funcional frente al control migratorio de una persona deportada -lo que le mereció la condena por el tipo de *prevaricato por omisión*-, de ello no se derivó que hubiera procurado o facilitado su evasión, en el entendido que no la recibió, al momento de los hechos, bajo las calidades de detenida, capturada o condenada.

SP075-2019 (49073) del 28/01/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FAVORECIMIENTO DE LA FUGA - No se configura: cuando la conducta recae respecto de una persona que en el momento no tenía la condición de detenida, capturada o condenada || **PREVARICATO POR OMISIÓN - Se configura:** mediante el incumplimiento de los deberes legales relativos al control migratorio || **CASACIÓN - Redosificación punitiva** || **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS - Dosificación punitiva** || **LIBERTAD - Pena cumplida**

«El segundo punto a tratar, concierne a la configuración del delito de **favorecimiento de la fuga**, descrito en el artículo 449 del Código Penal, de la siguiente manera:

ARTICULO 449. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA. El servidor público o el particular encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido, capturado o condenado que procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando el detenido, capturado o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro.

En el presente asunto en criterio de la Sala **no se configura el delito en alusión** y por ende en lo atinente al mismo **la sentencia será casada**, por **aplicación indebida de la norma que regula el delito de favorecimiento de la fuga**.

Es claro que cuando ERBR, en su condición de oficial de Migración Colombia, **recibió en calidad de deportada** a la ciudadana Colombiana MLB, **no lo hizo respecto de una persona que en ese momento tuviera la condición de detenida, capturada o condenada**, pues si bien es cierto contra la citada se había proferido un fallo de carácter condenatorio, la retención que podría predicarse en su caso en ese instante no era para efectos de ser puesta a disposición de la autoridad judicial que emitió la condena, sino para que se hicieran los trámites administrativos propios derivados de la deportación de que fue objeto.

En esas condiciones, la aludida **no estaba detenida, ni capturada para cumplir la condena que había sido infligida en su contra** por un Juez de la Republica, caso en el cual sí cabría hablar de **favorecimiento de la fuga**, sino que, se reitera, para que se cumpliera el trámite administrativo inherente a la deportación.

En efecto, aunque toda persona colombiana o extranjera debe someterse al control migratorio a cargo de Migración Colombia, que comprende

además, la verificación de la información sobre su situación judicial, no significa que automáticamente se le prive de su libertad y adquiera por se la condición de detenida, capturada o condenada, categorías que están restringidas al cumplimiento de un mandato judicial emitido con sujeción al principio de reserva judicial.

Que si se hubiera hecho el procedimiento tal y como lo dispone la ley, lo más seguro es que se habría descubierto que aquella registraba la condena adversa y una orden de captura por esa circunstancia, producto de haber incurrido en un delito de hurto calificado y agravado, es cuestión bien diferente, en el entendido que de haberse llegado a este estado, si el acusado permite la evasión de la deportada, es claro que habría incurrido en el delito de **favorecimiento de la fuga**. Por eso la conducta es exclusivamente constitutiva del delito de **prevaricato por omisión** según lo consignado en precedencia, porque **incumplió con los deberes legales relativos al control migratorio**, lo cual impidió que se hubiera logrado establecer que MLB era requerida para cumplir una sentencia.

En consecuencia, la **pena** a descontar por el delito de prevaricato por omisión será de 32 meses de prisión y multa de 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según tasación que de ella se hizo en la sentencia de primer grado.

Respecto de la pena de **inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, toda vez que esta se fijó en término igual a la privativa de la libertad, es decir 92 meses, la misma se reajustará, pero no a los 32 indicados en el párrafo anterior, sino a 60 meses, cantidad señalada como pena principal para el delito de prevaricato por omisión en el artículo 414 del Código Penal, y cifra que al ser menor de la indicada en las instancias no trasgrede el principio de la no reformatio in pejus.

Ahora, toda vez que el procesado ERBR actualmente se encuentra detenido en su domicilio y fue privado de su libertad desde el 18 de abril de 2013, es decir, a la fecha ha descontado tiempo superior al indicado como sanción en esta providencia, se dispone su **libertad inmediata e incondicional** previa verificación de no ser requerido por otra autoridad judicial».

Inicio

14. FUERO DE CONGRESISTA

No tiene como requisito el acto solemne de la posesión

Al pronunciarse sobre la definición de competencia formulada por la defensa de una persona privada de la libertad e investida de la condición de *congresista*, la Sala tuvo ocasión de precisar que, para el reconocimiento del *fuego constitucional* en materia penal, no es requerido el acto solemne de la *posesión*, que habilita el ejercicio de la *función pública*, sino que resulta suficiente con que se ostente la *investidura*.

Consideró, en consecuencia, que las autoridades judiciales que dispusieron y legalizaron la *aprehensión* del *aforado* –en los términos de la Ley 906 de 2004- no ostentaban atribución para ello, toda vez que tales decisiones son *privativas* y *exclusivas* de la Corte Suprema de Justicia, por manera que dispuso la remisión del asunto por competencia a la *Sala Especial de Instrucción*, a efecto que pueda conocer de la actuación que se adelanta en su contra por la presunta incursión en delitos comunes –todo, bajo los parámetros procesales de la Ley 600 de 2000-. Por último, ordenó su libertad inmediata, en protección de sus derechos fundamentales.

AP1989-2019 (55395) del 29/05/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FUERO - Congresista: competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de manera privativa de los delitos que cometan || **FUERO - Congresista:** La Corte Suprema de Justicia es la única autoridad que puede ordenar su detención || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Competencia:** de la justicia ordinaria, cuando

alguna de las personas sujetas a la jurisdicción especial para la paz, cometa un nuevo delito a partir del 1 de diciembre de 2016

«La discusión en este caso surgió con miras a establecer si el capturado SPHS es uno de los aforados constitucionales de que trata el artículo 186 de la Carta Política.

Según la norma superior, adicionada por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, “[d]e los delitos que cometan los congresistas, **conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención**”.

La calidad de representante a la Cámara (o, lo que sería lo mismo, de **congresista**) de SPHS no tendría origen en los mecanismos democráticos de elección popular, sino en el Acto Legislativo 03 de 2017, “*por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”. Esta persona, a su vez, estaría en un principio sometido a la justicia que administra la Jurisdicción Especial para la Paz (o JEP).

Pero, del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, “*por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones*”, se desprende que, **a partir del 1° de diciembre de 2016, si “alguna de las personas sujetas a la jurisdicción de la JEP cometiera un nuevo delito, este será de conocimiento de la justicia ordinaria”**.

Es dentro de este escenario en el cual debe la Sala **definir la competencia**. Aunque en el caso no se adelantó la audiencia de formulación de la imputación, la Corte encuentra de las decisiones preliminares que la precedieron (orden de captura y su control de legalidad) que SPHS está siendo investigado por hechos “*entre junio de 2017 y abril de 2018*”, debido a comportamientos que, según la Fiscalía, se ajustarían a las conductas punibles de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado previstos en

los artículos 340 inciso 2°, 376 y 384 del Código Penal. Es decir, por ilícitos al parecer **presentados luego del 1° de diciembre de 2016.**

De ahí que **le correspondería a la justicia ordinaria**, y no a la transicional, investigar por la eventual realización de tales conductas punibles.

La pregunta entonces es a cuál autoridad de esta jurisdicción habría que asignársele el conocimiento del asunto».

FUERO - Congresista: no tiene como requisito el acto solemne de la posesión || **FUERO - Congresista:** para su reconocimiento basta que la persona ostente la investidura como tal

«Para resolver el problema, la Sala encuentra que **el acto solemne de la posesión no es un requisito indispensable para que SPHS tenga el fuero constitucional como congresista. Tan solo basta que ostente la investidura como tal**, que es lo que sucede en este caso.

Las razones de esta postura son las siguientes:

Tradicionalmente, la Sala ha vinculado el ejercicio de las funciones como congresista con el reconocimiento del fuero constitucional cuando del conocimiento de delitos comunes se trataba. De ahí no puede desprenderse, sin embargo, la tesis según la cual la calidad foral se adquiere únicamente a partir de la posesión.

De tiempo atrás (por ejemplo, en la providencia CSJ AP, 1° abr. 1992, rad. 7197), la Sala ha considerado que el fuero para los congresistas *“se trata de una garantía de juzgamiento coetánea con el ejercicio del cargo”*.

De ahí **podría desprenderse que la posesión** (como acto solemne para el ejercicio de las funciones propias del cargo, según lo dispone el artículo 122 inciso 2° de la Constitución Política y el artículo 17 inciso 1° de la Ley 5 de 1992) **es un requisito indispensable para ejercer las funciones del cargo de congresista** y, por lo tanto, para tener la calidad de aforado.

Sin embargo, esto no es así. Esa tesis surgió del análisis lógico tanto del numeral 3 como del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política en aquel entonces (actuales numeral 4 y parágrafo del artículo 235 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018):

Artículo 235-. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...] 4-. *Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.*

Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio del cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

A partir de la expresión *“hubieren cesado en el ejercicio de su cargo”*, la Sala entendió que, cuando se aludía a delitos comunes (esto es, conductas punibles que no *“tengan relación con las funciones desempeñadas”*), el fuero solo estaría sujeto al ejercicio de la investidura. La tesis, por lo tanto, solo previó situaciones de cesación (por ejemplo, renuncia, suspensión, abandono, etc.) del cargo. Jamás se contempló el problema de cuándo tendría que darse por iniciado el fuero constitucional ni menos si la posesión era la solemnidad sin la cual no podía entenderse configurado.

[...] El problema jurídico que debe resolver la Sala, por ende, es novedoso y no ha sido contemplado como aspecto central en línea jurisprudencial alguna de la que tenga conocimiento».

FUERO - Congresista: Concepto || **FUERO - Congresista:** Constituye una garantía procesal que ampara la investidura más que al servidor Público como tal

«El fuero **no es un privilegio personal sino es garantía de la propia condición de congresista.** Esto implica que lo que protege la norma es **la importancia que tal investidura** conlleva.

De acuerdo con la providencia CSJ AP, 18 mar. 1992, *“el fuero para los congresistas no se les ha otorgado propiamente en razón de su persona, sino por las trascendentales funciones públicas que la misma Constitución les atribuye”*

Este criterio ha sido refrendado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, lo señaló en el fallo CC T-1320/01: *En relación con el fuero otorgado a los congresistas para ser investigados por la Corte Suprema de Justicia, ha de tenerse en cuenta que dicho fuero no se instituye como un privilegio de carácter personal, sino en razón de la investidura y con una finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República.*

De esta manera, **el fuero constitucional es una garantía procesal que pretende amparar la**

investidura de congresista más que al servidor público como tal».

FUERO - Congresista: Tiene investidura incluso antes de la posesión en su cargo || **FUERO - Congresista:** El Consejo Nacional Electoral es la autoridad competente para reconocer la investidura || **FUERO - Congresista:** Pérdida de investidura, eventos en que puede ocurrir respecto de congresista capturado

«Los congresistas tienen investidura incluso antes de la posesión en su cargo.

Lo anterior se desprende lógicamente del numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política:

Artículo 183-. Los congresistas perderán su investidura:

[...] 3-. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

Por **“investidura”** se entiende la acción de **“conferir una dignidad o cargo importante”** o el **“carácter que se adquiere con [...] ciertos cargos o dignidades”**. Es decir, la investidura como congresista corresponde a la misma condición, cargo o calidad de tal (ya sea senador o representante a la Cámara).

La investidura de congresista de SPHS le fue reconocida en la Resolución 1597 de 19 de julio de 2018 **por la autoridad competente para ello: el Consejo Nacional Electoral.**

Así lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00: [...]

[...] El Consejo de Estado, en decisión que recientemente fue confirmada en segunda instancia, no solamente admitió que SPHS **ya ostentaba la condición de congresista al negar la pérdida de su investidura**, sino además declaró la existencia de una situación de fuerza mayor (la privación de la libertad) que le ha impedido contra su voluntad posesionarse en el cargo.

En efecto, la decisión acabada de citar (3.3) corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión, que el 20 de febrero de 2019 negó **“la solicitud de pérdida de investidura del congresista SPHS”**. A su vez, declaró **“probada la situación de fuerza mayor en**

relación con su inasistencia a tomar posesión del cargo, de conformidad con el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política”.

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado, además de reconocer la condición de congresista del capturado con base en pruebas como las derivadas del Consejo Nacional Electoral, concluyó que la privación de la libertad a la cual se hallaba sometido (y que sigue vigente hasta la fecha, aunque con base en otros supuestos) **“constituye una circunstancia imprevisible e irresistible para él”**.

Indicó así mismo que **“la imposibilidad de tomar posesión del cargo no es imputable al comportamiento del demandado, es decir, no es posible predicar una fuerza mayor culpable”**; y, por el contrario, **“las pruebas allegadas [...] dan cuenta de que el demandado ha procurado, a través de diferentes medios y vías, tomar posesión del cargo de Representante”**.

En otras palabras, SPHS **ostenta la calidad de congresista**, de acuerdo con decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada del Consejo de Estado y a las pruebas aludidas que lo soportan. Es decir, que **el capturado tan solo perderá la investidura cuando (i) obtenga la libertad, (ii) no se posesione del cargo en la fecha en que fuere llamado a tal diligencia y (iii) la autoridad competente (el Consejo de Estado) así lo declare. Y mientras no pierda la investidura estará amparado por el fuero penal** para las investigaciones que se adelanten en su contra».

FUERO - Congresista: la condición foral inicia con el reconocimiento por parte de la autoridad competente y no con el ejercicio de las funciones

|| **FUERO - Congresista:** La solemnidad de la posesión es un requisito para ejercer las funciones de la investidura || **FUERO - Congresista:** no tiene como requisito el acto solemne de la posesión || **FUERO - Congresista:** No se afecta por decisión de amparo transitoria para suplir la curul

“Sería contrario a la lógica y a la razón admitir que el orden jurídico le reconoció a SPHS la investidura de representante a la Cámara y, a pesar de ello, sostener que, como no se ha posesionado para ejercer el cargo, no tiene la condición de aforado constitucional (es decir, la de congresista).”

Como se indicó (3.2), el fuero no es un privilegio personal sino busca el amparo de la investidura. Si, en el presente caso, el Consejo Nacional Electoral reconoció el nombramiento de SPHS como congresista (o representante a la Cámara) y, además, el Consejo de Estado negó la pérdida de tal investidura a pesar de no posesionarse en la fecha indicada (debido a razones ajenas a su voluntad), se desconocería la dignidad del cargo que la persona conlleva al permitir que autoridades diferentes a la Corte Suprema de Justicia puedan investigarlo, juzgarlo o afectarlo con medidas restrictivas de la libertad, sin importar que las conductas que se le atribuyan no tengan relación alguna con las funciones.

En este orden de ideas, **la condición foral del artículo 186 de la Constitución Política inicia con el reconocimiento por parte de la autoridad competente y no con el ejercicio de las funciones** derivadas de la solemnidad de la posesión.

La dignidad del cargo como congresista proviene del acto de designación o de su reconocimiento. En este asunto, de la Resolución 1597 de 2018 del **Consejo Nacional Electoral**, en la cual **le confirió la investidura** a HS y ordenó expedir la credencial que lo acredita representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico para el periodo constitucional de 2018 a 2022.

De ahí que **la ausencia o falta de posesión** que alegó la Juez de Control de Garantías para afirmar su competencia **no tiene incidencia en el reconocimiento de tal condición**, ya que, como lo ha precisado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *“nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión”*.

Igualmente, esa Corporación ha indicado que la posesión se trata apenas de una diligencia solemne, de una condición destinada a que *“los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos”*.

Por eso, **la solemnidad de la posesión en los congresistas es un requisito para ejercer las funciones de la investidura**. Sin embargo, no da lugar al reconocimiento o constitución de la dignidad, pues este atributo debe estar materializado antes de aquella. Y su omisión

implica la pérdida de la calidad de congresista por expreso mandato constitucional y legal, salvo que dicho supuesto hubiese ocurrido por fuerza mayor no atribuible al implicado.

En síntesis:

(i) La jurisprudencia tradicional de la Corte ha vinculado el ejercicio de las funciones propias del cargo de congresista con el reconocimiento de la calidad de aforado en situaciones que implicaban dejación, abandono, suspensión o supresión de tales funciones. Nunca trató el tema: *“¿a partir de cuándo se adquiere el fuero del artículo 186 de la Carta Política?”*

(ii) Como quiera que **el fuero** no es un privilegio de índole personal sino una garantía de la investidura, este **comienza cuando la autoridad competente (Consejo Nacional Electoral) le reconoce al congresista tal condición**. Y persiste mientras se mantenga vigente. Dicho reconocimiento necesariamente precede a la solemnidad de la posesión.

Y (iii) en este asunto, a SPHS **el Consejo Nacional Electoral**, en Resolución de 28 de julio de 2018, **le confirió la investidura** como representante a la Cámara. Y el Consejo de Estado, en decisión de Sala Plena recién confirmada, negó la solicitud de pérdida de investidura y reconoció que no ha podido posesionarse por motivos de fuerza mayor no atribuibles por su culpa. **Ninguna decisión de amparo transitoria o provisional para suplir la curul puede afectar esta condición**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia: se declara fundada la impugnación de competencia || **FUERO - Congresista:** competencia de la Sala Especial de Instrucción || **FUERO - Congresista:** La Corte Suprema de Justicia, es la única autoridad que puede ordenar su detención || **FUERO - Congresista:** derecho al restablecimiento de la libertad frente a decisiones de funcionarios que no tenían competencia para su aprehensión y legalización || **FUERO - Congresista:** el régimen procesal no es la Ley 906 de 2004 sino la Ley 600 de 2000

«[...] la Sala declarará **fundada la impugnación de competencia** que presentó la defensa de SPHS contra la funcionaria de garantías.

A su vez, definirá que **le corresponde a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema**

de Justicia conocer de la actuación que por las conductas punibles cometidas después del 1º de diciembre de 2016 se adelanta en su contra. Igualmente, ordenará **remitir de manera inmediata las diligencias a dicha Sala Especial** de Instrucción para que esta autoridad adelante el trámite que en derecho corresponda. La Fiscalía, por supuesto, deberá enviar la evidencia que hubiere recaudado a la autoridad competente».

«[...] la Sala estudiará si debería disponer sobre la libertad de SPHS.

Según el artículo 186 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia, en lo concerniente a los congresistas, es la **“única autoridad que podrá ordenar su detención”**. Así lo dispone también el artículo 267 de la Ley 5 de 1992.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-025/93 que analizó el artículo 267 de la Ley 5 de 1992, dijo al respecto: *“la reserva expresa y absoluta de competencia para ordenar la privación de la libertad de un congresista que la Constitución atribuye **única y exclusivamente** a la Corte Suprema de Justicia (máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria), independientemente de la etapa de investigación o juzgamiento y de la época de comisión del delito, constituye suficiente garantía para el Congreso como institución y para cada uno de sus miembros que no se interferirá de manera arbitraria e inconveniente en su correcto funcionamiento y en el ejercicio de sus deberes y derechos” (negrillas en el original).*

Dado que la Corte es, por mandato legal y constitucional, la garante del fuero constitucional que les es consagrado a los congresistas, y como el capturado es uno de esos

aforados, la Sala de Casación Penal, al definir la competencia, tiene que decidir acerca de las consecuencias del reconocimiento de su investidura y no puede dejar de resolver sobre el **derecho al restablecimiento de la libertad de aquel frente a decisiones de funcionarios que no tenían competencia para su aprehensión y legalización**.

Sería entonces contrario a los derechos fundamentales del aforado constitucional mantenerlo privado de la libertad, cuando aquellos se han desconocido, como en este asunto. Por eso, se impone **otorgarle la libertad**. Esta decisión es una de las manifestaciones del control constitucional que tienen que ejercer todos los administradores de justicia.

Nótese además que **para los aforados constitucionales** a los cuales se les atribuye la realización de cualquier conducta punible, **el régimen procesal no es la Ley 906 de 2004, sino la Ley 600 de 2000**, en la cual son ajenos institutos como el juez de garantías o las audiencias preliminares bajo su control.

En consecuencia, la Sala **ordenará la libertad inmediata** de SPHS. La boleta será librada por la Secretaría de esta Sala, la que tendrá que ser cumplida por las autoridades penitenciarias siempre que no haya orden de privación de la libertad dispuesta por autoridad competente distinta y por hechos diferentes.

En estos términos, habrá de entenderse por resuelta la solicitud de los abogados de la defensa que en una pretensión principal le pidieron a la Sala reconocer la competencia de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de SPHS».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

15. INDICIO - TÉCNICA EN CASACIÓN ***Es equivocado atacar simultáneamente el hecho indicador y la inferencia lógica***

Al inadmitir la demanda de casación, la Corte estimó importante recordar la *técnica* que debe seguirse para controvertir la prueba de *indicio* en sede del recurso extraordinario, explicando

concretamente que resulta desacertado cuestionar de manera *simultánea* el *hecho indicador* y la *inferencia lógica*, así como aducir afirmaciones *especulativas* para referirse a estos aspectos.

AP713-2019 (51611) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INDICIO - Hecho indicador: técnica en casación
|| **INDICIO - Inferencia lógica:** técnica en casación
|| **INDICIO - Técnica en casación:** es equivocado atacar simultáneamente el hecho indicador y la inferencia lógica

«Las equivocaciones en las que incurre un testigo para que sean trascendentes deben vincularse con lo sustancial del proceso y en este caso, como aceptar que hubo un error de valoración en lo que afirma la policía que observó al procesado y a sus dos acompañantes al inicio del procedimiento y los describen portando uno de ellos una pantaloneta negra y el otro una sudadera gris, luego los encuentran escondidos entre la maleza sin la camisa o el buzo, pero cerca de ellos, a menos de uno con veinte centímetros, hallan un revólver tapado con maleza y una prenda.

Lo que **se advierte en el proceder del demandante** conforme a lo expresado, **es otro error de técnica** en la formulación del cargo, **pues enfrentó la prueba indiciaria atacando simultáneamente la construcción del medio probatorio (hecho indicante) y la conclusión**

indiciaria (inferencia lógica), con las que las instancias arribaron a la demostración sobre la autoría y responsabilidad del delito de porte ilegal de armas de uso civil, desatendiendo las reglas que jurisprudencialmente exigen para enfrentar en el recurso extraordinario tales elementos de prueba: la conclusión solo procede cuestionarse por falso raciocinio y si se reprocha ésta no se deben censurar los elementos probatorios con los que se construye el indicio y si se opta por ésta segunda situación, el reparo puede hacerse por cualquiera de los motivos del error de hecho, sin adentrarse en cuestionamientos sobre lo que se da por indicado (la conclusión).

En el escrito de demanda no se ofrece argumento para derribar la conclusión del juzgador en la valoración de los testimonios de cargo en el sentido que el arma fue hallada en un área territorial que en el instante estaba bajo el control y dominio del procesado, como tampoco se mostró una razón atendible del por qué estaban sin camisa al momento de la aprehensión, si habían salido vestidos de sus casas y en la persecución así fueron observados, por lo que con la sustentación de la casación no se prueba cuál es el desacierto al declararse que los buzos hallados cerca de ellos no les pertenecían. El demandante lo sugiere pero aduciendo a afirmaciones especulativas que no resultan atendibles».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

16. INIMPUTABILIDAD

Constituye una categoría jurídica que corresponde determinarla al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes

La Sala decidió no casar el fallo impugnado, a través del cual se declaró al procesado autor responsable del delito de *homicidio agravado*, en condición de *imputable*. Para ello descartó el *falso raciocinio* aducido por el recurrente, en relación con la desestimación que válidamente hizo el Tribunal del valor suasorio de las pericias rendidas durante la actuación, y que sugerían que aquél obró bajo un *trastorno mental transitorio*, derivado del influjo del consumo de bebidas alcohólicas. En este sentido, explicó la Corporación que la categoría

jurídica de la *inimputabilidad*, en definitiva, sólo puede ser *determinada* por el juez y no por los especialistas traídos al juicio por las partes, cuyos dictámenes deben ofrecer una *debida fundamentación* conectada a la *base fáctica* mediante el despliegue de la *lex artis* en la sustentación *técnico-científica*. Así mismo, precisó que la embriaguez no es un supuesto categórico para afirmarla y profundizó en los parámetros que rodean el concepto de trastorno mental, particularmente el de tipo *transitorio*.

SP070-2019-2019 (49047) del 23/01/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INIMPUTABILIDAD - Embriaguez || **INIMPUTABILIDAD - Competencia para determinarla:** constituye una categoría jurídica que corresponde determinarla al juez y no a los especialistas traídos al juicio por las partes || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental transitorio:** demostración || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental transitorio:** la presencia de un estado de embriaguez no es supuesto categórico para afirmar que el sujeto estaba afectado en su capacidad de comprensión y determinación || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental transitorio:** debe verificarse si la conclusión del experto corresponde a la base fáctica acreditada y a la adecuada aplicación de la lex artis en la fundamentación técnico científica del dictamen

«Por su parte, el médico psiquiatra [...], adscrito al Instituto de Medicina Legal, presentado como perito dentro del juicio, sostuvo que de acuerdo con las entrevistas recogidas a los testigos de los hechos, a la versión del propio acusado sobre lo sucedido y a la hora en que se realizó el examen de embriaguez, **“se puede pensar” que se encontraba bajo los efectos de sustancias embriagantes**, por lo que concluye que *“de acuerdo a su forma de obrar antes, durante y después de la ocurrencia de los hechos, éste se encontraba bajo un Trastorno Mental Transitorio por efecto de dichas sustancias, lo que probablemente no le permitía comprender y determinarse en su actuar en esos momentos”*.

[...] Con el testimonio del perito [...], se introdujo el **informe pericial de psiquiatría forense** [...], sobre el que importa destacar que, a diferencia de la valoración realizada por el psicólogo atrás visto, se siguió un protocolo estandarizado en torno a los procedimientos comunes y a la metodología empleada para la realización de pericias psiquiátricas forenses, el que, en esencia, se ajusta al Protocolo: Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal.

No obstante, de las mismas condiciones en que se realizó la **práctica pericial, de la emisión de su informe y de su fundamentación en el juicio, no se deja en evidencia, de manera concluyente, la existencia de un trastorno mental transitorio del procesado** en el

momento de ejecución de la conducta, **resultando para el experto una mera posibilidad aquella de que la condición de embriaguez del procesado haya incidido de manera decidida en la comprensión de los hechos y en su facultad de determinarse frente a ellos.**

Como atrás quedó referenciado, se dictaminó, en grado de certeza, que LGÁM padecía, en aquellos momentos, una **embriaguez clínica aguda positiva** debida al consumo de sustancias tóxicas asociadas al alcohol, no obstante que no se determinó el grado de concentración etílica en su sangre.

Esa condición personal, dictaminada horas después de lo sucedido, resultó determinante para que el médico psiquiatra concluyera que era probable que padeció una alteración en el funcionamiento interno del intelecto superior, lo que se encuentra asociado con su capacidad de comprender y de determinarse.

Sin embargo, como bien ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, **la presencia de un estado de alicoramiento o de embriaguez no “puede tenerse por supuesto categórico para afirmar que el sujeto que actúa bajo esta condición estaba afectado en su capacidad para comprender la ilicitud de comportamiento o para determinarse de acuerdo con dicha comprensión”.**

Sin duda, la profusa ingesta alcohólica del acusado desde la noche anterior a los hechos, debió afectar el sistema nervioso central por la impregnación del etanol, lo que posiblemente generó alteraciones tanto en la esfera mental como en la neurológica del individuo, como lo puso de presente el médico psiquiatra encargado de la prueba pericial, lo que explica que sostuviera, de acuerdo a lo expresado por los testigos, que los efectos del licor le generó cambios de conducta y comportamiento que obligó a que varios asistentes a la fiesta, entre ellos el occiso, le llamaran la atención.

No obstante, **la sola manifestación del perito no constituye elemento suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad**, no solo porque esta es una categoría jurídica que corresponde declarar exclusivamente al funcionario judicial, sino en atención a que lo expresado por el experto debe verificarse en su contenido a fin de determinar que las conclusiones efectivamente corresponden a la

base fáctica acreditada dentro del proceso y a la adecuada aplicación de la lex artis en la fundamentación “técnico-científica” del dictamen.

En este sentido, para la Sala cobran vigencia las críticas formuladas por el ad quem en cuanto que **la conclusión atinente a la presencia de un trastorno mental transitorio se edificó sin ningún fundamento científico constatable y confrontable racionalmente**, puesto que para ese efecto el perito sólo empleó como técnica la entrevista al procesado, recogiendo la información suministrada por éste y la versión de algunos de los asistentes a la fiesta, sin llevar a cabo ningún análisis de los hallazgos obtenidos ni establecer correlación alguna entre los datos fácticos recogidos y el fundamento del diagnóstico psiquiátrico forense.

Lo cierto es que ni en el informe realizado por el experto ni a través del interrogatorio al que fue sometido en su intervención en el juicio oral y público, se dio cuenta de los signos y síntomas relevantes obtenidos del examen mental al acusado para el diagnóstico de algún síndrome o de la impresión clínica sobre su capacidad intelectual y estados afectivos, como manifestaciones de algún fenómeno psiquiátrico revelado a través del genérico trastorno mental transitorio aducido como probable al momento de su actuación delictiva».

LEY DE LA CIENCIA - No lo son las aserciones probabilísticas || DICTAMEN PERICIAL - Examen psiquiátrico: puede emplear un método basado en probabilidades, pero requiere desplegar una debida fundamentación de sus conclusiones, conforme a la lógica de lo razonable

«En realidad el **experto psiquiatra pareciera plantear, en lugar de una proposición científica, un enunciado probabilístico**, que respondería a la regla de que siempre o casi siempre que un individuo padece una embriaguez aguda positiva, se ve afectado por un trastorno mental transitorio.

No obstante, **se trata de una afirmación probabilística infundada, en la que no se ofrece ninguna hipótesis plausible en torno a la asiduidad de la regla** y a la disposición, propensión, las características del suceso cuando son repetidas a menudo y el nivel de probabilidad de la conclusión, pues, según lo expresado al respecto por el experto, los efectos del etanol en el organismo y su incidencia en la condición

mental dependerán de distintos factores relacionados, entre otros, con la circunstancias físicas del sujeto, su edad, su peso, su metabolismo y su personalidad.

Ningún dato en este sentido se aportó en función del **examen psiquiátrico forense** practicado, pues de antemano no fue posible cuantificar la concentración de alcohol etílico contenido en la sangre del procesado, a fin de acreditarse el estado de embriaguez alcohólica, conforme a los parámetros estandarizados en la Resolución 0414 de 2002 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, puesto que el médico forense que se ocupó del examen no estimó necesario el análisis clínico de alcoholemia.

Tampoco se llevó a cabo por el perito alguna prueba tendiente a establecer la tolerancia a las bebidas alcohólicas por parte del procesado y, en general, no se efectuó un verdadero estudio de su condición mental en relación con su personalidad que permitiera diagnosticar clínicamente el trastorno, afección o problema padecido en el momento de los hechos y su posible etiología, en consideración de las manifestaciones de la consciencia en los planos de la inteligencia y voluntad del individuo.

Menos aún, si quisiera fundar una teoría sobre probabilidades, ofreció el perito información acerca de los experimentos, series de eventos y estimaciones porcentuales o de frecuencia que a modo de datos empíricos debían apoyar su tesis, de manera que permitiera apreciar su racionalidad dentro del contexto lógico que le brindaba el caso.

Por tal motivo, sobre la imprecisa base de la prueba de embriaguez realizada cuatro horas después del suceso, el perito psiquiatra elabora una serie de hipótesis que asienta sobre la genérica idea de que el alcohol, como tóxico, altera y perturba gravemente el conocimiento, la razón y el comportamiento y podría, en eventos de embriaguez aguda, comprometer o anular la voluntad y la conciencia.

No obstante, ese marco teórico no es confrontado de manera rigurosa con las circunstancias fácticas planteadas dentro del juicio, limitándose el experto a sostener que *“de acuerdo a su forma de obrar antes, durante y después de la ocurrencia de los hechos”, “se puede pensar”,* se encontraba bajo un trastorno mental transitorio por efecto de las sustancias consumidas, lo que

“probablemente” no le permitió comprender y determinarse en su actuar

En realidad, esa forma de actuar, según fue acreditado en el caso en concreto y lo puso de presente el juez colegiado de segunda instancia, **no es convincente de una perturbación mental, en los términos probabilísticos planteados por el mismo perito, quien si bien es cierto podía emplear un método fundado en las probabilidades para la demostración de la existencia de ese hecho o para la validez de su hipótesis, en todo caso le correspondía desplegar una debida fundamentación de sus conclusiones, de manera que el juzgador, en la apreciación de los enunciados de tipo probabilístico “conforme a la lógica de lo razonable”, estimara el dictamen con algún peso demostrativo** a efectos de determinar la existencia de un trastorno mental con incidencia en la imputabilidad del individuo.

[...] Ahora, durante la ejecución de la conducta lesiva tampoco se puede reconocer una condición de afectación mental, inconsciencia o falta de comprensión de lo sucedido, dentro de las particularidades científicas aludidas por el experto, puesto que, según se sabe, el acusado preparó el acometimiento criminal, proveyéndose del arma cortopunzante y esperando la oportunidad propicia para sorprender a su víctima, a quien acuchilló cuando, en notable estado de indefensión, se encontraba en el asiento del conductor de la camioneta, a donde al parecer había ido a descansar, como lo sostuvo el testigo AGG [...], lo que parece revelar un estado de alerta y conciencia de lo realizado.

En realidad, como puede observarse, el “*obrar antes y durante*” la ocurrencia de los hechos, como lo expresó el perito en psiquiatría, no revela a las claras una condición de perturbación mental del acusado que le haya impedido la comprensión de la ilicitud y la posibilidad de determinarse conforme a esa comprensión, más allá de ciertas características clínicas propias de una alteración en el funcionamiento de las capacidades físicas y sensoriales asociadas con su estado de beodez, las que fueron consignadas por el médico forense que practicó la prueba de embriaguez, quien diagnosticó, así sea cuatro horas después de lo acaecido, que presentaba una embriaguez clínica aguda positiva, encontrándose en “*aliento alcohólico evidente*”, “*estado de conciencia alerta*”, “*atención disminuida*” y sin que aparentemente presentara

“*compromiso de la sensopercepción, raciocinio y del pensamiento*” (fl. 129, carpeta 1).

Con lo anterior se quiere significar que **la realidad reconstruida y las condiciones fácticas en general, no sustentan una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad presentado en la prueba pericial**, lo cual se hace más evidente si se considera la forma de actuar del procesado “*después de la ocurrencia de los hechos*”. Contrario a lo que se sostiene en la demanda y a lo que dedujo el perito psiquiatra, el acusado quiso huir del lugar una vez ejecutó la agresión mortal, lo que no consiguió toda vez que los presentes se lo impidieron.

[...] De esa manera, **la falta de fundamentación en la estimación probabilística ofrecida en el dictamen pericial, así como la falta de concreción del nivel de probabilidad a la que se encontraba obligado, impiden que dicha prueba sirva de fundamento para la declaratoria judicial de la condición de inimputabilidad del procesado LGAM, pues de aquella opinión experta no puede sostenerse que en el concreto momento de los hechos, estuviera en incapacidad de comprender la ilicitud o la antijuridicidad de su conducta**».

INIMPUTABILIDAD - Configuración: supone la demostración de la existencia de una perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta || **INIMPUTABILIDAD - Configuración:** debe afectar las esferas cognoscitiva, volitiva y afectiva e impedir al sujeto motivarse para comprender la ilicitud y determinarse en consecuencia || **INIMPUTABILIDAD - Embriaguez** || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental:** no todo procedimiento de alteración emocional resta culpabilidad al autor de la conducta || **INIMPUTABILIDAD - Configuración:** puede admitirse aun concurriendo la comprensión del injusto, cuando el individuo fue incapaz de actuar de acuerdo a ese entendimiento en razón de la perturbación psíquica || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental:** debe acreditarse en cada caso particular || **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental:** es necesaria la existencia de un nexo normativo entre el trastorno y la conducta realizada / **INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental transitorio:** debe acreditarse que se trata de una reacción vivencial, inusitada y pasajera, sin base patológica || **PRUEBA PERICIAL - Apreciación**

probatoria: el objeto de valoración no es la conclusión del perito sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones || **INIMPUTABILIDAD** - **Trastorno mental:** constituye un concepto de naturaleza jurídica cuyo juicio corresponde realizarlo al juez || **INIMPUTABILIDAD** - **Trastorno mental transitorio:** no se configura || **HOMICIDIO AGRAVADO** - **Se configura** || **FALSO RACIOCINIO** - **No se configura**

«Debe precisar la Sala que un juicio de valor sobre el autor de la conducta, como el propuesto por el legislador en materia de **inimputabilidad** (artículo 33 del Código Penal), **supone en todos los casos la demostración de la existencia de una perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta**, de tal gravedad y hondura **que afecte las esferas cognoscitiva, volitiva o afectiva, y que impida al sujeto motivarse de conformidad con las exigencias normativas para poder comprender la ilicitud y determinarse en consecuencia.**

Quiere decir lo anterior que para entender que la actuación del acusado se produjo en un estado de **inimputabilidad, no es suficiente la presencia de cualquier padecimiento constitutivo de alteración emocional**, sino que es necesario que se trate de un trastorno mental que le impida al sujeto *“elaborar una representación psíquica de su ilicitud o de elegir alternativas de actuación al tenor de su inteligibilidad”*.

Por lo tanto, **no todo trastorno mental** -término que, además, fue tomado por el legislador del lenguaje común y no del científico psiquiátrico- **resta culpabilidad al autor de la conducta**. Se requiere que dicho trastorno tenga la entidad suficiente para afectar los procesos cognoscitivo y volitivo del individuo y que le impida determinarse libremente por falta de una adecuada apreciación del valor de sus actos. De manera que, como lo ha resaltado la doctrina alemana:

“[l]a perturbación psíquica debe haber ejercido un influjo determinante sobre la capacidad de comprensión o de acción del autor. La incapacidad de comprender lo injusto del hecho (momento intelectual) se refiere a lo injusto material del hecho y... ha de constatarse en el caso concreto y en especial referencia al tipo penal correspondiente”.

Incluso, como se reconoce por el autor citado y se desprende del mismo contenido normativo del artículo 33 del Código Penal colombiano, **aun**

concurriendo la comprensión de lo injusto del hecho, puede admitirse la inimputabilidad del individuo cuando resultó incapaz de actuar con arreglo a ese entendimiento en razón de la perturbación psíquica (momento volitivo), en tanto puede suceder que pese a la clara consciencia del injusto, predominan los impulsos que conducen al hecho o pueden debilitarse los frenos inhibitorios, como podría ocurrir, en efecto, en eventos de embriaguez alcohólica.

No obstante, **el trastorno mental incidente en la imputabilidad del individuo, debe acreditarse en cada caso en particular**, por lo que no es admisible para tal efecto una opinión pericial como la brindada en este caso por el experto psiquiatra, en el sentido de aducir la afectación psíquica del solo hecho de haberse dictaminado la presencia de una embriaguez aguda positiva en el sujeto activo de la conducta.

Así mismo, **desde el plano jurídico es necesaria la existencia de un nexo normativo entre el trastorno mental y la conducta realizada** y que, como se ha dicho, tal trastorno se presente exactamente al tiempo de ejecución del comportamiento lesivo, lo cual debió ser demostrado en el juicio. Por ello, se subraya, el trastorno mental no genera, por sí solo, la inimputabilidad, sino que se requiere de la existencia del efecto correspondiente.

Por último, debe señalarse que tratándose de la noción jurídica de **trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad, es necesario que se acredite que se trata de una reacción vivencial inusitada, anormal y pasajera; que no implique una base patológica**; que altere los planos cognitivo y volitivo del individuo, generándole la incapacidad de comprender la ilicitud del acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión; y, cuyo origen se encuentra en factores exógenos o endógenos determinados.

Con lo anterior, se puede sostener que **el dictamen pericial de psiquiatría presentado por el médico forense [...] adolece de graves problemas de sustentación:**

En primer lugar, su método de trabajo se limitó a la entrevista del acusado y a transcribir las entrevistas de algunos testigos de los hechos, sin que en ese proceso delimitara con claridad la base científica y su conexión con el contenido fáctico, a fin de determinar la concordancia con el diagnóstico clínico emitido.

En segundo lugar, sustenta la presencia de un trastorno mental transitorio fundado en una ambigua teoría sobre las probabilidades relacionada con la embriaguez clínica aguda positiva diagnosticada, sin que en ese propósito aporte algún tipo de información acerca de los experimentos, series de eventos y estimaciones porcentuales o de frecuencia que a modo de datos empíricos debían apoyar su tesis. Tampoco precisó ante el juez el nivel de probabilidad de su respectiva conclusión.

Asumió el profesional que el solo hecho de presentarse una embriaguez clínica aguda era suficiente, probabilísticamente, para pregonar la existencia del trastorno mental transitorio. Aunque una aserción en ese sentido pueda estimarse como cierta, en su comparecencia al juicio oral el perito debía explicar los fundamentos de sus conclusiones frente a las situaciones factuales en particular, acotando el nivel de probabilidad que se presentaba en el caso concreto frente a esa hipótesis, tomando en cuenta las peculiaridades del evento, las condiciones personal del individuo relacionadas con su condición física y psicológica y el contexto en el que se desarrollaron los hechos. Es decir, se debió concretar el enunciado probabilístico planteado, cosa que no llevó a cabo el experto.

En tercer lugar, aun en el evento de que se asumiera como probable, no obstante la ausencia de una rigurosa sustentación al que se encontraba obligado el perito, que el procesado padeció un trastorno mental transitorio y que, como consecuencia de ello, no estaba en condiciones de comprender la ilicitud del acto y de determinarse conforme a ese entendimiento, no se precisó por el experto la naturaleza de la dolencia que padecía como reacción vivencial ni las condiciones que desencadenaron su violenta reacción. Tampoco sustentó adecuadamente la relación de causalidad hipotética o nexo normativo entre el trastorno mental aducido y la acción desplegada por el acusado, de manera que no justificó la presencia de un desarreglo mental que afectara los momentos cognitivo o volitivo al tiempo de su actuación.

En cuarto lugar, cuando el perito pretendió inferir su diagnóstico de trastorno mental transitorio con base en el testimonio de los asistentes a la fiesta en cuyo contexto ocurrieron los hechos, se limitó a sostener, sin ninguna fundamentación, que *“de acuerdo a la forma de obrar antes, durante y después de la ocurrencia de los hechos, éste se encontraba bajo un Trastorno Mental Transitorio”*, sin que dotara de precisos contenidos esos hitos temporales, desconociendo la realidad fáctica aportada por los testigos, con base en la cual las conclusiones tendrían que ser distintas.

Dicho está que **“el objeto de apreciación no son las conclusiones del perito, es el proceso técnico o científico que lo condujo a presentarlas”**, por lo que **dentro del principio de libre valoración de la prueba el juez puede apartarse de los fundamentos técnicos y prácticos del dictamen pericial**; además, **el trastorno mental**, en los términos del artículo 33 del Código Penal, **es un concepto de naturaleza jurídica cuyo juicio corresponde realizarlo al juez**, facultado para llevar a cabo la estimación psíquico-normativa de dicho fenómeno.

Por eso, **con buen juicio, el fallador de segunda instancia estimó que el acusado actuó con culpabilidad plena, sin que se avizorara en su comportamiento circunstancia alguna que determinara su inimputabilidad**, no solamente porque **las pruebas periciales de psicología y psiquiatría no aportaron elementos de trascendencia para poder establecer la existencia de una afectación mental transitoria**, sino también porque **del decurso fáctico demostrado dentro de la actuación se pudo acreditar que LGAÁM estuvo en capacidad de comprender el contenido injusto de su actuación y, libremente, elegir alternativas de actuación de acuerdo con esa comprensión**.

En consecuencia, encuentra la Sala **infundados** los reproches presentados por el demandante, consistentes en falso raciocinio en la apreciación de las pruebas periciales referidas a lo largo de esta decisión. Por lo tanto, **no se casará** la sentencia recurrida».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

17. INJURIA

El sujeto pasivo determinado o determinable, debe ser alguien en particular

La Corte casó la sentencia *condenatoria* del Tribunal, para en su lugar, prohijar la vigencia de la *absolutoria* emitida por el Juzgado de primer grado, respecto del cargo formulado al procesado como autor responsable del delito de *injuria*, todo, tras advertir que las afirmaciones de aquél, además de ofrecer un carácter *impreciso, general y abstracto* -ajeno al ánimo de *injuriar*-, no se hicieron respecto de un *sujeto pasivo determinado o determinable*, sino en el contexto del ejercicio del *derecho de acceso a la administración de justicia* y del *deber de denunciar*, de modo tal que su conducta resultaba ostensiblemente *atípica*.

SP687-2019 (48073) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INJURIA - Antijuridicidad: bien jurídico tutelado, integridad moral || **INJURIA - Elementos** || **INJURIA - Delito de mera conducta** || **INJURIA - Protege los derechos al buen nombre y la honra** || **INJURIA - Elemento subjetivo:** ánimo de injuriar, implica demostrar que las imputaciones deshonrosas se hacen de manera consciente y voluntaria || **INJURIA - Contra servidores públicos** || **INJURIA - Elementos:** sujeto pasivo determinado o determinable, debe ser alguien en particular || **INJURIA - Derechos al buen nombre y la honra:** respecto de servidor público, el ámbito de protección es menor, por estar obligado a soportar mayor escrutinio social || **INJURIA - Idoneidad:** para considerar deshonrosa una imputación esta tendrá que ser clara, precisa e inequívoca

«En cuanto al ilícito en estudio atentatorio del bien jurídico de la integridad moral, de tiempo atrás la Corte ha señalado que tiene lugar cuando el sujeto activo de **manera consciente y voluntaria** imputa a otra **persona conocida o**

determinable un atributo o calificativo capaz de lesionar su honra, conociendo el carácter deshonroso de la imputación, así como la capacidad de daño y menoscabo del patrimonio moral del afectado.

Ha precisado así la Corporación que tal comportamiento punible exige para su consumación la concurrencia de los siguientes **elementos**:

a) La emisión de imputaciones deshonrosas por parte del sujeto en contra de otra persona.

(b) El agente debe tener conocimiento del carácter deshonroso de la imputación.

(c) La imputación ha de aparejar la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto pasivo de la conducta.

(d) El agente debe tener **conciencia** de que lo imputado ostenta esa capacidad lesiva para menguar o deteriorar la honra de la otra persona.

Obviamente como se trata de la afectación de la integridad moral conformada con el honor y el buen nombre, **debe mediar claridad contra quienes van dirigidas las imputaciones**, por eso **se exige que el sujeto pasivo sea determinado o determinable**, esto es, identificable o individualizable.

Ello porque al tener el honor un sentido subjetivo está ligado a **alguien en particular**, igual sucede con el buen nombre en cuanto enmarca la reputación de la persona, la apreciación que la sociedad tiene de ella. Por eso de nada servirá emitir **apreciaciones vagas contra un grupo de personas de manera general**, porque se tornaría difícil verificar si la valoración, fama o prestigio que se tenía de un individuo fueron deformados o se afectaron con los calificativos deshonrosos emitidos por el agente.

Como es un ilícito **de mera conducta** se perfecciona con la simple emisión de las imputaciones deshonrosas, claro está que éstas deben tener la **idoneidad** suficiente para lesionar de manera real y efectiva el buen nombre o la honra de la víctima, pues: *“no toda opinión o manifestación causante de desazón, pesadumbre o molestias al amor propio puede calificarse de deshonrosa, para ello es necesario que ostente la capacidad de producir daño en el patrimonio moral, y su gravedad no dependerá del efecto o la sensación que produzca en el ánimo del ofendido, ni del entendimiento que éste le dé, sino de la*

ponderación objetiva que de ella haga el juez de cara al núcleo esencial del derecho.

Labor que el funcionario judicial adelantará sopesando las circunstancias específicas de cada caso, los antecedentes que lo motivaron, el lugar y la ocasión en que ocurrió, para ello tendrá en cuenta los elementos de convicción y el grado de proporcionalidad de la ofensa, determinando si efectivamente se causó una amenaza o vulneración a la honra de la víctima. (CSJ AP 8 oct. 2008, rad. 29428).

Y en cuanto al **ánimo de injuriar**, debe ser palpable que **las imputaciones deshonrosas se hacen de manera consciente y voluntaria** y con conocimiento de que su naturaleza degradante tiene vocación de afectar al patrimonio moral de la persona contra quien se dirigen.

Ahora, cuando las manifestaciones deshonrosas van dirigidas contra **servidores públicos**, la línea jurisprudencial trazada por la Corte ha señalado **la mengua del ámbito de protección de los derechos a la intimidad y al patrimonio moral respecto de ellos** en relación con los demás integrantes del conglomerado social, al estar **obligados a soportar un mayor escrutinio social**.

INJURIA - No se configura: cuando se hace con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y del deber de denunciar || **INJURIA - Elementos:** sujeto pasivo determinado o determinable, debe ser alguien en particular || **INJURIA - No se configura:** las manifestaciones abstractas, genéricas e imprecisas no vulneran la honra y el buen nombre

«A las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales se deben agregar las relacionadas con que desde el texto constitucional se propende por la participación del ciudadano en las decisiones que lo pueden afectar, ello en claro desarrollo del modelo de estado democrático y participativo adoptado.

Precisamente con el fin de buscar la iniciativa ciudadana para que las personas tuvieran la oportunidad de poner de presente sus necesidades individuales o en beneficio de la comunidad, la Presidencia de la República en el periodo de 2002 a 2010 implementó los Consejos Comunales de Gobierno.

Esa posibilidad del ciudadano de tener la cercanía y trato directo con el Presidente de la

República, en eventos las más de las veces televisados, generó toda suerte de intervenciones y en diversos tópicos. No se limitó así a intervenir en la gestión pública, sino que al buscar dinamizar la satisfacción de los intereses a nivel local, departamental y nacional, al anhelo de incidir en las decisiones oficiales se sumaron exigencias, quejas, reclamos y denuncias a fin de que el Presidente como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa interviniera en esos asuntos, máxime por su obligación constitucional de garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.

Fue en ese marco de participación ciudadana que MHRB intervino en el Consejo Comunal de Gobierno que la Presidencia de la República hizo el 30 de agosto de 2008 en el municipio de Garagoa-Boyacá, al dolerse que *“el Banco de Bogotá, afectando la vida de sus empleados, trabajándoles 34 años no puede ser demandado en ninguna institución porque corrompe a los jueces de la República de Guateque al banco de Bogotá le queda más fácil darles dádivas y dejar sus oficinas en plenas horas laborales y salir de sus despachos a festejar hasta altas horas de la noche y después de que uno los acusa como soldados romanos se van cubriendo las espaldas y ellos mismos se auto juzgan”*. También refirió que la situación había sido ventilada ante la Procuraduría, ante el Ministro de Trabajo de la época y ante el Consejo Superior de la Judicatura de Tunja, sin haber obtenido alguna respuesta.

En ese sentido su alocución **fue tomada como el acto mediante el cual puso en conocimiento de una autoridad pública unos hechos que consideró anómalos**, por eso el Presidente le encargó a la Alta Consejería para la Competitividad y las Regiones su conocimiento a fin de que se tramitara ante el Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría, incluso obra el oficio de 23 de septiembre de 2008 de la Oficina del Programa de la Presidencia de Modernización, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción dirigido a la Defensoría del Pueblo, regional Boyacá dando cuenta de la queja elevada por RB (evidencia 4 de la defensa).

Igualmente se estableció probatoriamente que antes de esa participación pública el procesado, obrando como agente oficioso de su padre CHRE -extrabajador y pensionado del Banco de Bogotá-, había elevado varias acciones de tutela contra esa entidad bancaria anhelando la protección de los derechos de su progenitor: El 24 de enero de

2008, el Juez Primero Promiscuo Municipal de Guateque, MQG, le amparó el derecho de petición ordenando al banco darle contestación a sus requerimientos, decisión confirmada el 19 de febrero siguiente por el Juez Civil del Circuito de esa localidad, HVC. Pero el incidente de desacato que promovió el accionante le fue resuelto por providencia de 6 de marzo siguiente al concluir que no había algún incumplimiento del fallo.

También el 27 de agosto de 2008 el Juez Civil del Circuito de Guateque, HVC, confirmó el fallo que el 23 de julio del mismo año había emitido el Juez Segundo Promiscuo Municipal, Israel Soler Pedroza, mediante el cual negó por improcedente la acción de tutela promovida por el procesado a nombre de su progenitor contra el citado banco que buscaba la protección de los derechos a la vida e integridad, igualdad, paz, seguridad social, remuneración mínima vital, pago oportuno de prestaciones, reajuste de pensión y derechos constitucionales de una persona discapacitada, al estimar que *“no está llamada a prosperar, porque no fue interpuesta con la inmediatez necesaria, el accionante dejó vencer el término que tenía para interponer la acción laboral pertinente, y no existe vulneración del derecho a la seguridad social en pensiones en conexidad con el mínimo vital”*.

El ciudadano, con la frustración de haber perdido las tutelas interpuesta en favor de su padre, elevó ante el Presidente **su queja** y es aquí donde entronca el **derecho de acceso a la administración de justicia y el deber de denunciar**, el primero se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir ante los jueces en aras de obtener la protección o el restablecimiento de sus derechos, según los cauces legalmente establecidos, esto es, los distintos procedimientos según la arista o interés que se demanden, en tanto que el segundo, como deber jurídico en los términos del artículo 95, numeral 7° del texto superior, fue enriquecido por el cabildo abierto propiciado desde la Presidencia de la República para que los ciudadanos elevaran sus inquietudes, momento que encontró propicio RB para quejarse no solo de los jueces, sino de la pasividad del Ministro de trabajo, de la Procuraduría, del Consejo Superior de la judicatura de Tunja.

Con esa perspectiva como **para constatar la afectación subjetiva del patrimonio moral como necesariamente las palabras**

deshonrosas deben estar dirigidas contra alguien en particular, acertadamente lo destacó el juzgador de primer grado en el sentido que **no medió una mínima identificación de los individuos contra quienes se dirigían las afirmaciones del procesado**.

La localidad de Guateque está constituida como circuito judicial conformado por ese municipio que cuenta con dos jueces promiscuos municipales, un juez civil y otro penal de circuito, así como por los municipios de Almeida, Chivor, Guayatá, La Capilla, Somondoco, Sutatenza y Tenza, cada uno de estos con un juez promiscuo municipal. Y si bien podría pensarse que no se trataba de un grupo amplio, porque a la postre los cuatro jueces de ese municipio fueron los que se sintieron aludidos y lesionados en su honor razón por la cual formularon la querella, se destaca que el procesado **no se refirió a ellos ni por su nombre, por su grado o por su especialidad como para afirmar que fueron individualizados**.

Y aunque MAQG, ISP, HVC, y RAML, fueron quienes previamente habían decidido las acciones de tutela que tramitó el procesado en nombre de su padre, por ser un trámite inter partes, **no se puede afirmar que** el conglomerado social sabía de tal situación y que inexorablemente **las palabras pronunciadas por RB estaban dirigidas concretamente contra ellos**, situación que impide concluir que la honra de los aludidos querellantes estuvo en entredicho.

Bajo esta óptica recobran plena vigencia las consideraciones del juez de primera instancia cuando destacó que las aseveraciones del procesado dada su **vaguedad** no tenían los matices de un vejamen para considerar que el patrimonio moral de las víctimas resultó lesionado o menoscabado.

En segundo lugar, también es notoria la **generalidad** en cuanto al marco temporal expuesto por el enjuiciado. Efectivamente afirmó *“el Banco de Bogotá, afectando la vida de sus empleados, trabajándoles 34 años no puede ser demandado en ninguna institución porque corrompe a los jueces de la República de Guateque”*, lo cual impide precisar a qué época se refería, de cuáles funcionarios judiciales se trataba, por demás, no se pueden desconocer las diferentes situaciones administrativas que se pueden dar en el desempeño de la labor de juez, encargos, provisionalidad, vacaciones, licencias,

permisos, etc., eventos que **dificultan aquí aún más la delimitación del sujeto pasivo de la conducta.**

Para el Tribunal, el procesado “sostuvo que el banco corrompe a los jueces de Guateque a quienes entregó dádivas, lo que significa que los trató de corruptos de haber sido sobornados y de haber sido pervertidos y ser unos deshonestos”, pero para tal conclusión interpretó más allá del tenor literal las afirmaciones públicas del ciudadano R para determinar que las mismas tuvieron la capacidad de causar detrimento grave a la honra de HVCR, RAML, MAQG e ISP, pero contrariamente, la Corte no advierte cómo el reclamo elevado por el enjuiciado ante el Presidente de la República constituyó un hecho idóneo para agravar la integridad moral de aquéllos cuando indicó en forma **etérea** que “el Banco de Bogotá, afectando la vida de sus empleados, trabajándoles 34 años no puede ser demandado en ninguna institución porque corrompe a los jueces de la República de Guateque, ...al Banco de Bogotá le queda más fácil darles dádivas y dejar sus oficinas en plenas horas laborales y salir de sus despachos a festejar hasta altas horas de la noche”. Tal **abstracción y generalidad** le resta la **idoneidad necesaria para afectar la honra o el buen nombre de quienes aquí fungen como víctimas.**

Esa **vaguedad** se extiende cuando RB también respecto de los jueces señaló; “uno los acusa como soldados romanos se van cubriendo las espaldas y ellos mismos se auto juzgan y el Consejo de la Judicatura de Tunja no hace nada”, situación que **impide acreditar uno de los elementos del delito en cuanto a un sujeto pasivo determinado o determinable**».

INJURIA - Elemento subjetivo: ánimo de injuriar, implica demostrar que las imputaciones deshonrosas se hacen de manera consciente y voluntaria || **INJURIA - No se configura:** las manifestaciones abstractas, genéricas e imprecisas no vulneran la honra y el buen nombre || **SENTENCIA - Absolutoria:** atipicidad de la conducta || **INJURIA - No se configura**

«[...] en la misma arista de la atipicidad del comportamiento del procesado le asiste razón al censor cuando resalta la **ausencia del ánimo de injuriar del procesado.**

Evidentemente, toda conducta definida legislativamente como típica está conformada por

un elemento objetivo y otro subjetivo, pero aquí **no es palpable que el propósito de RB hubiera sido el de afectar o lesionar el buen nombre de los cuatro querellantes**, por el contrario, cuando él renunció a su derecho a guardar silencio y fue escuchado como testigo en la audiencia de juicio oral, puso de presente que con su intervención sólo quería llamar la atención de las autoridades competentes para exponer cómo el Banco de Bogotá había sido injusto con el trato dado a su padre CHRE r en su condición de extrabajador.

Por lo tanto, respetando la aprehensión fáctica y probatoria hecha por el Tribunal se advierte que la conducta desplegada por MHRB **no se ajustaba cabalmente al modelo descriptivo del delito de injuria** en relación con los querellantes HVCR, RAML, MAQG e ISP.

La Corte ha señalado que “desde un punto de vista dogmático, la afectación del bien jurídico de la integridad moral está sujeta a los datos de índole objetiva que formen y contextualicen los señalamientos en apariencia injuriosos del procesado. No depende únicamente de la percepción del sujeto pasivo de la conducta” (CSJ S.P. 27 feb 2019, rad. 49287) por eso, contrario a la conclusión del Tribunal que el procesado hizo ver a los querellantes “como hombres deshonestos, corruptos y comprables, lesionando no solo su dignidad sino la función de administrar justicia”, se tiene que **la queja elevada por el ciudadano RB** ante el Presidente de la República de la época para que se investigara o verificara determinados comportamientos que en su momento consideró que merecían la atención de órganos superiores **no se puede ubicar como injuriosa**, de ahí que deviene la prosperidad del cargo casacional formulado por el defensor.

Ante la verificación del error de juicio del Tribunal [...] en la selección de la norma para resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia **casará la sentencia condenatoria de segundo grado** emitida en contra de MHRB, en su lugar, **confirmará la decisión proferida por el Juzgado [...]** que **lo absolvió como autor del delito de injuria.**

Dado que el enjuiciado en desarrollo del proceso no fue afectado con la privación de su libertad, no se hace necesario algún pronunciamiento al respecto.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del procesado».

Inicio

18. INJURIA Y CALUMNIA

Si un señalamiento es deshonroso no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito

En el estudio de fondo de la demanda, la Sala encontró atendibles los reparos del censor alusivos a la *violación directa de la ley sustancial* por parte del Tribunal, habida cuenta que la conducta atribuida al procesado resultaba atípica objetivamente respecto de los delitos de *Injuria y Calumnia*, los cuales además no podían deducirse al mismo tiempo con base en idéntica imputación fáctica. La Corporación recordó igualmente que la *libertad de expresión* del ciudadano es *prevalente* como parámetro general respecto de los derechos al *buen nombre* y *honra* de un alto funcionario público, los cuales no se vieron afectados por la frase utilizada por el acusado, quien la efectuó por escrito, en escenarios en los que ejerció, de un lado, el derecho de petición, y de otro, el deber de denunciar. Tales razones la condujeron a la decisión de *casar la sentencia condenatoria* impugnada para disponer, en su lugar, la *absolución*.

SP592-2019 (49287) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INJURIA - Derecho a la libertad de expresión: del ciudadano, prevalece como regla general sobre el derecho al buen nombre de un alto funcionario público || **INJURIA - Protege los derechos al buen nombre y la honra** || **INJURIA - Derechos al buen nombre y la honra:** respecto de servidor público y figuras reconocidas o con influencias en círculos sociales y culturales, su protección solo procede en situaciones excepcionales || **INJURIA - No se configura**

«Desde un punto de vista constitucional, **el ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión del procesado, en tanto simple ciudadano, prevalece como regla general sobre la protección del derecho al buen nombre o reputación invocado por el querellante, que es un alto funcionario público.**

La Corte Constitucional, en la sentencia CC C-489/02 (que declaró exequible el artículo 225 del Código Penal, relativo a la retractación), señaló que el **bien jurídico de la integridad moral** comprende dos (2) derechos fundamentales: **la honra y el buen nombre**. El primero estaría relacionado con el respeto (o con la «valoración de comportamientos en ámbitos privados» y «la valoración en sí de la persona») y el segundo tendría que ver con la reputación (o «la apreciación que la sociedad emite de la persona por su comportamiento en ámbitos públicos»).

Además, en el fallo CC C-442/11, la Corte Constitucional precisó que cuando el derecho al buen nombre colisiona con el de la libertad de expresión, este tendrá prevalencia respecto de aquel, de modo que “*solo opiniones insultantes o absolutamente irrazonables serán objeto de reproche constitucional*”.

Lo anterior implica, **tanto para servidores públicos como para figuras reconocidas o con influencia en círculos sociales y culturales, que la protección de su derecho al buen nombre (o reputación) solamente procederá en situaciones excepcionales.**

[...] Esta preponderancia, además, también ha sido admitida por la Sala. En la sentencia CSJ AP, 10 jul. 2013, rad. 38909, la Corte indicó que “*quien ingresa a la vida pública abandona parte de la esfera privada, por lo cual debe estar dispuesto a soportar ataques o afirmaciones incisivas propias de una confrontación política*”. Y que “*los personajes públicos, o quienes por razón de sus cargos o actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública, deben asumir la inevitable carga de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas*”.

[...] Ahora bien, lo hasta ahora señalado no conlleva siempre ni en todos los casos la impunidad de cualquier señalamiento que pueda efectuarse a un funcionario. Tan solo significa que tendrán consecuencias jurídico penales aquellos ataques a la reputación de un servidor público o de una figura pública que realmente sean deshonrosos y muy graves. El juez ponderará cada situación bajo los parámetros establecidos y supeditado a las circunstancias del caso en particular.

En este asunto, la frase “no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”, además de no ser deshonrosa, **provino de un escrito firmado por un ciudadano y dirigida a una autoridad competente acerca de la conducta de un servidor público en ejercicio de sus funciones**. Ello implica que **la protección de la libertad de expresión de quien acudió ante la administración de justicia, en teoría, prevalecía sobre el amparo al buen nombre (o la reputación) del querellante**, [...]. Y en la práctica **ni siquiera se estableció que la imputación fuera de índole injuriosa**.

No es posible derivar responsabilidad contra HRA, a menos que la Sala cambie su postura acerca de la configuración de la conducta punible de injuria y la salvaguardia reforzada que en el campo de lo público reviste la libertad de expresión. Pero esto tampoco podría permitirse desde una perspectiva constitucional, ya que en la sentencia CC C-442/11 se declararon exequibles los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 en el entendido de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal “ha defendido una interpretación restrictiva del tipo penal que favorece la vis expansiva de la libertad de expresión” y que tal escenario ha impedido “que los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas”.

CALUMNIA - Diferente a la injuria || **SENTENCIA - Motivación:** inconsistencias en la argumentación jurídica || **CALUMNIA - No se configura:** si un señalamiento es deshonroso no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito || **CALUMNIA - Injuria:** la misma imputación no puede dar lugar a los dos delitos, porque son descripciones típicas excluyentes

«La postura de los juzgadores frente a la configuración típica de la conducta fue **inconsistente**.

La decisión condenatoria del juez (a la postre confirmada por el Tribunal) solo consideró la teoría de la Fiscalía, mas no una hipótesis plausible de inocencia, a pesar de advertir que las palabras del acusado las hizo “*por lo menos exagerando lo realmente ocurrido*”.

Si se partió en lo fáctico de que la expresión en apariencia injuriosa podía ser cuando menos “una exageración”, pero al final se concluyó en lo jurídico que constituía una imputación deshonrosa (ya que exponía al querellante «*como una persona violenta y abusiva que se vale de su cargo para presionar a los demás*»), hubo una **apreciación errónea** de los hechos, pues al admitir la existencia de un comportamiento exagerado con apuntar “no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”, se debe (igualmente) aceptar la posibilidad de que eso no haya sido una atribución mentirosa orientada a deshonrar, sino el fruto de una particular pero a la vez sincera impresión.

Los jueces, sin embargo, no lo entendieron así y por ello incurrieron en una **inconsistencia dentro de su argumentación jurídica**.

Y, como si eso fuese poco, cayeron en otra **contradicción**. No solo **estimaron que la frase se trataba de una “imputación deshonrosa”, sino también “la atribución falsa de una conducta típica”**, toda vez que, según el funcionario de primera instancia (en criterio, se reitera, validado por el Tribunal), las palabras de HRA “*sindican al afectado de una posible incursión en un delito, pues [...] le está atribuyendo por lo menos un posible abuso de autoridad, conducta tipificada por el artículo 416 del Código Penal*”.

Con esta tesis, desconocieron los juzgadores que, **si un señalamiento es deshonroso, no puede ser al mismo tiempo la atribución falsa de un delito, ni viceversa**. Como lo sostuvo la Sala, “*[l]a misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes*”.

CALUMNIA - No se configura: cuando se ha obrado en ejercicio del derecho de petición o del deber de denunciar || **CALUMNIA - Manifestaciones precisas y concretas** || **CALUMNIA - bien jurídico tutelado** || **CALUMNIA - Configuración:** la imputación debe ser clara, concreta, circunstanciada y categórica

|| **CALUMNIA - No se configura** || **INJURIA - No se configura** || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«El delito de calumnia contemplado en el artículo 221 del Código Penal se realiza con la falsa atribución a otra persona de un comportamiento típico:

[...] En el presente caso, la conducta calumniosa achacada a HRA es **atípica desde un punto de vista objetivo** por varias razones, a saber:

La expresión anotada por el procesado *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”* **no constituye la falsa imputación de alguna conducta punible.**

La Corte ha sido consistente al exigir que la **imputación señalada de calumniosa sea “clara, concreta, circunstanciada y categórica, de modo que no suscite dudas”.**

En el presente caso, como ya se advirtió (2.1), la frase *“no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra”* carece de datos objetivos que precisen lo que pasó en la diligencia de ampliación de denuncia adelantada el 12 de febrero de 2010. Así como no era idónea para estructurar una imputación deshonrosa en los términos del artículo 220 de la Ley 599 de 2000, tampoco lo es para constituir la atribución falsa de algún comportamiento punible, de conformidad con el artículo 221 siguiente.

La jurisprudencia ha dicho que **en ejercicio del derecho de petición o del deber de denunciar ante las autoridades no es posible la comisión del delito de calumnia.**

La Sala, en la providencia CSJ AP, 20 jun. 1994, rad. 2286 (decisión citada por el demandante en su escrito), señaló que **no es posible cometer el delito de calumnia cuando quien es señalado de hacerlo ha obrado en ejercicio del derecho de petición o del deber ciudadano de denunciar:**

[...] Esta decisión ha sido reiterada en incontables ocasiones, entre otras, CSJ AP4365, 31 jul. 2014, rad. 39895, y CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 42043.

En este asunto, como ya se indicó (2.4), el acusado anotó las palabras en apariencia calumniosas en su doble condición de (i) **petionario** de una vigilancia judicial administrativa y (ii) **denunciante** de faltas

disciplinarias perpetradas por servidores públicos. **Tales ejercicios de derechos y deberes lo exoneraban de cualquier atribución que pudiera efectuársele con relación al artículo 221 del Código Penal y, en general, respecto de todo menoscabo al buen nombre del querellante.**

Los motivos utilizados para concluir que **no hubo una afectación del bien jurídico** para la conducta de injuria (2.2, 2.3 y 2.4) también son aplicables para la calumnia.

Es decir, dado que (i) la condena estuvo fundada en lo que declaró el magistrado [...] sobre el daño a su reputación, (ii) se trata de un alto servidor público que tiene el deber de tolerar las críticas, reclamos o quejas de los usuarios y (iii) en la decisión se reconoció en lo fáctico pero no en lo jurídico una hipótesis plausible de inocencia, salta a la vista que el Tribunal **violó en forma directa la ley sustancial**, no solo **aplicando indebidamente** el artículo 220, sino también el artículo 221, del Código Penal. **La conducta de HRA es por completo atípica».**

CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de especialidad: supuestos que deben cumplirse || **CONCURSO APARENTE DE TIPOS - Principio de especialidad:** no se configura respecto de descripciones que se excluyen entre sí

«Por las razones ya indicadas (sobre todo en 2), la Sala no comparte la tesis de los delegados de la Procuraduría y el ente acusador de absolver por el delito de calumnia pero condenar por el de injuria.

Dicho sea de paso, el **principio de especialidad** como criterio de solución para el supuesto concurso aparente de tipos que los representantes promulgaron no tenía cabida en este asunto.

La Sala ha dicho al respecto que *“para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: (i) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; (ii) que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y (iii) que protejan el mismo bien jurídico”.* Es imposible predicar cualquier relación de género a especie entre los tipos penales de injuria y calumnia, o calumnia e injuria. Son, simplemente, **descripciones que se excluyen entre sí**, como se analizó (2.4).

La solución era entonces más sencilla. No hubo concurso aparente de tipos. La expresión “*no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra*” y demás frases que anotó

HRA en el escrito enviado al Consejo Seccional de la Judicatura **de ninguna entrañaban comportamiento punible alguno**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

19. IRA O INTENSO DOLOR

No se configura cuando el agente con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento grave o injusto que lo condujo a realizar la conducta punible

Al casar parcialmente el fallo impugnado, la Sala encontró necesario reiterar el pacífico criterio sobre la *atenuante punitiva* relativa a la *ira o intenso dolor*, en el sentido de precisar que no tiene reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos. Así mismo, ilustró que su configuración no es predicable cuando el sujeto activo con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento grave o injusto que lo llevó a la comisión de la conducta.

SP346-2019 (48587) del 13/02/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura || FALSO RACIOCINIO - Se configura || IRA O INTENSO DOLOR - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento || IRA O INTENSO DOLOR - Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción **|| IRA O INTENSO DOLOR - Origen directo en un comportamiento grave e injusto || IRA O INTENSO DOLOR - Configuración:** no tiene

reconocimiento a partir de personalísimos sentimientos ni para favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables o coléricos || IRA O INTENSO DOLOR - No se configura

«Las demandas de casación en este caso promovidas por el apoderado de víctimas y el Delegado de la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia emitida [...] por el Tribunal Superior [...], por medio de la cual modificó la decisión condenatoria de primer grado para condenar a VRB como responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego al reconocer que el atentado a la vida se cometió en estado de ira (reduciendo por tanto la pena de 520 a 110 meses de prisión), se han encaminado por **quebranto indirecto de la ley sustancial**, para acusar la presencia de múltiples desaciertos de apreciación probatoria concretados en la concurrencia de diversos errores de hecho.

La sentencia impugnada, a través de copiosa referencia de prueba testimonial practicada en desarrollo del juicio oral, dio por demostrado que en los hechos acaecidos [...] en la cabecera municipal [...], en el establecimiento [...], VRBG actuó en **estado de ira causado por el comportamiento ajeno, grave e injusto** de su cuñado JFRE a quien mató con disparos de arma de fuego, toda vez que desde hacía algún tiempo éste atribuía a los miembros de la Junta de Acción Comunal [...] haberse apropiado de una suma millonaria de recursos, lo que se expresó en señalamientos de la comunidad y otros episodios que lo deshonraban y problemas de vecindad que lo determinaron a obrar de esa manera.

Pues bien, advierte la Sala ab initio que **razón asiste a los demandantes** así como a los diversos sujetos que han intervenido ante esta sede, esto es, Apoderado de víctimas,

Representante de la Fiscalía y Ministerio Público, que coinciden en el acierto de los diversos cargos presentados y coadyuvan la prosperidad de los libelos, **bajo el entendido que las conclusiones de la sentencia del Tribunal obedecen a una apreciación errónea de las pruebas, por presentarse en la misma valoraciones incompletas e inadmisibles derivadas de falsos juicios de identidad y raciocinio.**

Presupuestos teóricos en orden a evidenciar los defectos de evaluación probatoria derivados de una **laxa comprensión de la ira** que conduce a una **responsabilidad atenuada**, imponen a la Sala para comenzar, observar que si bien con una redacción sustancialmente idéntica a la regulación de la figura contenida los arts. 28 y 60 de los Códigos Penales de 1936 y 1980, el art. 57 de la Ley 599 de 2000 ha previsto la **ira o intenso dolor como figura atemperante de la sanción punitiva** referida esencialmente a delitos atentatorios de la vida e integridad personal, recogiendo aquellas hipótesis en que el hecho se lleva a cabo en estado de emoción violenta provocada por la conducta de la víctima, esto es, cuando obedece a una condición subjetiva emocional que consecuentemente da lugar a una responsabilidad penal atenuada.

Jurisprudencia de la Corte estructurada a través de varias décadas, esencialmente con uniformidad sobre el sentido y alcance jurídico de esta circunstancia atenuante de la pena, ha coincidido en considerar que el privilegio emocional subjetivo de esta causal paliativa, **exige para su reconocimiento que al momento de realización de la conducta punible se haya procedido en estado de ira o de intenso dolor determinado por un comportamiento ajeno grave e injusto.**

Por tanto, fue y continúa siendo postulado normativo del precepto regulador de esta figura, **estar plenamente probada la existencia de un comportamiento con las connotaciones de grave e injusto de un tercero contra quien se reacciona emocionalmente, así como el necesario nexo de causalidad entre ese estado síquico y ser aquella su causa**, la cual por lo demás, debe tener por tanto la virtualidad de desencadenarlo, pues conforme se ha advertido insistentemente, si bien no se exige simultaneidad o concomitancia en la reacción, si es imperioso que el sujeto obre bajo los efectos de un *‘raptus’* emotivo, toda vez que de acuerdo con la concepción dogmática de este instituto, la ira

atenuante en relación con este aspecto tiene arraigo en **circunstancias de objetiva verificación, toda vez que no se trata de hacer sustentable la aminorante a partir de personalísimos sentimientos o de favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritables, coléricos**, ni de propiciar extensiones genéricas a otros estados anímicos o con procedencia en otros orígenes, sino de reconocer la presencia de situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectual y volitiva del agraviado provocada por una ofensa, sin que ello implique desde luego una pérdida absoluta de dichas facultades, que como se sabe corresponden a estados de inimputabilidad penal.

Sobre esta base, recuérdese que la sentencia condenatoria de primer grado rechazó la atenuante punitiva por ira pretendida por la defensa, con el argumento de estar acreditado que JFRE atribuyó a la Junta de Acción Comunal de la Vereda [...] de [...], a la cual pertenecía el procesado, haberse apropiado de \$800 millones, así como problemas por falta de afiliación de aquél a dicha Junta y de vecindad que habrían tenido aquéllos, todo lo cual fue determinante en la reacción del imputado, al estimar no demostrada en el juicio la diminuyente, pues los antecedentes en que dijo fundarse no podrían explicar la manera de actuar de VR, cuando los rumores de malos manejos no sólo habían sido desvirtuados contablemente, sino que aun reconociendo como existentes ciertas *“manifestaciones chismosas”* de la comunidad no atribuibles directamente a la víctima, o el tema de la negativa de afiliación que no competía a VR, todo lo cual no lograba considerar aceptable la forma de reaccionar del imputado y mucho menos comprenderla dentro de los causes de la atemperante punitiva.

[...] El primero de los argumentos aducidos por la sentencia y referido a considerar que el número de disparos y su ubicación por sí mismos reflejaban el estado de alteración en que procedió el procesado, pretende construir una regla de experiencia que si bien en principio podría tener algún fundamento, en tanto procura un conocimiento estable sobre la forma de actuar frente a situaciones de estados alterados, en el caso concreto resulta desconocedora de los propios antecedentes del hecho que precisamente impiden aceptarla como aplicable, toda vez que **la decisión de VR de matar a JFRE, no puede asentirse derivada de**

comportamiento ajeno grave e injusto de éste y por ende que una eventual alteración de su ánimo, conforme se verá adelante, no podría señalarse haber tenido como causante a aquél. Si en algún momento el procesado actuó alterado, irritado o con algún grado de perturbación de ánimo, no puede, en modo alguno atribuirse dicha condición a conducta con las características indicadas, de la hoy víctima.

De otra parte, la multiplicidad de disparos inferidos al occiso, no comprendieron de inmediato la lesión a órganos vitales, lo que afirma el Tribunal elimina cualquier premeditación, como si el imputado no hubiera tenido el propósito de dar muerte y esto de suyo excluye el dolo de ímpetu que fundaría la ira legal, gracias a la reacción que el agredido tuvo de protegerse, lo cual desde luego sin embargo no logró, dado que a más de poner las manos y dar la espalda a su atacante para huir, recibió enseguida disparos en la espalda y ya en el suelo un tiro de gracia a muy exigua distancia, en la cabeza».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || ERROR DE PROHIBICIÓN - Error invencible: no se configura || **REGLAS DE LA LÓGICA - No se configura || IRA O INTENSO DOLOR - Origen directo en un comportamiento grave e injusto || IRA O INTENSO DOLOR - No se configura:** cuando el agente con su propio relato desvirtúa la presencia de un comportamiento grave o injusto que lo condujo a realizar la conducta punible

«[...] a partir del relato suministrado por los empleados del local comercial DJCC,AZC, LFGC, JCC,AZC, LFGC, y WATM, se sabe que la mañana del 7 de julio de 2014, observaron cuando VR llegó al establecimiento comercial, esperó que apareciera JF y le reclamó por pretendidamente estar hablando de él, tras responderle que eso no era cierto y que era él quien venía a buscarle problemas, enseguida lo instó a que se *“parara como un hombre”* al tiempo que le manifestó que venía era a matarlo, desenfundando una pistola que llevaba consigo y vaciando en su humanidad toda la carga, para una vez en el suelo herido de muerte propinarle un certero disparo en la cabeza.

Ninguno de estos testigos da cuenta de las circunstancias antecedentes que pudieron determinar la conducta homicida. El Tribunal,

sin embargo, extrae de sus afirmaciones que por la manera de proceder el acusado es un hecho que estaba *“convencido”*, persuadido de que quien difundió el rumor sobre actos indebidos de la Junta de Acción Comunal había sido el agredido y que el clímax de la situación se explica a través de un principio lógico, de acuerdo con el cual nada ofusca más a alguien que no sean atendidos sus reclamos, esto es, ser ignorado.

Varios reparos caben frente a las conclusiones que el sentenciador extrae de la referida prueba.

Pese a la manera como entiende derivado el **convencimiento** del imputado sobre los agravios de su cuñado, el Tribunal no se ocupa en forma abierta y expresa de considerar que se esté frente a la hipótesis de haber actuado B G incurso en un error insuperable sobre la propia existencia de la ofensa o la gravedad de la misma y que entonces haya procedido bajo los supuestos del art. 32 ord. 12 del C.P., esto es, **por error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad** y que impondría su admisión.

Son varias las oportunidades en que alude al convencimiento que pudo tener el imputado de que en efecto JF lo calumniaba ante la comunidad, pero aún bajo tal supuesto que apenas hace latente el fallo, conocidos los antecedentes del caso, **descarta la Corte que el error fuera invencible**, pues fácilmente podía constatar que los genéricos reparos hechos por JF estaban dirigidos a la cabeza directiva de la Junta de Acción Comunal y no, desde luego, a la totalidad de afiliados entre quienes se contaba el procesado. Si éste no tenía absolutamente ninguna disponibilidad y/o manejo de recursos de la organización cívica, como depusieron los miembros de la entidad comunal LMH, RAT y ESS y él mismo así lo afirmó al declarar bajo juramento, no podía sentirse agraviado porque se afirmara una administración irregular al interior de la misma, pues no hacía parte de los dignatarios a quienes correspondía la inversión de partidas.

Más inconsistente resulta el aparente principio lógico que enuncia el Tribunal bajo la consideración según la cual *“la reacción del procesado fue producto de la actitud de la hoy víctima, toda vez que “La lógica indica que cuando se hace un reclamo, lo que más exacerba el ánimo de quien lo efectúa es precisamente que no se le dé importancia, que se le ignore”*, minimizando los requisitos de la excepcional atenuante al

momento mismo en que aborda el victimario a su cuñado y justificando su reacción por no concedérsele mayor relevancia o razón a sus reclamos, como si frente a circunstancias semejantes la ley privilegiara la conducta por ese sólo hecho con una modalidad atenuada de delito.

Así, ninguna de las pruebas allegadas atribuyó en forma directa ser JFRE quien sostuvo que los miembros de la Junta de Acción Comunal de Platanales se habían apropiado de \$800 millones, y mucho menos específicamente que VRBG hubiera estado involucrado en esos actos.

LBG, hermana del procesado y esposa de la víctima, en ningún momento aceptó que JF hubiera hablado mal de VR, como lo afirma el Tribunal, pues todo cuanto aquél hizo fue solicitar que se revisaran las inversiones de recursos y en relación con la negativa por parte de la Junta de Acción Comunal a aceptar la afiliación de su cónyuge, todo cuanto hizo fue interponer los recursos y acciones legales para lograrlo. Además, desvirtuó esta testigo que pudiera tener explicación el proceder violento de su hermano en el hecho de pensar que el occiso estaba molesto y lo inculpaba sin razón de impedir su afiliación a la Junta de Acción Comunal, toda vez que antes del día de los hechos ya había sido aceptada la referida afiliación en la corporación cívica.

[...] Ahora bien, respecto de los problemas de vecindad que se dijo también existieron entre JF y VR, JBA, padre del procesado, señaló que entre aquellos no se presentó por dicho motivo ningún inconveniente y tampoco haberlo por la servidumbre que para acceder a la casa de éste compartían. En este mismo sentido depuso el propio imputado. Reconoció, como otros testigos, que en el pueblo se hacían comentarios de la gente sobre los manejos que se estuvieran dando en la Junta a dineros para inversión, pero en ningún momento se enteró de que los mismos tuvieran origen en el agraviado.

Así las cosas, obsérvese que si la tesis predominante en orden al reconocimiento de la ira como motivadora de la conducta del procesado, estriba en las ofensas por sindicaciones calumniosas atribuidas a JF, a

través de la prueba allegada en ese asunto **no logró acreditarse** que un solo testigo lo señalara ser quien difundió dichos rumores. Pero más aun, que por la índole de la persona jurídica a la cual correspondía el manejo de inversiones, así como no se hicieron imputaciones con nombre propio, ni siquiera VR hacía parte del cuerpo directivo de la Junta de Acción Comunal, es decir, que no podía disponer el destino de ninguna suma y por ende tampoco sentirse ultrajado. No en vano declaró el Presidente de tal entidad sin reportar que se hubiera producido por las afirmaciones de la comunidad y el pedido de auditoría de JF ninguna enemistad con éste.

[...] Si bien la jurisprudencia no ha exigido como presupuesto para su reconocimiento que quien actúa bajo un **estado de ira atemperante de la pena**, deba expresar su concurrencia o exacerbación de ánimo, **es inaceptable admitirla cuando el agente con su propio relato**, conforme sucede en este caso, **culmina desechando la presencia de una específica causa (comportamiento ajeno grave e injusto) como condicionante de la emoción violenta que lo condujo a realizar la conducta punible**, máxime cuando la tesis defensiva original resulta desvirtuada anteponiendo alternatively que observó que JF tenía un bolso que movió y en el cual sabía portaba un arma, que quiso encontrar respaldo sin el menor fundamento en el sesgado relato de JEVN.

Como queda visto, además de reclamar el **estado de ira**, conforme procedió en este caso la defensa y a ello accedió el Tribunal al modificar la decisión de primera instancia, era imperativo que a través de la prueba allegada en el juicio se demostrara la concurrencia de los elementos que la estructuran, pues según se advirtió, así como no toda provocación debe asumirse necesariamente caracterizada por ser grave e injusta, tampoco su existencia supone el estado de ira y menos todo estado irascible por sí solo conduce al reconocimiento de la diminuyente punitiva, sino que **es indispensable que cualquiera de estos estados hayan tenido su origen en un comportamiento grave e injusto**. Dado que en el caso concreto la ira como atenuante se aceptó debido a la concurrencia de diversos **errores de hecho**, los cargos propuestos deben prosperar y el **fallo será casado**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

20. JUECES DE EJECUCIONES FISCALES - COMPETENCIA

Sus atribuciones se ejercen por la dirección ejecutiva y las oficinas de cobro coactivo del Consejo Superior de la Judicatura

Al desatar la solicitud de *definición de competencia*, la Sala tuvo ocasión de recordar que las atribuciones de los *Jueces de Ejecuciones Fiscales* para asumir la vigilancia de las penas de multa, se ejercen por la Dirección Ejecutiva y las Oficinas de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura, de manera que corresponde al Juzgador que impuso tal sanción impartir el trámite respectivo ante las referidas autoridades, por tratarse de un asunto ajeno a la órbita del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

AP737-2019 (54743) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia: ejecución coactiva || **JUECES DE EJECUCIONES FISCALES - Competencia:** Ejecución coactiva || **JUECES DE EJECUCIONES FISCALES - Competencia:** sus atribuciones se ejercen por la dirección ejecutiva y las oficinas de cobro coactivo del Consejo Superior de la Judicatura || **MULTA - Ejecución coactiva:** corresponde al juez que emitió la decisión impartir el trámite respectivo

«Acorde con lo establecido en el artículo 41 del Código sustancial, **razón le asiste al Juez de Ejecución de Penas** [...] al rehusar su competencia para asumir la vigilancia de la pena acompañante indicada en la providencia, toda vez que **el asunto corresponde a los jueces de ejecuciones fiscales, cuyas atribuciones, actualmente, están en cabeza de la Dirección Ejecutiva y las Oficinas de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura**. Así lo señala la Ley 1743 de 2014.

[...]Y que al tenor del Decreto 272 de 2015, le compete, como proceso coactivo, al **Consejo Superior de la Judicatura**, una vez fueron definidas a su cargo tales **atribuciones** ante la supresión del Consejo Nacional de Estupefacientes, al cual en principio, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 30 de 1986, le correspondía, según se observa del tránsito de dicha competencia en diferentes instituciones, especialmente, los Decretos 2159 de 1992 y 3183 de 2011.

Así se establece en el artículo 2.2.3.10.10.1 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, en el que se compiló el artículo 20 del Decreto 272 de 2015: *“Todos los procesos de cobro coactivo que estén siendo adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y que versen sobre multas impuestas en procesos judiciales con ocasión de la comisión de delitos por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, serán transferidos al Consejo Superior de la Judicatura dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto.”*

En ese contexto, **es al Juez que emitió la decisión al que le corresponde impartir el trámite indicado** ante la liberación definitiva que dispuso en su sentencia, y **no al de Ejecución de Penas**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

21. LAVADO DE ACTIVOS

Se configura mediante la realización de actividades tendientes al ocultamiento de

recursos provenientes de organización dedicada al narcotráfico

Pese a la *inadmisión* del recurso casacional por inobservar los requisitos de lógica, coherencia y debida fundamentación, la Sala abordó de fondo el análisis jurídico probatorio del asunto, todo, en garantía del *principio de doble conformidad*, dado que la primera condena se había proferido en segundo grado. En tal sentido, constató que sí se acreditó en cabeza del procesado, la *autoría y responsabilidad* respecto de los delitos de *lavado de activos, enriquecimiento ilícito de particulares y testaferrato*, en tanto que no confluyeron elementos de prueba idóneos para establecer que su capital provenía de una actividad lícita, y en cambio, se evidenció con el grado de conocimiento exigido, que realizó actividades tendientes al ocultamiento de recursos provenientes de una organización criminal dedicada al tráfico de narcóticos. Así, la Corte estimó adecuada la declaración de responsabilidad penal efectuada por el Tribunal, cuando revocó la absolución del juzgado de instancia.

AP714-2019 (53074) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Condenatoria: principio de doble conformidad, análisis del caso por la Corte || **PRUEBA PERICIAL - Informe contable:** apreciación || **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - Demostración:** al no existir elementos de prueba idóneos para establecer que el capital proviene de una actividad lícita || **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - Se configura** || **LAVADO DE ACTIVOS - Se configura:** mediante la realización de actividades tendientes al ocultamiento de recursos provenientes de organización dedicada al narcotráfico || **LAVADO DE ACTIVOS - Delito base:** demostración || **LAVADO DE ACTIVOS - Demostración probatoria** || **TESTAFERRATO - Se configura** || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Corresponde desvirtuarla al Estado:** carga de la prueba

«Atendiendo el derecho que le asiste al procesado de lograr una *«doble conformidad»*, para la Corte **es evidente el acierto del Tribunal al haber proferido sentencia condenatoria por**

los delitos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos, y testaferrato, pues la explicación brindada por JLAD en relación con su evolución económica, como acto propio del ejercicio del derecho de defensa, no supera la contundencia de los elementos de convicción allegados por la Fiscalía para desvirtuar su presunción de inocencia, pues no solo se determinó los aumentos de capital del imputado como producto de una actividad ilícita - movimientos desplegados por la **organización delincriminal dedicada al narcotráfico**, liderada por DB alias el «[...]»-, sino además que esos haberes fueron introducidos al flujo mercantil, a través de la adquisición de bienes raíces y creación de personas jurídicas, que servían únicamente para **dar apariencia de legalidad a los recursos espurios de las actividades al margen de la ley.**

En ese contexto, lo primero que habrá precisarse es que con fundamentado en los hallazgos del policía judicial HSY y en los testimonios de EHBM, JDMR, JAAN y JDJCB, se acreditó la existencia de una **organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes**, liderada por DBB, alias el « [...]», quien además empleó el nombre de ABB, suplantando a su hermano, con el fin de adquirir bienes y constituir sociedades comerciales, entre otros actos jurídicos.

[...] De otra parte, respecto del punible de **enriquecimiento ilícito de particulares** imputado al acusado, consagrado en el canon 327 del Código Penal, aunque JLAD aportó elementos de prueba relativos a su trayectoria comercial y evolución y amplia capacidad patrimonial, también lo es que con éstos en manera alguna logró demostrar la procedencia lícita de los dineros con los que adquirió su capital.

Como bien lo señaló el Tribunal, a través del **informe contable** [...] elaborado a partir de los elementos probatorios suministrados por el imputado, suscrito por la **perito contable** del Grupo Investigativo de Extinción de Dominio y Lavado de Activos, Subteniente y contadora pública [...], además de concluirse que la documentación aportada no resultaba suficiente para el estudio encomendado, pues no existían los estados financieros ni las declaraciones de renta de las empresas a través de las cuales se pretendía justificar el patrimonio, **se demostró que no existía una procedencia lícita de los recursos** con los cuales se adquirieron aquellas

sociedades en la que tiene participación el procesado.

Es más, se logró determinar que ninguna de las empresas o bienes del procesado [...], generaron los rendimientos suficientes como para haber invertido en la ampliación de sus activos, así como que éstas eran sociedades ficticias, pues ni siquiera tenían un sitio donde ejercer su objeto social. Así lo corroboró el informe contable [...], presentado por el Teniente [...], donde además de manera textual se señaló que realizados los respectivos análisis contables de las declaraciones de renta de los años 2004, 2005 y 2006, se observa un incremento patrimoniales por justificar en su orden de \$584.459.000, \$789.794.000 y \$317.833.000.

No se desconoce que los referidos montos encontraron justificación en el **informe contable** presentado por la defensa y a través del contador [...], sin embargo, como bien lo señaló el Tribunal, dicho análisis no genera la credibilidad suficiente para derruir el expuesto por la Fiscalía, como quiera que de la documentación anexa no se logró corroborar las cifras relacionadas por el citado profesional, por el contrario, lo único que generó fueron inconsistencias frente al sustento patrimonial del acusado.

[...] **al no existir elementos de prueba con la idoneidad suficiente para establecer** como lo ha señalado el procesado **que el capital utilizado** para adquirir bienes, constituir sociedades, crear establecimientos de comercio y lograr el florecimiento de sus negocios **proviene de una actividad lícita, asistió razón al Tribunal al concluir que emanan de actividades al margen de la ley desarrolladas por la red criminal dedicada al narcotráfico y a la cual ya se hizo referencia.**

Conclusión que no es alejada de la realidad, pues aunque ciertamente no existe un señalamiento directo que vincule a JLAD con dicha organización, ello en manera alguna conlleva a descartar que haya realizado maniobras o estrategias tendientes al ocultamiento de los recursos espurios provenientes de ese grupo criminal, por medio de la adquisición de bienes y servicios, la inversión empresarial y la realización de cuantiosas transacciones comerciales y financieras con apariencia de legalidad, como se expuso en precedencia.

[...] Conveniente resulta precisar además, que todos los bienes y aportes cuya titularidad

figuran en cabeza de NCC, consanguínea del aquí procesado, han sido adquisiciones e inversiones realizadas con recursos de JJG, quien los obtenía de las “*ganancias*” provenientes de las actividades ilegales ejecutadas por la organización criminal de alias el «[...]». Así quedó determinado y demostrado dentro del proceso penal que se adelantó en contra de dicha ciudadana, y en la que se le declaró penalmente responsable del delito de Testaferato.

[...] Finalmente, como bien lo señaló el Tribunal Ad quem, no podría señalarse que el procesado desconocía la procedencia ilícita de los aportes realizados a las sociedades por él representadas y gerenciadas, pues si se acude a las declaraciones rendidas tanto por AD como por sus familiares, se encuentra como punto de coincidencia que la relación era de camaradería entre los miembros que componían ese grupo familiar, proximidad que sin duda le permitía a JL estar al tanto de donde provenían los recursos con los que participaba su hermana, interrogante cuya respuesta resultaba ser apenas obvia si se atiende el hecho de que su oficio era del hogar.

Agréguese además, que la cercanía entre JG y AG se concretaba incluso en préstamos de tipo personal, como lo demuestran los registros contables, incautados en las diligencias de registro y allanamiento practicadas a la vivienda del primero de los citados.

En conclusión, **para la Sala es claro no solo la materialidad y responsabilidad de JLAD en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares**, pues acreditado se encuentra que existió un incremento patrimonial no justificado proveniente de actividades delictivas.

Requisitos que igualmente se presentan frente al delito de lavado de activos, previsto en el artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 747 de 2002, conforme a la legislación vigente para el tiempo de su ejecución, pues conforme se ha venido señalando, no solo ha quedado en evidencia los aumentos de capital del acusado como producto de una actividad ilícita, sino la forma en que esos haberes fueron introducidos al flujo mercantil, a través de la adquisición de bienes raíces y creación de personas jurídicas ficticias, que servían únicamente para dar apariencia de legalidad a los recursos espurios.

Ya que más allá de su actividad ganadera, legalmente permitida, y de las empresas que

figuraban a su nombre cuyo origen resulta indiscutido a la luz de la normativa comercial, lo que se le reprocha es que **a través de ellas se encubrían los recursos provenientes de la organización criminal** liderada por DBB, **dedicada al narcotráfico**.

Alrededor de esa información comprobada dentro de la investigación penal, confluyen una serie de datos que, articulados, permiten concluir no solamente en la relación del procesado con algunos integrantes de la organización delincuencia ya aludida, sino en el relevante propósito de emplear sus actividades en función de **lavado de activos**.

Esto es, la importancia de la cantidad del dinero que no encontró justificación en actividades lícitas; la vinculación del autor con personas relacionadas con la sociedad delictiva, lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial; la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la fragilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; y, la existencia de sociedades ficticias con apariencia de legalidad.

[...] Así las cosas, **Sobre la base de la conducta delictiva subyacente - organización delincuencia dedicada al narcotráfico-, no se evidencia error alguno en la tipificación del delito de lavado de activos, para edificar el compromiso de responsabilidad penal del acusado, pues se probó que dirigió actividades tendientes al ocultamiento de los recursos provenientes de la fuente ilegal**, por medio de la adquisición de bienes y servicios, la inversión empresarial y la realización de cuantiosas transacciones comerciales y financieras con apariencia de legalidad.

Finalmente, en cuanto al **Testaferrato**, se demostró de manera fehaciente que JLAD aparecía como titular de diversos bienes inmuebles y como partícipe de empresas

comerciales, sin que tuviese la capacidad económica lícita para hacerlo, pues como lo demostró el ente persecutor, mediante el análisis contable [...], el procesado no logró acreditar que contara con los recursos económicos para la adquisición de éstos, amén que no explicó satisfactoriamente que las inversiones, sociedades, el manejo de dinero en efectivo y las propiedades que conforman su patrimonio corresponden al producto de sus actividades lícitas .

Y no es que se exija al procesado probar su inocencia, invirtiendo la carga de la prueba, sino que la fiscalía demostró la hipótesis de la acusación, frente a la cual **la defensa propone una alternativa** consistente en que el patrimonio económico de JLAD **tiene origen en sus actividades lícitas** que datan desde cuando este tenía 14 años de edad y empezó a trabajar como «estafeta» en las minas de esmeraldas, así como la normalidad de la evolución del mismo, explicable dentro de la actividad lícita de la ganadería y sector inmobiliario, **circunstancias que** como se ha venido precisado en este capítulo **no se logró determinar**.

Bajo esta óptica, **la Corte avala las consideraciones expuestas en el fallo** [...], pues la atribución jurídico penal hecha a JLAD es la que corresponde al tenerlo **como responsable a título de autor de los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares, lavado de activos y Testaferrato**, dado que **la sentencia dictada por el Tribunal Superior [...]** **tiene un suficiente y adecuado análisis probatorio, que esta Corporación comparte, para declarar la aludida responsabilidad penal**.

Finalmente, la Corte no observa, con ocasión del trámite procesal o del fallo impugnado, vulneración de los derechos fundamentales inherentes al acusado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste para conjurar algún atentado de esa estirpe».

(Textos resaltados por la Relatoria)

22. LEGALIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL

Los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud para dictaminar la causa de las lesiones corporales

La Corte inadmitió la demanda de casación, por advertir que no fue sustentada adecuadamente.

Sin embargo, tuvo ocasión de referirse a la *legalidad del dictamen pericial*, cuestionado por el recurrente, en el sentido de recabar que los médicos válidamente pueden tomar como referente las anotaciones efectuadas en el historial de atención por parte de otros profesionales de la salud, con miras a *dictaminar la causa de las lesiones corporales* de la víctima.

AP772-2019 (50283) del 27/02/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión: no se configura si la prueba fue apreciada || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Diferente al falso juicio de existencia || DICTAMEN PERICIAL - Legalidad:** los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud para dictaminar la causa de las lesiones corporales || **TESTIMONIO - Del menor:** debe apreciarse en conjunto con los demás elementos de juicio || **DEMANDA DE CASACIÓN - Indevida sustentación || DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«[...] la demanda presentada por el defensor de MHAC no reúne los requisitos para su admisión, por las siguientes razones:

En primer término, por las imprecisiones técnicas de la demanda, porque el censor anunció un cargo por la **violación indirecta de la ley sustancial**, producto de un error de hecho en la modalidad de **falso juicio de existencia**, y, luego, hizo varios comentarios marginales e inconclusos acerca de la **ilegalidad** de varios medios de prueba.

Al margen de esas equivocaciones, es evidente que el censor no sustentó adecuadamente el recurso de casación, toda vez que: (i) dijo que los juzgadores no tuvieron en cuenta lo expuesto por el psicólogo [...], cuando **es evidente que el juzgador de primer grado se refirió expresamente a esta prueba**, aunque no le

asignó el valor que pretende el memorialista; (ii) frente a la versión de este experto, se limitó a decir que debe primar sobre las otras pruebas técnicas practicadas durante el juicio oral, simple y llanamente porque fue quien primero atendió a J.S.C.Q; (iii) al efecto, resaltó que la menor estaba tranquila en la primera entrevista y da a entender, sin fundamento, que ello es indicativo de que no ocurrió el abuso; (iv) finalmente, no se ocupó de los fundamentos principales de la condena, esto es, que la menor J.S.C.Q. aseguró que el procesado la accedió carnalmente, bajo unas puntuales circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo que, según lo resaltan los juzgadores, encuentra pleno respaldo en los hallazgos que registró la médico que la atendió poco después de ocurridos los hechos, quien describió el sangrado y los signos de violencia que la víctima presentaba en el ano; y (v) igualmente, eludió los conceptos de la psicóloga [...] acerca de la condición mental de la víctima y la imposibilidad de que esta, bajo esas circunstancias, pudiera elaborar y sostener un relato como el que expuso frente al abuso sexual.

De otro lado, es notorio que **sus alegatos acerca de la ilegalidad del dictamen médico legal son tan incompletos como ajenos al cargo** que propuso. Efectivamente, no tuvo en cuenta que **la profesional [...] emitió su concepto a partir de las anotaciones que hizo su colega**, y no sentó mientes en lo expuesto por esta Corporación desde tiempos inmemoriales, en el sentido de que **los médicos pueden basarse en las anotaciones de otros profesionales de la salud**, pues si han de confiar en ellos para tomar decisiones trascendentes para la integridad física y la vida, no se avizoran razones para que no puedan hacerlo **con el fin de dictaminar sobre la causa de las lesiones corporales referidas en los historiales médicos** (CSJSP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920). Así, el impugnante tenía la carga de explicar por qué, bajo esas circunstancias, puede tildarse de ilegal lo concerniente a los hallazgos hechos en el cuerpo de la niña y las conclusiones que la perito expresó en el juicio oral acerca de la posible causa de los mismos.

Finalmente, insinuar que la Defensora de Familia, la psicóloga que intervino en la audiencia y la madre de la víctima se confabularon para ejercer presiones sobre esta en orden a que faltara a la verdad en su relato, no solo es producto de una especulación inaceptable, sino que, además, deja de lado dos aspectos centrales de la argumentación de los juzgadores, esto es, que **la niña**, bajo sus especiales condiciones, **ha reiterado el señalamiento que llevó a su madre a formular la queja**, y que los hallazgos médico legales coinciden plenamente con el acceso carnal al que

se ha referido, sin perjuicio de que no se discute la relación de vecindad que tenían víctima y victimario, lo que, precisamente, le permitió al procesado tener contacto con la menor.

En síntesis, el impugnante incurrió en errores formales y sustanciales, que se tradujeron en la **indebida sustentación del recurso de casación**, razón suficiente para que la demanda sea **inadmitida**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

23. LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA MEDICINA

***No se configura cuando el diagnóstico y
tratamiento se someten a los parámetros de
la lex artis de la ciencia médica***

La Sala casó la sentencia impugnada y absolvió a los médicos acusados del delito de *lesiones personales culposas*, luego de encontrar que el Tribunal incurrió en *errores de hecho* por *falso juicio de existencia y falso raciocinio* al deducir la infracción al *deber objetivo de cuidado* en el diagnóstico y tratamiento provisto a un menor de edad, toda vez que, para arribar a esa conclusión, el juez colegiado omitió contemplar una prueba relevante y adicionalmente esgrimió un argumento contrario a la lógica, que lo llevó a efectuar equivocadamente el juicio de valor sobre una patología distinta y de mayor gravedad que la registrada por el paciente cuando recibió la atención. Aunado a ello, se detectó la *falta de aplicación* de la norma contentiva del *principio de presunción de inocencia*, en punto a dos de los imputados, sobre cuya responsabilidad se identificaron dudas insalvables que no permitían llegar al conocimiento exigido para emitir fallo de condena.

SP1315-2019 (46766) del 10/04/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY
SUSTANCIAL - Se configura || TESTIMONIO -
Apreciación probatoria || SISTEMA PENAL
ACUSATORIO - Prueba pericial: testimonio del
perito, apreciación frente a la lex artis médica ||
RESPONSABILIDAD MÉDICA - Vulneración al
deber objetivo de cuidado: no se configura ||
FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión:
se configura || FALSO RACIOCINIO - Se
configura || LESIONES PERSONALES
CULPOSAS - En el ejercicio profesional de la
medicina: no se configura cuando el diagnóstico
y tratamiento se someten a los parámetros de la
lex artis de la ciencia médica**

«Los reproches segundo y tercero se fundamentan en la violación indirecta de la ley sustancial, mediante errores de hecho por **falso raciocinio** y **falso juicio de existencia**. Según afirma el recurrente (cargo segundo), el sentenciador refirió que es imposible determinar en qué momento, entre el 11 y el 13 de octubre de 2007, sobrevino la torsión testicular, pero derivó responsabilidad en la acusada bajo el supuesto de haber remitido al paciente con el pediatra en forma verbal, sin la prioridad que el caso reclamaba, conclusión contraria a la lógica, pues si el paciente no registraba esa patología mal podía exigírsele que la diagnosticara. Además (cargo tercero), la historia clínica de la Cruz Roja consigna el procedimiento efectuado por la acusada, de manera especial que lo remitió con el pediatra de Compensar. En ausencia de estos errores, concluye el actor, el Tribunal habría establecido que la acusada no desatendió el deber de cuidado que le era exigible.

Le asiste la razón al recurrente en la formulación de estas censuras, teniendo en cuenta el siguiente panorama demostrativo.

La historia clínica de la Cruz Roja reporta que el 11 de octubre de 2007, la doctora JPVB atendió al menor DSMR, por trauma testicular. Adelantó el examen físico, mediante el cual verificó talla, peso, temperatura, frecuencia cardíaca, respiratoria y, con el análisis de la zona afectada, ordenó ecografía escroto inguinal.

La ayuda diagnóstica obtenida ese mismo día y realizada por el radiólogo Eduardo Molano, arrojó el siguiente resultado: *“Los testículos tienen posición usual. Contorno regular y ecogenicidad parenquimatosas homogéneas normales sin lesión focal o difusa. No hay alteración epididimaria derecha. El izquierdo presenta notorio engrosamiento. No hay dilatación venosa. Leve hidrocele izquierdo asociado fisiológico. El trayecto inguinal se aprecia libre. Proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático.”*

Con base en estos hallazgos recetó antiinflamatorios, hizo recomendaciones a la progenitora sobre signos de alarma, y ordenó la remisión del lesionado a la EPS Compensar.

En el juicio declaró el radiólogo M en relación con el examen aludido. Aclaró que la ecografía concluyó, según consignaba la historia clínica, que se trataba de una contusión del epidídimo y *“para nada”* podía decirse que correspondía a una torsión testicular, no hubo hallazgos diversos y los descubiertos, reiteró, no indicaban torsión testicular.

De igual modo, se escuchó el testimonio de la doctora AJD, cirujana que removió el testículo necrótico del paciente y declaró acerca del procedimiento adelantado. Dijo al respecto que se le consultó por un cuadro de dolor testicular asociado a cambios inflamatorios, denominado en forma genérica síndrome inguino escrotal agudo, aunque, agregó, son muy pocas las veces *“que podemos tener absoluta certeza antes de entrar al procedimiento quirúrgico, específicamente qué entidad es, una de las causas que no es la más frecuente de síndrome escrotal agudo es la torsión testicular. Y cuando uno piensa, está pensando entre las posibilidades que hay una torsión testicular, estamos hablando de una emergencia quirúrgica.”*

En relación con el tiempo de evolución del síndrome descrito, manifestó que es difícil establecerlo, si se piensa en una torsión testicular la necrosis puede sobrevenir en dos horas, incluso en veinticuatro horas. La literatura médica reporta que, si el paciente llega

con un síndrome inguino escrotal y lleva más de 6 horas de evolución, la mayor probabilidad es que haya necrosis al hallazgo quirúrgico. De ahí, añadió, que ese síndrome se trata como una urgencia y es necesario llevarlo a exploración (cirugía) escrotal

Dijo, además, que el síndrome escrotal *“tiene muchas causas, entre esas está la torsión testicular, pero no es la causa más frecuente.”*

De igual modo, que puede tener origen traumático, pero no es causa efecto [...]

[...] La declarante añadió que, en casos como el analizado, la torsión testicular no es una patología frecuente, los rangos de mayor incidencia son los neonatos y los pacientes entre los 13 y 16 años. Y, en orden a determinar el carácter de la enfermedad, refirió que al paciente se le debe hacer la evaluación normal, es decir, el interrogatorio, el examen físico y de acuerdo con eso tomar decisiones frente a las posibilidades diagnósticas. El examen físico es lo más importante, a esa edad la torsión es infrecuente, lo usual son los procesos inflamatorios como las epididimitis, y descartó la eficacia de la ecografía doppler en impúberes, pues cuando el testículo tiene un volumen inferior a dos centímetros cúbicos, es imposible establecer si la irrigación está disminuida, luego no permite establecer si hay o no torsión testicular.

Finalmente, en el contrainterrogatorio de la defensa, en relación con el tratamiento a seguir cuando el diagnóstico es de epididimitis, puntualizó: se debe hacer manejo antiinflamatorio, hielo local y reposo. Además, reiteró, la mayoría de las veces la torsión testicular se presenta sin trauma, se da por alteraciones anatómicas que son inherentes al paciente y resultan imposibles de detectar. Tampoco se puede determinar el momento exacto en que se da la torsión por ser asintomática.

Al juicio compareció también la [...] perito de Medicina Legal. El dictamen, entre otros aspectos, aborda el trauma testicular y las lesiones que puede generar (ruptura testicular, torsión testicular). En general, refiere el síndrome de escroto agudo, el cual, dice, presenta tres diagnósticos en orden de importancia: i) torsión testicular, ii) Torsión de Hidátide de Morgagni, y iii) epididimitis.

Diferentes estudios, afirmó, demuestran que *“la torsión testicular no es la primera opción diagnóstica en el escroto agudo y que una gran*

mayoría de cuadros pueden ser manejadas conservadoramente, aún entre niños y adolescentes, donde las torsiones ocurren de preferencia, puesto que en los estudios es superada por dos cuadros de manejo no quirúrgico, como la torsión de apéndices y la epididimitis.”

Al interrogatorio respondió que no existe protocolo del manejo en urgencias para la torsión testicular, aunque se acogen los lineamientos internacionales que propenden por lograr la certeza diagnóstica con procedimientos encaminados a descartarla.

En el contrainterrogatorio de la defensa, precisó que, para el 11 de octubre de 2007, cuando el segundo galeno valoró al menor, la sintomatología que presentaba no registraba signos de torsión sino de epididimitis, pues exhibía marcha normal, sin dificultades para caminar, el testículo era palpable, y no había signos de inflamación ni dolor, manifestación infaltable en la diagnosis de torsión. Con esos hallazgos clínicos, continuó al contrainterrogatorio, no era posible hacer un diagnóstico diferente a la referencia que se tenía de la ecografía.

Respondió además que, si se trata de un diagnóstico de epididimitis postraumática en un menor de 3 años, se le puede remitir al urólogo pediatra para que haga seguimiento a la forma como se trató la enfermedad, esto es, si la epididimitis se resolvió en forma adecuada. La situación es diferente si la diagnosis arroja escroto agudo o posible torsión testicular que deban descartarse, para lo cual debe remitirse el paciente al urólogo. En el presente caso, agregó, al menor se le remitió al especialista indicado (urólogo), para hacerle seguimiento a una epididimitis postraumática diagnosticada por ecografía.

Sobre este panorama probatorio, **las conclusiones del sentenciador en relación con la procesada VB, resultan contraria a la razón**, en cuanto sostienen que transgredió el deber de cuidado al no remitir al paciente con el especialista en urología o hacerlo sin la prioridad que la patología de torsión testicular reclamaba; reflexión equivocada atendiendo al hecho de que el cuadro clínico reportado en ese momento era de epididimitis, o como técnicamente lo describió el radiólogo EM, un proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático, el cual, incluso ratificó la experta de Medicina Legal que

declaró en el juicio a instancia de la Fiscalía, al referir que los hallazgos clínicos descritos por quien valoró al menor en segunda oportunidad el 11 de octubre de 2007, correspondían concretamente a una epididimitis, patología establecida en horas de la mañana, ese mismo día, por la acusada VB, a partir del examen físico del paciente y la ecografía escroto inguinal que le ordenó.

Con base en ese diagnóstico, esto es, el cuadro clínico establecido por la procesada, que los testigos de cargo y de la defensa coinciden en afirmar era el que presentaba el paciente en la fecha indicada, al Tribunal le correspondía verificar si la doctora VB desconoció el deber de cuidado que le era exigible, como presupuesto de imputación del resultado lesivo por el que se le procesa.

Sin embargo, **el juicio valorativo lo adelantó sobre una patología diferente, más grave que la registrada en el momento por el paciente**, la cual, según lo demostrado en el proceso, aunque no cuenta con un protocolo documentado en el país, debe enfrentarse con una praxis más detallada y cautelosa que la aplicable en los eventos de epididimitis, padecimiento este que caracteriza la expresión menos severa de escroto agudo, acorde con lo consignado en el dictamen médico forense.

Los expertos que declararon en el juicio, bien como testigos de la Fiscalía o los convocados a instancia de la defensa, coinciden en afirmar que la epididimitis atiende a un tratamiento conservador (no invasivo), reducido al “*manejo antiinflamatorio oral con hielo local, antiinflamatorio local y reposo*”, conforme lo precisó la testigo AJD, en cita realizada por el Tribunal en el fallo recurrido.

Pues bien, la historia clínica de la Cruz Roja (11-10-08) y la transcripción de la misma en el dictamen de Medicina Legal, refieren que, frente al diagnóstico de epididimitis, establecido con el examen físico del paciente y la ecografía inguino escrotal ordenada por la acusada, se dispuso tratamiento antiinflamatorio, recomendaciones [sobre cambios que agravaran el estado], y la remisión del paciente a Compensar, institución con mayor capacidad de atención médica.

En estas condiciones, debe concluirse que, **el diagnóstico y el tratamiento médico verificados por la acusada JPV, se sometieron a los parámetros profesionales de**

la ciencia médica (*lex artis*), lo cual permite afirmar que **obró según el deber de cuidado que le correspondía**, de donde surge que **no puede atribuirsele el resultado lesivo que se le imputa**.

Los **errores de raciocinio y de existencia** que el censor le atribuye a la decisión **resultan evidentes**. De un lado, concluyó que la acusada desconoció el **deber de cuidado** al no emplear el **tratamiento médico** usual para una **enfermedad diferente a la diagnosticada** al paciente; y por otro, **no valoró la prueba** que demuestra la remisión del lesionado a un centro médico de superior capacidad de atención.

En esas condiciones, como se demuestra que la acusada dispuso el tratamiento correspondiente a la patología del paciente, y que ordenó, además, le remisión con otro profesional a quien le correspondía continuar el tratamiento y cuidados de la enfermedad, se concluye que **actuó sometida al deber de cuidado que le correspondía, de manera que el resultado ilícito no le es imputable a la conducta de la doctora VB**, conclusión que cobra mayor solidez en el dictamen de Medicina Legal, cuando refiere que la torsión testicular requiere tratamiento especializado por urología o cirugía pediátrica

[...] La labor cumplida por la procesada VB contrasta con los términos de la acusación, que en forma genérica proclama la infracción al deber de cuidado, por el descuido del personal médico que no previó lo previsible: una falta en el

diagnóstico del dolor escrotal que conllevó a la pérdida del testículo izquierdo.

Si se tiene claro que la valoración física y el examen diagnóstico adelantados por la acusada determinaron la presencia de una epididimitis postraumática, frente a la cual dispuso el tratamiento previsto por los parámetros profesionales médicos, incluida la remisión con un especialista, decae el fundamento de la condena, pues resulta evidente que **la acusada obró conservando el deber de cuidado, sin generar o ampliar riesgos superiores a los previstos en la praxis de su profesión**.

En esas condiciones, **erró el Tribunal al imputarle a la acusada el resultado lesivo, cuando en la actuación se evidencia que la omisión sobre la cual fundamentó la transgresión al deber de cuidado, no tuvo ocurrencia**, como quiera que la médica VB, examinó al paciente, diagnosticó la enfermedad que presentaba en ese momento, y lo remitió con el especialista, según se lo imponía la práctica médica.

Consecuente con los expuesto, los cargos de **violación indirecta por falso raciocinio y falso juicio de existencia, devienen procedentes**, razón por la cual la Corte, atendiendo la solicitud del Ministerio Público, de la defensa y, parcialmente, del Delegado de la Fiscalía, **casará** la sentencia recurrida y **absolverá** a JPVV del delito de lesiones personales que se le atribuye».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

24. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA

Constituye un acto que realiza la publicidad, pero no interrumpe sus efectos ni prolonga el proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas (Ley 600 de 2000)

La Sala denegó la solicitud orientada a la declaratoria de *prescripción de la acción penal* incoada por el defensor técnico, por advertir que la sentencia de *casación* en la que se impuso por

primera vez *condena*, quedó materialmente ejecutoriada -dentro del término de vigencia del *ius puniendi*- con la suscripción del fallo en el que se decidió la *impugnación especial* como garantía del principio de *doble conformidad*. En este sentido ponderó que tal determinación constituye, en estos eventos, el acto de *cierre* de la *jurisdicción ordinaria*, por lo que no es pasible de recurso alguno. Así mismo explicó que la *notificación de sentencias ejecutoriadas* bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, constituye un acto que desarrolla el *principio de publicidad*, pero no interrumpe los efectos de éstas ni

prolonga la actuación por fuera de las instancias establecidas.

AP732-2019 (48820) del 27/02/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS - Efectos jurídicos: de acuerdo a la ley 600 de 2000 || **ACCIÓN PENAL - Vigencia:** tensión entre los conceptos ejecutoria y notificación frente a la prescripción || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** procede cuando la primera condena se emite en casación || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** mientras no sea resuelta, no adquiere firmeza la sentencia de casación en que se impuso por primera vez la condena (Ley 600 de 2000) || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** decisión que la resuelve constituye el acto de cierre de la jurisdicción ordinaria cuando se pronuncia sobre la condena emitida por primera vez en casación (Ley 600 de 2000) || **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Finalidad** || **VÍCTIMAS - Derecho a la verdad** || **VÍCTIMAS - Derecho a la justicia** || **NOTIFICACIÓN - Sentencia ejecutoriada:** constituye un acto que realiza la publicidad, pero no interrumpe sus efectos ni prolonga el proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas (Ley 600 de 2000) || **PRESCRIPCIÓN - No se configura**

«El defensor plantea la solicitud de **prescripción de la acción penal** bajo la idea de que la “sentencia de casación” no se encuentra en firme. Al parecer, piensa que dicha decisión no se encuentra **ejecutoriada**, porque no se ha **notificado** la que resolvió el recurso de **impugnación**.

[...] Es cierto que el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, sistema bajo el cual se tramitó el proceso, establece lo siguiente:

“Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de

revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

Las providencias interlocutorias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que se hayan interpuesto recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión.”

[...] La Sala encuentra necesario resaltar el tema para destacar que no cuestiona el deber de notificar las decisiones judiciales, y menos las providencias que sustituyen la sentencia materia del recurso, como sucedió en este caso, en el que al revocar la absolutoria de primera instancia, la Sala de Casación Penal, conforme a la novel jurisprudencia que se plasmó en la misma **sentencia condenatoria** para saldar el déficit de protección que el Congreso no ha sabido llenar, garantizó además la posibilidad de **impugnar la sentencia** mencionada.

El problema se traslada entonces a la encrucijada que surge de la **tensión entre los conceptos de ejecutoria y notificación, y las consecuencias en relación con el tema de la prescripción de la acción penal.**

[...] El proceso penal modula la potestad punitiva del Estado, delimita el derecho a una respuesta judicial oportuna y a un proceso sin dilaciones injustificadas.

También prevé una amplia gama de recursos destinados a controvertir las decisiones judiciales: garantiza la posibilidad de discutir las providencias de trámite y las que ponen fin a la actuación, especialmente las sentencias, sin importar su sentido. En ese contexto, conforme a la dogmática del proceso, es claro que con la sentencia de segunda instancia culmina el juicio, y a partir de allí solo es posible, en principio, discutir dicha decisión a través del recurso extraordinario de casación.

En principio, porque al contrario de los otros sujetos procesales, **si el procesado es condenado por primera vez mediante una sentencia de casación, tiene el derecho subjetivo a impugnar esta última determinación** (Cfr. C 792 de 2014 y SP del 25 de enero de 2019, Rad. 48820). Siguiendo esa lógica, **tratándose de asuntos tramitados bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000, la sentencia de casación cuando por primera vez impone una condena, no adquiere firmeza mientras no se resuelva la impugnación, con**

lo cual esta última decisión constituye el acto de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En ese margen, hay que destacar que cuando se examinó la constitucionalidad del artículo 187 de la Ley 600 de 2000, no se reparó en la procedencia de la impugnación contra las sentencias de casación que por primera vez imponen una condena, ni en sus efectos. Pero, siguiendo la lógica de la Corte Constitucional, habría que concluir que la sentencia que desata la impugnación cuando conserva el sentido del fallo, adquiere fuerza vinculante luego de su notificación, conclusión consecuente con una visión que define el asunto únicamente desde la óptica del **principio de publicidad**: del derecho a conocer la decisión con la que culmina el trámite.

Ahora, en dicha decisión de constitucionalidad no se consideró a **las víctimas** -que en las elaboraciones de hoy no se pueden reducir simplemente a una categoría conceptual para invisibilizarlas—, y su **derecho a la verdad y la no repetición**, sobre todo tratándose de comportamientos altamente ofensivos para la vigencia de la democracia y los derechos humanos, y por eso el análisis reduce el universo únicamente a los ciertamente importantes derechos del procesado, pese a que aquellas también les asiste interés en el **derecho de acceso a la justicia**, a la tutela judicial efectiva y a la respuesta pronta y oportuna de la justicia.

En esa medida, el asunto no se debe definir solamente desde el punto de vista de la publicidad de las decisiones, sino de los derechos

y garantías de los intervinientes y de los objetivos del proceso penal: la aproximación racional a la verdad, la aplicación del derecho sustancial y el respeto por las garantías de los intervinientes. **Desde esta visión, se realizan de mejor manera los fines constitucionales del proceso, si se considera la notificación prevista en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000 de sentencias ejecutoriadas, como un acto que realiza la publicidad inherente al proceso penal, pero sin la posibilidad de interrumpir sus efectos o prolongar un proceso más allá de las instancias legítimamente culminadas**, con lo cual quedan a salvo las finalidades del proceso y el derecho a una respuesta judicial oportuna.

[...] Conforme a esta explicación, **la sentencia que decide la impugnación cierra definitivamente el trámite y por lo tanto contra ella no procede ningún recurso.**

Eso implica que la sentencia condenatoria de casación de fecha 14 de noviembre de 2018 fue ratificada con fuerza de **cosa juzgada** y **es exigible** a partir del 25 de enero de 2019, **fecha en que se suscribió la sentencia que resolvió el recurso de impugnación**, y que fue dictada en **el marco del límite temporal para ejercer el “ius puniendi,”** es decir, dentro del plazo razonable.

De tal manera que **la petición** del abogado defensor de fecha 13 de febrero del presente año, **tendiente a que se decrete la prescripción de la acción penal**, desde esta perspectiva, **es inadmisibles**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

25. NULIDAD EN CASACIÓN

Evento en que se declaró a partir de la audiencia de imputación para garantizar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación, ante la variación de la calificación jurídica del delito a uno querellable

La Sala decidió casar el fallo recurrido, por advertir la confluencia de una irregularidad sustancial e insubsanable, toda vez que la

conducta por la que fue imputada y condenada la acusada, no correspondía al delito de *violencia intrafamiliar*, sino al comportamiento querellable de *lesiones personales dolosas*, de manera tal que como única solución, resultó necesario declarar la *nulidad* de lo actuado a partir de la audiencia de *imputación*, con el propósito de garantizar el *debido proceso*, a través del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción, referido a la *conciliación*.

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:

es necesaria la convivencia de la pareja bajo un mismo techo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** sujetos activo y pasivo calificados, deben hacer parte del mismo núcleo familiar o unidad doméstica || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura**

«Como se advirtió, el recurso de casación fue incoado y la demanda presentada por la Fiscal [...], aduciendo como única censura violación directa de la ley sustancial, bajo el entendido que la sentencia impugnada, por un error interpretativo del art. 63 del C.P., concedió a la procesada y condenada por el delito de violencia intrafamiliar ODJSA, el sustitutivo de la condena de ejecución condicional, pese a que no procedía.

En la audiencia de sustentación la Fiscal [...] Delegada ante la Corte y el Ministerio Público solicitaron coincidentemente que se case el fallo impugnado, de acuerdo con el criterio fijado por la Sala en la sentencia SP8064 de 2017 (Radicado 48047) y considerando que **la pareja conformada por ODJSA y JAVC, se encontraba separada hacía varios días antes de ocurridos los hechos** en que la mujer habría agredido al varón, de modo que **el delito de violencia intrafamiliar imputado no concurriría.**

Pues bien, ciertamente, dados los supuestos fácticos inherentes a este caso, esto es, reconocido tanto por el denunciante JAVC, como por los testigos YA y YJVC, CV, LEC y MSA, quienes depusieron en dicho sentido en el juicio, que **el ofendido y su compañera habían cesado en su vida en común un par de semanas antes de acaecido el hecho, la conducta enmarcada dentro de los atentados contra la familia de violencia intrafamiliar sería atípica.**

En efecto, al fijar el alcance que desde una perspectiva constitucional y evolución legislativa, corresponde al ámbito de protección de la familia acorde con la descripción típica del delito de **violencia intrafamiliar** contemplado por el art. 229 del C.P. (modificado por el art. 1° de la Ley 882 de 2004, modificado a su vez por el art. 33

de la Ley 1142 de 2007), concluyó la Corte que tratándose de cónyuges o compañeros permanentes, emerge imprescindible acorde con el texto legal, que **el maltrato físico o psicológico suceda siempre y cuando la pareja mantenga el núcleo familiar**, bajo el entendido que es **objeto de protección la armonía y unidad familiar** que subyace en el hecho de compartir un proyecto común de **vida en unidad y armonía doméstica**, en cuyo interior se desarrolle el propósito o deseo colectivo de convivencia.

La propia denominación de esta clase de delitos en el enunciado de su descripción típica, elude cualquier hermenéutica que conduzca a una comprensión distinta sobre el criterio que implica entender que el núcleo familiar que puede verse afectado en casos de agresiones físicas o mentales, supone que la violencia se enmarque dentro de un ámbito “*intrafamiliar*”, prefijo a la palabra familia que exige que lo sea, por tanto, mediando la unidad o entorno material y psíquico que los aglutina como pareja.

[...] Dentro del marco creado por las anteriores premisas, es incontrovertible que **el delito de violencia intrafamiliar no concurriría en el caso concreto**, comoquiera que, conforme se observó, ODJSA y JAVC, **no hacían vida en común para el momento en que sucedieron los hechos, resultando por ende atípica la conducta** que por dicho punible le fue imputada y por la cual fue acusada y condena la procesada».

LESIONES PERSONALES - Configuración || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferente a lesiones personales || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de conciliación preprocesal:** obligatoria para los delitos querellables, de lo contrario genera nulidad || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera || CASACIÓN - Nulidad:** se declara a partir de la audiencia de imputación para garantizar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación, ante la variación de la calificación jurídica del delito a uno querellable

«[...] toda vez que el maltrato físico inferido por la mujer al varón (lesión a nivel de zona para-vertebral derecha, con sexto nivel torácico, de 1,2 cm de longitud, costrosa, seca, de bordes eritematosos, sin signos de infección ni limitación funcional), determinó en el análisis, interpretación y conclusiones por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que el mecanismo traumático de lesión fue “Corto Punzante” y que produjo una “Incapacidad médico legal DEFINITIVA DE DIEZ (10) DÍAS, sin secuelas”, **el hecho objeto de querrela en este proceso si bien por las razones señaladas no configura violencia intrafamiliar, sería constitutivo de lesiones personales** en términos del art. 112 del C.P., con una sanción de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses de prisión.

Aun cuando no hubo en las intervenciones de los sujetos procesales que participaron dentro de este trámite en sede de casación, alguno que advirtiera más allá de la errónea concreción típica por el delito de violencia intrafamiliar una solución distinta, pues los llevó exclusivamente a solicitar con la ratificación del fallo de primera instancia su absolución, es lo cierto que la conducta objeto de imputación, según queda visto, se adecuaba en otra especie delictiva, de tal modo que en orden a su corrección corresponde a la Sala oficiosamente pronunciarse.

Lo anterior, en consideración a que la Corte ha clarificado frente a hipótesis como la presente, que nada obsta para que se **varíe la calificación jurídica objeto de imputación**, con el lleno de ciertos presupuestos que, desde luego, permitan dicha modificación preservándose las garantías esenciales de debido proceso y defensa.

[...] Pues bien, en el caso concreto, según queda visto, la conducta objeto de valoración penal e imputación jurídica, tiene por sustento fáctico que el 8 de mayo de 2014 ODJSA, golpeó en la cara a su excompañero JAVC y le propinó una puñalada en la espalda, todo lo cual determinó, según se anotó, una incapacidad médico legal definitiva de diez (10) días sin secuelas. Hechos que fueron denunciados por éste ante la Policía.

[...] Por ende, el hecho de la lesión personal inferida al quejoso, en los términos en que da

cuenta la referida estipulación y se acreditó en todo caso a través del respectivo dictamen que determinó la índole de la lesión y la consecuencia en términos de la incapacitación así definida, son aspectos debidamente probados, sin que por lo demás se haya rechazado en manera alguna que quien ocasionó la misma fue la señora ODJSA, acá procesada.

Por tanto y dado que para el delito de lesiones personales con incapacidad definitiva de diez (10) días sin secuelas, se ha previsto en el art. 112 del C.P., una sanción de 16 a 36 meses de prisión, de menor entidad que la señalada para el de violencia intrafamiliar originalmente imputado, manteniendo además identidad en el núcleo básico de la imputación y en el fundamento fáctico, y siendo que el mismo fue susceptible de controversia en desarrollo del juicio oral y que no se afectan derechos de los demás sujetos intervinientes, **resultaría viable variar la calificación típica** que se le diera a los hechos **de violencia intrafamiliar por lesiones personales**, de no advertirse frente al panorama creado por la correcta tipificación de la conducta, que concurre una **condición de procedibilidad evidentemente no satisfecha dentro del trámite adelantado**, razón por la cual cuanto **procede es casar la sentencia, pero declarando la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de imputación (16 de septiembre de 2015), con miras a que se cumpla con el debido proceso en términos del art. 522 de la Ley 906 de 2004.**

En efecto, al **casar la sentencia y variar la calificación jurídica**, dado que **el delito de lesiones personales materia de imputación es de aquellos que requiere querrela** de parte, requisito que se satisfizo en este caso porque la acción penal fue promovida por el lesionado, **supone que se cumpla “obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal” (art.522 en cita), con la conciliación preprocesal**, ello impondría en el caso concreto **retrotraer la actuación con miras a que se garantice el debido proceso** esencial e inherente al hecho punible por el que, finalmente, sería condenada SA».

(Textos resaltados por la Relatoría)

26. OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO

Se configura cuando se induce en error al notario para otorgar y protocolizar instrumentos públicos que contienen manifestaciones contrarias a la verdad

La Sala casó parcialmente la sentencia impugnada, por advertir que el Tribunal incurrió en *violación directa de la ley sustantiva*, al subsumir indebidamente dos de los comportamientos concursales en el tipo penal de *falsedad en documento privado*. En este sentido, estimó necesario precisar que la actividad notarial implica el ejercicio de funciones públicas, de manera que cuando se induce en error al *notario* para obtener la protocolización de escrituras con manifestaciones contrarias a la verdad, el delito que se configura es el de *obtención de documento público falso*. También se examinó en profundidad la tipología del *fraude procesal*, para recabar que en virtud de su carácter *pluriofensivo*, puede estructurarse no sólo cuando el engaño se realiza en actuaciones judiciales sino también en las de carácter administrativo. Finalmente, explicó que la *congruencia* entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, no implica condenar por una conducta punible cuya hipótesis no se adecúa a ese delito.

SP1677-2019 (49312) del 8/05/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NOTARIO - Naturaleza de su función ||
NOTARIO - Servidor público: cuando actúa en ejercicio de la función fedante otorgada por el ordenamiento jurídico || **ESCRITURA PÚBLICA - Naturaleza:** es un documento público cuando ha sido incorporada en el respectivo protocolo ||
OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Notario como instrumento ||

OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Concepto

«Desde la perspectiva de definición del objeto material de los tipos de falsedad documental, determinada a partir de la condición de su creador, recientemente, la jurisprudencia (CSJ SP18096-2017, rad. 42.019) clarificó que, de acuerdo con el art. 20 del C.P. y la sent. C-1508 de 2000, **cuando los notarios actúan en ejercicio de la función fedante otorgada por el ordenamiento jurídico, son autoridades que ejercen funciones públicas, por lo cual deben ser considerados servidores públicos**. De ahí que, entre otras consecuencias, **las escrituras ante ellos otorgadas, sometidas al debido procedimiento de protocolo, constituyen documentos públicos**.

Bajo esa comprensión, la Corte clarificó que, si bien en una escritura pública las declaraciones de voluntad pueden provenir de particulares, tal aspecto no determina la naturaleza privada del documento. Ello, en la medida en que éste, al ser producido con intervención del notario en ejercicio de la función fedante conferida por la ley, se torna en un **documento público**.

En ese entendido, **la inducción en error al funcionario que crea el documento -notario-, por parte del particular, encuentra adecuación típica en el delito de obtención de documento público falso** (art. 288 C.P.). Un ejemplo característico de esta conducta punible se da cuando los particulares comparecen ante el notario público para hacer manifestaciones de voluntad revestidas de aseveraciones contrarias a la realidad, logrando con ello que la escritura - documento público- consigne una falsedad ideológica, esto es, incorpore enunciados fácticos contrarios a la realidad fenomenológica».

FRAUDE PROCESAL - Se configura: no sólo cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones judiciales sino en el marco de cualquier actuación que dé origen a un acto administrativo || **FRAUDE PROCESAL - Acto administrativo** || **FRAUDE PROCESAL - Delito pluriofensivo** || **FRAUDE PROCESAL - Bien jurídico tutelado** || **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Modalidades de**

ataque al bien jurídico || ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Principios || FUNCIÓN PÚBLICA - Principios || DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Antijuridicidad: al analizar la conducta deberá especificarse el servicio prestado a los ciudadanos y cómo se perturba el bien jurídico || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Alcance || FRAUDE PROCESAL - Principio de legalidad:** su desconocimiento afecta la función pública tanto en la administración de justicia como en el ámbito administrativo-gubernativo || **FRAUDE PROCESAL - Elemento subjetivo:** el sujeto activo busca cambiar, alterar o variar la verdad || **FRAUDE PROCESAL - Configuración**

«Fraude procesal

Según el art. 453 del C.P., incurre en **fraude procesal** quien, por cualquier medio fraudulento, induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, la Sala ha venido sosteniendo que **el fraude procesal, pese a ser un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia, no sólo puede cometerse cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones judiciales, sino que, en general, dicha conducta punible también puede tener ocurrencia en el marco de cualquier actuación que dé origen a un acto administrativo.** En suma, los argumentos para sostener tal posición consisten en que: i) la mencionada conducta punible es **pluriofensiva** y uno de los intereses de tutela es, de manera amplia, la administración pública; ii) el sujeto activo corresponde, por definición legal, a todo servidor público, sin verse limitado a un funcionario judicial y iii) la inclusión del ingrediente normativo acto administrativo ratifica que sobre las actuaciones gubernativas puede recaer un fraude procesal (cfr., principalmente, CSJ SP 7 abr. 2010, rad. 30.184; AP5402-2014, rad. 43.716 y SP1272-2018, rad. 48.589).

En la primera de las mencionadas decisiones, la cual traza el sendero argumentativo para sostener tal tesis, que ha venido siendo ratificada, se expuso:

“Así las cosas, aunque el fraude procesal descrito en el artículo 453, Capítulo Octavo, Título XVI tutela el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia también protege de manera amplia el de la administración pública, esto es,

que se trata de un tipo penal pluriofensivo cuya determinación se deriva del hecho de recaer la acción en un servidor público, acepción que debe ser entendida en los términos del artículo 20 del Código Penal.

[...] Por eso, cuando el tipo penal se refiere al servidor público en general, de ningún modo puede inferirse de la función delimitadora que cumple el bien jurídico, que aquel concepto se vincula estrictamente con los funcionarios públicos que administran justicia, con las autoridades administrativas a las que excepcionalmente la ley les atribuya funciones jurisdiccionales o con los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, porque la naturaleza pluriofensiva del comportamiento y el sentido de la descripción típica permiten señalar que la protección penal abarca la resolución o el acto administrativo emanado de cualquiera de ellos.

De modo que el tipo penal, al prever que la acción punible puede recaer sobre cualquier servidor público con la finalidad de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, no excluye a ninguno de los relacionados en el citado artículo ni tampoco se refiere exclusivamente a quienes ejercen función jurisdiccional en los términos del artículo 116 de la Carta Política, como lo expresa el casacionista.

[...] En tales términos, la conducta punible cobija o protege tanto los trámites gubernamentales como judiciales, en la medida que los medios fraudulentos mediante los cuales se induce en error no están dirigidos en particular al juez, a las autoridades o particulares que ejercen funciones jurisdiccionales, sino en general al servidor público del cual se quiere obtener mediante engaño una resolución o acto administrativo contrario a la ley.”

En ese caso, la Corte, al no casar la sentencia impugnada, validó la adecuación típica por fraude procesal derivada de la obtención de una inscripción en el registro de instrumentos públicos, lograda mediante inducción en error del registrador mediante medios fraudulentos.

[...] Y esa posición jurisprudencial, basada en una comprensión amplia del objeto de tutela jurídico penal, determinada a partir de la voluntad legislativa de proteger todos los ámbitos decisorios en los que se materializa la función pública, en tanto concreción del Estado de derecho, sin limitar la protección a escenarios

jurisdiccionales, ha de mantenerse. Es el ingrediente normativo **acto administrativo**, sobre el que puede recaer la inducción en error del funcionario mediante medios fraudulentos, a fin de que emita una decisión contraria a la ley, el que obliga a comprender que **la preservación del principio de legalidad no ha de limitarse a escenarios donde un servidor con funciones jurisdiccionales resuelve un conflicto, sino que tal interés abarca, igualmente, el ámbito decisorio administrativo**.

El **bien jurídico** correcto funcionamiento de la **administración pública** tiene diversas facetas de protección penal, según el concreto interés a preservar (art. 209 de la Constitución). Por ello, es dable hablar de **distintas modalidades o direcciones de ataque al bien jurídico** (conductas atentatorias del principio de legalidad, delitos contra el principio de eficacia, comportamientos contra los principios de imparcialidad y objetividad o protección del patrimonio público).

En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha precisado, por una parte, que el interés general, la función promocional, la actividad de los servidores públicos orientada finalísticamente al servicio del Estado y de la comunidad, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, son **derroteros que guían el ejercicio de la función pública en general**; por otra, que en el listado de delitos contra la administración pública existe una gama de intereses protegidos por los diferentes tipos penales, a saber, el patrimonio público, el ejercicio de la función pública propiamente dicha, el cual puede verse afectado cuando el comportamiento de los servidores públicos atenta contra el buen nombre, la eficiencia o la legalidad.

De suerte que, **al analizar cada conducta punible, deberá especificarse en qué consiste el servicio prestado a los ciudadanos y cómo se perturba en cada caso concreto el bien jurídico general y común a todos los delitos**, ya que “el correcto funcionamiento de la administración puede perturbarse a través de conductas diferentes que ponen en peligro diferentes perspectivas de dicho correcto funcionamiento”.

En el caso del delito de **fraude procesal** se atenta preponderantemente contra el **principio de legalidad**, en tanto pilar del Estado de derecho y fuente de la cual no sólo emana todo poder

público, sino el deber de los particulares de someterse a las determinaciones estatales. En últimas, la legalidad ha de ser la fuente de toda producción de un efecto jurídico particular y concreto, derivado de una decisión estatal, bien sea judicial o administrativa. La emisión de una resolución, sentencia o acto administrativo contrario a la ley -o la posibilidad de que se profiera- implica una negación del Estado de derecho, de la vigencia de la legalidad; he ahí el fundamento de la punibilidad de dicha conducta.

Sin acudir a complejas elaboraciones doctrinales, puede decirse que el **principio de legalidad**, elemento esencial del Estado de derecho, exige que la actuación de los órganos del Estado se lleve a cabo con estricta sujeción al ordenamiento jurídico, según se extrae de los arts. 1º, 4º, 6º, 29, 121, 123, 209 y 230 de la Constitución.

Así, entonces, por tratarse de una actividad reglada, es claro que toda decisión estatal que, por causa de los medios fraudulentos utilizados por el sujeto activo de la conducta punible de fraude procesal, contrarie las disposiciones normativas o carezca de fundamento jurídico, tanto en el plano formal como en el material, deviene arbitraria y, por tanto, ilegítima.

Bajo estas premisas, **el desconocimiento de la máxima de legalidad afecta la función pública, tanto en la faceta de administrar justicia como en el ámbito administrativo-gubernativo** en estricto sentido, bien sea poniendo en efectivo peligro la concreción de la legalidad en las decisiones o lesionándola con la producción de una determinación contraria a la ley, debido a la inducción en error de la que es objeto el funcionario decisor.

[...] En ese entendido, si bien podría sostenerse de *lege ferenda* que la punición del fraude procesal habría de limitarse a escenarios de decisión estrictamente judicial, determinados a partir de los factores personales o funcionales de competencia procesal jurisdiccional, no es menos cierto que el art. 453 del C.P. previó un ámbito de aplicación más amplio. Entonces, de *lege lata*, en el ordenamiento penal colombiano, a diferencia de otras regulaciones que sí distinguen y limitan los escenarios de comisión de ese delito a procesos judiciales civiles, penales o administrativos -v.gr. art. 347 del Código Penal brasileiro o 374 del Código Penal italiano-, **el legislador no restringió la punibilidad de la conducta a que la decisión concernida se emita en escenarios netamente judiciales**,

como lo propone el censor haciendo abstracción de la posición mayoritaria de la Sala.

Ahora bien, en el fraude procesal, el sujeto activo se propone obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Esto quiere decir que si el fundamento material de punición estriba en el quebrantamiento del principio de legalidad -que ha de gobernar toda actuación estatal- **es inadmisibles la postura propuesta por el demandante al reclamar la protección de dicha máxima únicamente en escenarios judiciales, dejando por fuera ámbitos administrativos en los cuales, pese a que no se dice el derecho en el marco de una controversia jurisdiccional, sí se declaran o generan efectos jurídicos que, igualmente, han de fundarse en la legalidad.** Ese es el referente fundamental para determinar la compatibilidad de las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, con el ordenamiento jurídico.

El propósito buscado por el sujeto activo -ingrediente subjetivo del tipo- es cambiar, alterar o variar la verdad ontológica, con el fin de acreditar en el proceso o trámite que adelante el servidor público una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad judicial o administrativa (CSJ SP 18 jun. 2008, rad. 28.562).

El fin último del fraude procesal es, entonces, el de obtener una declaración (judicial o administrativa) ilícita. Para ello, el sujeto activo ha de desplegar una conducta inductora en error, cifrada en valerse de un instrumento fraudulento, apto o idóneo -en abstracto- para provocar en el sujeto pasivo -servidor público con facultad decisoria- una convicción errada que puede ser determinante para que resuelva un asunto o declare algún efecto jurídico contrariando la ley, entendida, desde luego, en sentido amplio. De ahí que se criminalice el comportamiento de quien, valiéndose del fraude, atenta contra las bases con que todo servidor público ha de adoptar decisiones o emitir sus actos (con sujeción a la Constitución y la ley), para implantarle una convicción errada (error intelectual) que puede conducir a una determinación o acto ilegal.

Y es que el proceso lógico de aplicación de la ley no se limita únicamente a la definición de controversias o conflictos que requieren la

intervención de un juez. No. Igualmente, hay escenarios gubernativos en los que un funcionario decisor, si bien no imparte justicia en sentido estricto, pues no “dice el derecho”, sí es competente para emitir actos que formalicen el derecho en orden a materializar sus efectos jurídicos.

El riesgo de afectación de la legalidad, que pretende ser conjurado mediante el delito de fraude procesal, es la producción de efectos jurídicos -particulares y concretos- en oposición a la ley. Ello, por vía de inducir al funcionario encargado de adoptar una decisión, judicial o administrativa, en un error intelectual capaz de alterar su juicio en la fijación de los supuestos de hecho con fundamento en los cuales traduce una consecuencia jurídica general y abstracta en la asignación de aquella para un caso particular y concreto. El fraude radica, esencialmente, en que se asigna -o podría asignarse- un efecto legal indebido, por cuanto la realidad fáctica -alterada por el sujeto activo de la conducta punible-, en verdad, no encuentra subsunción en el precepto aplicado, lo que en últimas conduce a una decisión o acto ilegal.

Es por ello que la jurisprudencia ha establecido que **el propósito buscado por el sujeto activo es cambiar, alterar o variar la verdad** ontológica, con el fin de acreditar una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad institucional. Y ese tipo de verdad, que surge de un ejercicio de formación y enjuiciamiento jurídico del hecho, es determinada con base en la actividad probatoria -que no es exclusiva de procesos judiciales-, en la que interviene e influye el sujeto activo del delito, pues las pruebas son el medio para articular los hechos con el derecho».

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO - Se configura || FRAUDE PROCESAL - Se estructura || ERROR EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Se configura || FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO - No se configura || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: desconocimiento, efectos || ESCRITURA PÚBLICA - Naturaleza: es un documento público cuando ha sido incorporada en el respectivo protocolo || OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Se configura: cuando se induce en error al notario para otorgar y protocolizar instrumentos públicos que contienen manifestaciones contrarias a la verdad || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del

sentido del fallo: su congruencia con la sentencia no implica condenar por una conducta punible cuya hipótesis no encuentra adecuación típica en ese delito || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«[...] al contrastar los enunciados fácticos fijados en la sentencia impugnada y las conclusiones en ella plasmadas (num. 4.2 supra) con las premisas en relación con las cuales ha de aplicarse el juicio de adecuación típica (num. 4.1.1, 4.1.2 y 4.1.3 supra), la Sala concluye, en lo atinente a la **falsedad en documento privado**, con ocasión de la falsificación -ideológica- de tres actas de asamblea o junta de socios de Urbanizadora [...], que en el análisis de subsunción aplicado por el Tribunal no se evidencian yerros constitutivos de violación directa de la ley sustancial.

De otro lado, tampoco existe infracción alguna que comporte la incorrección de la declaratoria de responsabilidad penal por **fraude procesal**, en relación con la inscripción de actos jurídicos en los registros mercantil y de instrumentos públicos.

Efectivamente, en lo que atañe al registro de las mencionadas actas de junta de socios en la cámara de comercio, así como en lo concerniente a la inscripción de las escrituras N° 80 y 369 de 2007 en el registro de instrumentos públicos, logrado a iniciativa de los acusados, de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia, cuyas conclusiones se fijaron en los num. 4.1.3.1 y 4.1.3.2 supra, es claro que a aquéllos **les asiste responsabilidad por el delito de fraude procesal**.

Los actos de inducción en error imputables a los hermanos RA, reputados fraudulentos por provenir de falsificaciones ideológicas de documentos privados y la previa obtención de documentos públicos falsos, tuvieron ocurrencia en curso de procedimientos gubernativos, en los cuales se vio efectivamente lesionada la correcta administración pública, con la emisión de cinco actos administrativos, que produjeron efectos jurídicos contrarios a la ley. En consecuencia, las conductas que dieron origen a los consabidos registros -tanto de instrumentos públicos como mercantil- **encuentran adecuación típica en el delito de fraude procesal** (art. 453 del C.P.). De ahí que esta norma haya sido aplicada correctamente.

En contraposición, sí **existen yerros que impiden mantener la condena por el delito de falsedad en documento privado, en relación con el otorgamiento y protocolización de las escrituras públicas** N° 80 y 369 de 2007, a iniciativa de los procesados. Ello, debido a una **indebida calificación jurídica de dichas conductas en la acusación, que erró en el proceso de subsunción**.

Según se clarificó en el num. 4.1.2 supra, la actual comprensión jurisprudencial (CSJ SP18096-2017, rad. 42.019) de los actos de inducción en error a los notarios, para que autoricen el otorgamiento de escrituras públicas contentivas de falsedades -en sentido ideológico-, conduce a la emisión de un documento público que concreta la función estatal de dar fe pública.

Ello es así, por cuanto pese a que las declaraciones de voluntad contenidas en una **escritura** pueden provenir de particulares, **este tipo de documento tiene la naturaleza de público, dada la intervención del notario en ejercicio de la función de dar fe pública**. Por consiguiente, la conducta de comparecer al otorgamiento y solicitar la protocolización de las escrituras concernidas (cfr. pie de página N° 13 supra) no encuentra adecuación típica en el tipo de falsedad en documento privado (art. 289 del C.P.), que fue el seleccionado por la Fiscalía a la hora de calificar jurídicamente esas dos conductas en la acusación.

El comportamiento de inducir en error al notario para otorgar y protocolizar documentos públicos con capacidad probatoria, en relación con manifestaciones contrarias a la verdad, realiza el tipo de obtención de documento público falso (art. 288 ídem). Empero, pese a que en la actuación se acreditó que ese fue el comportamiento realizado por los acusados, **en esta etapa procesal no es factible declarar su responsabilidad por ese delito, pues ello comportaría la violación del debido proceso por incongruencia entre acusación y sentencia, en punto de la calificación jurídica**. En el presente asunto, **no es dable variar** tal faceta de la imputación para condenar, en la medida en que el delito previsto en el art. 288 del C.P. comporta una pena más gravosa que el atribuido a los procesados en la acusación.

Además, mal podría mantenerse una condena por el delito de falsedad en documento privado, como lo permitió el Tribunal bajo el pretexto de

amparar la justicia material, pues tal determinación viola las bases esenciales del juicio (art. 29 de la Constitución), por desconocer el principio de legalidad en su faceta de estricta tipicidad (art. 10 C.P.).

No sobra advertir que ese yerro le es igualmente imputable al a quo, por **incomprensión de los efectos de la congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia**. El fundamento de la invariabilidad del sentido de la decisión anunciado al final del juicio radica, preponderantemente, en el respeto de los principios de inmediación y concentración, que han de caracterizar tanto la actividad, apreciación y valoración probatoria, como la decisión que da fin al juzgamiento. Lo que le está vedado al juez es, quebrantando tales principios, emitir una decisión mediada por juicios externos a los aplicados por él en la audiencia del juicio oral. Mas **ello no implica que deba dictar sentencia violando el debido proceso, como lo es la eventualidad de condenar por una determinada conducta punible, pese a haber verificado que la hipótesis delictiva no encuentra adecuación típica en ese delito**.

En contraposición, el juicio de adecuación típica aplicado a los hechos concernientes a la emisión de las escrituras públicas de compraventa, sí entraña la **aplicación indebida** del art. 289 del C.P.

Entonces, puesta de manifiesto únicamente la aplicación indebida del art. 288 del C.P., **la sentencia habrá de ser casada sólo en ese aspecto. Ello comporta la supresión de dos conductas incluidas en el concurso material homogéneo de falsedad en documento privado**, por el que se declaró la responsabilidad de los acusados a título de coautores.

Por no haberse detectado otra infracción directa de la ley sustancial, se mantendrá la declaración de responsabilidad de los procesados como coautores de fraude procesal, junto al concurso heterogéneo con falsedad en documento privado, que subsiste en relación con la falsificación de las tres actas de asamblea de socios (cfr. pie de página N° 12).

Acorde con esas modificaciones en la declaratoria de responsabilidad, ha de procederse al ajuste de la individualización de la sanción penal».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

27. PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

En su dosificación la gravedad de los delitos y la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos deben valorarse

Al emitir sentencia de segunda instancia, la Corte examinó, entre varios aspectos, el relativo a la *pena alternativa*, en aras de precisar que para su determinación resulta importante tener en cuenta no sólo la *gravedad de los delitos* sino la *colaboración eficaz* tendiente al esclarecimiento de los hechos. Igualmente recordó que la colaboración del postulado tiene la doble condición de *presupuesto* para el otorgamiento de la citada modalidad de sanción y *criterio* a considerar en su dosificación.

SP036-2019 (48348) del 23/01/19

Magistrado Ponente:

José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa: concepto || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios:** pena alternativa, requisitos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** dosificación punitiva, la gravedad de los delitos y la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos deben valorarse || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** la colaboración del postulado es un presupuesto de ésta y a la vez un criterio para su dosificación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:** tasación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Pena alternativa:**

discrecionalidad reglada para su individualización

«Tratamiento jurisprudencial de los criterios legales para la determinación de la pena alternativa»

La inconformidad que plantean la Fiscalía y el Ministerio Público -de la que discrepa la defensora de los procesados no recurrentes- es que la **colaboración eficaz** del postulado no debe ser un criterio para dosificar la pena alternativa puesto que es un presupuesto para acceder a ella y un deber exigible desde fases anteriores del proceso, de suerte que para ese fin solamente se debe tener en cuenta la **gravedad de las conductas atribuidas**. Por tanto, dicen los impugnantes, como el Tribunal fijó la pena ordinaria en 480 meses de prisión (el máximo legalmente permitido), entonces también ha debido imponer la pena alternativa en el máximo, esto es, 8 años.

Sobre la dosificación de la pena alternativa, la Corte tiene dicho lo siguiente (CSJ, SP17775-2017, 25 de octubre de 2017, rad. 49025):

“La pena alternativa es el beneficio por el cual se puede suspender la ejecución de la pena de prisión determinada en la respectiva sentencia, para ser reemplazada por una de igual naturaleza que no podrá ser inferior a 5 años, ni superior a 8, siempre y cuando los postulados acrediten el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) que sean autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, (ii) hubieren decidido desmovilizarse; (iii) aporten definitivamente a la reconciliación nacional; (iv) se dé su adecuada resocialización; (iv) colaboren con la justicia y (iv) contribuyan a la reparación a las víctimas”.

“De igual forma, en atención a las características y propósitos específicos del proceso de justicia transicional que difieren de los consagrados en los estatutos sustancial y procesal penales vigentes y lo señalado en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005, la Sala ha explicado que los criterios que definen la dosificación o graduación de la misma se restringen a: (i) la gravedad de los delitos y (ii) la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos, a los cuales se impone sujetarse de manera irrestricta el funcionario judicial, según se advierte de los incisos 2 y 3, de la mentada disposición...”.

Ahora bien, esta Colegiatura ha señalado (CSJ, SP15924-2014, sentencia del 20 de noviembre de 2014, rad. 42799, entre otras) que la colaboración eficaz del postulado para el esclarecimiento de los delitos: *“no puede ser un factor que se evalúe también de manera preponderante en la tasación de la pena señalada en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005, rebasando el aspecto referido a la gravedad de los delitos”*; lo anterior -explica el precedente en comentario- porque el componente de satisfacción de la verdad hace parte de los propios fines del proceso transicional.

Pero lo anterior no puede entenderse, como parecen sugerirlo los apelantes, en el sentido de que esa **colaboración eficaz** carece de toda relevancia a la hora de individualizar la pena alternativa. Lo que la propia jurisprudencia de la Corte ha precisado es que **esa exigencia no puede ser el factor preponderante a la hora de fijar la sanción alternativa**, pues no se puede dejar de lado el componente de la gravedad de las conductas. Dicho de otra manera: *“la fijación del castigo el juez no puede supeditarla exclusivamente a la colaboración efectiva del postulado con el esclarecimiento de la verdad sino que se le impone tener en cuenta la gravedad de los delitos”* (CSJ, SP2211-2016, sentencia del 24 de febrero de 2016, rad. 46789)

Es del caso recordar que **la norma (artículo 29 de la Ley 975 de 2005) fija dos criterios para individualizar la pena alternativa: la gravedad de los delitos atribuidos y la colaboración efectiva del postulado. Los dos criterios deben valorarse**, y el hecho de que la citada colaboración con el proceso sea, además, un requisito para que el postulado acceda y permanezca en el proceso transicional no significa que no deba ser considerada a la hora de individualizar la pena alternativa. No: lo que sucede es que su trascendencia debe ponderarse frente a la gravedad de las conductas, en el entendido de que el compromiso del postulado con los fines del proceso transicional ha debido ser evidente desde fases procesales anteriores, de modo que tampoco se trata de que por mediar la sola confesión de las conductas entonces automáticamente el procesado se haga acreedor a la pena alternativa (CSJ, SP2211-2016, 24 de febrero de 2016, rad. 46789).

Esta *“doble valoración”* de la colaboración eficaz es apenas aparente, pues, en realidad, se trata de una ponderación que debe hacerse en diferentes

fases del proceso transicional, entre otras, para la sustitución de la medida de aseguramiento, lo que no excluye que en sede de dosificación de la pena también se considere, pues tal ejercicio apunta a finalidades distintas, según los fines de la fase procesal de que se trate.

Es por lo anterior que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que **la colaboración del postulado es un presupuesto para la concesión de la pena alternativa, pero a la vez constituye un criterio para su dosificación.**

[...] En igual sentido, en otra oportunidad esta Colegiatura (SP17444-2015, sentencia del 16 de diciembre de 2015, rad. 45321) reiteró lo dicho en la providencia SP15924-2014 del 20 de noviembre de 2014, rad. 42799, en cuanto a que: *“la colaboración para el esclarecimiento de los hechos si bien es un criterio para dosificar la pena alternativa, también corresponde al cumplimiento de los postulados de contar la verdad como condición para pertenecer al proceso transicional y beneficiarse de éste”.*

Así las cosas, **los dos criterios para dosificar la pena alternativa que enuncia el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 -la colaboración eficaz del postulado en el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de las conductas atribuidas- permiten al operador judicial individualizar la sanción** entre un mínimo de 5 y un máximo de 8 años de prisión; *“esta última fase, de naturaleza esencialmente valorativa, concede margen de maniobrabilidad al sentenciador, toda vez que constituye el ejercicio de ponderar, visto el caso concreto, aspectos relativos a la gravedad de la conducta y el daño creado”* (CSJ, SP3950, 19 de marzo de 2014, rad. 39045, subraya la Corte en esta oportunidad).

Lo relevante es que, de acuerdo a las particularidades de cada caso, esa **discrecionalidad reglada se funde en criterios razonables**, de modo tal que apunten a la consecución de un equilibrio en la concreción de la pena y, al mismo tiempo, permitan el ejercicio del control judicial mediante los mecanismos de impugnación; en estos términos lo ha decantado la Corte: *“La discrecionalidad reglada y el sustento razonable buscan fincar criterios de equilibrio en la concreción de la pena, al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación”* (ibid., rad. 39045).

Todo lo anterior, en el entendido de que, para el efecto de individualizar la pena alternativa, al operador judicial le está vedado acudir a criterios ajenos a los previstos en la ley, tales como: el rango que hubiere ostentado el postulado en el grupo armado ilegal, el grado de participación (CSJ, SP2045-2017, 8 de febrero de 2017, rad. 46316), el carácter parcial de la sentencia (ibid. 39045), o el número de delitos sancionados en otros casos (CSJ, SP17548-2015, 16 de diciembre de 2015, rad. 45143).

Recapitulando: **la colaboración eficaz del postulado para el esclarecimiento de los hechos es, junto a la gravedad de las conductas atribuidas, uno de los criterios consagrados en la ley que se debe ponderar a la hora de individualizar la pena alternativa;** el hecho de que esa colaboración sea un presupuesto para acceder y permanecer en el proceso transicional no excluye su valoración en sede de individualización de la sanción.

Lo relevante es que el compromiso del postulado con los fines del proceso de Justicia y Paz no puede ser el criterio preponderante ni exclusivo para dosificar la pena alternativa, ni la sola confesión de los delitos impide imponer la máxima sanción, pues, de acuerdo a los particularidades de cada caso, debe apreciarse junto a la gravedad de las conductas.

La **individualización de la pena alternativa** le concede al juzgador un relativo **margen de discrecionalidad reglada**, que debe fundarse en razonamientos atendibles. Todo lo anterior, en el entendido de que en el ejercicio de la dosificación punitiva quedan proscritos otros criterios que no sean los consagrados en la ley.

[...] Luego de aplicar los anteriores lineamientos al caso presente, se tiene lo siguiente:

- a.- Que el a quo reconoció ampliamente la efectiva colaboración de los postulados en el esclarecimiento de los hechos, tal como quedó reseñado en acápites precedentes.
- b.- Que, además, no desconoció la gravedad de las conductas atribuidas a todos los postulados y su trascendencia para los fines del grupo armado ilegal.
- c.- Que, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas, advirtió y argumentó sobre las circunstancias que ameritaban no imponer la sanción alternativa máxima de 8 años a los procesados CM, GQ y MM

[...] se observa que la Sala de Justicia y Paz, al ocuparse de la individualización de la pena alternativa respecto de los dos primeros -CM y GQ - hizo uso de la discrecionalidad reglada para apartarse del tope máximo de la sanción, lógicamente sin minimizar la gravedad de las conductas; para ello elaboró sendos argumentos que apoyó en las particularidades de las conductas atribuidas, los cuales, en su criterio, se mostrarían razonables y ponderados para no fijar la pena máxima. Téngase en cuenta que los apelantes no refieren que tales fundamentos fuesen equivocados, sino que la gravedad deducida al tasar la pena ordinaria debe trasladarse automáticamente a la fijación de la pena alternativa.

Así, entonces, aun cuando en sede de instancia pudieren ser de recibo otras interpretaciones, la adoptada por el Tribunal lejos está de configurar un dislate o un arbitrio. Es por lo anterior que, para esta Colegiatura, el razonamiento expuesto en la providencia impugnada no hace cosa distinta que emplear de manera ajustada el relativo **margen de discrecionalidad reglada que la ley le concede para ponderar la individualización de la pena**, sin que la posibilidad de que otras apreciaciones que hubieran sido procedentes tornen en ilegal el criterio adoptado.

Los apelantes argumentan que como la pena ordinaria fue tasada en el máximo, entonces

igual debe suceder con la alternativa; semejante postura resulta cuestionable, pues debe tenerse en cuenta que la determinación de la pena ordinaria en el máximo que permite la ley -480 meses de prisión- no fue propiamente el resultado de apreciar que las conductas atribuidas fueran de la más extrema gravedad (atendiendo el rasero inherente a la naturaleza de las conductas que se juzgan en Justicia y Paz), sino de la aplicación de las reglas de punibilidad del concurso de conductas punibles.

En efecto: obsérvese que el sentenciador, luego de identificar la pena mínima y máxima determinadas en la ley, acudió al sistema de cuartos y seleccionó los cuartos medios, toda vez que concurrían causales de mayor y menor punibilidad. Y a la hora de individualizar la pena ordinaria dentro del cuarto correspondiente conforme los criterios de que trata el artículo 61 del C. Penal, resolvió individualizarla en el punto medio del segundo cuarto (405 meses de prisión), es decir, apenas en el 25% del total del lapso del que disponía para ubicar la sanción. Lo anterior deja ver que, al sopesar los criterios de individualización de la pena ordinaria, el Tribunal no consideró que éstos ameritaran fijarla en el límite máximo de los cuartos medios, ni siquiera dentro del tercer cuarto, y tampoco en el tope del segundo cuarto, sino -una vez más- en el punto medio del segundo cuarto, esto es, más cercano a la pena mínima procedente».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

28. PREVARICATO POR ACCIÓN

No se configura cuando el juez de tutela efectúa un juicio de ponderación sobre derechos que considera prioritarios o prevalentes

La Sala confirmó la decisión de *preclusión* de la actuación adoptada por el Tribunal en favor del juez investigado, al establecer que la *medida provisional* que impartió en desarrollo de un trámite tutelar, no constituyó una decisión *manifiestamente ilegal*, sino que se basó en un *juicio de ponderación* sobre la *prevalencia* del

derecho del menor de edad en el caso concreto, de manera que no configuró ni siquiera en el plano objetivo el tipo penal de *prevaricato por acción*. Adicionalmente, explicó que la determinación justificada de *compulsar copias* para que se investigue la presunta comisión de un delito, tampoco puede ser considerada típica de este comportamiento, habida cuenta que deriva del *deber legal de denunciar* que asiste a los *servidores públicos*.

AP836-2019 (53133) del 06/03/19

Magistrado Ponente:

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** valoración, a través de un juicio de legalidad, no de acierto || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** cuando el juez de tutela efectúa un juicio de ponderación sobre derechos que considera prioritarios o prevalentes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** atipicidad de la conducta || **DERECHOS DE LOS NIÑOS - Prevalecen sobre los derechos de los demás** || **ACCIÓN DE TUTELA - Medidas provisionales para proteger un derecho** || **DERECHOS FUNDAMENTALES - Derecho a la libertad de expresión:** enmarca la libertad de prensa || **DEBER DE DENUNCIAR - Servidor público** || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** por decisión justificada de compulsación de copias en cumplimiento del deber legal de denunciar

«[...] se analizará si el juez HBB, al proferir las decisiones de tutela del 5 y 18 de marzo de 2014, incurrió en el delito de prevaricato por acción, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, advirtiéndose que si llega a la conclusión en torno a la **atipicidad objetiva** de la conducta, no es necesario incursionar en el análisis del otro elemento.

En primer lugar ha de decirse que no existe reparo alguno acerca de la condición de servidor público del procesado para la época de los hechos, pues se encuentra acreditado que para ese entonces se desempeñaba como Juez Laboral del Circuito [...], de modo que era competente para proferir las decisiones que ahora se cuestionan y, por lo tanto, reúne los requisitos para ser sujeto activo de la conducta que se le endilga.

Ahora bien, corresponde determinar si las providencias acusadas de ser prevaricadoras, resultan ser manifiestamente contrarias a la ley y, como consecuencia de ello, se satisfacen las exigencias de orden objetivo del punible de prevaricato por acción.

De acuerdo con los elementos materiales de prueba aportados al proceso, especialmente el

trámite de la tutela distinguido con radicado [...] surtido ante el Juzgado Único Laboral [...], se encontró que:

[...] Igualmente sirvieron de soporte legal para la adopción de la decisión, los artículos 7 del Decreto 2591 de 1991, 44 de la Constitución Política de Colombia y 33 del Código de la Infancia y Adolescencia [...].

[...] Como se puede apreciar de la normatividad transcrita, el Doctor HB tenía competencia para resolver de plano la petición de **medida provisional** que le fuera presentada, sin que por lo demás debiera realizar un debate probatorio previo a resolver dicha solicitud, sino que simplemente estaba facultado para valorar la situación propuesta y **adoptar medidas tendientes a proteger los derechos fundamentales** que se pudieran ver afectados.

Entonces, dado que el funcionario obró con miras a evitar que se causara un eventual perjuicio al menor JASG, puede afirmarse que su proceder no fue caprichoso o apartado de la legalidad de manera manifiesta u ostensible, y que si en algún momento pudiera considerarse desacertada la decisión, ello **tampoco configura objetivamente el prevaricato, porque bajo su contexto no se califica el acierto del fallo judicial sino su ilegalidad.**

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión de protección provisional pretendía garantizar el cumplimiento del artículo 44 de la Constitución, norma que de manera expresa le otorga un **carácter prevalente a los derechos fundamentales de los niños**, condición que, a su vez, también se encuentra consagrada en la Convención Sobre los Derechos del Niño y ha sido desarrollada legislativamente en el Código de Infancia y Adolescencia.

[...] En consecuencia, al margen de si **la decisión** de conceder la medida provisional fue o no acertada, juicio que, se reitera, no concierne al estudio del punible de prevaricato por acción, lo que resulta incuestionable es que la misma **no puede ser calificada como notoriamente opuesta al ordenamiento jurídico**, aspecto que **desvirtúa la presencia del elemento normativo del tipo** penal objeto de estudio y, por ende, hace que el actuar del juez investigado **resulte ser atípico en el plano objetivo.**

Las razones que tuvo en cuenta el juez denunciado no son desproporcionadas ni exóticas, pues la divulgación a través de los

medios de comunicación masivos de programas como el que se iba a difundir, donde estaban involucrados los padres del menor, uno como víctima del delito de homicidio y el otro en calidad de posible autor o participe en ese hecho, podía producir un gran impacto en el medio social donde habitaba el **niño**, que a raíz de eso podría verse afectado por toda clase de prejuicios sociales, más en un ámbito de población relativamente pequeño como aquel en que se produjo el hecho, de modo que para el **menor** resultaba altamente sensible el programa que se iba a transmitir, su estabilidad síquica y emocional, así como su entorno familiar se verían comprometidos, y eso fue lo que valoró el funcionario para adoptar la medida que se le cuestiona.

No desconoce la Sala, de ninguna manera, que **la libertad de expresión, en la cual se enmarca la libertad de prensa**, es un derecho fundamental, pues la labor que cumplen los comunicadores sociales de mantener informada a la comunidad, es una prerrogativa que esta tiene de estar al tanto de los acontecimientos que la afectan, y para eso están los medios de comunicación.

El funcionario judicial no ignoró esos aspectos, pero **ponderó que estaban de por medio derechos fundamentales de un menor de edad y les otorgó prevalencia**, basado en las disposiciones citadas con antelación en esta decisión, esto es, no consideró absoluto el derecho a la libertad de expresión, que según lo sostuvo esta Sala, *“...Como todo derecho, la libertad de expresión, remitida a los medios de comunicación, no tiene el carácter de absoluta y por ello permite restricciones u obliga confrontarse con otros derechos de similar jerarquía en tensión...”* (Casación de 10/07/2013, radicado 38.909).

En tales condiciones, **si el juez llegó a esa conclusión, mal puede hablarse de que sea manifiestamente ilegal, porque hizo un juicio de ponderación acerca de derechos que consideró prioritarios o prevalentes**, y en esa medida dispuso la medida provisional que se conoce, de modo que, no comparte la Sala el argumento del apelante en cuanto a que la providencia no tiene una justificación razonable.

Que la determinación a la postre no hubiera sido compartida por el recurrente, no implica que constituya delito, porque en términos de la Sala, no entraña un desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

Ahora bien, de acuerdo con la constancia suscrita por la Oficial Mayor del Juzgado Laboral, [...] el canal [...] fue debidamente notificado de la orden impartida [...], pues así lo confirmó la Secretaria General de la tan mencionada empresa televisiva.

No obstante lo anterior, [...] la apoderada de la parte actora informó al juez de tutela que la medida provisional concedida había sido desatendida por los accionados, esto es, que el programa cuya suspensión se dispuso, finalmente fue transmitido por la accionada.

Tal circunstancia, aunada a la respuesta suministrada por parte de los accionados, quienes justificaron la publicación del programa de televisión como un acto encaminado a evitar la censura, llevó a que el 18 de marzo de la misma anualidad el Juzgado de conocimiento proferiera fallo de tutela en los términos atrás mencionados, y, **ordenó expedir copias** en contra del representante legal de la empresa accionada y el Director del programa cuya suspensión provisional se había dispuesto, **para que fueran investigados** por la presunta comisión del punible de fraude a resolución judicial, decisión que también se acusa de ser contraria a derecho.

A juicio de la Sala tampoco lo decidido puede ser calificado como constitutivo de prevaricato, en la medida que se hizo con estricta sujeción a la normatividad vigente aplicable al caso concreto.

Sobre el particular, el artículo 67 de la ley 906 de 2004, en su inciso segundo señala:

“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.” (Resaltado fuera de texto)

Al advertir el Juez de tutela que su orden judicial fue desatendida por el destinatario de la misma, consideró que posiblemente se estaría frente a la presunta comisión del punible denominado fraude a resolución judicial, situación que, por mandato del artículo antes transcrito, **le imponía la ineludible carga de poner en conocimiento de la autoridad competente dicha conducta**, máxime si existía el fundamento fáctico para hacerlo.

La orden de expedir unas copias no significa que indefectiblemente se haya incurrido en un delito, sino que simplemente propicia que el

funcionario judicial destinatario de las mismas, estudie la situación y determine si se justifica poner en marcha el órgano judicial del Estado a través de una investigación formal, o se abstenga de hacerlo por medio de una resolución inhibitoria.

Así las cosas, tal mandato en contra de los accionados **resulta ser una decisión que cuenta con la suficiente justificación, tanto en el plano fáctico como en el legal, motivo por el cual no puede ser catalogada como contrario a derecho** y, en consecuencia, no se estructura

el ingrediente normativo exigido para concretar el tipo penal previsto en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, situación que torna **atípico objetivamente** el comportamiento del Juez HBB.

En síntesis, en el presente asunto es dable pregonar la **atipicidad objetiva** de la conducta realizada por el Juez HBB en sus providencias del 5 y 18 de marzo de 2014, razón por la cual se impone confirmar la decisión de primera instancia que resolvió declarar la preclusión de la investigación que por el delito de prevaricato por acción se adelantaba en contra suya».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

29. PREVARICATO POR ACCIÓN

La revocatoria de la decisión de primera instancia al resolver la apelación, no implica por sí sola que sea manifiestamente contraria a la ley

La Sala, al ratificar la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal, respecto de la acusación relativa al delito de *prevaricato por acción*, concluyó, luego del análisis de las evidencias incorporadas a la actuación, que las decisiones adoptadas por el Fiscal investigado, consistentes en disponer la *captura para la práctica de la indagatoria, y definir la situación jurídica con medida detentiva*, fueron debidamente motivadas y razonadas, resultando ostensiblemente *atípicas* frente al comportamiento de *atipificación* cuestionado. Así mismo, explicó que la *revocatoria* de una *decisión de primera instancia* cuando se desata el *recurso de apelación*, no implica por sí sola que sea *manifiestamente contraria a la ley*. Finalmente estimó oportuno referirse al *principio de autonomía e independencia judicial*, predicable en este evento del funcionario de la Fiscalía que adelantó el proceso bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000.

AP1326-2019 (52706) del 10/04/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INDAGATORIA - Captura || INDAGATORIA - Citación: no es necesaria cuando procede por un delito en que hay que definir situación jurídica || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** a través de resolución que ordena captura para escuchar en indagatoria || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura || DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA - Se hace obligatoria para los eventos en que sea procedente la detención preventiva || MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Procedencia**

«Analizada la evidencia aportada por la Fiscalía, encuentra la Sala que no hay discusión en cuanto a la condición de funcionario público de PCGL, quien desde el 22 de febrero de 2012 e incluso hasta el 20 de junio del mismo año, fungió como Fiscal [...] delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado.

Se tiene que mientras fungió en tal cargo, GL profirió 2 decisiones que son las que hoy se cuestionan.

La primera corresponde a la resolución adoptada el 16 de mayo de 2012, mediante la cual **ordenó escuchar en diligencia de indagatoria** a SLT, para lo cual **dispuso librar la respectiva orden de captura** en su contra. Como sustento de su decisión, tuvo en cuenta el video que fuere

recuperado de los computadores de alias [...] y concretamente el informe suscrito por miembros de policía judicial, quienes ofrecieron como hipótesis que la persona que aparece en el video era probablemente S.

La soportó también con el informe GRITE-ACUST-38.10 del 11 de mayo de 2012, en el que los peritos de laboratorio de acústica forense indicaron que conforme al análisis realizado encontraron que hay correspondencia en datos perceptuales y lingüísticos entre el hablante que participa en la muestra indubitada y el hablante objeto de estudio de las muestras dubitadas.

Tuvo en cuenta el informe 040405 DIJIN-ACRIM-GRITE 3810 del 11 de mayo de 2012, en el que se consignó que existe concordancia simétrica con los rasgos morfológicos presentes en la región buco-nasal, siendo individualizantes por la forma y características de la nariz y boca, así como del hecho que ambas imágenes presentan bigote.

Expuso PCGL que se podía inferir que SLT participó en la planeación y ejecución de la retención ilegal de sus compañeros diputados, y que su aporte fue de vital importancia para la consumación del hecho.

Adujo que LT podría estar incurso en los delitos de toma de rehenes, perfidia, homicidio agravado y rebelión, por lo que dispuso su captura con fines de indagatoria atendiendo la naturaleza de los hechos investigados.

Descrito lo anterior, se procederá a realizar un análisis a efecto de determinar si tal decisión resulta ser manifiestamente contraria a la ley.

Ha de señalarse que conforme lo indica el artículo 332 de la Ley 600 de 2000, el imputado quedará vinculado al proceso una vez sea **escuchado en indagatoria** o declarado persona ausente, y que **en caso tal que sea necesario resolver situación jurídica**.

El artículo 333 de la misma codificación, indica:

El funcionario judicial recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 336 ibidem, se sabe que **todo imputado será citado en forma personal para rendir indagatoria**, pero que cuando de las pruebas surjan razones

para considerar que se procede por un delito por el cual resulta obligatorio resolver situación jurídica, **el funcionario judicial podrá prescindir de la citación y librar orden de captura**.

Indica el artículo 354 de la norma en cita que la **situación jurídica deberá ser definida** en aquellos eventos en que **sea procedente la detención preventiva**. Por lo tanto, atendiendo lo descrito en 356 de la referida ley, la detención preventiva se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

Finalmente, el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 señala:

ARTICULO 357. PROCEDENCIA. La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Entonces, se tiene que **en el caso que se estudia era posible librar la orden de captura**, pues en primer término se observa que se cumple con el factor objetivo descrito en el artículo 357 de la codificación previamente referida.

Lo anterior, en atención a que conforme a las pruebas hasta ese momento obtenidas, se podía afirmar que SLT participó en la comisión de los punibles de toma de rehenes, homicidio agravado, rebelión y perfidia, los cuales en su mayoría tenían prevista, para esa época, una pena de prisión cuyo mínimo era de 4 años o más, es decir, delitos por los cuales resultaba necesario resolver situación jurídica.

Por lo expuesto, se observa entonces que desde el punto de vista estrictamente objetivo, PCGL **estaba habilitado legalmente para emitir la orden de captura** en contra de SLT.

Ahora, se procederá a realizar un análisis de las pruebas con las que contaba el hoy encartado para poder considerar que López Tobón colaboró con las FARC-EP, y que dieron como resultado la aprehensión del mismo.

Mediante Informe de Investigador de Campo - FPJ-11-, del 27 de marzo de 2012, los investigadores ARCD, JOVL y, adscritos al CTI, dieron cuenta del análisis llevado a cabo a los documentos digitales pertenecientes a alias Alfonso Cano, remitidos por la Sección de

Informática Forense Nivel Central de la Fiscalía General de la Nación.

En el referido informe, los investigadores consignaron que luego de escuchadas una serie de intervenciones del ex diputado, hallaron rasgos fonéticos de pronunciación muy similares con los audios de la persona que dio las instrucciones para la retención de los diputados, por lo que concluyeron que resultaba necesario realizar labores de verificación, con el propósito de determinar si SLT era la persona que se podía observar en el referido video.

Atendiendo el informe descrito, PCGL ordenó practicar diligencia de inspección al proceso en el que reposaban los documentos obtenidos del computador de alias Alfonso Cano, a efecto de conseguir el video que se relacionó anteriormente. Adicionalmente, el funcionario ordenó que una vez obtenido el video, se practicaría un cotejo de voz y otro morfológico, para confirmar o desvirtuar que SLT fuese la persona que intervino al momento de la planeación de la toma guerrillera.

Así, se obtuvo el cotejo morfológico realizado por el intendente Jefe Juan Carlos Ramírez Ascanio, técnico en retrato hablado, a través del cual concluyó que existía concordancia simétrica con los rasgos morfológicos presentes en la región buco nasal, siendo individualizantes por la forma y características de la nariz y boca, aunado al hecho que en ambas imágenes comparadas el sujeto aparece con bigote.

Existe también el cotejo de voz realizado por JVT y LAG, peritos de laboratorio de acústica forense, a través del cual concluyeron que hay correspondencia en datos perceptuales y lingüísticos entre el hablante que participa en la muestra indubitada y el hablante objeto de estudio de las muestras dubitadas.

Conforme a lo anterior, lo que se observa es que PCGL podía considerar que SLT era autor de los delitos que se le endilgaban y que contrario a lo expuesto por la víctima y su apoderado, los medios de prueba con que contaba en ese momento le permitían afirmar que SLT era colaborador de las FARC-EP y que estuvo involucrado en la toma de rehenes realizada en la Asamblea Departamental del Valle del Cauca.

Además, no se le podía exigir al entonces Fiscal [...] desconocer los elementos de prueba ya descritos, únicamente por el hecho que las investigadoras [...] estimaran que la voz de la

persona que se veía en el video no correspondía a la de SLT, pues tal determinación debía ser adoptada conforme a las pruebas legalmente obtenidas y no con las opiniones de las investigadoras que le colaboraban, las cuales no tenían sustento científico alguno.

Por lo tanto, es dable concluir que **la decisión adoptada por PCGL, atinente a emitir orden de captura en contra de quien hoy se predica como víctima, no resulta manifiestamente contraria a la ley».**

PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través de decisión que define la situación jurídica || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura || MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Procedencia**

«La segunda decisión que se cuestiona corresponde a la proferida el 20 de junio de 2012, a través de la cual el funcionario **resolvió la situación jurídica de SLT y le impuso medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad en centro de reclusión**, tras ser considerado autor de los delitos de perfidia, homicidio agravado, toma de rehenes y rebelión.

A efecto de sustentar tal decisión, el Fiscal [...] tuvo en cuenta principalmente las declaraciones de JCSG (ex miembro del ELN), DALO (testigo presencial de la retención de los diputados), JOVL (investigador del CTI) y EF (desmovilizado de las FARC-EP), así como la indagatoria rendida por MEM, alias [...] (desmovilizada de las FARC-EP).

Cabe resaltar que dentro de dicha providencia se llevó a cabo pronunciamiento respecto de las pruebas de descargo aportadas por la defensa, así como las relacionadas con los cotejos que ordenó la Fiscalía y los realizados de manera particular por la defensa.

Luego de tal análisis, concluyó que con las pruebas obtenidas podía considerar que SLT realizó los punibles que se le enrostraban, por lo que le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Con el propósito de analizar si tal determinación es contraria a la ley, resulta necesario recordar que conforme lo indica el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, la detención preventiva se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en

las pruebas legalmente producidas dentro del proceso, en tanto que el artículo 357 de la misma codificación señala:

ARTICULO 357. PROCEDENCIA. La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Teniendo en cuenta lo ya descrito, se sabe que en el presente caso se cumple con el factor objetivo, pues la mayoría de los delitos por los cuales se procede tenían prevista pena igual o superior a 4 años.

Se tiene que el 29 de mayo de 2012 se le tomó entrevista al señor JCSG (ex miembro del ELN), quien adujo haber llevado a SLT con el comandante de dicha guerrilla alias Julián, y que el primero de ellos tenía consigo unos planos de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, para luego explicar las actividades que debían desarrollar, relacionadas con trabajo de inteligencia. Sin embargo, advirtió que la operación se canceló y que puso en contacto a S con alias [...] o JJ, comandante de un frente urbano de la FARC-EP en Cali.

El 31 de mayo de 2012 se recibió entrevista a DALO, comerciante que trabaja en la plazoleta de San Francisco de la ciudad de Cali hace más de 17 años, quien refirió que el día que se produjo la retención de los diputados, concretamente cuando se estaba dando la alarma de bomba, vio a SLT acompañado de 3 militares en el segundo piso del edificio donde se ubica la Asamblea Departamental del Valle del Cauca.

El 12 de junio de 2012 rindió declaración JOVL, investigador del CTI, quien hizo parte del grupo de investigadores que suscribieron el Informe de Investigador de Campo -FPJ-11-, del 27 de marzo de 2012, en el cual dio cuenta del análisis llevado a cabo a los documentos digitales pertenecientes a alias AC, remitidos por la Sección de Informática Forense Nivel Central de la Fiscalía General de la Nación.

Expuso también que al notar similitudes entre la persona que aparecía en el video y SLT, realizaron una superposición de imágenes, logrando advertir una gran similitud en el dorso de la nariz, bigote, labio superior y la caída del mentón. Ello conllevó a que se consiguieran otros videos de alcance público en los que apareciera S, luego de lo cual se pudo entrever que existía semejanza en el tono y timbre de quien daba las

instrucciones en el video y la voz que se escucha en los videos de entrevistas realizadas al exdiputado.

Advirtió el declarante que llegó a la conclusión que SLT podía ser la persona que ayudó a las FARC-EP a organizar el operativo para retener a los diputados de Cali.

[...] Conforme lo anterior, lo que se observa es que **al momento en que PCGL resolvió la situación jurídica de LT, existían indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso, y que luego de realizar una valoración conjunta de ellas, concluyó que resultaba necesario imponer medida de aseguramiento.**

Por lo tanto, tal como concluyó el Tribunal, **no se observa que la decisión adoptada** por el hoy encartado, atinente a la imposición de medida de aseguramiento, **sea manifiestamente contraria a la ley.**

Se tiene que **la conducta prevaricadora en este caso no es típica objetivamente, por lo que se deberá confirmar la decisión adoptada en primera instancia, en el sentido de decretar la preclusión de la investigación** a favor de PCGL, pues no se observa que la misma haya sido caprichosa, sino que se produjo de manera razonada y luego de realizar un estudio probatorio y jurídico extenso».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración: no es dable tener en cuenta decisiones de otros funcionarios sobre el mismo asunto o semejantes, salvo que determinen error relevante || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Decisión manifiestamente contraria a la ley:** juicio valorativo || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** la revocatoria de la decisión de primera instancia al resolver la apelación, no implica por sí sola que sea manifiestamente contraria a la ley

«[...] si bien la Fiscalía [...] Delegada ante el Tribunal [...] **revocó la decisión** a través de la cual se le impuso a SLT medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad, **ello por sí solo no es indicativo de que la decisión adoptada por el fiscal de primera instancia pueda ser considerada como prevaricadora.**

No puede olvidarse que **el recurso de apelación** tiene, como una de sus finalidades, la de controvertir los argumentos expuestos por la

primera instancia y de esa forma corregir los yerros en los que se hubiesen podido incurrir, **sin que se pueda afirmar que por el hecho que se revoque, la decisión de primera instancia sea manifiestamente contraria a la ley.**

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

Al efecto, es necesario entender que los recursos ordinarios y los mecanismos extraprocesales de control (como la acción de tutela) tienen entre sus finalidades la corrección de los yerros que pueden ser cometidos en los procesos judiciales, entendidos estos como obras humanas y, por ende, falibles, sin perjuicio de la posibilidad de que algunos aspectos jurídicos admitan diversas interpretaciones plausibles.

En el caso concreto, se tiene que uno de los argumentos que invocó la Fiscalía [...] Delegada ante el Tribunal [...] para revocar la decisión que aquí se estudia fue que sobrevinieron pruebas nuevas, consistentes y confiables que desvirtúan los motivos que conllevaron a adoptar la decisión por parte de PCGL.

Entonces lo que se observa es que la determinación acogida por el superior del aquí indiciado estuvo precedida de otros elementos materiales probatorios obtenidos con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento, los que le permitieron realizar un análisis probatorio diferente y así concluir que no resultaba procedente imponerle a SLT medida de aseguramiento de detención preventiva.

Además, se advierte que entre PCGL y su superior existió una diferencia de criterio respecto de la apreciación de los medios de convicción que fueron tenidos en cuenta al momento de imponerle a SLT medida de aseguramiento, **sin que pueda considerarse que la valoración realizada por GL desconociera de manera grave y manifiesta la sana crítica.**

Finalmente, se advierte que si bien la bancada de la víctima refirió que el aquí indiciado no había realizado las actividades investigativas necesarias para corroborar las inculpaciones que se le hacían a SLT, lo cierto es que **sí contaba con prueba suficiente para proferir las decisiones que hoy se cuestionan».**

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL - Concepto (Ley 600) || PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL - Funcionario de la Fiscalía || SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Preclusión de la investigación: atipicidad de la conducta

«Del principio de autonomía e independencia

Como se indicó en los antecedentes, uno de los argumentos propuestos por los apelantes consistió en señalar que en el caso concreto se conculcó el **principio de autonomía e independencia judicial.**

Al respecto, debe resaltar esta corporación que el referido principio se encuentra estatuido en el artículo 12 de la Ley 600 de 2000, el cual indica:

Autonomía e independencia judicial: Las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso penal serán la expresión del ejercicio de la función constitucional de administrar justicia. Los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos.

La Corte Constitucional, en sentencia C-558 de 1994, precisó que la Fiscalía es una entidad que administra justicia, interpreta la ley y la aplica a casos particulares y concretos dirime conflictos, y en general aplica el derecho a casos específicos. Por lo tanto, cuando los funcionarios de la Fiscalía ejercen estas actividades, se convierten en jueces y por ello deben ser independientes y autónomos en las decisiones que adopten en el desarrollo de la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal.

[...] Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que PCG debía adoptar las decisiones a las que legalmente hubiese lugar sin que ningún otro funcionario se entrometiera en ello.

Sin embargo, la presunta intromisión por parte de MLZ, Fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia, y MB, Jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, en nada afecta la valoración que se hace en esta providencia respecto del delito de prevaricato por acción, pues lo cierto es que las decisiones adoptadas por GL no son manifiestamente contrarias a la ley, sin que la posible intromisión pueda cambiar tal situación.

No puede olvidarse que el **principio de autonomía e independencia**, dado el caso que se hubiese vulnerado dentro del proceso adelantado en contra de SLT, habría conculcado sus garantías procesales, situación que debió ser ventilada en ese proceso y no en el presente que se sigue en contra de PCGL por el delito de prevaricato por acción.

Además, en el evento que se confirmara que existió intromisión de parte de algún funcionario de la Fiscalía en las actividades desarrolladas por el aquí indiciado, lo cierto es que ello no permitiría afirmar que se configuró el delito de prevaricato por acción, pues como se estudió

anteriormente, las decisiones adoptadas no son manifiestamente contrarias a la ley.

De manera que hay lugar a **declarar la preclusión de la investigación penal por atipicidad**, lo que conllevaba a **confirmar** el auto apelado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

30. PREVARICATO POR OMISIÓN

Para su configuración debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado

Por advertir la incursión en *falso juicio de identidad* derivado de *distorsión* de la prueba, la

Sala decidió *casar* el fallo del Tribunal y restablecer la vigencia de la absolución emitida por el Juzgado de primer grado, considerando que la servidora pública acusada no adecuó su comportamiento al tipo penal de *prevaricato por omisión*, en tanto que no omitió, retardó, rehusó ni denegó algún acto propio de sus funciones.

En este sentido, la Corporación ponderó la necesidad de que en estos eventos se establezca con absoluta precisión el deber inherente a la función pretermitido, el cual no puede deducirse haciendo decir a la evidencia lo que no se extrae de ésta.

SP580-2019 (49875) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR OMISIÓN - Bien jurídico tutelado || PREVARICATO POR OMISIÓN - Verbos rectores || PREVARICATO POR

OMISIÓN - Configuración: debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado || **PREVARICATO POR OMISIÓN - No se configura || AMPARO A LA POSESIÓN - Finalidad || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por distorsión:** se configura

«Para determinar si se materializa el **falso juicio de identidad** denunciado por el casacionista, la Sala examinará el tipo penal atribuido y las pruebas recaudadas en el juicio.

El artículo 414 del Código Penal describe la conducta de **Prevaricato por omisión**, de la siguiente manera:

El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Desde el punto de vista objetivo, es un tipo penal que protege el **bien jurídico de la administración pública**, con sujeto activo calificado, de omisión propia, de conducta alternativa y en blanco o de reenvío, pues para su íntegra comprensión se requiere acudir a las disposiciones que consagran el deber o acto soslayado. Desde el aspecto subjetivo, es esencialmente doloso porque su configuración depende de que el agente obre con el propósito de no cumplir con su deber.

El delito se concreta cuando el servidor público **omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones**. Omitir es abstenerse de hacer, retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo, rehusar es excusar, no querer o no aceptar y denegar es no conceder lo que se pide o solicita. (CSJ AP, 27/10/08, rad. 26243)

En todo caso, **para afirmar la materialización del delito debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado**.

En tal sentido, **el Tribunal considera que el acto rehusado fue la entrega del inmueble al querellado** dispuesta implícitamente en la Resolución 326 de 2006.

Lo anterior porque, a su criterio, *“le resultaba entonces entendible y comprensible a la procesada, dada su calidad de inspectora y profesional del Derecho, que al no resultar amparado en su posesión el querellante JARV con la Resolución 326 de 2006 de la Alcaldía de Melgar, éste no tenía derecho a continuar ejerciéndola, siendo indiscutible que la ejecución material de tal determinación implicaba el retiro del querellante del bien y por consiguiente dejar que quien sí tenía legitimidad entrara a ejercer su ya indiscutida posesión”*.

Pues bien, luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, las razones de las decisiones de primera y segunda instancia, así como los argumentos del casacionista y de los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que **no se demostró que la doctora SMGP hubiese cometido el delito atribuido por la Fiscalía**, en la medida que **la Resolución 326 de 2006 no ordenó, directa o implícitamente, la entrega del inmueble materia de litigio al querellado** [...], como equivocadamente coligió el Tribunal.

En primer lugar, la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Penal Municipal [...] el 18 de diciembre de 2006, no aclaró el contenido de la resolución **ni ordenó la entrega del inmueble** al querellado, como adujo la sentencia de segundo grado, pues el juez constitucional se limitó a mostrar su extrañeza con la decisión de la funcionaria de dejar sin validez el auto del 10 de noviembre de 2006 y a ordenar que diera cumplimiento a la decisión del alcalde municipal.

Por su parte, la Resolución 326 de 2006 resolvió *“no amparar la posesión al querellante sin que haya lugar a continuar manteniendo el statu quo”*, pero **no ordenó la entrega del bien litigioso al querellado o a cualquier otra persona**. Ni siquiera mencionó esa posibilidad en las consideraciones de la decisión por cuanto el análisis se circunscribió a examinar las pruebas acopiadas y a colegir que no se configuraba la suma de posesiones aducidas por el querellante.

El artículo 125 del Código de Policía del Tolima establece que *“la sentencia deberá contener la indicación de las partes, un resumen de los planteamientos de la querella y excepciones propuestas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales en que se basa y la decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones y excepciones”*.

Si lo pretendido en la Resolución 326 de 2006 hubiese sido entregar el inmueble litigioso al querellado, así lo tendría que haber dispuesto, como establece la norma trascrita, porque todas y cada una las decisiones vertidas en el proceso policivo deben estar clara y expresamente señaladas, sin que exista la posibilidad de órdenes tácitas, menos aún, en temas tan trascendentes como la entrega de un bien.

Indica el Tribunal que la negativa de amparar la posesión al querellante llevaba implícita la entrega del inmueble al querellado y que la condición de abogada e inspectora de policía de la procesada le permitía saber que al no resultar amparado el derecho invocado, el accionante no tenía derecho a continuar ejerciéndolo y debía ser retirado del inmueble para entregárselo al querellado. Con todo, no menciona el fundamento legal de su conclusión.

Pues bien, según los artículos 511 y 512 del Código de Policía del Tolima, el amparo policivo para la protección de la posesión tiene como finalidad impedir *“todo acto o molestia que obstaculice el libre ejercicio de la propiedad, demás derechos reales de la posesión, la mera tenencia o el abuso de una servidumbre”*. En consecuencia, en ese trámite policivo usualmente se ordena cesar los actos de perturbación, si se logró probar la legitimidad del derecho y la existencia de las alteraciones en su ejercicio.

De esta manera, la entrega del inmueble a alguna de las partes en litigio no es consecuencia directa de la decisión de amparar o denegar la protección solicitada, pues los actos de alteración de la

tranquilidad pueden originarse en disímiles motivos, entre ellos, pleitos en los que no se disputa el derecho de posesión sino su ejercicio pacífico.

Aún más, el artículo 114 del citado estatuto señala que *“en los procesos administrativos de policía, el statu quo actual podrá ser solicitado: 1. Por el querellante en la querella. 2. Por el querellado en la querella de reconvencción”*, de lo cual se sigue que la entrega del bien litigioso al querellado resultaría posible en los eventos en que éste ha presentado querella de reconvencción y ha demostrado que tiene mejor derecho que el querellante, caso en el cual el fallo policivo deberá indicar expresamente a cuál de las partes asigna la posesión del bien.

La anterior hipótesis, con todo, no se configura en el caso examinado porque de acuerdo a lo demostrado en el proceso, el querellado no presentó querella de reconvencción, situación que explica por qué la Resolución 326 de 2006 **no ordenó la entrega del inmueble** en su favor.

El anterior panorama fáctico y jurídico evidencia que, tal como adujo la doctora GP en su declaración en el juicio, la determinación proferida por el alcalde municipal **no contenía la orden de entrega del inmueble** objeto de la querella policiva y, por ello, a pesar de la solicitud de la parte querellada, no la materializó.

Ni considerando el artículo 132 del Código de Policía del Tolima invocado por el Tribunal, la servidora pública podía realizar la entrega del terreno al querellado BG, porque esa norma también exige que la sentencia contenga orden expresa en tal sentido, al señalar que *“si en la sentencia o resolución se ordena la entrega de alguna cosa mueble o inmueble o la destrucción de*

obras o la ejecución de cualquier otro acto para devolver las cosas al estado anterior y la parte obligada no cumpliera dentro de los cinco días siguientes a la ejecución de la providencia, o a la fecha en que haya sido recibida del superior, lo hará el funcionario de primera instancia, por sí o por medio de comisionado, empelando la fuerza si fuere necesario”.

En otras palabras, acorde con la citada regla, sólo en el evento de que la sentencia policiva ordene la entrega, el inspector de policía puede acudir a la fuerza para ejecutar ese mandato. Hipótesis desestimada en este caso porque la Resolución 326 de 2006 no incluyó esa orden.

En ese contexto, **el falso juicio de identidad aducido en la demanda se configura en la medida que el Tribunal distorsionó el contenido objetivo de la prueba** -Resolución 326 de 2006- **para hacerla decir que contenía la orden de entrega del bien inmueble litigioso al querellado, cuando ello no es cierto**.

De esta manera, aunque la procesada era servidora pública y tenía dentro de sus funciones como inspectora de policía cumplir lo resuelto en el acto administrativo, no podía hacer entrega del inmueble al querellado, como este lo solicitó, porque esa orden no estaba incluida, ni expresa ni tácitamente, en el citado acto administrativo.

En suma, la conclusión fijada por el Tribunal ha de **revocarse** por cuanto el comportamiento desplegado por la doctora SMGP **no tipifica el delito de prevaricato por omisión** que le fuera atribuido por la Fiscalía. Consecuentemente, se **restaurará el fallo absolutorio** proferido [...] por el Juzgado Penal del Circuito [...].

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

31. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA
Puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso

Al casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada, la Sala advirtió la necesidad de recabar la importancia de la *formulación de imputación* y, particularmente, de la identificación de los *hechos jurídicamente relevantes*, para lo cual formuló reglas fundamentales. Se refirió además al *juicio de*

imputación constitucionalmente asignado a la Fiscalía para determinar la procedencia de efectuarla, y explicó los eventos en que es posible modificar la *premisa fáctica* que fue objeto de aquella en la *acusación*, y aquéllos en los cuales tal cuestión resulta atentatoria del *debido proceso*, por lo que sólo es dable mediante una *adición* al referido acto inicial. De allí que, en el caso concreto, concluyó que se vulneraron las garantías del procesado, porque a pesar de que fue imputado por hechos referidos al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, en la acusación se incluyeron por primera vez hipótesis factuales alusivas al tipo penal de *acceso carnal violento agravado*, dando lugar al llamamiento a juicio y a la condena por un delito más grave. Consecuentemente y de cara al *principio de congruencia*, la Corte declaró que resultaba dable emitir el fallo por el comportamiento de inferior entidad en *concurso homogéneo*, lo que implicó el ajuste de la dosimetría punitiva.

SP2042-2019 (51007) del 5/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: titular de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Facultades de la Fiscalía:** en cuanto a disposición de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, le fue constitucionalmente asignado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, para realizarlo actúa con autonomía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** no está sometida a control material del juez, sin perjuicio de que pueda velar por el cumplimiento de los requisitos formales de ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, no está sometido a control material del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** tiene como único límite la prescripción del delito || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** el investigado no está facultado para solicitarla

«El artículo 250 de la Constitución Política dispone que “la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

[...] A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, **la Fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación**, esto es, realizar el “**juicio de imputación**”, en los términos que se analizarán a continuación.

[...] Está suficientemente decantado que el **análisis sobre la procedencia de la imputación -“juicio de imputación”- le fue asignado al fiscal**, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que **esa actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces**, sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).

En la sentencia C-425 de 2008 la Corte Constitucional dejó sentado que la formulación de imputación tiene características propias, así, en ocasiones, se realice a la par de la legalización de captura y la solicitud de medida de aseguramiento, entre otras cosas porque no está sometida a los estrictos términos de la primera, ni corresponde a una solicitud que deban resolver los jueces, como la segunda.

En armonía con lo anterior, en la sentencia C-127 de 2011 se reiteró la **autonomía con la que actúan los fiscales al realizar el juicio de imputación**, en esencia en dos aspectos: (i) por la importancia y complejidad de dicha decisión, **tienen como único límite temporal la prescripción del respectivo delito**; y (ii) **el investigado no está facultado para solicitar la formulación de imputación**. En ese mismo

sentido, en la sentencia C-303 de 2013 se aclaró que el **“juicio de imputación” no puede ser rebatido por la defensa, como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces, como lo ha reiterado esta Sala**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: correlación entre el hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** para realizar el juicio de imputación y el juicio de acusación, le resulta obligatorio diferenciar la premisa fáctica y jurídica

«Existe una obvia **correlación entre el concepto de hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica** que debe realizar la Fiscalía, precisamente porque lo primero (la relevancia jurídica), depende de que la hipótesis factual encaje o pueda ser subsumida en una o varias normas penales.

No obstante, es importante evitar confusiones sobre el particular, pues ello puede afectar la diligencia de formulación de cargos.

Recientemente esta Corporación conoció un caso donde se formuló imputación por un delito culposo. Al estructurar el cargo, el fiscal hizo alusión a la *“infracción del deber objetivo de cuidado”* (categoría jurídica), pero no mencionó la conducta realizada por el sujeto activo, que pudiera ajustarse a dicho concepto, lo que dio lugar a la anulación del trámite, porque el procesado no pudo ejercer adecuada y oportunamente su defensa, por la vaguedad de la imputación (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507).

En otra oportunidad, la Sala concluyó que era violatorio del debido proceso incluir en la condena circunstancias de mayor o menor punibilidad que fueron jurídicamente imputadas e incluidas en la acusación, pero bajo un sustrato fáctico diferente al tenido en cuenta por el juzgador. En efecto, la Fiscalía incluyó la indefensión como agravante del homicidio, porque la víctima fue amarrada, y el Tribunal concluyó que la misma era procedente porque en el juicio oral se demostró que la víctima estaba ebria para cuando ocurrieron los hechos. La Sala resaltó que la categoría jurídica (indefensión) tenía que tener su correlato fáctico, el cual no podía ser cambiado en la sentencia (CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309).

Así, **para realizar el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación” resulta obligatorio**

diferenciar la premisa fáctica y la premisa jurídica, a pesar de la natural relación que debe existir entre ellas».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos: concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos:** la fiscalía no puede imputarlos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos:** resultan contrarios a los fines de la imputación

«La Fiscalía no puede imputar cargos alternativos

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

Presentar hipótesis factuales alternativas **resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación**, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

No es del caso analizar si esta postura se aviene a lo resuelto en la decisión CSJSP, 27 feb. 2013, Rad. 40022, porque en esa oportunidad la Sala analizó un tema sustancialmente diferente, como lo es la posibilidad de que el fiscal, en la clausura o alegatos de conclusión, presente solicitudes subsidiarias frente a la procedencia de la condena».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la

imputación, cambios desfavorables al procesado, por inclusión de presupuestos fácticos de nuevos delitos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo para modificar la premisa fáctica derivada de los actos de investigación

«Cambios desfavorables al procesado

La inclusión de los presupuestos fácticos de nuevos delitos

No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los hechos incluidos en la imputación. **Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere por primera vez a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.**

En la decisión CSJSP, 10 dic. 2015, Rad. 45888, la Sala fijó su postura frente a este evento. En esa oportunidad, se formuló imputación, entre otros, por el delito de prevaricato, sobre la base de que el procesado tomó diversas decisiones, que la Fiscalía consideró manifiestamente contrarias a la ley porque tuvieron como fundamento un decreto que había sido anulado por la autoridad judicial competente. En la acusación, la Fiscalía no se refirió únicamente a los actos administrativos proferidos a la luz de dicho decreto, si no, además, a que el mismo (el anulado judicialmente) también era manifiestamente contrario a la ley y, por tanto, con su emisión se incurrió en el delito previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos -lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia-; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, **la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación.** Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos fácticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “detalles”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el

ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves -Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que **ello debe hacerse a través de la adición a la imputación**; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, cambios desfavorables al procesado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, son viables frente al paso de la tentativa a delito consumado

«[...] mutar a otro delito más grave, que comparta algunos presupuestos fácticos con el incluido en la imputación

Cuando se trata de la **incorporación de aspectos factuales que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente**, difícilmente puede hablarse de que se trata de simples detalles, máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si en la imputación se plantea que el investigado mató a su madre u otro pariente cercano *“por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave”* -homicidio por piedad, Art. 106-, y, luego, la Fiscalía establece que ese elemento intencional no estuvo presente y que la muerte se produjo para acceder tempranamente a una herencia -homicidio agravado, artículos 103 y 104-.

En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas

modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los “*detalles*” factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que **los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo fáctico de la imputación**, no encaja en la categoría de “*detalles*” o complementos -C-025 de 2010-, por lo que **deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional**.

Bajo el anterior supuesto **no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado**, pues es sabido que dicha figura -la tentativa- es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones **pueden realizarse en la audiencia de acusación**, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: reglas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** reglas frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación

«[...] **reglas sobre la formulación de imputación:** (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación -juicio de imputación- está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias

genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma

Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de añadirla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del

procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, su estudio debe realizarse por fuera de la audiencia del artículo 286 de la ley 906 de 2004 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación:** modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación, cambios desfavorables al procesado, por inclusión de presupuestos fácticos de nuevos delitos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación:** mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor

«La Sala advierte que **el fiscal se apartó de la mayoría de reglas analizadas** en el apartado 6.2, toda vez que: (i) **entremezcló los cargos con el contenido de la denuncia, la versión de la víctima y el dictamen emitido por el médico legista;** (ii) en lugar de limitarse a exponer de manera sucinta y clara la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debió delimitar previamente a partir del estudio de la información recopilada hasta ese momento, **realizó ese análisis durante la audiencia;** (iii)

según ese particular estudio, **concluyó que no existía mérito para formular imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años**, porque al parecer entendió que, para ello, era imperioso que el médico legista confirmara o descartara que los hallazgos hechos en el cuerpo del niño eran producto de la introducción del pene en el ano; (iv) finalmente, **concluyó que solo existía mérito suficiente para imputarle a VM los tocamientos y demás actos sexuales relacionados por la víctima**, con la aclaración de que no existía base suficiente para concluir que se materializó la referida penetración, y, así, **optó por “restringir” la imputación al delito de actos sexuales con menor de 14 años**, consagrado en el artículo 209 del Código Penal; (v) **no relacionó**, ni directa ni tácitamente, **algún referente fáctico de la violencia** que haya podido ejercer el procesado para consumir las conductas narradas en precedencia; (vi) hizo alusión a circunstancias de mayor punibilidad, en las que no se recabará habida cuenta de que no fueron incluidas en la acusación, sin que pase inadvertida la ligereza con la que actuó este funcionario, pues, a manera de ejemplo, retomó los elementos estructurales del tipo penal para concluir que, por esas mismas circunstancias, hay lugar a una mayor punibilidad, a la luz del numeral 2º del artículo 58 del Código Penal, ya que realizar actos sexuales con un niño es “algo vil, algo despreciable”; y (vii) a pesar de estas deficiencias, **finalmente a VR se le informó con aceptable claridad que sería investigado por los actos sexuales referidos** por el acusador -bajo el entendido de que, para ese momento, se desestimó la penetración-, cometidos bajo unas puntuales circunstancias de tiempo y lugar, en detrimento de una persona plenamente identificada.

[...] La acusación

En el escrito de acusación la Fiscalía, de nuevo, incurrió en el error de referirse al contenido de la denuncia y de las versiones de otros testigos, para reiterar que las conductas endilgadas a JGVM encajan en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal. Sin embargo, **en la audiencia de acusación la funcionaria asignada para la fase de juzgamiento anunció que cambiaría lo expuesto en el escrito**, toda vez que

[e]stá claro, conforme a los elementos materiales probatorios, a lo manifestado por el menor y

demás elementos que reposan en la carpeta de la Fiscalía, que existió una penetración anal repetitiva en un niño menor de 8 años.

Plantea que esas conductas se realizaron aproximadamente 10 veces. Luego, hizo alusión a los presupuestos fácticos de la violencia que el procesado ejerció sobre la víctima

[...] Finalmente, **sobre la calificación jurídica dejó sentado que: (i) se trata de un delito de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 del Código Penal, y no de actos sexuales con menor de 14 años**, como lo entendió su predecesor luego de descartar la existencia de la penetración; (ii) concurre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 211, numeral 4°, de la misma codificación, porque el niño tenía ocho años cuando fue víctima del abuso sexual; (iii) la conducta se realizó aproximadamente 10 veces, por lo que se configura un concurso homogéneo; y (iv) no existe mérito para incluir las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 2° y 5° del artículo 58 ídem, referidas en la imputación.

Así, **es claro que en la acusación la Fiscalía modificó la base fáctica de la imputación, lo que dio lugar a la formulación de cargos por un delito más grave** (acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima), pues, valga la repetición, la imputación se hizo por actos sexuales diversos del acceso carnal.

Debe resaltarse, además, que ese cambio no ocurrió porque en la fase de investigación se hubieran obtenido nuevas evidencias, sino por el error manifiesto en que incurrió el fiscal que tuvo a cargo la imputación, quien consideró necesario que un perito le dijera expresamente que las huellas halladas en el cuerpo de la víctima inexorablemente corresponden a un abuso sexual.

Bajo estas condiciones, **si en su momento la Fiscalía consideró que debía modificar la base fáctica de la imputación, para llamar a juicio al procesado por un delito más grave, debió adicionar la imputación [...]**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Adición a la imputación: mecanismo idóneo cuando los cambios a los hechos jurídicamente relevantes implican la atribución de un delito más grave o la modificación del núcleo fáctico de uno menor || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Debido**

proceso: se vulnera cuando los hechos incluidos por primera vez en la acusación dan lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave del que fue imputado || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no se demostraron más allá de duda razonable || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** puede emitirse condena por un delito de menor entidad, cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso || **PRINCIPIO PRO INFANS - La prevalencia de los derechos de los menores no significa que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado || VÍCTIMAS - Derechos:** caso en que se consideró que la eventual anulación del trámite podría victimizar nuevamente al afectado, en el ámbito judicial

«[...] es claro que: (i) a JGVM le fue imputado el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles; (ii) ello obedeció a un error del fiscal que tuvo a cargo el “juicio de imputación”; (iii) en la imputación no se hizo alusión expresa o tácita a los hechos constitutivos de la violencia ejercida por el procesado sobre la víctima; (iv) aunque la fiscal a la que posteriormente le fue asignado el caso consideró que debía ser llamado a juicio por el delito de acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima, **no adicionó la imputación**, e introdujo dicho cambio en la acusación; (v) el Tribunal emitió la condena por los cargos incluidos en la acusación; y (vi) de esta manera, **se violó el debido proceso**, en los términos analizados en el numeral 6.2.2.1, **toda vez que los hechos incluidos por primera vez en la acusación** (la penetración y la violencia ejercida sobre la víctima), **dieron lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave.**

De tiempo atrás la Sala ha precisado que **es posible emitir la condena por un delito menos grave que el incluido en la acusación**, o suprimir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad cuando las mismas no han

sido demostradas, siempre y cuando: (i) **no se modifique el núcleo de la acusación**; (ii) **se trate de un delito de menor entidad**; (iii) **no se genere indefensión para el procesado**; y (iv) **no se avizore la trasgresión de los derechos de otros intervinientes** (CSJSP, 25 mayo. 2015, Rad. 44287, entre muchas otras).

Por las mismas razones, **el juez puede emitir la condena por un delito menor, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación, no solo cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales no se demostraron más allá de duda razonable, sino, además, cuando los mismos no puedan ser considerados porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso, siempre y cuando la condena por el delito “menor incluido” no ponga al procesado en indefensión ni afecte de alguna otra manera sus derechos fundamentales.** No existe ninguna discusión cuando se trata de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, pues las mismas pueden ser suprimidas por alguna de estas dos razones, sin que con ello se viole el debido proceso, como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (6.2.4.4.3.3).

En el caso objeto de análisis **no es posible emitir la condena por el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal (acceso carnal violento), porque la imputación -fáctica y jurídicamente- se redujo al delito de actos sexuales diversos del acceso carnal, sin que se haya incluido o insinuado algún referente fáctico de la violencia ejercida sobre la víctima. Como la imputación no se adicionó, no era posible incluir estos referentes fácticos en la acusación, pues era evidente que ello conducía a subsumir los hechos en un tipo penal mucho más grave, como en efecto ocurrió, en contravía de lo analizado en el numeral 6.2.4.4.3.2.**

Bajo estas condiciones, **deben aplicarse las mismas reglas sobre congruencia, con la diferencia de que deben suprimirse algunos aspectos factuales, no por falta de prueba, sino por razones jurídicas, concretamente porque fueron incluidos irregularmente en la acusación.** [...]

[...] En principio **podría afirmarse que con esta solución se afectan los derechos de la víctima, pues, finalmente, en la condena se dejan de considerar algunos hechos que fueron demostrados en el juicio oral, concretamente, que**

el procesado logró la ya referida penetración y ejerció violencia sobre la víctima. Sin embargo, debe considerarse que: (i) **la protección de los derechos de los menores no implica que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado** (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre otras); y (ii) **la eventual anulación del trámite podría someter al afectado a un nuevo proceso, más de 10 años después de ocurridos los hechos, lo que, sin duda, podría victimizarlo nuevamente, en el ámbito judicial.**

CASACIÓN OFICIOSA - Debido proceso || CASACIÓN OFICIOSA - Variación de la calificación jurídica: de acceso carnal violento agravado a actos sexuales con menor de catorce años || **CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación punitiva || SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Aplica la prohibición del art. 199 de la Ley 1098, cuando la víctima es un menor**

«[...] la Sala tomará las siguientes decisiones:

No casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el impugnante.

Casará parcialmente y de oficio la decisión emitida por el Tribunal, en el sentido de declarar que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.

En consecuencia, **se ajustarán las penas de la siguiente manera:**

Este delito tiene asignada la pena de prisión de 9 a 13 años. Como no concurren circunstancias de menor punibilidad y a favor del procesado se predica la ausencia de antecedentes penales, la pena debe establecerse dentro del primer cuarto de movilidad, tal y como lo concluyó el Tribunal. El mismo oscila entre 108 y 120 meses de prisión.

En atención a los parámetros utilizados por el juzgador de segundo grado para tasar la pena (incrementó el mínimo en el 57% del rango de movilidad), la pena por el delito base se estima en 114 meses, habida cuenta de que el procesado no solo aprovechó la confianza que en él había depositado la familia [...], sino que, además, para consumir los abusos sexuales eligió un lugar “donde al menor se le dificultaba pedir auxilio”, esto es, un despoblado de la finca donde este vivía con sus padres y donde el procesado

laboraba asiduamente. Ello, sin que pueda pasar desapercibido que ejerció presiones psicológicas sobre el niño para evitar que este le contara a sus padres lo que venía sucediendo.

A la luz de esos mismos parámetros, por los otros abusos sexuales -aproximadamente 9-, cometidos bajo las mismas circunstancias, la pena se incrementará en 62 meses, lo que, en esencia, recoge el sentir del juzgador de segunda instancia frente a la tasación de la pena por el concurso de conductas punibles.

Por tanto, al procesado se le impondrá la pena de prisión de 176 meses, así como la de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Las decisiones del Tribunal acerca de la **improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria se mantienen incólumes**, porque las razones que las sustentan se mantienen vigentes a pesar del cambio atrás indicado, bien por el monto de la pena que finalmente se impone, ora porque **subsiste la prohibición prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

32. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DEL IMPEDIMENTO

Evento en que se flexibiliza para garantizar la imparcialidad judicial

Al pronunciarse sobre la manifestación de impedimento planteada por un Magistrado del Tribunal, la Sala determinó que, aunque la *amistad íntima* con un *testigo de cargo* no constituye una hipótesis prevista en la norma, si resulta viable en esta ocasión flexibilizar la aplicación de la circunstancia taxativa, para efectos de garantizar el principio de *imparcialidad judicial*, que podría verse afectada al momento de evaluar el testimonio y decidir el asunto, de modo que, en definitiva, declaró fundada la solicitud para apartarlo de su conocimiento.

AP1280-2019 (55018) del 3/04/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Funcionario judicial:
Magistrado de Tribunal Superior de Distrito ||

IMPEDIMENTO - Amistad íntima: alude a una relación intersubjetiva de personas ||
IMPEDIMENTO- Amistad íntima: del funcionario judicial con un testigo de cargo ||
IMPEDIMENTO - Principio de taxatividad: evento en que se flexibiliza para garantizar la imparcialidad judicial

«El magistrado [...] manifestó su impedimento para conocer del proceso penal que se adelanta contra DDLCDA, porque, afirma, se encuentra incurso en la **causal de impedimento prevista en el numeral 5 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004**, por cuenta de la **amistad que desde hace varios años sostiene con el testigo de cargo ASP**, y que, en su criterio, podría afectar la **imparcialidad que exige la administración de justicia**.

En materia de impedimentos y recusaciones rige el principio de taxatividad, esto quiere decir, que

“... sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley; por tanto, a los jueces les está vedado apartarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger el juzgador a su arbitrio, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario, no pueden deducirse por similitud, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia

judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez (CSJ AP7325 - 2017)."

Ahora bien, en punto de la circunstancia impeditiva que concita la atención de la Corte, pacíficamente se ha dicho que la **amistad íntima** alude a una **relación entre personas** que, además de dispensarse trato y confianza recíprocos, comparten sentimientos y pensamientos que hacen parte del fuero interno de los relacionados.

Para su configuración se ha admitido, con cierta flexibilidad, esta clase de expresiones impeditivas, merced a su marcado raigambre subjetivo, sólo a cambio de que el funcionario exponga con claridad los fundamentos del sentimiento de transparencia y seguridad que quiere transmitir a las partes y a la comunidad, a fin de que el examen de quien deba resolver no sea un mero acto de cortesía, sino la aceptación o negación de circunstancias que supuestamente ponen en vilo la imparcialidad del juicio (CSJ AP, 21 de agosto de 2013, Rad. 41.972, reiterada en CSJ AP2048 - 2018 y CSJ AP4097 - 2017).

Así pues, cuando se invoca la **amistad íntima como circunstancia impeditiva**, se apela a **aspectos subjetivos** que corresponde al propio funcionario apreciar y cuantificar. Se exige además la exposición de un fundamento explícito y convincente donde se ponga de manifiesto de qué manera puede afectarse la imparcialidad del juicio, porque de lo contrario, la pretensión en ese sentido resultaría nugatoria.

Entonces, es preciso que el manifestante pruebe la existencia del vínculo afectivo y, además, la presencia de una razón por la cual su criterio podría resultar comprometido con los intereses de alguno de los sujetos procesales.

Pues bien, para el caso, la **amistad íntima a la que se refiere el Magistrado [...] no se presenta entre él y «alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado», sino con uno de los testigos de cargo.**

Refiere que con el declarante existen «*entrañables lazos de amistad*» desde hace muchos años, que ya han sido objeto de análisis por parte del Tribunal en otras actuaciones en las que, cuando su «*amigo*» intervino como parte, sí prosperó la misma circunstancia impeditiva.

En su criterio, aun cuando no se satisfacen las calidades previstas en la causal invocada, porque el deponente no es parte en el proceso, debe ser

separado del asunto porque tales lazos de amistad pueden nublar la imparcialidad que como juez le asiste, más aún cuando el testigo declaró, «*si se quiere en contra o censurando el proceder de la acusada y esa es una prueba que habrá que valorar*», lo que, necesariamente, compromete su ecuanimidad para decidir.

Es cierto que el testigo no es parte dentro del proceso y como tal, su participación en el juicio que se adelanta contra DLCDA se centra en rendir testimonio conforme al artículo 383 de la Ley 906 de 2004 bajo el cual adquiere un compromiso moral y legal ante la administración de justicia de comprometerse a decir la verdad de lo que conoce (artículo 389 *ibídem*).

Pero en esta oportunidad no es posible analizar el impedimento formulado, exclusivamente, bajo el tamiz del carácter taxativo de la causal invocada, porque el Magistrado hizo alusión a argumentos de carácter subjetivo explícitos y convincentes que permiten advertir que **su imparcialidad podría verse comprometida.**

En efecto, además de que el testigo de cargo relató lo que le constaba sobre los hechos objeto de juzgamiento, hizo afirmaciones sobre la responsabilidad penal en cabeza de la fiscal procesada que, eventualmente, pueden afectar el criterio del Magistrado a cargo de decidir el asunto.

El anterior supuesto, aunado a **la amistad que existe entre el funcionario judicial y el declarante, sí tiene la potencialidad de afectar su objetividad e imparcialidad e, inclusive, incidir en el juicio final del proceso**, máxime que, como bien lo pregonó el Magistrado, esa atestación puede alterar su templanza a la hora de decidir el asunto.

Además, la afirmación del funcionario posee un nivel de credibilidad fundada en lo que expresó al manifestar la circunstancia impeditiva, habida consideración que no es posible, al menos jurídicamente, comprobar el nivel de amistad íntima que un servidor judicial pueda llegar a sentir por otra persona, en tanto esas situaciones se conocen y trascienden el ámbito subjetivo, solo cuando el juzgador mediante su afirmación, las pone de presente.

Por ende, para la Sala, la manifestación de impedimento invocada no obedece a un simple acto de cortesía profesional, personal o social, sino a la exteriorización de un contexto en el cual **la transparencia inherente al ejercicio de la**

misión pública podría verse comprometida por los lazos de amistad que han edificado el funcionario judicial y el testigo de cargo, por lo cual podría verse con recelo por los demás intervinientes, la cercanía a la que se refirió el Magistrado.

Así las cosas, en aras de evitar cualquier tergiversación que ponga en tela de juicio la

transparencia de la justicia o la honorabilidad del funcionario, lo más sensato es, **en esta oportunidad, flexibilizar la aplicación de la circunstancia impositiva que invocó y separarlo del conocimiento de este asunto para que las partes y la comunidad tengan plena seguridad de la imparcialidad que debe gobernar el caso».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

33. PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD

Para su configuración es necesario establecer el rol de proxeneta del sujeto activo

Al casar la sentencia del Tribunal para, en su lugar, *confirmar* la *absolutoria* emitida por el Juzgado de primer grado, la Sala se refirió al delito de *proxenetismo con menor de edad*, explicando su concepto, antecedentes normativos y finalidad, así como la diferencia con el *constreñimiento a la prostitución*. Con ese prelude, estudió el *falso raciocinio* propuesto por el recurrente, así como la incidencia de las *reglas de la experiencia* utilizadas para definir el asunto, e ilustró cómo el *dictamen de psicología forense* no sirvió de soporte al *síndrome de alienación parental* sugerido por el perito, dada la falta de sustentación del enunciado probabilístico que planteó. Analizó el carácter de *tipo penal de mera conducta y ejecución instantánea* del comportamiento, bajo cuyos parámetros, no es preciso acreditar la efectiva realización de las relaciones sexuales por el sujeto pasivo ni la ubicación de los clientes de esta modalidad delictual, pero sí se ofrece fundamental, en cambio, establecer el rol como *proxeneta* del sujeto activo, a efecto de predicar su configuración, cuestión que precisamente no logró demostrarse en la actuación. En este sentido, aludió al principio de presunción de inocencia y su correlación con el de *in dubio pro reo*, en virtud del cual las dudas razonables que confluyeron en el caso, implicaron su resolución a favor de la acusada.

SP1653-2019 (47323) del 8/05/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Concepto || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Finalidad || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco Normativo || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Diferente al constreñimiento a la prostitución

«El **problema jurídico** que le corresponde abordar a la Corporación está relacionado con el eventual desafuero intelectual del Tribunal al valorar el caudal probatorio, porque en criterio del demandante pretermitió los criterios de la sana crítica al pasar por alto el estadio de incertidumbre que impedía declarar la responsabilidad penal de la procesada en el delito de **proxenetismo con menor de edad agravado**.

El aludido delito **fue creado a partir de la Ley 1329 de 2009, con la cual se adicionó el artículo 213 del Código Penal**, y está destinado a sancionar a quienes con el ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organizan, facilitan o de cualquier manera participan en el comercio carnal o la explotación sexual de personas menores de 18 años.

Se atendió así al Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, en claro desarrollo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño —

adoptada en 1989 y ratificada mediante la Ley 12 de 1991—, **para cumplir el compromiso estatal de proteger a los menores** contra todas las formas de aprovechamiento y abuso sexuales tendiente a impedir la incitación o coacción para cualquier actividad sexual ilegal o para ser explotados en la prostitución.

Ese tipo penal difiere del constreñimiento a la prostitución, contemplado en el artículo 214 del mismo ordenamiento punitivo, caracterizado por conminar, obligar o coaccionar a la víctima (sin importar la edad de ésta), para comerciar sexualmente con su cuerpo, conducta que lleva intrínseca la violencia física o moral tendiente a doblegar la voluntad de quien se prostituye».

FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar el desconocimiento de principios lógicos, criterios científicos o reglas de la experiencia || **TESTIMONIO DEL MENOR - Apreciación probatoria** || **TESTIMONIO - Del menor:** debe apreciarse en conjunto con los demás elementos de juicio || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Configuración** || **DERECHOS DE LOS NIÑOS - Obligación social, familiar y estatal de asistirlos y protegerlo** || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Proposición:** debe ser estructurada con generalidad y universalidad

«En cuanto al **falso raciocinio** planteado por el recurrente vale la pena resaltar que la Sala con anterioridad ha subrayado que para esa modalidad de yerro fáctico **se debe acreditar** el capricho o la arbitrariedad de las consideraciones judiciales ante **el desconocimiento de los principios lógicos, de criterios científicos o de reglas de la experiencia**.

Aquí el libelista demerita la valoración probatoria del Tribunal, porque en su parecer no merecían credibilidad las declaraciones anteriores al juicio de la menor al mediar variables que evidenciaban el interés de ella en perjudicar a su progenitora y por eso mintió al acusarla falsamente de comerciar con su cuerpo.

[...] En relación con la credibilidad de **las manifestaciones de los menores** la Corte ha insistido en que **se deben valorar bajo el tamiz de la sana crítica integrándolas con los demás elementos de convicción** a fin de no llegar a los extremos de afirmar que por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables y se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o al contrario, decir que nunca mienten y que por eso

se les debe creer, porque como a cualquier testigo sus dichos deben ser examinados de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

Aquí la fiabilidad de la menor tenía respaldo en los varios incidentes suscitados con su progenitora para los cuales ésta debió acudir a las autoridades para mantener el control de su hija, lo que daba firmeza a ubicar la denuncia formulada por D.A.S. en un ámbito de retaliación.

Ciertamente, el Subintendente de la Policía de Infancia y Adolescencia, YE, indicó que el 5 de diciembre de 2011 atendió el caso reportado por PA que necesitaba ayuda porque su hija se había ido del hogar, precisando el uniformado que antes por esa misma razón la teniente V ya le había colaborado a la progenitora, que incluso en una oportunidad le encontraron a la niña una bolsa con marihuana, razón por la cual fue dejada a disposición del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

[...] En cuanto a la drogadicción el censor muestra un enunciado que no puede ser catalogado como regla de la experiencia cuando aduce que casi siempre un adolescente rebelde y drogadicto al tener una confrontación con lo que representa autoridad, para busca la forma de conseguir lo que quiere puede incluso mentir, porque como lo anotó el Delegado de la Fiscalía en su intervención ante esta sede, no identificó los patrones de comportamiento de las niñas o adolescentes en circunstancias de drogadicción como para afirmar que el comportamiento de D.A.S. se acopló a esos parámetros generales en ese contexto.

Las reglas de la experiencia se estructuran mediante la observación de un proceder generalizado y repetitivo desarrollado en circunstancias y contextos similares, por eso **tienen como característica la universalidad** y sólo pueden ser exceptuadas en caso de mediar condiciones especiales que conlleven alteraciones de entidad para arribar a consecuencia inesperada, y precisamente aquí el juez de primer grado para restarle valor suasorio a las declaraciones previas de la niña, **partió no solo de la regla de la experiencia sino del deber legal de los padres que al buscar el bienestar de los hijos y velar por su cuidado y protección, generalmente no los incitan a cometer actos indebidos**.

Así, al analizar las pruebas demostrativas de las varias acciones que debió emprender PA para mantener bajo su tutela y cuidado a su hija y resaltar las manifestaciones que ésta hizo en juicio cuando renunció a su derecho a guardar silencio e indicó que los mayores problemas los tuvo con su hija ya adolescente cuando empezó a consumir drogas [...]

[...] **El artículo 44 del texto superior al consagrar los derechos fundamentales de los niños, establece como correlato la obligación familiar, social o estatal de asistirlos y protegerlos** para garantizarles el desarrollo armónico e integral. Con ese norte los artículos 14 de la Ley Infancia y Adolescencia erige la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad, con la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de menores durante su proceso de formación. Así mismo, el artículo 23 de ese estatuto asigna a los padres o representantes del menor la obligación de su cuidado, lo que se traduce en la facultad de educarlos, orientarlos y disciplinarlos.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada por la Ley 12 de 1991—, señala que, si bien los padres tienen la obligación sobre la crianza y cuidado del niño, el Estado les debe prestar a aquellos la asistencia apropiada para tal fin, y ese apoyo gubernamental fue el que buscó PA cuando no solo acudió al ICBF, a la Comisaria de Familia y a la Policía de Menores para poder mantener el control sobre la crianza de su hija, hecho del cual el juez singular **construyó la regla de la experiencia** ya que no es usual que una madre que directamente y acudiendo a instancias estatales ha buscado la forma de encauzar la conducta de su hija, coetáneamente la induzca a actividades ilícitas o delincuenciales».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: retractación || **DELITOS SEXUALES - Síndrome de Alienación Parental:** concepto, naturaleza y alcance || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Pueden sustentarse en una aserción probabilística** || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de psicología forense:** enunciado probabilístico planteado por el perito debe ofrecer un análisis porcentual o de frecuencia para dar a solidez a la base de su opinión

«[...] para el Tribunal la **retractación** de la menor era falaz, por lo mismo, adquirirían preeminencia

las manifestaciones anteriores al juicio en las que afirmó que su progenitora la explotaba sexualmente, sin embargo, para tal conclusión, como lo exhibe el impugnante, no se cumplió con el sistema de persuasión racional probatoria al asumir judicialmente como cierto y definitivo que D.A.S. padecía del **síndrome de alienación parental**.

[...] le fue practicada a la niña una valoración psicológica por el perito del ICBF JJM quien indicó que *“la adolescente en el momento puede estar presentando algunos aspectos de ‘alienación parental’ en relación al temor e incertidumbre de las acciones a futuro próximo relacionadas con la denuncia hecha y que por las posibles consecuencias puedan desestabilizar la dinámica familiar materna, sumado a esto a la manifestación de la abuela paterna y del padre de la adolescente quien posee la custodia, de no ser recibida nuevamente en este seno familiar y el retiro de la ayuda económica para su sustento”*.

Sin embargo, se trataba de un simple **enunciado probabilístico planteado por el profesional** tomado del hecho que la progenitora acompañó a la niña a la valoración psicológica y al entrar ésta al consultorio ella le advirtió que se retractara de lo que había dicho, **sin que el perito ofreciera un grado de aproximación que hiciera más o menos probable que la niña se hubiera retractado por estar bajo el aludido síndrome**.

Y si bien el experto indicó que *“La **alienación parental** es un término acuñado el cual consiste en que las personas mediante actividades, acciones, palabras, hechos, regalos u otras dádivas, pueden intentar convencer a otras personas de manifestar o hacer lo que la persona está interesada que se manifieste o se realice”, no bastaba tal definición* para unirla con el momento en que la menor revocó la sindicación hecha anteriormente contra su progenitora, **porque era menester que brindara datos empíricos que sustentaran la frecuencia y asiduidad en casos similares** para que se pudiera concluir judicialmente que en este caso la menor, por estar bajo la influencia de la madre, deliberadamente mintió para exculparla de responsabilidad penal.

[...] Aquí **la probabilidad que la niña hubiera actuado bajo el aludido síndrome no estuvo soportada por parte del experto en estudio o análisis porcentuales o de frecuencia para dar solidez a la base de su opinión pericial** en los términos del artículo 415 del Código de

Procedimiento Penal, de manera que **al estar ausente el análisis previo del perito** que lo llevara a decir que la niña posiblemente actuó **bajo el síndrome de alienación parental**, no podía el Tribunal tomar sin más como una afirmación de autoridad que la retractación era mendaz».

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Concepto || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Delito de mera conducta || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Delito de ejecución instantánea || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Configuración:** no requiere acreditar la efectiva realización de las relaciones sexuales ni la ubicación de los clientes || **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Configuración:** es necesario establecer el rol de proxeneta del sujeto activo || **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Diferente al constreñimiento a la prostitución || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - No se configura || FALSO RACIOCINIO - Se configura || SENTENCIA - Absolutoria:** duda

«La **presunción de inocencia** es un principio general del derecho establecido como garantía fundamental en el artículo 29, inciso 4° de la Constitución Política el cual puede ser lesionado cuando la declaración de responsabilidad penal no se sustenta probatoriamente o se acude a consideraciones judiciales irracionales o arbitrarias.

Por eso **cuando el juzgador se encuentra en estado de incertidumbre dado que las pruebas no le permiten arribar más allá de toda duda razonable a acreditar la ocurrencia del delito y el compromiso del procesado debe realizar cabalmente el principio de resolución de duda**, espacio dubitativo en el que efectivamente se halló el juez de primer grado para absolver a PA, no sólo porque la apostasía de la menor encontraba soporte probatorio, sino porque también era evidente la insuficiente gestión investigativa de la fiscalía al quedarse con el simple dicho previo al juicio de la menor cuando sindicó a su progenitora de traficar carnalmente con su cuerpo sin confrontarlo o confirmarlo con otras personas o con la información aun clínica

que la menor cuando dio cuenta de un eventual aborto.

Para el juez, no bastaba la simple y etérea afirmación de la niña vertida en una entrevista al sindicarla a su progenitora de explotarla sexualmente, sino que era menester verificar en la propia fuente de su dicho las circunstancias que configurarían el delito o develarían cómo estaba organizado el comercio carnal, máxime si se decía que el comportamiento se desarrolló por el lapso de un año.

Por eso en el fallo se destacó la ausencia de datos objetivos comprobables que impedían acreditar la teoría del caso de la fiscalía relacionada con el comercio sexual de la menor, porque el ente investigador se había preocupado por demostrar en juicio el conflicto familiar ante la inestabilidad del hogar de la niña, sin soportar probatoriamente alguno de los comportamientos alternativos consagrados en el tipo penal de promoción, ofrecimiento o comercialización del ejercicio de la prostitución que comprometiera la conducta de PA.

Por no ser un delito de resultado, sino **de mera conducta y de ejecución instantánea, no era necesario acreditar la efectiva realización de las relaciones sexuales, ni era imperioso ubicar a los clientes**, ya que esta clase de conductas son generalmente clandestinas, sin embargo, **sí se debió establecer** la forma cómo la procesada comerció con el cuerpo de su propia hija, esto es, denotar **su rol de proxeneta**, la forma de ofrecer las actividades sexuales, lugares, rendimientos o lucro que obtenía, etc.

A estas críticas del defensor se sumaría el defectuoso proceso de adecuación cuando la Fiscalía tanto en la formulación de imputación, como en la de acusación narró aspectos fácticos relacionados con que la procesada *“obligaba a acostarse”* a la menor con diferentes hombres, *“que cuando se negaba a sostener las relaciones su señora madre la trataba mal con palabras soeces e incluso la amenazaba con armas”*, abordando conductas propias de un **constreñimiento a la prostitución**, caracterizado por acciones contra la voluntad de la víctima

[...] En suma, se evidencia que **la declaración de justicia hecha por el Tribunal no se compagina con la realidad procesal** ya que la valoración individual y en conjunto de los medios probatorios **no permite obtener conocimiento**

más allá de duda razonable de la ocurrencia del delito de proxenetismo con menor de edad endilgado a PASC.

Consecuentemente, **ante la prosperidad del cargo casacional** formulado por el defensor y avalado por la representante de la Procuraduría ante esta sede, **se impone en apego al principio de resolución de duda casar la sentencia condenatoria de segundo grado emitida por el Tribunal Superior [...]** en contra de la procesada,

para en su lugar confirmar la decisión del Juzgado Penal del Circuito [...] que la absolvió del aludido ilícito contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

No es necesario hacer algún pronunciamiento acerca de la libertad de la enjuiciada, porque no se ha hecho efectiva la orden de captura que libró el Tribunal en su contra cuando revocó la absolución».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

34. REPARACIÓN INTEGRAL – INTERÉS PARA RECURRIR

En el sistema penal acusatorio, debe fundarse en las causales y cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil

La Sala *inadmitió* la demanda de casación presentada por el apoderado del *tercero civilmente responsable*, por evidenciar que inobservó la *cuantía* requerida para acudir al recurso extraordinario bajo los parámetros del sistema penal acusatorio, que -tratándose de la decisión que decide el incidente de *reparación integral*- está sometida a la prevista en las normas que regulan la *casación civil*, cuestión que en la misma forma se predica de las *causales* que pueden invocarse.

AP2304-2019 (54333) del 12/06/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Reparación integral: interés para recurrir en casación, debe fundarse en las causales y cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil || **CASACIÓN - Indemnización de perjuicios:** interés por la cuantía, se determina para la fecha de la decisión de segunda instancia || **TERCERO**

CIVILMENTE RESPONSABLE - Casación: interés por la cuantía, se establece por la sumatoria de las diversas condenas declaradas, confrontada con la prevista legalmente || **CASACIÓN - Indemnización de perjuicios:** se tiene en cuenta la cuantía para la casación civil, aplicación del Código General del Proceso (el art. 338 establece que la cuantía sea superior a 1000 smlmv) || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción:** acción civil, competencia de los jueces civiles

«De acuerdo con el numeral 4º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, “cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, **deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil**”, supuesto que se configura en este caso, dado que el recurso extraordinario se refiere exclusivamente a las **decisiones adoptadas en el incidente de reparación integral** respecto al **tercero civilmente responsable**.

Pues bien, el demandante propuso los tres primeros cargos al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y **sólo el cuarto lo fincó en la causal 3ª del artículo 336 del Código General del proceso**, con lo cual **desatendió el citado mandato**. Adicionalmente, **omitió considerar que su pretensión no colma la cuantía exigida para acceder a la casación civil**, por manera que **carece de interés para proponer el recurso extraordinario**.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, tanto en su Sala de Casación Civil como en la Penal, ha

sostenido que **la cuantía del interés para recurrir en casación se determina por la fecha del fallo de segunda instancia**, porque es la decisión objeto de impugnación extraordinaria y en ella se impone la afectación patrimonial cuya cuantía habrá de determinar la viabilidad jurídica de censurar el fallo en este aspecto específico. (CSJ AP 6 de julio 2009, rad. 31410, 20 de febrero de 2008, rad. 28785, 25 de abril de 2002, rad. 14495, 19 de noviembre de 1996, rad. 11.637. De la Sala Civil AP de 8 marzo de 1999, rad. 7475).

La cuantía para determinar el interés del tercero civilmente responsable ante su pretensión de ser excluido del pago total de perjuicios, **se establece por la sumatoria de las diversas condenas declaradas, a fin de confrontarla con la prevista por la ley** al momento de dictarse el fallo impugnado.

De conformidad con el **artículo 338 del Código General del Proceso**, modificado por el Decreto 1736 de 2012, el recurso de casación en el procedimiento civil es viable “cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un **mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes**”, cuantía declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-213 de 2017.

Dicho monto, para la fecha del fallo de segundo grado -septiembre 4 de 2018—, ascendía a la suma de \$718.242.000, si se tiene en cuenta que el salario mínimo para ese año fue fijado por el Decreto 2269 del 30 de diciembre de 2017 en \$ 718.242, cifra esta superior a la suma por la que fue condenado en perjuicios EMPO y, de manera solidaria, el tercero civilmente responsable MJNV -\$415.425.939-.

Siendo ello así, **el recurrente no puede acceder al recurso extraordinario de casación porque la cuantía de su pretensión es inferior a la prevista legalmente**, situación que conduce a la **inadmisión de la demanda**.

No sobra recordar, además, que conforme con la jurisprudencia de la Sala, en el procedimiento regido por la Ley 906 de 2004, “*al juez penal le está vedado declarar la prescripción de que trata el artículo 98 del Código Penal, ni respecto de los terceros civilmente responsables según la jurisprudencia ya decantada, pero tampoco en relación con los penalmente responsables, según lo que acaba de verse, luego sobre este tópico la situación de los últimos debe ser dilucidada **bajo los parámetros de la legislación civil y por los jueces de tal especialidad...***” (CSJ SP 18/01/12, rad. 36841)».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

35. SENTENCIA CONDENATORIA **La materialización del derecho a** **impugnarla depende de que el funcionario** **motive debidamente la decisión**

La Sala decidió *invalidar la sentencia condenatoria* de primer grado –alusiva a los delitos de *peculado por apropiación y prevaricato*–, tras advertir la vulneración del *debido proceso* por parte del fallador, el cual incurrió en *ausencia de motivación* sobre los aspectos centrales del debate, generando un vicio trascendente e insubsanable, cuyo vacío argumentativo no podía ser suplido en segunda instancia para no soslayar el *derecho de contradicción* y la *garantía de la doble conformidad* del recurrente. Consecuentemente,

dispuso que el Tribunal, a la mayor brevedad, emita una *sentencia debidamente motivada*.

AP1081-2019 (52018) del 20/03/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES - Debido proceso || DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia C-792 de 2014 || SENTENCIA - Condenatoria: principio de doble conformidad || **SENTENCIA - Condenatoria:** la

materialización del derecho a impugnarla depende de que el funcionario motive debidamente la decisión || **DOBLE CONFORMIDAD - Efectividad:** está supeditada a que el juzgador de segundo grado dé respuesta a los argumentos expuestos por el impugnante.

«Desde tiempos inmemoriales la Corte Constitucional y esta Corporación han resaltado que **la motivación de la decisión judicial es un elemento estructural del debido proceso**. Además, el cumplimiento de esa obligación constituye la mejor evidencia de la sujeción de los jueces al ordenamiento jurídico.

[...] El deber de motivar, como elemento estructural del debido proceso, de cuyo cumplimiento depende inexorablemente el ejercicio del derecho a la impugnación, tiene un alcance especial en el ámbito de la condena. [...].

[...] Así, es evidente que **la materialización del derecho del procesado a impugnar el fallo condenatorio depende de que el funcionario de primera instancia motive suficientemente la decisión**, de tal manera que el afectado con la misma pueda exponer ante el superior jerárquico las razones de su **inconformidad**. Igualmente, la efectividad de este derecho está supeditada a que el juzgador de segundo grado les dé respuesta a los argumentos expuestos por el impugnante (CSJSP, 21 feb. 2007, Rad. 25799; CSJSP, 23 ene. 2019, Rad. 51177; entre otras), pues solo de esa forma puede afirmarse que existe **doble conformidad** frente a la procedencia de la condena -en caso de que la misma sea procedente - ».

NULIDAD - Motivación de la sentencia || SENTENCIA - Defectos de motivación: evento en que por abarcar aspectos centrales del debate se decretó la nulidad para que el Tribunal la emita debidamente motivada

«Según las reglas que se acaban de exponer, es claro que el Tribunal Superior [...] incurrió en **yerros trascendentes en la motivación de la sentencia**, al punto que afectó el debido proceso [...]

[...] Los anteriores vacíos permean necesariamente las conclusiones sobre los delitos de peculado, porque el Tribunal se limitó a decir que una vez “demostrado” que las decisiones son manifiestamente contrarias a la ley, “se incurre por los acusados en la conducta punible de peculado por apropiación”.

Además, en los tres párrafos destinados a estas conductas punibles dio por sentado que la afectación económica se causó porque se ordenó la entrega del dinero “*dejando de lado que -los demandantes- habían sido indemnizados y que ese hecho lo había alegado la entidad accionada*”. Si el Tribunal considera que la afectación económica se materializó porque dichos pagos ya se habían realizado, tiene la carga de establecer el fundamento de esta conclusión, a lo que no dedicó una sola línea, pues, se insiste, **no explicó sus conclusiones atinentes a las pruebas y los alegatos** que hacen parte de los expedientes de los dos trámites de tutela.

[...] Así, como bien lo expresa uno de los impugnantes, en el fallo de primera instancia no se precisó cuál fue la conducta de cada uno de los procesados, que permite endilgarles los diversos delitos de peculado.

En lo que concierne al “*plagio*” que uno de los impugnantes le atribuye a la Sala de Conjuces, consistente en copiar los argumentos plasmados en otra decisión tomada por ese Tribunal, cabe resaltar que: (i) ello no acarrea necesariamente la anulación del trámite ni constituye, en sí mismo, una conducta penalmente relevante -CSJSP, 26 sep. 2018, Rad. 51008-; (ii) puede resultar trascendente en el plano ético -idem-; y (iii) puede afectar la obligación del funcionario judicial de resolver cada caso según sus particularidades, esto es, a la luz de las pruebas practicadas, los alegatos presentados por las partes, etcétera, tal y como se evidencia sucedió en este caso.

En principio podría afirmarse que la Corte, como juzgador de segunda instancia, está facultada para **suplir los vacíos argumentativos** de la sentencia emitida por el Tribunal. Sin embargo, como el déficit abarca los **aspectos centrales del debate**, ello implicaría resolver, por primera vez, lo atinente a la responsabilidad penal de los procesados, lo que limitaría sensiblemente la posibilidad de ejercer la **contradicción** y, especialmente, impediría materializar el derecho a la **doble conformidad**.

Por tanto, se decretará la **nulidad** de lo actuado, a partir del fallo de primera instancia, inclusive, en orden a que el Tribunal emita, a la mayor brevedad posible, una sentencia debidamente motivada.

Esta decisión hace innecesario analizar los otros argumentos expuestos por los impugnantes».

Inicio

**36. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL PARA ADOLESCENTES**

***Es compatible con el Procedimiento
Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017) para
conductas de menor lesividad***

Para arribar a la decisión de *no casar* la sentencia impugnada, la Corporación consideró necesario aclarar que el *procedimiento especial abreviado*, diseñado para investigar y juzgar conductas de menor lesividad, es compatible con el *sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, salvo lo relativo a la figura del *acusador privado*, que está expresamente prohibida en este tipo de asuntos. Por esta razón, precisó que, en casos tramitados bajo el esquema simplificado, el *incidente de reparación integral* es el único escenario para discutir la *responsabilidad civil* derivada de la conducta punible.

SP685-2019 (54455) del 6/03/19

Magistrado Ponente:

José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): ámbito de aplicación || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Procedimiento aplicable:** es el mismo que rige a los adultos infractores en la ley 906 de 2004 || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Procedimiento aplicable:** toda modificación a la ley 906 de 2004 también reforma el que rige la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas entre 14 y 18 años, salvo previsión especial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** finalidades || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017):** tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Es compatible con el Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826**

de 2017) para conductas de menor lesividad || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): acusador privado || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Procedimiento aplicable:** la figura del acusador privado está expresamente excluida (Ley 1826 de 2017)

«[...] como presupuesto de la decisión, la Sala se referirá a la **aplicabilidad del procedimiento especial abreviado al sistema de responsabilidad penal para adolescentes**, debido a que sobre el particular advierte la existencia de tesis discordantes entre algunos tribunales.

La postura que considera que el procedimiento especial abreviado es incompatible con el sistema de responsabilidad penal para adolescentes afirma que el régimen procesal de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia (que en adelante se citará como CIA) no puede entenderse modificado por la Ley 1826 de 2017 porque:

(i) El sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene un carácter específico y diferenciado respecto del de adultos; además, en caso de conflictos normativos deben prevalecer las disposiciones de aquél (art. 140 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

(ii) El legislador que instituyó el procedimiento especial abreviado no pretendió modificar la codificación especializada sino descongestionar el sistema penal, mediante el establecimiento de un régimen contravencional que finalmente no se concretó.

(iii) La figura del acusador privado es impensable en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

(iv) La Ley 1826 no establece nuevas garantías procesales, sino que abrevia el procedimiento. Por tanto, no es favorable a los intereses de los adolescentes. Y,

(v) Por analogía, debe aplicarse el mismo criterio adoptado frente a la Ley 1709 de 2014, respecto de la cual se consideró que no reformó la Ley 1098 de 2006 y, por tanto, no derogó las prohibiciones para el otorgamiento de beneficios en tratándose de ciertas conductas punibles cometidas contra menores.

La interpretación de la Sala es opuesta a la reseñada y se justifica con los siguientes argumentos:

(i) El carácter pedagógico, específico y diferenciado del proceso en materia de responsabilidad penal de adolescentes (art. 140 CIA) no ha sido ni es óbice para que **el procedimiento aplicable en su ámbito sea el mismo que rige a los adultos infractores, vale decir, el de la Ley 906 de 2004, con excepción de aquello que resulte contrario al interés superior del adolescente.** Así lo establece expresamente el artículo 144 del CIA, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional [...]

[...] En esas condiciones, en principio, **toda modificación a la Ley 906 de 2004 también es una reforma al procedimiento que rige la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por personas entre 14 y 18 años, salvo previsión especial al respecto.** Recuérdese que los derechos de los que goza un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004 (art. 151 CIA).

Así, por ejemplo, no sería posible sostener, sin más, que la reforma a la regla de admisión excepcional de la prueba de referencia cuando el declarante es menor de 18 años y víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, introducida por la Ley 1652 de 2013, no entraña también una modificación al procedimiento aplicable al adolescente infractor cuando el sujeto pasivo de la conducta punible haya sido un menor de edad. O, sin ir más lejos, que la exclusión de la lista de delitos querellables de ciertas conductas punibles que en el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, obra de la Ley 1826 de 2017 (art. 5), no tiene incidencia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

(ii) Es cierto que la **finalidad del procedimiento especial abreviado** es descongestionar el sistema penal. Ello está muy claramente expuesto en los antecedentes de la Ley 1826. Sin embargo, de allí no se sigue que sea incompatible con el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, el cual también puede requerir de descongestión y mayor agilidad.

Con la finalidad señalada, la Ley 1826 instauró, dentro del mismo Código de Procedimiento Penal, un procedimiento especial abreviado, adyacente

al ordinario. Mientras éste está compuesto por cinco (5) audiencias (imputación, acusación, preparatoria, juicio oral y lectura de fallo), aquél quedó conformado solamente por dos (2): audiencia concentrada y juicio oral. Para ello, se eliminaron las de los extremos y se sustituyeron por traslados: del escrito de acusación y de la sentencia, respectivamente; así mismo, las de acusación y preparatoria se fundieron en la audiencia concentrada.

Ese procedimiento se diseñó **para las conductas estimadas como de menor lesividad**, tomando como parámetro objetivo el catálogo de delitos querellables, baremo que **no es ajeno al sistema de responsabilidad penal para adolescentes** (art. 171 CIA). Luego se extendió a otros delitos, incluidos en un listado.

[...] En resumen, el procedimiento especial abreviado está referido a delitos, como lo están tanto la Ley 906 de 2004 como la Ley 1098 de 2006.

Por último, en los antecedentes de la Ley 1826 no se advierte constancia de que la intención del legislador fuera que el procedimiento especial abreviado no se aplicara en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Además de lo que se anotará posteriormente, cabe destacar que las únicas excepciones existentes en la disposición sobre vigencia y derogatoria son las siguientes: *“Esta ley no modifica, deroga ni adiciona el Código Penal Sustantivo ni la Ley 1773 de 2016”* (inciso final del artículo 44).

(iii) Evidentemente, **la figura del acusador privado es impensable en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes porque está expresamente prohibida para el mismo.** Al respecto, el literal i) del inciso tercero del artículo 32 de la Ley 1826 es del siguiente tenor: *“No se podrá autorizar la conversión de la acción penal pública en privada cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: (...) i) Cuando se trata de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; (...)”* (se subraya).

Pero es que esa disposición en lugar de proscribir la **aplicación del procedimiento especial abreviado en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes la presupone** porque la conversión es una alternativa que únicamente puede darse dentro de aquél, como claramente lo expresa el artículo 28 ibídem: *“La conversión de*

la acción penal de pública a privada podrá autorizarse para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado” (se subraya).

Entonces, el sentido del primero de los preceptos citados es que cuando, de hecho, un proceso del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se esté adelantando por el procedimiento especial abreviado y la víctima solicite la conversión de la acción en privada, la Fiscalía no puede autorizarla.

Ningún otro entendimiento puede tener ese aparte normativo, pues estaría de más si, de plano, el procedimiento especial abreviado no fuera aplicable en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En tal caso, en lugar de incluir esa prohibición en el título correspondiente a la acción privada, el legislador hubiera previsto tajantemente la exclusión del procedimiento especial abreviado frente a adolescentes infractores en el título precedente. Esto, porque la conversión de la acción penal de pública a privada es impensable fuera del procedimiento especial abreviado.

(iv) Que la ley simplifique el procedimiento y no adicione garantías no necesariamente implica una desmejora para la situación de los procesados o, por lo menos, ese no fue el entendimiento que tuvo el legislador, que es el que dispone de libertad de configuración al respecto. Según la motivación del proyecto, la finalidad fue: *“(...) integrar las actividades propias de las audiencias de acusación y preparatoria, manteniendo el mismo nivel de respeto por las garantías procesales penales del procedimiento ordinario”* (Exposición de motivos. Gaceta del Congreso n.º 591 del 12 de agosto de 2015. Página 18).

(v) El razonamiento analógico se fundamenta en que dos situaciones distintas puedan relacionarse porque responden a algo en común. Sin embargo, dadas las reflexiones que anteceden, no se percibe que ese sea el caso entre las prohibiciones de conceder beneficios a los procesados por ciertos delitos cometidos contra menores y la reforma al régimen penitenciario y carcelario, por una parte, y el procedimiento a seguir en caso de adolescentes infractores cuando se trata de **delitos de escasa lesividad**, por la otra».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: trámite || SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Incidente de reparación integral:

en casos tramitados por el procedimiento especial abreviado (Ley 1826 de 2017), es el único escenario para discutir la responsabilidad civil derivada de la conducta punible

«Retomando ahora la tesis sostenida por el demandante en cuanto a la **vía a la cual debe acudir la víctima para reclamar la reparación integral de los perjuicios que le fueron ocasionados por una conducta punible de las que se investigan y juzgan por el procedimiento especial abreviado**, es necesario señalar que únicamente para el caso en que la Fiscalía autorice la conversión de la acción penal en privada la Ley 1826 de 2017 contempla dos posibilidades, a saber:

(A) Que: (i) en el escrito de acusación se incorpore la pretensión de reparación integral; (ii) sobre la misma se practiquen pruebas; y, (ii) en la sentencia se condene al penalmente responsable al pago de los daños causados con la conducta punible, de acuerdo con lo acreditado en el juicio. O,

(B) Que, subsidiariamente, cuando el acusador privado no formule su pretensión resarcitoria en el escrito de acusación, pueda acudir a la jurisdicción civil (artículo 42).

Lo anterior es posible gracias a que, debido a la conversión mencionada, terminan por converger en una sola persona las calidades de víctima y de acusador privado, pasando éste a hacer *“las veces de fiscal”* y, por ello, a desempeñar una función pública de manera transitoria (art. 29 ibidem). Esa conjunción de calidades es lo que posibilita que simultáneamente, en una misma pieza procesal, como es el escrito de acusación, se acuse y se reclame la reparación integral de los perjuicios ocasionados con la conducta punible.

Sin embargo, esa alternativa está expresamente proscrita: *“Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes”* (artículo 32-i de la ley en mención).

En consecuencia, **en los casos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes que se tramiten por el procedimiento especial abreviado** el contenido del escrito de acusación

será únicamente el que describen los numerales 1 a 3 del artículo 15 de la Ley 1826 y, por ende, **el único escenario para discutir, con todas las garantías, la responsabilidad civil derivada de la conducta punible será el incidente de reparación integral**; y a él habrá de acudir, en aplicación de la norma sobre integración (artículo

11 de la Ley 1726 de 2017) y del artículo 170 de la Ley 1098 de 2006.

En conclusión, por las razones antes plasmadas, la Sala, compartiendo los planteamientos de quienes intervinieron en la audiencia de sustentación, **no casará** el fallo impugnado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

37. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - CAPTURA PARA CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CONDENATORIA

Evento en que se estimó razonable la decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ejercer el control judicial, cuando el fallo se encuentra ejecutoriado y el expediente le ha sido remitido

Al confirmar la negación de la solicitud de *habeas corpus*, la Corte tuvo ocasión de examinar un evento concreto en que el *control judicial* de la aprehensión -para el cumplimiento de *sentencia condenatoria ejecutoriada*- se hizo por parte del *Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad*, y no por el *Juzgador de Conocimiento* o por uno de *Garantías*. En este sentido, advirtió que, al tratarse de una hipótesis aún no abordada en sede de *constitucionalidad*, la decisión del Ejecutor de la Pena resultó razonable a partir de una *interpretación sistemática*, habida cuenta que el fallo se encontraba en firme y el expediente le había sido remitido por competencia.

AHP775-2019 (54796) del 1/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HABEAS CORPUS - Privación de la libertad por orden de autoridad competente || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura: para el cumplimiento de sentencia condenatoria; su control judicial se realiza por el juez de conocimiento o subsidiariamente por el de garantías

«En el caso en estudio, no se discute la legalidad de la privación de la libertad de JDQC, por el contrario, se acepta que ella obedeció al cumplimiento de la sentencia de condena proferida el 27 de septiembre de 2013 por el Juzgado [...] Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento [...], modificada el 3 de agosto de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

Ahora bien, el accionante advirtió que se le está prolongando ilegalmente del derecho a su libertad, por cuanto al ser capturado el viernes 7 de febrero de 2019 a las 11:15 de la mañana, no fue puesto a disposición del Juez con Funciones de Conocimiento que profirió la sentencia, ni ante un Juez con Función de Control de Garantías, para que en los términos de la sentencia C-042 de 2018 impartiera legalidad a la privación de la libertad.

[...] De acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, toda persona es libre y nadie podrá ser detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, salvo que la privación de la libertad obedezca a una captura en situación de flagrancia.

El artículo 298 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011 precisamente refiere el contenido y vigencia de la orden de captura y establece en el parágrafo 1°:

La persona capturada en cumplimiento de orden judicial será puesta a disposición de un Juez de Control de Garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido. Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto (sic) a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia. (Subrayas fuera de texto).

La Corte Constitucional en sentencia C-042 de 2018 declaró exequible condicionalmente el aparte subrayado en el entendido que toda persona privada de la libertad, ya sea para asumir una investigación penal, cumplir con una medida de aseguramiento o para hacer efectiva una sentencia de condena, debe ser presentada ante autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes de la aprehensión, para que se realice el respectivo control judicial, pues no de otra forma se logra la eficacia material del derecho fundamental a la libertad.

Además, concluyó el Alto Tribunal Constitucional que **el control judicial que debe realizarse en los casos de la captura con ocasión del cumplimiento de la sentencia, le compete al juez de conocimiento**, sin embargo, dada la dinámica administrativa de éstos, la cual está condicionada a que sus actuaciones se adelanten en días y horas hábiles, en días y horas en los que no se encuentre disponible el juez de conocimiento, el capturado deberá ser puesto a disposición del **Juez de Control de Garantías**, quien efectuará tal control, adoptará las medidas de protección provisionales que sean necesarias y ordenará la presentación de la persona ante el **Juez de Conocimiento** al día hábil siguiente.

[...] los eventos en los que **se priva de la libertad a una persona para cumplir con la pena impuesta en una sentencia condenatoria** es indispensable que se realice un control de legalidad al acto de aprehensión.

Igualmente, la Corte Constitucional establece dos condiciones para ello: i) que una vez capturada la persona debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes y ii) estableció la **competencia para adelantar ese control** en el **«juez de conocimiento que profirió la sentencia»** y excepcionalmente en el **juez de control de garantías** cuando el primero no se encuentre disponible, imponiéndole la

obligación de remitirlo ante el juez de conocimiento al día hábil siguiente».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura para cumplimiento de sentencia condenatoria: evento en que se estimó razonable la decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ejercer el control judicial, cuando el fallo se encuentra ejecutoriado y el expediente le ha sido remitido || **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS - Competencia**

«Advierte este despacho que la Corte Constitucional no contempló en la mentada decisión todos los escenarios que se presentan cuando se captura a una persona con miras a que se cumpla una condena, pues lo refirió exclusivamente a esas **circunstancias en las cuales el fallo no se encuentra ejecutoriado y por ende la competencia se mantiene en el juez que profirió la sentencia**, de allí que destacara que es al **juez de conocimiento** a quien le compete ejercer el control de legalidad en tanto que «*conoce las particularidades del expediente*».

Desconoció la Corte Constitucional los **eventos en los que**, como ocurre en este asunto, **la sentencia condenatoria ya se encuentra ejecutoriada y por ende el expediente ha sido remitido ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad**, de suerte que se mantiene en la actualidad un **vacío interpretativo** que le corresponde a los jueces llenar a través un ejercicio hermenéutico, conforme se lo impone la autonomía e independencia que caracteriza la función judicial.

En el caso en estudio, el Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...], a quien le correspondió por reparto la vigilancia de la pena de JDQC, avocó conocimiento y libró orden de captura para que se cumpliera la sentencia proferida en su contra.

Capturado el sentenciado el 7 de febrero de 2019 en virtud de la orden dada por el Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...], los funcionarios del CTI pusieron a este ciudadano a disposición del **juez ejecutor**, quien ante el vacío de interpretación del parágrafo 1° del artículo 298 del C.P.P. en estos eventos **efectuó el control de legalidad de la captura**.

Encuentra el despacho que el accionante por esta vía excepcional pretende cuestionar la

interpretación adoptada por el juez vigia de la pena, desconociendo la finalidad otorgada a esta acción constitucional, que tal como se dijo al inicio de los considerandos de la presente decisión, no es otra que hacer efectiva la tutela del derecho a la libertad, sin que sea el espacio propicio para obtener una opinión diversa a la ya expuesta por el juez natural dentro del proceso.

[...] En efecto, el **Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad adquirió la competencia para conocer del asunto** en virtud de lo normado en el artículo 41 de la Ley 906 de 2004, por ello libró orden de captura y, al ser quien tenía materialmente asignado el expediente **ejerció el control de legalidad** al que se refiere el parágrafo 1° del artículo 298 del C.P.P., en tanto que era quien conocía las incidencias procesales y podía verificar que la orden de captura fuese librada **para cumplir la sentencia de condena**, que ésta se encontrara vigente al momento de la aprehensión de QC y que estuviese dirigida en contra del mismo ciudadano que fue capturado.

Sumado a ello, la **decisión adoptada por el Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...] resulta razonable**, a partir de una **interpretación sistemática** que en nada se opone al desarrollo legislativo plasmado en la sentencia C-042 de 2018, pues el objeto del **control judicial de la captura** es que se realice «el examen de legalidad y de constitucionalidad de

la privación de la libertad, no solo en atención a los fines sociales o procesales que sustentan la misma, sino también en la eficacia de los derechos fundamentales del capturado, especialmente en relación con su libertad y la dignidad humana», aspectos que verificó el Juez vigia de la pena.

Bajo ese entendido, como a JDQC no se le ha quebrantado su derecho a la libertad, pues al ser aprehendido el 7 de febrero de 2019 a las 11:15 de la mañana, en virtud de orden de captura proferida por el Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...], para cumplir con la pena impuesta en sentencia, fue puesto a disposición del juzgado ejecutor con informe de investigador de campo de 7 de febrero de 2019, suscrito a las 02:00 de la tarde, recibido en el despacho el 8 de febrero de 2019 a las 10:32 de la mañana, de suerte que no se superó el término de las 36 horas previsto por el legislador.

[...] Así las cosas, como quiera que una vez capturado JDQC fue puesto a disposición del Juez [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...], dentro de las 36 horas siguientes a su aprehensión, es claro que se cumplió con la finalidad dispuesta por la Corte Constitucional en sentencia C-042 de 2018 y por ende **ninguna irregularidad** se generó con la privación de la libertad del accionante, razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

38. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - MINISTERIO PÚBLICO

Está facultado para interponer como único recurrente, el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, cuando evidencie violaciones al orden jurídico

Al despachar favorablemente el *recurso de queja* interpuesto por la Procuradora Judicial, la Corte advirtió que el *Ministerio Público* sí tiene la *facultad* de interponer el recurso de alzada contra el *fallo absolutorio*, en calidad de *apelante único*, cuando quiera que lo ejerce en orden a

evitar violaciones al orden jurídico. En tal sentido, aclaró que tal potestad no afecta el *carácter adversarial* que rige el *Sistema Penal Acusatorio*.

AP438-2019 (54466) del 13/02/19

Magistrado Ponente:

José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Variación: cambio, modificación o unificación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** intervención, facultades y límites, evolución jurisprudencial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** actuación contingente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** Ministerio Público, único apelante || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** está facultado para interponer como único recurrente, el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, cuando evidencia violaciones al orden jurídico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio público:** facultad para ejercer como apelante único no constituye quebrantamiento al sistema adversarial

«En el presente asunto, el **problema jurídico** a resolver consiste en **determinar si la Procuradora [...] está legitimada para interponer, como único recurrente, recurso de apelación contra la sentencia absolutoria** emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior [...], en favor de OMGZ.

La Sala Penal del Tribunal Superior [...] consideró que ello no era posible, sobre la base de que sólo es viable si la Fiscalía procedía de igual manera. Es decir, que, en tratándose de una sentencia absolutoria, el Ministerio Público, no puede obrar como apelante único.

Frente a la intervención del Ministerio Público, esta Corporación venía sosteniendo que si bien, era constitucional y legalmente válida, tenía unas limitantes derivadas del sistema procesal que establece la Ley 906 de 2004, en concreto, el esquema adversarial de dos partes.

[...] Bajo esa misma lógica, esta Corporación, frente a la participación del Ministerio Público como no recurrente en el trámite del recurso de casación, venía sosteniendo que la misma debía restringirse a apoyar o no los planteamientos de la demanda, pues no le era posible introducir nuevos puntos de debate, so pena de contrariar el carácter adversarial del sistema acusatorio (CSJ, SP, 10 mar.2010, rad. 32868, que su vez, citó CSJ AP, 15.jul.2009).

Sin embargo, la mencionada tesis fue modulada recientemente en la sentencia CSJ, SP2364-2018, 20 jun.2018, rad.45098, en el sentido que

pese a la **intervención contingente o discrecional del Ministerio Público** en los procesos penales, cuando actúa como no recurrente, puede plantear aspectos diferentes de los expuestos por el impugnante en casación, siempre que se trate de violaciones del orden jurídico; **sin que ello constituya un desbalance del sistema adversarial.**

[...] Esta nueva lectura a la intervención del **Ministerio Público**, es aplicable a asuntos como el presente, pues, con independencia de que la Fiscalía -titular de la acción penal- interponga recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, **aquel está facultado para hacerlo, cuando evidencie violaciones al orden jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento del sistema de partes.**

Luego, **no es posible negar al órgano de control, hacer uso del recurso de apelación cuando acude como apelante único**, pues, se repite, **siempre que el propósito sea evitar violaciones al orden jurídico, no constituye un quebrantamiento del sistema adversarial.**

Sumado a lo anterior, en el sub lite, la representante de este órgano de control, demostró un interés especial y particular en la actuación, pues, como lo expuso en la sustentación del recurso de queja, uno de los temas propuestos en la apelación, es la presunta afectación de las formas propias del juicio, dado que la Sala Penal del Tribunal Superior [...] le impidió intervenir en los alegatos de conclusión.

Situación que en su momento llevó a presentar acción de tutela, que fue declarada improcedente por una Sala de Decisión de Tutela de esta Corporación STP094-2016, 14 ene.2016, rad.83568), precisamente porque el entonces actor -representante del Ministerio Público-, contaba con la posibilidad de *“interponer los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley, para plantear presuntas violaciones a las garantías procesales”*.

Es decir, en la mencionada tutela tampoco hubo pronunciamiento de fondo sobre si, el no permitir al Ministerio presentar alegatos de conclusión, quebrantaba garantías fundamentales, por cuanto, tal debate, podía proponerlo al interior del proceso, a través de los recursos ordinarios y extraordinarios».

Inicio

**39. SISTEMA PENAL ACUSATORIO –
PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

***El Juez y la Fiscalía tienen la carga
imperativa de agotar los instrumentos para
comunicar a la víctima, con la debida
antelación, la fecha de la audiencia***

La Sala, al estudiar la apelación interpuesta por el representante de la sociedad, advirtió la necesidad de declarar la *nulidad* de la actuación a partir de la audiencia de sustentación de la solicitud de *preclusión*, toda vez que dicho trámite se adelantó con vulneración de la garantía fundamental del *debido proceso*, y específicamente del derecho que asiste a la víctima y el correlativo deber del Juez y la Fiscalía, consistente en proveer lo necesario para que reciba *comunicación* -con la debida antelación- acerca de la fecha de la diligencia, con miras a ejercer las facultades que legal y constitucionalmente detenta para oponerse, si lo desea, a la pretensión dirigida a la cesación -*con efectos de cosa juzgada*- de la persecución penal.

AP1328-2019 (52805) del 10/04/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas: derechos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** Derechos de las víctimas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** derechos de las víctimas, a presentar o allegar elementos de prueba e información || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación:** el juez y la fiscalía tienen la carga imperativa de agotar las instrumentos para comunicar a la

víctima, con la debida antelación, la fecha de la audiencia || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura

«De la nulidad por ausencia de intervención de la víctima en la preclusión de la investigación

De acuerdo con los literales d) y g) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, **las víctimas tienen derecho** a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas; a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir en lo pertinente ante el juez de control del garantías y a interponer los recursos, cuando a ello hubiere lugar.

En lo que a la **audiencia de preclusión de la investigación** se refiere, el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que la víctima, junto con el Ministerio Público y el defensor, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 2007, consideró que la controversia tal como lo regula la mentada norma «*puede resultar inocua*» si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Bajo ese supuesto, declaró exequible el artículo 333 en el entendido de que **las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.**

Parte de los argumentos de la Corte, fueron los siguientes:

«... cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede

solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías.”

Sobre ese aspecto también se ha referido esta Corporación. Específicamente, en CSJ AP, 22 ago. 2008, rad. 30280, puntualizó que dentro de las garantías de que está investida la víctima se encuentran, por citar un ejemplo, las de cuestionar, probatoriamente y con la interposición de recursos, la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad, de donde surge que iguales potestades debe tener en punto de la preclusión, como que, para lo que importa para sus intereses, ambas decisiones pueden tener el mismo alcance.

Además, expresamente se ha afirmado que **la víctima tiene el derecho específico a oponer elementos materiales de prueba e información que haya podido recolectar** a los aducidos por la Fiscalía cuando impetra la **preclusión**, e **impugnar** la decisión que el juez adopte al respecto.

En esa línea de pensamiento, la Sala enfatizó que para hacer efectivas esas potestades, **se impone como una carga imperativa para el juez y la Fiscalía, que agoten los instrumentos a su alcance para que con la debida antelación se le comuniquen a la víctima la fecha en que habrá de realizarse la audiencia de preclusión.**

“Esa anticipación «debe ser entendida como un período razonable, a efectos de que sus derechos queden a salvo de manera real y efectiva, no simplemente formal, por cuanto si está facultada para oponer elementos materiales de prueba e informaciones a los que presente la Fiscalía, surge, de necesidad, que debe serle concedido un período prudencial para que proceda a ello» (ídem).”

Ahora bien, revisada la actuación encuentra la Sala que la denuncia contra JJDLHM fue impetrada por GPP, representante legal de [...], quien suministró como dirección de notificación la [...] del municipio de [...].

Posteriormente, aparece que el denunciante le otorgó poder a BOM, quien informó que podía ser localizado en la [...], de [...].

Sin embargo, en el formato de solicitud de preclusión el fiscal únicamente aportó la dirección del apoderado de la víctima, al paso que el Tribunal Superior [...] citó tanto a GPP como a su abogado [...] a una misma dirección, pero que en todo caso difiere a la reportada por aquéllos.

Así, de acuerdo con los oficios que reposan en el expediente, aparece que para la audiencia de sustentación de preclusión (celebrada el 21 de junio de 2017) se enviaron comunicaciones a la víctima y a su representante a la [...] de [...], **sin** que haya **constancia de recibido ni de devolución**. En lo tocante a la audiencia de lectura de decisión (25 de abril de 2018), obra constancia de la oficial mayor del Centro de Servicios Judiciales [...] (del mismo día de la diligencia), en la que informa que el notificador no cuenta con las citaciones a los antes mencionados dentro de la planilla de notificaciones fuera de la ciudad.

Es decir, para la primera audiencia de preclusión **la víctima fue convocada erradamente**, mientras que para la segunda, **no se le citó, irregularidades** que conllevaron a que **el agraviado GPP no tuviera la oportunidad de oponerse a la pretensión del fiscal, a presentar sus pruebas ni a controvertir la decisión del Tribunal**.

Además, pertinente resaltar que la primera instancia convalidó tal anomalía, como quiera en la sesión del 21 de junio de 2017, el magistrado ponente le preguntó al fiscal si había citado a la víctima, ante lo que le contestó que no, que ello le correspondía al Centro de Servicios a la dirección reportada en el formato, esto es, la [...] de [...]. Así, el magistrado decidió continuar la diligencia luego de verificar *«a folio 48 de la carpeta que se le comunicó según correo certificado por franquicia postal a la dirección indicada, [...], el 16 de julio de 2017”*.

Por su parte, al inicio de la audiencia de lectura de preclusión, contrario a lo que señala la constancia secretarial antes referida, el magistrado ponente afirmó: *“se verifica en la carpeta que la víctima (sic) BOM le fue comunicada la realización de esta audiencia (sic) mediante la vía 472, aparece recibidos de la comunicación en la correspondiente planilla”*.

Bajo ese contexto, es manifiesto que el Tribunal acudió a un trámite formal para dar apariencia de respeto de los derechos que le asisten a la víctima y así justificar su no comparecencia,

considerando suplida la **notificación** cuando ésta **fue inadecuada en la primera oportunidad y no realizada para la segunda sesión.**

En consecuencia, se **invalidará lo actuado a partir de la audiencia de sustentación de petición de preclusión**, a fin de que la víctima y su apoderado sean citados en debida forma».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

40. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN

Es improcedente respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo

Al decidir el *recurso de queja*, la Sala advirtió bien denegada la *apelación* interpuesta por la defensa contra la decisión del Tribunal consistente en negar la práctica de *prueba de refutación*, tras advertir que este tipo de determinación no es susceptible del citado medio de inconformidad. Igualmente, explicó que una solicitud defensiva de esta naturaleza, puede ser *rechazada de plano* cuando resulta ostensible su inviabilidad, habida cuenta que la posibilidad de utilizar *evidencia externa* para impugnar la credibilidad de un testigo, representa una *herramienta excepcional y residual*, que no puede ser empleada para interrumpir el juicio oral.

AP2215-2019 (55337) del 5/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación: improcedencia, respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, impugnación, improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación:**

prerrogativas que lo estructuran || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones anteriores al juicio oral:** previo a introducir su contenido se debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las omisiones o contradicciones en su relato || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, debe seguir el debido proceso probatorio

«La competencia de la Sala se reduce a decidir si es procedente el recurso de apelación frente a la decisión que niega la práctica de pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de un testigo.

En este caso, **el recurso vertical es improcedente** por dos razones: **(i) la decisión sobre la utilización de prueba de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos no admite recurso de apelación;** y **(ii) la solicitud presentada por el defensor debió ser rechazada de plano.**

La improcedencia del recurso de apelación frente a las decisiones acerca de la utilización de prueba de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos

De tiempo atrás la Sala ha reiterado que: (i) la impugnación de la credibilidad de los testigos es una derivación del **derecho a la confrontación**; (ii) para tales efectos, el ordenamiento les otorga múltiples herramientas a las partes, entre las que cabe destacar el ejercicio del contrainterrogatorio -con las prerrogativas que le son inherentes-, así como la utilización de **declaraciones anteriores** para demostrar contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante para establecer la credibilidad del testigo; y (iii) consagra, asimismo, la posibilidad de solicitar, para estos efectos, **prueba de refutación** (CSJAP, 20 agos. 2014, Rad. 43749; CSJSP, 25 de ene. 2017, Rad. 44950; entre otras).

En la misma línea, ha precisado que estas herramientas deben utilizarse razonablemente, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que **antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos**, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica -entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (ídem)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: de refutación, concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, constituyen una herramienta excepcional y residual para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, no se encuentran orientadas a sustentar la teoría del caso

«[...] en el ámbito de la impugnación de la credibilidad de los testigos, ha precisado que **la utilización de pruebas de refutación constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente** cuando el testigo, en el contrainterrogatorio, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz, y la parte cuenta con evidencia relacionada directamente con el aspecto objeto de impugnación. Por ejemplo, si el testigo asegura que pudo presenciar los hechos y la parte pretende demostrar que para esa fecha estaba en una ciudad diferente, debe hacer uso del contrainterrogatorio, pues si el mismo es suficiente para acreditar ese aspecto, se hace innecesaria la introducción de “evidencia externa” acerca del mismo.

Lo anterior no tiene únicamente la finalidad de evitar la dilación del proceso y la “contaminación del juez” con evidencias que no fueron decretadas en la audiencia preparatoria. Es asimismo importante para evitar la presentación de pruebas descontextualizadas, ya que es posible que el testigo, en el interrogatorio “*redirecto*”, pueda explicar las inconsistencias,

contradicciones o demás aspectos traídos a colación, lo que no sería posible si se elude ventilar este tema en el contrainterrogatorio y se opta por presentar “evidencia externa” sobre el aspecto que pone en tela de juicio la credibilidad, lo que, valga decirlo, podría abrir la puerta a la presentación de pruebas de “*contra refutación*” y, así, hacer del proceso un trámite interminable.

Estos aspectos fueron eludidos por el impugnante, a pesar de que fueron referidos por el Tribunal, sobre la base de las decisiones de esta Corporación. Y los eludió, precisamente, porque cambian sustancialmente los extremos de la discusión, en esencia porque: (i) **si se apela a los criterios de interpretación sistemático y teleológico**, necesariamente habría que tener en cuenta que, en este contexto, **la presentación de prueba de refutación es una herramienta adicional -y residual- para la impugnación de la credibilidad de testigos, que debe armonizarse con los principios de concentración, inmediación**, entre otros, así como la obligación de garantizar que la justicia sea célere y eficaz; y (ii) **no se trata de pruebas orientadas a soportar la teoría del caso**, como bien lo resaltó el Tribunal, lo que generaría un ámbito de discusión diferente, que escapa al objeto de decisión».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: de refutación, su solicitud no puede paralizar el juicio oral haciendo inoperantes los principios de proporcionalidad, concentración e inmediación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** improcedencia, respecto de la decisión que niega la práctica de prueba de refutación para impugnar la credibilidad del testigo || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, rechazo de plano de la solicitud por improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** de refutación, diferencias con la prueba sobreviniente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** la Sala declara bien denegada la apelación

«En este orden de ideas, a la luz del **principio de proporcionalidad** invocado por el censor, resulta claro que **es improcedente paralizar el juicio oral cada que una parte solicite pruebas de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos, pues ello haría prácticamente inoperantes los principios de concentración e inmediación**, a cambio de que el superior funcional revise la viabilidad de ejercer una de las varias formas de impugnación previstas en el

ordenamiento jurídico. Si se aceptara esa tesis, también habría que admitir que las decisiones acerca de las preguntas procedentes en el contrainterrogatorio y la utilización de declaraciones anteriores con el fin de demostrar contradicciones, omisiones u otros aspectos relevantes para el estudio de la credibilidad, también admiten el recurso de apelación, lo que es claramente inaceptable

Por tanto, la Sala no encuentra razones para modificar la regla decantada en la decisión del 20 de agosto de 2014 (43749), donde se consideró **improcedente el recurso de apelación** (en ese caso interpuesto por la Fiscalía) **en contra de la decisión de negar pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de los testigos**.

[...] Ahora bien, si pretendía solicitar la práctica de **prueba sobreviniente** para soportar su hipótesis factual, tenía la obligación de sujetarse a los requisitos formales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

Así, como **la solicitud** era manifiestamente improcedente y, por tanto, **debió ser rechazada de plano**, de todos modos la decisión del juzgador no podía ser objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala [...] Resuelve [...] **Declarar bien denegado el recurso de apelación** interpuesto por el defensor de F.R.N.J., en contra del auto proferido por el Tribunal [...], a través del cual negó unas pruebas de refutación orientadas a cuestionar la credibilidad de un testigo».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

41. TESTIMONIO

Su credibilidad no puede asumirse como un hecho notorio

Habiendo decidido no casar la sentencia del Tribunal que condenó al acusado como determinador del delito de *Homicidio Agravado*, la Corte consideró importante precisar, al desestimar los argumentos defensivos alusivos a la existencia de un *falso raciocinio*, que la *apreciación de la prueba testimonial*, así como su *corroboración*, tienen por fundamento el *principio de libre valoración* y el análisis conjunto de las evidencias. Por ello, encontró relevante explicar que la *credibilidad* de un *testigo* no puede asumirse como un *hecho notorio*.

SP709-2019 (49430) del 6/03/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **TESTIMONIO - Credibilidad:** no puede asumirse como un hecho notorio || **PRUEBA - Hecho notorio:** concepto || **TESTIMONIO - Valoración probatoria** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** la condición moral del testigo no es suficiente parámetro para restarle poder de convicción || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** libre valoración || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** La condición del testigo no implica su falta de credibilidad, paramilitar || **TESTIMONIO - Corroboración:** credibilidad bajo el principio de libre valoración de la prueba || **FALSO RACIOCINIO - No se configura**

«Bajo los mismos presupuestos fácticos, de manera subsidiaria el demandante plantea la presencia de un error de hecho por **falso raciocinio** (cargo duodécimo, subsidiario) en relación con el testimonio de UEBM, alias “[...]”.

Insiste el censor en que la versión de dicho testigo [...] dentro del proceso adelantado en contra de AAGR, posee un *“mejor nivel de credibilidad”*, frente a las demás versiones que entregó el testigo “[...]”, especialmente dentro de la presente actuación.

Es cierto, como se viene de analizar, que a diferencia de las distintas versiones ofrecidas por el testigo BM dentro de este proceso, en relación con los motivos de la acción criminal desplegada en el poblado de Macayepo y sus alrededores y la intervención del acusado como promotor de esa sangrienta expedición, el mismo deponente había entregado una declaración en el año 2008 en la que sostuvo que se trató de hechos atinentes al objetivo general de combatir la guerrilla, cuyo cometido no era recuperar el ganado hurtado.

Sin embargo, dentro del **principio de libre valoración de la prueba**, el juez colegiado concluyó que le deparaba **mayor credibilidad** la versión sostenida en diferentes oportunidades por el declarante, toda vez que en relación con ella **confluían pruebas de corroboración** que indicaban que esa narración era la que mejor se ajustaba a lo realmente acaecido, guardando coherencia entre diversas declaraciones relacionadas con esos tópicos y con los demás medios de conocimiento allegados a la actuación.

Por su parte, según se acaba de analizar por la Sala, se presenta relevante, como elemento demostrativo de **corroboración**, el testimonio de LFRM, alias “[...]”, pues aunque sostuvo no conocer las razones específicas que motivaron la ejecución de la acción desarrollada a instancias de alias “[...]”, aseguró que en efecto hubo recuperación de un ganado, lo que guarda consonancia con la tesis que la defensa del acusado viene censurando.

Ahora bien, el recurrente sostiene que sobre el testigo UEBM, alias “[...]”, gravita, **como hecho notorio, que no ha sido digno de credibilidad** cuando ha concurrido como testigo a narrar acontecimientos relacionados con las actuaciones de los grupos paramilitares, por lo que en este caso tampoco puede ser fiable en relación con los señalamientos que hizo sobre el acusado como promotor de la llamada “*masacre de Macayepo*”.

No obstante, **carece de fundamento asumir una circunstancia alusiva a la credibilidad del testigo como un hecho notorio**, cuando sobre este concepto la Sala ha sostenido que se trata de aquel fenómeno que por ser cierto, preciso y definido, conocido ampliamente por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio concretos, no requiere ser probado para su acreditación dentro del proceso, por lo que se trata “*de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y*

ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud”.

En este caso, no se trata de una realidad objetiva consistente, inmodificable y perceptible, sino de una circunstancia relativa a la **valoración probatoria en relación con la prueba testimonial**, cuya apreciación se gobierna por los criterios establecidos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, relativos a las facultades físicas y mentales del testigo para recordar lo sucedido y la posibilidad de haber percibido, sumado a la verificación de sus asertos con los demás elementos de prueba, entre otros parámetros, con lo que se determina el mérito persuasivo de una declaración.

Obviamente, la personalidad del declarante, así como las condiciones en que rindió su testimonio, son también factores apreciables en el proceso valorativo. Sin embargo, esta Corporación ha insistido en que **la condición moral del testigo no es suficiente parámetro para restarle poder de convicción**, pues la valoración de la prueba tiene el tamiz que proporciona la sana crítica. [...]

[...] Con lo anterior, restaría decir que en relación con dicho testigo no es posible elaborar parámetros exactos sobre su veracidad o mentira por el hecho de que en otros procesos no se haya dado crédito a sus afirmaciones. Según podría constatarse, de la misma manera su testimonio ha sido digno de credibilidad en diferentes ocasiones, sin que en ello tampoco se asiente una tarifa de verosimilitud que imponga al juez, per se, dar por ciertas sus declaraciones.

Por esa razón, es necesario, como lo hizo el juez ad quem, **acudir a la prueba de corroboración**, la que finalmente fortalece el **juicio de credibilidad** sobre la prueba discutida.

En realidad, encuentra la Sala, distinto a como lo viene planteando el demandante, que entre aquella primera versión que por fuera de este proceso entregó el testigo UEBM, alias “[...]”, y las que posteriormente brindó, especialmente al interior de esta actuación, no existen tan notables contradicciones, puesto que no eran incompatibles las llamadas labores propias de “*registro y control*” asignadas a los grupos paramilitares surgidos en aquella época como respuesta defensiva a las actuaciones que desplegaban las facciones guerrilleras diseminadas a lo largo de la región de los Montes

de María, con las tareas específicas referidas a su reacción armada ante acontecimientos puntuales relacionados con actos de extorsión o hurto de ganado atribuidos a los grupos insurgentes.

De allí que para la Sala no resulta contradictorio que se diga por algunos de los testigos que la “*masacre de Macayepo*” representó una acción tendiente a atacar las bases de los grupos guerrilleros y sus colaboradores, al tiempo que se afirme que en esa misión se respondió a la demanda del acusado y de JGR para que se recuperara el ganado que días antes había sido robado de los predios de la finca [...].

En ese sentido, las posteriores aclaraciones que el declarante UEBM, alias “[...]”, dio sobre el sentido de aquella inicial narración de los hechos se ofrecen razonables, puesto, según lo precisó, fue en el proceso de reconstrucción histórica, en el ámbito de facilitación de los procesos de paz y reincorporación a la vida civil como miembro de grupos armados al margen de la ley -Ley 975 de 2005-, que decidió transmitir los pormenores de cada una de las actuaciones desplegadas en virtud de su afiliación a la agrupación paramilitar.

Debe recordarse que durante su intervención en la audiencia de juzgamiento, el declarante “[...]” fue cuestionado sobre ese aspecto en particular, revelando su interés en rememorar los pormenores de la acción ofensiva en la que participó como comandante de la tropa paramilitar a la que le fue encomendada la misión de recuperar el ganado que había sido hurtado por la guerrilla y que fue trasladado al corregimiento de Macayepo, hasta donde lograron arribar después de sostener fuertes combates con los grupos de subversivos que salieron a su paso (Cfr. Audiencia Pública, sesión del 11 de febrero de 2014. C.D. 25:10, 27:44 y 28:24 minutos).

Con lo anterior, dejó en claro que aparte de aquellos cometidos que hacían parte del ideario político y militar de la organización ilegal, su actuación estuvo dirigida de manera concreta a cumplir la orden de recuperar “*a sangre y fuego*” el ganado que había sido objeto de abigeo:

[...] Ahora bien, el **peso demostrativo de esta versión** que durante el proceso de manera

constante reiteró el testigo UEBM, alias “[...]”, debe emerger, como ya se ha dicho, de la posibilidad de ser **contrastada con el resto de los medios probatorios incorporados a la actuación** y sobre los cuales se edificó la demanda en el propósito de la defensa de demostrar que aquella declaración era la única que se ajustaba a la verdad de lo acaecido.

En ese sentido, se cuenta con **otros medios de prueba** que se relacionan con las versiones posteriores brindadas por UEBM, alias “[...]”, relativas a las circunstancias fácticas que pueden resultar relevantes en el presente caso para establecer, de una parte, si el motivo desencadenante de la masacre fue el hurto del ganado de propiedad de JGR y del procesado o, en su lugar, se trató de una simple acción rutinaria alusiva a los propósitos de erradicación de los grupos subversivos que hacían presencia en la región de los Montes de María; y, de otra, si ese hecho determinó que el acusado promoviera la decisión criminal que arrojó los resultados lesivos conocidos.

Así, resulta de especial importancia la consideración de los testimonios de quienes participaron en la operación paramilitar, entre ellos el citado LFRM, alias “[...]”, de cuya declaración se acaba de ocupar la Sala, y YMM, alias “[...]”, cuya declaración igualmente es cuestionada por el recurrente y de la cual se hará referencia más adelante.

De igual manera, al hilo de la demanda, como fuente de corroboración o refutación, la Corte hará alusión a otros medios de conocimiento resaltados por la defensa del acusado como trascendentes en la concreción de lo ocurrido, tales como los testimonios de LFCS, alias “[...]” o “[...]”, ECT, alias “DV”, JACP, alias “[...]”, y el interrogatorio del acusado MANA; la resolución mediante la cual se profirió preclusión de la investigación en favor del procesado por el delito de Concierto para delinquir agravado; la conversación telefónica entre AAGR y JGR, interceptada y trasladada a esta actuación; las escrituras públicas y los certificados de tradición relacionados con la venta de las fincas [...] y [...]; y, las declaraciones de JCDF, GATT, JEQE, RDJDG y LEPA».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

42. TESTIMONIO – APRECIACIÓN:

Deducciones sobre las características de la personalidad del testigo o su salud mental, requieren enseñar su fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología

Al decidir no casar la sentencia condenatoria impugnada, que declaró la responsabilidad del acusado por el delito de *ataque al inferior*, la Sala estimó relevante referirse a las deducciones que planteó el recurrente con miras a cuestionar las características de personalidad del testigo o su salud, todo para resaltar cómo, en el caso específico, fueron presentadas sin exhibir el fundamento científico que las soporta, proveniente de la *psiquiatría o psicología*.

Adicionalmente explicó que el eventual padecimiento de un trastorno mental por el sujeto pasivo, no justifica la conducta violenta que pueda ser ejercida en su contra, de modo que no desnaturaliza el tipo penal aludido.

SP970-2019 (50827) del 20/03/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación: el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Principio de trascendencia** || **TESTIMONIO – Apreciación probatoria:** deducciones sobre las características de la personalidad del testigo o su salud mental, requieren enseñar su fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con enfermedad psíquica || **ATAQUE AL INFERIOR - Configuración:** trastornos de personalidad del sujeto pasivo no justifican la conducta violenta ejercida en su contra

«En la sentencia de segunda instancia, luego de revocar la decisión absolutoria inicial, se declaró

al Cabo Primero ALCC como autor responsable del delito de **ataque al inferior**, cuyo supuesto de hecho legal consiste en: «*El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad, o categoría, ...*» (art. 100 L. 1407/2010).

La premisa fáctica de esa decisión fue que el suboficial, el 17 de febrero de 2013, golpeó con la trompetilla de un fusil al IMAR MDJNB, y lo amenazó de muerte, cuando lo reprendía por haber cargado su arma de dotación en el desarrollo de un registro perimétrico, en el puesto militar [...].

Para el demandante, la apreciación probatoria que fundó la condena es violatoria de principios de la sana crítica, por las siguientes razones: (i) el estado de salud, física y mental, del denunciante desvirtúa o excluye la ocurrencia de la agresión; (ii) los testigos que respaldaron esa versión no pudieron observar la conducta del acusado y lo que escucharon fue insuficiente para determinarla; y, (iii) la versión defensiva fue demostrada por personas que, a más de gozar de salud mental, percibieron lo acontecido sin errores.

El **falso raciocinio** constituye uno de los sentidos posibles del **manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica** en la apreciación de la prueba que constituye el fundamento de la sentencia. Así, el juez incurre en un error protuberante en el proceso inferencial debido a la infracción de un - específico- principio de la lógica, máxima de la experiencia o ley de la ciencia, mediante el cual fija el mérito del medio de convicción que se ha erigido como soporte de la decisión. En últimas, el fundamento probatorio de la sentencia es el producto de un error valorativo manifiesto y trascendente.

Se examinarán, entonces, los argumentos de la impugnación con el objeto de verificar si logran demostrar la configuración de los errores de raciocinio denunciados.

a) En primer lugar, se cuestiona el mérito de la declaración rendida por el IMAR MDJNB, por las siguientes razones: (i) la narración de golpes en su abdomen, no encuentra respaldo en el informe médico, (ii) sus antecedentes psicológicos indican que es una persona impulsiva, peligrosa e

irrespetuosa de la autoridad, y (iii) otros testigos «con línea argumental lógica, sanas mentalmente y sensatas» lo refutan. Por todo lo anterior, se estima que el referido testimonio era insuficiente para demostrar que sufrió el ataque de un superior.

- Sobre el punto inicial, sostiene la defensora que en el informe de la atención médica que se brindó al denunciante con motivo de la agresión que manifestó haber padecido, que sería «del 23 de febrero de 2013 suscrito por el enfermero, el Marinero Primero JCA», no se certificó lesión abdominal alguna. Con ello, deja entrever que el mérito conferido a la narración del Infante desconoce los hallazgos de la **ciencia médica**.

Sin embargo, el aludido informe médico jamás fue allegado al proceso; es más, quien es señalado de ser su autor, el Marinero Primero JCMA, enfermero del puesto militar [...], en su declaración manifestó que no recordaba haber prestado atención o auxilio médico al IMAR [...], ni a ningún otro Infante, a raíz de algún maltrato proveniente de un superior (fl. 323, C.O. 2).

[...] Así, entonces, el documento que serviría de soporte a la tesis de la defensora es la mentada historia clínica y no el inexistente informe del Marinero Primero JCMA; sin embargo, aquélla se refiere, principalmente, a aspectos de la salud mental, no física, del paciente, muestra de lo cual es que quien la suscribe es un psicólogo [...]. De todos modos, la referida consulta -psicológica- fue realizada 11 días después del incidente en el puesto militar, tiempo en el que habría podido desaparecer cualquier signo de violencia en el cuerpo del examinado; y el contenido de la «hoja de evolución», que es del 22 de enero de 2014, tampoco resulta pertinente para confirmar o desvirtuar las consecuencias de un ataque violento, menos de uno ocurrido un año antes.

- En todo caso, con base en los antecedentes psicológicos expuestos, sostiene la defensora que el IMAR NB es impulsivo, peligroso e irrespetuoso de la autoridad. Este planteamiento parece olvidar que el objeto de acusación y posterior juzgamiento es la conducta realizada por el Cabo Primero ALCC el 17 de febrero de 2013 y no la de la víctima, menos aun cuando de esta **lo que se pretende relieves son rasgos o, quizás, trastornos de la personalidad, que ninguna incidencia tendrían en la determinación de la responsabilidad penal, pues no justificarían la conducta violenta investigada.**

De otra parte, ciertamente en la **historia clínica** remitida por el Hospital Naval se consignó la anotación de un **trastorno** de bipolaridad en el Infante; sin embargo, la misma es catalogada como antecedente clínico y no como diagnóstico realizado o corroborado durante la consulta del 28 de febrero de 2013, por lo que no se estableció si la referida enfermedad mental era coetánea al tiempo de los hechos juzgados. En efecto, en el documento intitulado «consulta por psicología» se anotó «historial de estructura familiar disfuncional,...problemas de consumo de SPA... y trastorno bipolar, anteriores al ingreso a la ARC» y en la «ficha psicológica»: «paciente con antecedentes de atención por psiquiatría como manejo de un trastorno bipolar...».

Al margen de lo anterior, las que serían **características negativas de la personalidad** del Infante **son deducciones que realiza la demandante a partir de las anotaciones clínicas sin enseñar el fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología, que permitiría hacerlas**. Además, de una parte, esa información no vino acompañada con soporte médico alguno, como lo serían el examen diagnóstico correspondiente o la certificación del psiquiatra tratante, y, de la otra, las inferencias sobre la personalidad de la víctima (impulsiva, peligrosa e irrespetuosa) no se compadecen con las referencias que hicieron algunos testigos sobre el comportamiento de aquélla [...]

[...] Con base en las plurimentadas anotaciones clínicas del Infante NB, también insinúa la recurrente que este padece algún tipo de discapacidad o insanidad mental que impide otorgarle mérito a su declaración, más cuando se equivocó al fijar la hora del suceso investigado y omitió precisar en qué consistieron los insultos que habría proferido el acusado.

La premisa de esa alegación carece de fundamento porque en el proceso **no existe prueba pericial -psicológica ni psiquiátrica- ni ninguna otra que, con una adecuada fundamentación, demuestre la existencia de un trastorno mental en la víctima para el momento en que sucedieron los hechos que se juzgan**. Además, las notas del psicólogo, al parecer, obedecieron a la narración del paciente sobre patologías pasadas y, se reitera, no fueron respaldadas con exámenes clínicos o certificaciones del médico tratante. De esa manera, es claro que el mentado profesional ni

estableció ni corroboró diagnóstico alguno sobre el estado de salud mental.

Ahora, **aun cuando se aceptara el supuesto de hecho alegado, el mismo carece de trascendencia porque, de una parte, no tendría virtualidad para justificar la conducta agresiva del acusado o excluir por cualquier otra causa su responsabilidad**, como antes se indicó, y, de la otra, **tampoco se acreditó que el eventual trastorno afectara la percepción o la memoria del testigo o, en general, cómo habría incidido, negativamente, en algunos de los criterios legales de estimación de la prueba testimonial** (art. 441 Ley 522/1999). En todo caso, ya se verá que el relato de la víctima fue

corroborado por otros testigos cuya salud mental no fue cuestionada.

- Finalmente, la imprecisión del IMAR NB respecto a la hora de la noche en la que ocurrió el hecho juzgado -dijo que sería entre las 11:30 y 12:00, cuando los demás testigos la fijaron entre las 8:00 y 8:30-, no implica la falsedad de su relato, porque ello pudo obedecer a un mero lapsus o a que el declarante no contaba con un reloj y la nocturnidad en la zona rural podía generar tal confusión. De otra parte, la demandante falta a la verdad procesal cuando aduce que el testigo ni siquiera pudo determinar los insultos que recibió por el superior, [...]».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

43. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso

Al decidir *no casar* la sentencia absolutoria impugnada con sustento en la demanda presentada por el representante del ente acusador, la Sala tuvo ocasión de examinar el tipo penal de *violencia intrafamiliar*, labor en cuyo ejercicio observó pertinente delinear algunos *parámetros objetivos de ponderación* que pueden servir a los jueces al momento en que deban realizar el *análisis lógico de la situación*, particularmente cuando les corresponda abordar casos relativos a esta conducta punible.

SP964-2019 (46935) del 20/03/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Principio de lesividad: la vulneración de la armonía y la

estructura del grupo familiar no puede basarse en posturas de índole subjetiva || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Factores objetivos de ponderación para el análisis lógico de la situación en cada caso** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** no se predica de cualquier acto violento entre miembros de una familia, sino solo de aquel que ostente trascendencia para menoscabar el bien objeto de amparo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura** || **CONCILIACIÓN EN DELITOS QUERELLABLES - Procedencia:** debe intentarse obligatoriamente como condición para ejercer la acción penal || **LESIONES PERSONALES - Delito querellable**

«La reconstrucción del **contexto lógico** en el cual se presentó la situación objeto de estudio (o **análisis de la lógica situacional**) es la labor que deberá afrontar el intérprete de la norma en aras de establecer si hubo un **trascendente daño o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger (en este caso, de la armonía y unidad familiares)**.

Dicho análisis consiste en describir el comportamiento de los sujetos involucrados en la conducta a la luz del marco institucional, social, tradicional, etc., en el cual se desarrolle el hecho. Estas condiciones deben estar fundadas en datos de **índole objetiva**, pues de otra manera no

podrían considerarse elementos propios de cada situación. Así, las acciones serán explicables (es decir, comprensibles racionalmente) cuando se ajustan de manera objetiva a la situación, a pesar de que sea distinguible (i) la situación tal como era y (ii) tal como la veía o interpretaba el agente. Bajo tal contexto, **el juez tendrá que establecer si la conducta fue lesiva o no del interés jurídico materia de amparo.**

Esta propuesta, en cuanto método puramente objetivo, no difiere de la valoración que para la verificación del principio de significancia planteó la Sala en el fallo CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362, relativa a la apreciación de las condiciones objetivas desde la perspectiva del sujeto activo, así como de la información (también de índole objetiva) que se recopila una vez producido el resultado descrito en la norma.

[...] Para los comportamientos de **violencia intrafamiliar**, y sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos **factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso:**

(i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc.

(ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De ahí es posible establecer una relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien.

(iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la **lesividad de un comportamiento** se analizará en función de los intereses de las personas

involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362. Por ejemplo, la bofetada de un padre contra su hijo tendrá menos relevancia que un acto que le produzca incapacidad médica o daño psicológico.

(iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado.

Y (v) la probabilidad de repetición del hecho. Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica **trascendencia**. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de “aislados” o “esporádicos” y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc.

[...] Los jueces sostuvieron que **no concurrió un menoscabo del bien jurídico** con base en por lo menos **tres (3) aspectos lógico situacionales**, a saber:

(i) El enfrentamiento de FAMS y su hermano Jf se dio en condiciones de igualdad. Según el Tribunal, el conflicto “*se trató de la pelea entre dos hermanos adultos, en igualdad de condiciones dentro del mismo entorno familiar*”. Es decir, no dejó “*de ser una típica discusión entre hermanos*”

Dicha igualdad está sustentada en los datos que obran en la actuación. El acusado era una persona de cincuenta (50) años para la fecha de los hechos. Su hermano tenía cuarenta y uno (41). Y aunque convivían juntos, ninguno tenía alguna dependencia o relación de subordinación con el otro.

No era predicable entonces en la supuesta víctima JFMS algún estado de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta que lo convirtiese en sujeto de especial protección por parte del orden jurídico.

(ii) El altercado entre los hermanos obedeció al cambio de las condiciones de vida que tenían los miembros de la familia [...]

[...] El episodio de aparente maltrato, entonces, consistió en una situación excepcional, que obedeció al forzado cambio en las condiciones de vida para los integrantes de la familia, así como a la necesidad de adaptarse a unos nuevos parámetros de convivencia, y no necesariamente al quebrantamiento de una estructura familiar con tradición ni a la desintegración de la armonía entre sus miembros.

Y (iii) el conflicto quedó solucionado cuando la madre de los sujetos hizo pasarse a JFMS con su familia al primer piso de la vivienda. De acuerdo con los datos empleados por la primera instancia, que no fueron tema de refutación por parte del Tribunal, después de incidente con su hermano, JFMS y su familia se mudaron a *“un apartamento en el primer piso de la vivienda, mientras que FA se quedó en el segundo piso con su madre”*

Aparte de excepcional, la situación que causó el conflicto también fue pasajera o transitoria. Al no convivir hoy en día, ya no existe la posibilidad de que los enfrentamientos entre los hermanos Montoya Sánchez se repitan en las condiciones inicialmente dadas.

Nótese que ninguno de los representantes de la Fiscalía General de la Nación (que solicitaron la condena en este caso) se preocuparon por refutar estos argumentos absolutorios de los jueces. Y la Sala, por su parte, no los encuentra contrarios a

derecho, en la medida en que se atuvieron a un **análisis del contexto lógico de la situación**.

La demandante adujo en su escrito que la afectación del bien también debía estar fundada en *“la denuncia y falta de ánimo conciliatorio”* del sujeto pasivo. Sin embargo, tal como se ha analizado en este texto, **la vulneración de la armonía y la estructura del grupo familiar no puede basarse en posturas de índole subjetiva** (como lo que piense JF acerca de su hermano FAMS) sino en los datos objetivos (es decir, en la información) que las pruebas hayan arrojado durante el juicio y sobre las cuales las instancias declararon la verdad de los hechos.

La recurrente, a su vez, se refirió al fallo CSJ SP, 28 mar. 2012, rad. 33772, como evidencia de que es posible (y se debe) condenar por violencia intrafamiliar cuando el daño consiste en incapacidad de quince (15) días, sin secuelas. Olvidó, sin embargo, que los hechos relativos a ese resultado obedecieron a una **lógica situacional** muy diferente: la agresión física que un hombre le propinó a una mujer debido a que ella pretendía acabar con la relación de pareja entre ambos sostenida.

Por último, no sobra destacar que, a esta altura de la actuación, sería **imposible condenar al acusado por la lesión al bien jurídico de la integridad física** (es decir, por los quince -15- días de incapacidad médico legal, sin secuelas), toda vez que, como lo adujo el Tribunal, *“no se ha surtido la respectiva audiencia de conciliación por ese ilícito”*.

(Textos resaltados por la Relatoría)

Inicio

44. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El hecho de que las lesiones no sean las comunes para este tipo de conducta, no significa que no se puedan presentar

En la sentencia de casación, la Sala estimó preciso acotar, frente a uno de los cargos formulados, que la circunstancia de que las lesiones dictaminadas por el legista a la víctima del delito de *violencia intrafamiliar*, no sean las que comúnmente se presentan en este tipo de

comportamiento, no lleva irremisiblemente a la conclusión de que no se pueden presentar, por manera que ello no excluye la posibilidad de su configuración, como válidamente fue declarada en el fallo de condena recurrido. Igualmente recordó el *principio de trascendencia* en materia del recurso extraordinario, en virtud del cual el cargo resulta inviable si no logra desvirtuar la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado.

SP792-2019 (52066) del 13/03/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, apreciación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** el hecho de que las lesiones no sean las comunes para este tipo de conducta, no significa que no se puedan presentar || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura || CASACIÓN - Principio de trascendencia:** el cargo no puede prosperar si no logra derruir la declaración de justicia contenida en la sentencia

«El demandante también denuncia un **falso juicio de identidad** porque, a su criterio, el Tribunal valoró en forma fraccionada la declaración del perito [...], médico adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal, en tanto **cercenó** la afirmación del legista, según la cual, el trauma en el segundo y tercer dedo del pie izquierdo que desencadenó la fractura, no guarda consonancia con los que de ordinario se observan en episodios de violencia intrafamiliar.

Pues bien, es cierto que el testigo manifestó que *«este tipo de lesiones no entran en contexto de las lesiones frecuentes en este tipo de eventualidades de violencia intrafamiliar»* y **es verdad que el**

Tribunal no se refirió a esa afirmación del galeno.

Esa falencia, sin embargo, **no ostenta los alcances ni la trascendencia** que el censor le otorga por cuanto **el hecho de que la lesión** en el pie de OBE **no se identifique con las que de ordinario se observan en las víctimas de violencia intrafamiliar no significa que no se haya producido en el contexto de agresión denunciado.**

Aún más, el médico legista nunca dijo que la lesión de la señora BE no se produjo a consecuencia de la agresión de YV o que es imposible que se produjera en la situación aducida por la paciente. Simplemente opinó que **no eran comunes en situaciones de violencia intrafamiliar.** Pero **el hecho de que no sean comunes no significa que no se puedan presentar**, pues cada caso presenta particularidades diferentes. En el evento examinado, la lesión se produjo como consecuencia del acto defensivo desplegado por la víctima contra la agresión de quien en ese momento era su esposo, situación que explica su singularidad.

No es cierto, por tanto, que la manifestación del galeno demuestre que HYV no agredió a su esposa o que ésta se auto golpeó, como erradamente aduce la defensa, porque el testigo jamás afirmó cuál fue la causa y el origen de la lesión.

Al carecer de la trascendencia necesaria para derruir la declaración de justicia contendida en el fallo de segundo grado, el cargo no puede prosperar.».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá